



Thèse de doctorat en Droit
soutenue le 15 mars 2011

Les Fondements de la responsabilité civile des dirigeants des sociétés

Etude franco-colombienne



Université Panthéon-Assas

Par Cely Rodriguez Adriana Maria

Sous la direction de Monsieur Denis Mazeaud
Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)

Rapporteurs:

Mlle. Sophie Gaudemet, Professeur à l'université Paris-Sud (Paris XI)

M. Cyril Grimaldi, Professeur à l'université Paris-Nord (Paris XIII)

Membres du jury:

M. Denis Mazeaud, Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)

Mlle. Sophie Gaudemet, Professeur à l'université Paris-Sud (Paris XI)

M. Cyril Grimaldi, Professeur à l'université Paris-Nord (Paris XIII)

M. Philippe Dupichot, Professeur à l'université Paris-Est (Paris XII)

M. Juan Carlos Henao, Professeur à Université Externado de Colombie

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

A mes parents, Carlos et Cristina

A Joaquim, mon conjoint,

Pour leur amour, leur soutien et leurs encouragements

Et bien sur à mes deux petits anges, Mariana et Eloïse, arrivées en cours de route.

A mon beau-père pour ses révisions en matière linguistique.

A ma sœur Clara pour son aide fraternelle.

A mon grand ami Gonzalo A. Ramirez Cleves pour ses lectures attentives, ses commentaires et ses conseils

*Je tiens à exprimer mes remerciements les plus sincères
À Monsieur Fernando Hinestrosa
pour son soutien et sa confiance tout au long de ce travail.*

Veillez trouver ici, Monsieur, l'expression de mon plus grand respect.

Résumé :

Sans aborder une étude comparative qui amènerait à utiliser des méthodes strictes de comparaison, ce travail explique l'état actuel du système juridique français et fait des commentaires sur celui de l'actuel ordre juridique colombien. Quels avantages pourrait-il y avoir à aborder une étude du droit français touché par de commentaires en droit colombien ? L'objectif de cette approche est purement académique. Il s'agit d'informer le juriste colombien sur les aspects individuels existants dans un ordre juridique étranger qui est, depuis la fondation de l'Etat Nation colombien, un guide et une base d'inspiration. Les deux Nations sont proches sur le plan juridique. Le droit de la responsabilité civile des dirigeants de sociétés n'échappe pas à cette réalité. La responsabilité civile des dirigeants reste fondée sur la faute, mais elle a connu certaines adaptations. S'agissant des professionnels de la gestion sociétaire, la responsabilité civile est accrue, la gamme des fautes s'alourdit. Le professionnel est traité par le droit d'une façon plus stricte que le simple particulier. L'existence d'une responsabilité civile professionnelle est revendiquée dans le cadre de cette étude. Le système actuellement existant dans chacun des deux pays s'est vu par ailleurs complété par des nouvelles sources, justifiées par la mondialisation, telles que les principes proposés par la doctrine anglo-saxonne du gouvernement d'entreprise. A côté des sources internes du droit de la responsabilité civile, les fondements théoriques de la responsabilité civile des dirigeants de sociétés est alimenté par des sources internationales, dont l'influence accrue prend ses marques dans un phénomène mondial qui veut que les échanges ne s'arrêtent plus à l'économie ou les finances mais touchent aussi le droit.

Descripteurs : Colombie, Dirigeants, Sociétés, Responsabilité civile, Responsabilité Professionnelle, Gouvernement d'entreprise.

Title and Abstract :

"THE BASIS OF THE LIABILITY OF BOARD MEMBERS AND SENIOR EXECUTIVES OF CORPORATIONS"

A French-Colombian study

Without addressing a full comparative approach that would lead to use stricter methods for comparison, this work explains the current state of the French legal system and comments on that of the current Colombian laws. What benefit is there to conduct a study of French law affected by Colombian law comments? The objective is purely academic. It has been done to inform the Colombian jurist on individual aspects existing in a foreign legal system which has been a guide and a base of inspiration for the Colombian nation-state since its foundation.

The two nations are close on the legal dimension. The law of civil liability of corporate directors does not escape this fact. The Civil liability of officers remains based on the fault, but it has experienced some adaptations. With regard to professionals of the management of companies, the liability is increased; the range of errors has gone up.

The professional is treated by the law in a manner more stringent than the common individual. The existence of professional indemnity is claimed in this study.

The current system existing in both countries was also complemented by new sources, justified by globalization, such as the principles proposed by the doctrine of Anglo-Saxon corporate governance. In addition to internal sources of civil liability law, the theoretical foundations of the civil liability for corporate executives is fed by international sources, thus the stronger influence makes its marks within a global phenomenon which seeks that the trade does not stop only at the economy or finance levels, but also at the Legal.

Keywords : Colombia, Civil Liability, professional Liability, Corporate, Directors, Corporate Governance.

Principales abréviations

AJDA:	Actualité juridique de droit administratif
al.:	alinéa
art. :	article
ass. plén:	Assemblée plénière
AMF:	Autorité des marchés financiers
Bull. civ:	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
c/ :	contre
Cah. dr. Entr.:	Cahiers de droit de l'entreprise
cass:	Cassation
ch.:	Chambre
chap:	Chapitre
chron.:	Chronique
Circ.:	Circulaire
C. civ.:	Code civil
C. com.:	Code de commerce
C. consom.:	Code de la consommation
C. mon. fin.:	Code monétaire et financier
C.:	Cour
CA:	Cour d'appel
Cass.:	Cour de cassation
coll.:	collection
Cst. :	consorts
comm:	commentaire
Contra :	contra
D. aff.:	Dalloz Affaires
Rép. civ. Dalloz:	Dalloz (Encyclopédie)
éd.:	édition, éditeur
ex.:	exemple
doctr.:	doctrine
Dr. soc.:	Droit social
Dr. Sociétés:	Droit des sociétés
esp.:	espèce
fasc.:	fascicule
Gaz. Pal.:	Gazette du Palais
Idem :	la même chose
Infra :	au-dessous
JORF:	Journal officiel (Lois et décrets)
J.Cl.:	JurisClasseur (Encyclopédies)
JCP E:	La Semaine Juridique Édition Entreprises et Affaires
JCP G:	La Semaine Juridique Édition générale
jur:	jurisprudence
n°:	numéro
L.:	Loi
NCPC:	Nouveau Code de procédure civile
LPA:	Petites affiches (Les)

M. :	Monsieur
Mme. :	Madame
Mlle. :	Mademoiselle
obs.:	observations
oct. :	octobre
op. cit. :	<i>Opere citato</i> , dans l'ouvrage cité
p.:	page
pp.:	pages
pan. rap.:	panorama rapide
préc.:	précité
préf.:	préface
S.:	Recueil Sirey
Resp. civ. et assur.:	Responsabilité civile et assurance
RDC:	Revue des contrats
RJ com.:	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA:	Revue de jurisprudence de droit des affaires
Lamy dr. aff.:	Revue Lamy droit des affaires
Rev. Sociétés:	Revue des sociétés
RTD civ.:	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.:	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
sent.:	sentence
sté :	Société
SA:	Société anonyme
SAS:	Société par actions simplifiée
SARL:	Société à responsabilité limitée
Somm:	Sommaire
ss.:	suivants
somm.:	sommaire
spéc.:	spécialement
Supra :	au-dessus
t.:	tome
trad.:	traducteur, traduction
v.:	voir
vol. :	volume

Sommaire

Introduction	12
Première partie - Les bases théoriques: Une responsabilité civile liée aux devoirs nouveaux des dirigeants sociaux	35
1. Titre I - Une responsabilité civile dérivée du caractère professionnel des dirigeants sociaux	36
1.1. Chapitre I - Le dirigeant social est un professionnel	40
1.1.1. Section 1 - Les critères qui qualifient un sujet de professionnel	41
1.1.2. Section 2 - Ces critères sont applicables aux dirigeants sociaux	46
Conclusion du Chapitre I	50
1.2. Chapitre II - Les particularités de la responsabilité civile professionnelle des dirigeants sociaux	51
1.2.1. Section 1 - Modèle de comportement	53
Conclusion de la section 1	57
1.2.2. Section 2 - Les obligations spécifiques aux dirigeants sociaux	57
1.2.2.1. Sous-section 1- Devoirs exigibles des dirigeants sociaux qui ont été redécouverts par la jurisprudence	59
1.2.2.1.1. Paragraphe 1 - Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux	60
1.2.2.1.2. Paragraphe 2 - Les autres devoirs spécifiques des dirigeants sociaux	68
1.2.2.1.2.1. L'obligation d'efficacité	69
1.2.2.1.2.2. L'obligation de vigilance	72
1.2.2.1.2.3. L'obligation de transparence	74
1.2.2.1.2.4. L'obligation de persévérance	77
Conclusion de la section 2	78
1.2.2.2. Sous-section 2 - Devoirs exigibles des dirigeants sociaux qui ont été créés par la jurisprudence	78
1.2.2.2.1. Paragraphe 1 - Le devoir d'information	78
1.2.2.2.1.1. Le fondement du devoir d'information en droit français	79
1.2.2.2.1.2. Le rôle de la jurisprudence dans la création du devoir d'information	81
1.2.2.2.1.3. La reprise de cette jurisprudence par le législateur français	83
1.2.2.2.1.4. Le devoir d'information dans la société anonyme à structure dualiste	85
1.2.2.2.1.5. Aperçu du devoir d'information en droit colombien	85
1.2.2.2.1.6. L'information due aux actionnaires et associés se rapproche de celle due aux consommateurs	88
Conclusion de la sous section 2	93

Conclusion du titre I _____ 94

2. Titre II - Une responsabilité dérivée des principes proposés par la doctrine de la gouvernance d'entreprise _____ 95

2.1. Chapitre I - L'idéologie de la Corporate Governance _____	102
2.1.1. Section 1 - Le rôle de cette idéologie dans la solution du problème universel de la responsabilité des dirigeants _____	106
2.1.1.1. Sous-section 1 - Etat actuel de la question en droit français _____	110
2.1.1.1.1. Paragraphe 1 - Loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques (Loi N.R.E) _____	115
2.1.1.1.2. Paragraphe 2 - Décret du 3 mai 2002 _____	118
2.1.1.1.3. Paragraphe 3 - Loi du 30 juillet 2003 _____	118
2.1.1.1.4. Paragraphe 4 - Loi de Sécurité Financière du 1 ^{er} août 2003 (loi S.F.) _____	119
2.1.1.1.5. Paragraphe 5- Loi du 3 juillet 2008 _____	121
2.1.1.1.6. Paragraphe 6 - Lois du 26 juillet 2005 (loi Breton), et du 21 août 2007 (loi TEPA) _____	124
2.1.1.1.7. Paragraphe 7 - Loi du 4 août 2008 sur la modernisation de l'économie (L.M.E.) _____	126
2.1.1.2. Sous-section 2 - État actuel de la question en droit colombien _____	127
Conclusion _____	135
2.1.1.2.1. Paragraphe 1 - Le devoir d'information en droit colombien _____	135
2.1.1.2.1.1. Publicité des documents financiers _____	136
2.1.1.2.1.2. Le dirigeant doit fournir toutes les informations nécessaires à la prise de décisions _____	137
2.1.1.2.1.3. Le dirigeant ne doit en aucun cas utiliser l'information privilégiée à des fins personnelles _____	139
2.1.1.2.1.4. Le devoir du dirigeant d'informer le juge d'instruction sur l'existence de biens apportés à la société et qui dérivent d'activités illicites _____	140
2.1.1.2.1.5. Le dirigeant doit permettre l'exercice du droit individuel d'inspection sur les documents sociaux _____	142
2.1.1.2.2. Paragraphe 2 - le droit d'inspection en droit colombien _____	143
2.1.1.2.2.1. Le droit individuel d'inspection _____	143
2.1.1.2.2.2. Le droit collectif d'inspection _____	149
Conclusion du paragraphe 1 _____	150
2.1.2. Section 2 - Le rôle de cette idéologie dans la solution du problème universel du conflit d'intérêts dans les deux pays _____	152
2.1.2.1. Sous-section 1 - La formulation en droit français des principes de conduite reconnus par la doctrine de la corporate governance en vue de limiter le risque de conflit d'intérêts _____	161
2.1.2.1.1. Paragraphe 1 - Etat de la question en droit français _____	163
2.1.2.1.1.1. Conflit d'intérêts et conventions réglementées _____	163

2.1.2.1.1.2. Conflit d'intérêts et vote intéressé	167
2.1.2.1.1.3. Rémunération des dirigeants	168
Conclusion de la sous section 1	171
2.1.2.2. Sous-section 2 - La formulation en droit colombien des principes de conduite reconnus par la corporate governance	172
2.1.2.2.1. Paragraphe 1 - Etat de la question en droit colombien	173
2.1.2.2.1.1. Le conflit d'intérêts	174
2.1.2.2.1. Le vote intéressé et les conventions réglementées	175
Conclusion de la première partie	179
<i>Deuxième partie - Les bases techniques : Une responsabilité civile liée à l'état économique de l'entreprise</i>	182
1. Titre I - Une responsabilité exceptionnelle en cas de bonne santé financière de la société	184
1.1. Chapitre I - La détermination des dirigeants responsables dans les législations française et colombienne	186
1.1.1. Section 1 - Les dirigeants de droit	186
1.1.1.1. Sous-section 1 - Exercice nominatif de la fonction de direction	194
1.1.1.2. Sous-section 2 - Dirigeant bénévole	199
1.1.1.3. Sous-section 3 - Dirigeant personne morale	200
1.1.1.4. Sous-section 4 - Début et fin des fonctions du dirigeant	201
Conclusion de la section 1	205
1.1.2. Section 2 - Les dirigeants de fait	205
1.2. Chapitre II - Les particularités de la responsabilité civile des dirigeants sociaux	210
1.2.1. Section 1 - Les circonstances qui permettent d'établir la responsabilité civile des dirigeants en France et en Colombie	211
1.2.1.1. Sous-section 1 - Les circonstances de droit	211
1.2.1.2. Sous-section 2 - Les circonstances de fait	217
1.2.2. Section 2 - Les conditions d'existence de la responsabilité civile	221
1.2.2.1. Sous-section 1 - La faute	221
1.2.2.1.1. Paragraphe 1 - La faute dans la responsabilité envers la société ou les associés	221
1.2.2.1.1.1. Le dirigeant pourra être déclaré responsable des irrégularités commises lors de la constitution de la société	222
1.2.2.1.1.2. Le dirigeant sera responsable du fait de l'annulation de la société	224
1.2.2.1.1.3. Violation des dispositions légales ou réglementaires en droit des sociétés	225
1.2.2.1.1.4. Violation des statuts	227
1.2.2.1.1.5. Faute de gestion	228

1.2.2.1.1.5.1. L'appréciation de la faute de gestion _____	230
1.2.2.1.2. Paragraphe 2 - La faute dans la responsabilité envers les tiers. Exigence d'une faute séparable des fonctions. _____	233
1.2.2.1.3. Paragraphe 3 - La théorie de la faute détachable des fonctions en droit colombien _____	239
1.2.2.2. Sous-section 2 - Le Dommage _____	242
1.2.2.3. Sous-section 3 - Le lien de causalité _____	243
1.3. Chapitre III - Les actions en responsabilité _____	244
1.3.1. Section 1 - Action sociale en responsabilité _____	244
1.3.2. Section 2 - Action individuelle en responsabilité _____	247
1.4. Chapitre IV - Prescription de l'action _____	249
2. Titre II - Le principe de la responsabilité des dirigeants en cas de crise financière de la société _____	251
2.1. Chapitre I - La crise de l'entreprise et son influence sur la responsabilité des dirigeants _____	252
2.1.1. Section 1 - Le droit de sauvegarde des entreprises _____	254
2.1.1.1. Sous-section 1 - Les responsabilités patrimoniales _____	254
2.1.1.1.1. Paragraphe 1 - Obligation au paiement des dettes sociales en cas de liquidation judiciaire _____	255
2.1.1.1.2. Paragraphe 2 - Responsabilité pour insuffisance d'actif _____	256
2.1.1.2. Sous-section 2 - Les sanctions professionnelles : La faillite personnelle et les autres mesures d'interdiction _____	259
2.1.1.3. Sous-section 3 - Les sanctions pénales : la banqueroute et les autres infractions _____	261
2.1.2. Section 2 - La loi colombienne de <i>insolvencia empresarial</i> _____	262
2.1.2.1. Sous-section 1 - La responsabilité pour insuffisance d'actif du droit colombien _____	265
2.1.2.2. Sous-section 2 - Appréciation de la faute en droit colombien _____	266
2.1.3. Section 3 - Le Dommage et lien de causalité _____	268
Conclusion du titre II _____	269
Conclusion de la deuxième partie _____	269
Conclusion Générale _____	271
Bibliographie _____	279

Introduction

Le dirigeant est celui qui conduit la société dans une certaine direction. Il donne des orientations et prend des décisions qui vont engager sa responsabilité.

La notion de dirigeant social évoque une personne qui, d'un point de vue fonctionnel, dispose des pouvoirs pour diriger une entreprise. Concrètement, il s'agit de la personne intégrant l'organe de gestion et plus particulièrement du représentant légal de la société. Il peut disposer légalement de ces pouvoirs et, dans ce cas, il s'agira d'un dirigeant de droit. Mais il peut aussi avoir des actes positifs de gestion sans avoir été préalablement investi des pouvoirs de direction. Dans ce cas, nous serons face à un dirigeant de fait.

Le droit colombien considère le dirigeant comme celui qui a été expressément investi des fonctions de gérance au sein d'une société. Dans le cas du dirigeant de droit, l'orientation des systèmes juridiques français et colombien est similaire puisqu'il s'agit de la personne investie des pouvoirs de direction. Dans le cas du dirigeant de fait, les deux systèmes ont une approche tout à fait différente. Alors que le droit français reconnaît la catégorie juridique des dirigeants de fait et la soumet au même régime d'obligations et responsabilités prévu pour les dirigeants de droit, en droit colombien, cette catégorie reste pour le moment inexistante.

Une partie importante de la doctrine colombienne souhaite l'incorporation de la catégorie juridique du dirigeant de fait pour pallier certaines défaillances en matière de responsabilité de ceux qui, sans être légalement considérés comme dirigeants, prennent en charge la direction d'une entreprise à travers des actes positifs de gestion. Ce n'est là qu'une différence parmi d'autres qui peuvent surgir d'une étude comparative entre les deux régimes en matière de responsabilité civile des dirigeants sociaux.

Dans ce travail nous n'aborderons pas le sujet de la responsabilité civile des dirigeants sociaux d'une manière strictement comparative. Nous avons choisi de faire une approche du droit français qui nous permettra de mieux comprendre le droit colombien à la lumière de celui-ci. Cette approche nous permettra de constater les similitudes et les différences qu'a le droit colombien par rapport au droit français.

Plutôt que d'effectuer une étude qui consisterait à nous étaler dans une comparaison stricte du droit de la responsabilité civile des dirigeants dans les deux régimes juridiques, nous nous situerons dans une perspective où l'axe principal de notre étude sera le droit français. Celui-ci constituera la référence en matière de responsabilité civile. Ce qui nous permettra d'appréhender, au fur et à mesure que nous avançons dans le sujet, l'état actuel du droit colombien par référence au droit français.

Nous estimons, en effet, que le monde académique colombien retirera un bénéfice d'une telle approche. Selon les théoriciens de ce pays, l'étude du droit a davantage de richesse quand on se reporte aux sources dont découle l'organisation juridique nationale. Se référer aux origines de ce droit constitue une base de compréhension de ses orientations et de ses principes. Le droit civil français constitue une référence incontournable pour ceux qui veulent approfondir la théorie juridique colombienne.

Le droit français de la responsabilité des dirigeants occupera donc la plus grande partie de ce travail. Il nous permettra de mieux saisir ce droit latino-américain, fortement influé par la discipline du droit de la responsabilité civile français. Nous constaterons ainsi les points du droit colombien qui se sont directement inspirés du français et nous remarquerons aussi les différences entre les deux.

Nous constaterons par ailleurs comment d'autres doctrines étrangères ont eu en même temps une influence sur le droit colombien et sur le droit français. Nous ferons particulièrement référence à une certaine idéologie venue des pays anglo-saxons et connue en tant que gouvernement d'entreprise. Nous allons voir de quelle façon cette idéologie a éclairé d'une nouvelle lumière la responsabilité civile des dirigeants sociaux dans les deux pays et a été utile pour son développement.

Plus que leurs différences, nous mettrons en relief les approches communes et l'harmonie des orientations des deux régimes juridiques, le français et le colombien. Nous constaterons certes quelques points dissidents entre les deux régimes, mais nous remarquerons rapidement que ces différences répondent plus à des besoins particuliers de chacun des deux pays. Elles ne remettent pas en question la forte inspiration française qui existe dans le droit colombien, comme dans celui de la plupart des pays latino américains. Dans certains cas le droit colombien fait preuve d'audace et de pragmatisme, ce qui pourrait inspirer à son tour le droit français. C'est le cas par exemple de l'utilisation, en Colombie, d'une autorité administrative à caractère technique chargée de régler les conflits issus du contrat social (la *superintendencia de sociedades*). C'est également le cas quand il existe, en droit colombien, de normes légales exigeant expressément des dirigeants sociaux le devoir de loyauté (quand en France ce devoir émane uniquement de la jurisprudence, sauf en ce qui concerne les règles de déontologie applicables à l'administrateur judiciaire¹). Il en va de même de la présomption de faute du dirigeant qui dans certains cas est prévue en droit colombien, présomption qui n'existe pas en droit français. Dans ces aspects nous pouvons observer un développement du droit colombien que nous pouvons qualifier de courageux. Nous découvrirons dans notre étude que le droit colombien est digne de devenir un modèle pour d'autres pays. Mais ce constat ne nous empêche pas de reconnaître le rôle de guide qu'a été celui du droit français par rapport au colombien dans plusieurs disciplines, comme par exemple dans le droit civil.

Pour comprendre cette influence qui est celle du droit français sur le développement juridique colombien, il serait convenable de jeter un regard sur l'évolution historique du droit colombien, en tenant compte du fait que cette évolution n'est pas tout à fait différente de celle qu'ont vécu les autres pays latino américains.

Pendant la période coloniale, le droit applicable en Colombie (comme dans les autres colonies hispaniques) était conçu et élaboré en Espagne. Le droit métropolitain espagnol était adapté et incorporé sans tenir forcément compte des réalités complexes

¹ Décret du 27 décembre 1985, annexe 8-2 créé par un arrêté du 14 janvier 2009. En Colombie, la loi exige expressément le devoir de loyauté des dirigeants sociaux dans l'article 23 de la loi n°222 de 1995.

et variables des sociétés coloniales². C'était un droit créé en métropole pour être applicable à une société différente de celle qui existait dans les terres colonisées. Dans celles-ci, la population était composée d'indigènes autochtones, illettrés et ignorants des lois écrites (ils étaient régis par leurs propres us et coutumes) et par des « *criollos* » (fils d'espagnols nés dans les colonies latino américaines) qui étaient éduqués à la façon européenne mais s'opposaient à l'autorité du royaume.

Initialement les normes applicables aux colonies étaient celles produites par le régime de *Castilla*. Felipe II ordonna en 1614 que seul le droit découlant des normes spécifiquement rédigées pour les colonies³ serait applicable. Mais des problèmes de liaison et de transmission que pose la distance rendaient compte d'un décalage entre les ordres officiels et la réalité⁴. A ce droit s'en ajoutait un autre, local et plus adapté aux réalités sociales et économiques des indes, le droit indien. Celui-ci, fondé sur la coutume et l'équité, provenait des décisions des vice-rois, assemblées (*cabildos*) et gouverneurs locaux. Le premier, bien qu'autoritaire et inefficace, était considéré d'un point de vue formel comme un droit supérieur au droit indien.

Le royaume interdisait *de facto* aux « *criollos* » de détenir des postes dans l'administration publique. Pendant la dynastie des Bourbons ils étaient en effet exclus des affaires publiques. De ce fait, au moment de l'indépendance coloniale, la Colombie ne possédait aucune expérience, ni politique ni juridique ni administrative. Une fois détachés de l'Espagne, les révolutionnaires ont dû organiser l'Etat dans l'urgence. Cette carence favorisa l'adoption de modèles d'organisation politique et juridique venus d'autres révolutions, comme celles des Etats Unis et de la France⁵.

² Le droit espagnol était contenu dans des documents tels que *El Ordenamiento de Alcalá* (1384) *las leyes de Toro* (1505), *Nueva recopilación de Castilla* (1567) y *Novísima recopilación de Castilla* (1805). Subordonnés à ces normes, on retrouvait les chartes municipales ou fueros, lesquels devaient être appliqués faute de norme royale. En troisième lieu, il y avait les normes de droit romain et canonique contenues dans les *Siete Partidas de Alfonso X*.

³ Ainsi se créa la *Recopilacion de las Indias* de 1680 et le début d'un ordre légal spécifique pour l'Amérique espagnole.

⁴ OTS Y CAPDEQUI (José Maria), FUGIER (André), *Las instituciones del Nuevo Reino de Granada al tiempo de la Independencia.*, *Bulletin Hispanique*, 1960, vol. 62, n° 3, pp. 341-342. [en ligne]. Disponible sur <http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/hispa_0007-4640_1960_num_62_3_3673_t1_0341_0000_1> (Consulté le 15 novembre 2010)

⁵ BARBOSA (Francisco), *Justicia: rupturas y continuidades. El aparato judicial en el proceso de configuración del Estado-nación en Colombia. 1821-1853*. Bogotá: Pontificia Universidad javeriana, 2007, 266 pages.

Face aux idéaux politiques issus de la révolution nord-américaine, ceux provenant de la révolution française étaient plus universels et généraux, mieux adaptés aux nécessités du moment. Les notions de « volonté générale », « souveraineté », « droits de l'homme », « loi », « citoyenneté », furent transposés tels qu'ils avaient été conçus en France par les indépendantistes *criollos*. Ce ne fut pas le cas des idéaux anglo-saxons, qui par leur particularisme étaient plus difficilement transférables⁶.

L'indépendance a été un moment d'adoption des idées et des lois venues d'ailleurs, par opportunité mais aussi par nécessité. Les idéaux révolutionnaires venus de France modelèrent de nouvelles relations de pouvoir entre les nouveaux acteurs à l'intérieur du pays⁷. Les notions d'égalité et d'individualisme façonnèrent le droit. Ceci contrasta dans une société profondément inégalitaire et collectiviste, où la solidarité familiale permettait à l'un des membres du clan de venir en aide à l'éventuel autre membre (débiteur, celui-ci). Ce qui permettait à la victime d'avoir un responsable solvable en face.

La Révolution Française a exalté les libertés individuelles qu'elle considéra comme un droit naturel et imprescriptible de l'homme (Déclaration des Droits de l'Homme du 26 août 1789, article 2). En contrepartie de cette liberté, il y a la responsabilité personnelle. La révolution, hostile aux corps intermédiaires (comme la famille), éleva l'individu au rang de sujet de droit et le mit directement en relation avec le corps social.

Les idées prônées par les patriotes séparatistes colombiens étaient fortement influencées par la lecture des ouvrages de Diderot, D'Alembert, Voltaire, Rousseau, Hobbes, Locke et Bentham⁸. Elles contestaient le régime imposé par la royauté

⁶ GARCIA VILLEGAS (Mauricio) : *Apuntes sobre codificación y costumbre en la historia del derecho colombiano*. [en ligne]. Disponible sur <http://www.icesi.edu.co/esn/contenido/pdfs/c2-HistoriadelDerecho.pdf>

⁷ MORELLI (Sandra), *La revolución francesa y la administración territorial en Colombia*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1991, 348 pages.

⁸ Leurs œuvres étaient consultables avec une certaine liberté au Mexique, Pérou et en Colombie (Nueva Granada).

espagnole dans les indes et fortifiaient un besoin d'opposition presque haineuse que les patriotes éprouvaient vis-à-vis de la péninsule ibérique.

Le Code civil Napoléonien fut repris dans la plupart des pays latino américains. L'influence française en Amérique Latine commença avec le Code Civil de Oaxaca au Mexique en 1827. Les Codes de Bolivie (1831), du Costa Rica (1841) et de la République Dominicaine (1845) sont aussi la reprise de la codification française. Au Chili, le juriste Andrés Bello traduisit le Code Napoléonien. En 1858 la Colombie adopta un régime fédéral. Chaque Etat souverain avait la faculté de promulguer sa propre codification. En matière de droit privé, les Etats ont changé la législation espagnole par le Code de Bello. L'Etat de Cundinamarca en 1859 fut le premier à avoir adopté le code civil chilien d'Andrés Bello. Il fut suivi par l'Etat du Cauca. L'Etat de Antioquia l'a fait à son tour en 1864. Le code Chilien fut repris presque sans modifications par les Etats Unis de Colombie en 1873 pendant le régime fédéral⁹.

Par conséquent, la discipline relative à la responsabilité civile contenue dans le Code civil Napoléonien a été importée dans la compilation colombienne au lendemain de l'indépendance. Il s'agissait d'une responsabilité personnelle fondée sur la faute. La faute constituait dans le Code civil Napoléonien et dans le Code civil Colombien le seul fait générateur de responsabilité.

La responsabilité pour faute avait été conçue pour une société artisanale. Avec le temps, la société changea. Elle devint de plus en plus industrialisée et pour certains dommages, il fut difficile d'établir qui était la personne responsable. Pour des raisons de justice vis-à-vis de certaines victimes, une objectivation de la responsabilité s'est produite en France. A la fin du XIX^e siècle, le rôle de la faute comme fondement de la responsabilité diminua et la jurisprudence civile française entama une modification de la responsabilité avec son célèbre arrêt *Teffaine* du 16 juin 1896, par lequel fut instauré un principe général de responsabilité du fait des choses dont on a la garde.

⁹ Le fédéralisme colombien a survécu jusqu'en 1885.

La faute cessa d'être le fondement de responsabilité dans certains cas. La responsabilité sans faute commença à faire son chemin. Or la responsabilité civile des dirigeants sociaux resta fondée sur la faute.

La responsabilité civile de type classique a pour destinataires les particuliers. Certaines catégories de personnes qui n'existaient pas quand le Code Napoléonien fut rédigé sont également destinataires de ce régime traditionnel. C'est le cas des *professionnels*. La catégorie juridique de « professionnel » est apparue avec le temps. Si le professionnel a toujours existé comme celui qui fait profession d'un office, d'un art ou d'un métier, le sens technique du terme intéressant le droit civil s'est développé postérieurement. Il a commencé à se développer avec le commerçant. Le terme est large et inclut avec le temps d'autres personnes différentes des seuls commerçants. C'est ainsi que parmi la catégorie des professionnels, nous retrouvons les dirigeants de sociétés commerciales.

Par leur caractère « professionnel », les dirigeants sont soumis à des devoirs particuliers dont nous ferons une étude dans les pages qui suivent. L'existence de ces devoirs professionnels donne à leur responsabilité une certaine particularité.

Le régime de responsabilité civile classique (responsabilité personnelle fondée sur la faute) est applicable aux dirigeants sociaux. Mais une adaptation de ce régime traditionnel est nécessaire à leur égard, car le contenu de la faute n'est pas le même s'agissant d'un professionnel. Si pour un particulier la faute consiste en un manquement à un devoir général de prudence, pour un professionnel, il y a un alourdissement de la gamme des fautes en raison de la diligence particulière qu'il doit mettre dans l'exercice de son activité.

La faute professionnelle se concrétise d'une certaine façon, elle s'apprécie par référence non à ce qu'aurait fait un bon père de famille, mais à ce qu'aurait fait un bon professionnel de sa branche dans un métier déterminé. La responsabilité des dirigeants envers les tiers n'est engagée qu'en présence d'une faute personnelle « séparable » de leurs fonctions. A l'image de ce qui s'est produit en droit administratif français quand le Tribunal des conflits publia son célèbre arrêt *Pelletier* le 30 juillet 1873, la chambre commerciale de la Cour de cassation exige une faute

séparable des fonctions du dirigeant pour déclarer celui-ci personnellement responsable. Pour la jurisprudence administrative, l'agent public n'est responsable que s'il a commis une faute personnelle ou détachable du service, par opposition à la faute de service qui rend responsable à l'administration. En suivant cet exemple, la chambre commerciale de la Cour de cassation a longtemps adopté une position selon laquelle la responsabilité des dirigeants n'était retenue que si une faute « extérieure » ou « séparable », ou encore « détachable » des fonctions avait été commise. La Cour de cassation décida de donner pour la première fois une définition de la faute séparable des fonctions dans un important arrêt du 20 mai 2003. Dans cette décision trois éléments constitutifs de la faute séparable peuvent être dégagés. La faute doit être incompatible avec l'exercice normal des fonctions du dirigeant, elle doit avoir été commise intentionnellement et elle doit être une faute d'une particulière gravité. Plusieurs critiques ont été formulées à cette définition et il a été constaté que la responsabilité personnelle des dirigeants était rarement retenue en pratique. Peut être sommes nous dans une période d'évolution de la jurisprudence, puisqu'un arrêt de l'année 2010 a reconnu la faute séparable des fonctions pour défaut de souscription d'une assurance obligatoire et a ainsi retenu la responsabilité personnelle d'un dirigeant¹⁰. Mais la rareté des cas dans lesquels une telle faute est reconnue a été largement critiquée. Malgré ces critiques, le droit colombien a repris la théorie de la faute séparable ou détachable des fonctions, non seulement en droit administratif mais aussi en droit des sociétés, de sorte qu'une faute séparable des fonctions est exigée par les autorités judiciaires colombiennes afin de retenir la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux de ce pays. Nous consacrerons quelques pages à l'étude de la théorie de la faute séparable des fonctions et à la reprise de cette théorie par la juridiction colombienne.

Cette théorie de la faute séparable des fonctions développée en droit français a été adoptée en droit colombien d'une façon empirique, sans qu'une référence quelconque ait été faite à aucune source juridique étrangère à notre connaissance.

¹⁰ Cass. Comm, 28 septembre 2010, D.2010.2290, obs. Lienhardt ; *Ibid.* 2617, chron. R. Salomon ; RDI 2010, obs. D.Noguéro, RTDCiv. 2010 p. 785 Comm. P. Jourdain.

Nous constaterons comment le droit colombien fait application de la faute séparable des fonctions dans le cas de la responsabilité civile des dirigeants à travers certaines décisions de la *Superintendencia de Sociedades*. Nous nous référerons à la proposition faite par la doctrine française sur la faute séparable des fonctions ainsi qu'au développement qui a été fait par la jurisprudence de ce pays. Ceci afin d'éclairer le juriste colombien qui voudrait approfondir sur les origines de cette proposition théorique accueillie par la *Superintendencia de Sociedades*, car notre travail présente un intérêt didactique ou documentaire pour la doctrine colombienne.

Avant de continuer la présentation générale de notre sujet, nous voudrions faire un aperçu sur les autorités judiciaires existantes dans les deux pays étudiés. Commençons par la France. Le Tribunal de commerce est composé de commerçants (et non pas de magistrats) élus par leurs pairs. Le Tribunal de commerce français a pour origine la juridiction consulaire établie à l'occasion des foires. Sa compétence est limitée aux affaires commerciales (actes de commerce, litiges concernant les sociétés commerciales, redressement et liquidation judiciaires des entreprises commerciales). Géographiquement, certaines régions du territoire français peuvent être dépourvues de tribunaux de commerce. Les affaires commerciales sont alors jugées par le TGI (Tribunal de Grande Instance) statuant commercialement, quelque soit le montant de la demande¹¹. Il faut savoir qu'en France le TGI est la seule juridiction de droit commun du premier degré : il est compétent dans toutes les matières de droit privé qui n'ont pas été attribuées expressément à une autre juridiction (compétence résiduelle). Son ressort territorial correspond au département. La procédure est écrite et assez compliquée. Ceci justifie que la constitution d'un avocat soit obligatoire pour le justiciable. Au contraire, le Tribunal de commerce est une juridiction d'exception. Il statue uniquement sur les affaires sur lesquelles la loi l'autorise à se pencher. Les tribunaux sont composés de juges élus en nombre variable selon l'importance de l'activité du tribunal. La procédure est orale, assez simple et peu coûteuse puisque la constitution d'un avocat n'est pas obligatoire.

¹¹ FRICERO (Natalie), *L'essentiel des institutions judiciaires*, 5^{ème} édition, Paris: Gualino, Lextenso, 2010-2011, pages 31 à 37.

En Colombie le législateur a cherché à désencombrer le système judiciaire à travers diverses mesures. En ce qui concerne les conflits sociétaires, l'une de ces mesures a été la promulgation de la loi n°446 de 1998 à travers laquelle ont été adoptées des normes visant à décongestionner et rendre efficace l'accès à la justice. Nous remarquons que cette loi a donné des facultés judiciaires à une autorité administrative à caractère technique, appelée *Superintendencia de Sociedades*. Cette possibilité était admise par la norme constitutionnelle colombienne numéro 116 : «*Exceptionnellement la loi pourra octroyer des fonctions judiciaires aux autorités administratives concernant des sujets précis et déterminés*».

La *Superintendencia de sociedades* est un organisme technique rattaché au Ministère de L'Economie, avec autonomie administrative, personnalité morale et patrimoine propre. A travers cet organisme le Président de la République exerce les fonctions d'inspection, surveillance et contrôle des sociétés commerciales¹². Par son caractère technique et par la célérité avec laquelle cette autorité administrative exerce les fonctions judiciaires qui lui ont été attribuées, la *Superintendencia de sociedades* répond bien aux besoins du système colombien. Ses fonctions juridictionnelles permettent de décongestionner la justice ordinaire car un volume important de dossiers, attribués auparavant à la juridiction ordinaire en compétence résiduelle, est traité par un organisme constitué d'experts en économie, gestion et finances.

Cet organisme technique, par la loi n° 446 de 1998, a faculté de résoudre une partie significative des conflits qui ont leur origine dans l'exécution du contrat social. Ce sont en général des procédures relativement simples, dont la présence d'avocats ou de magistrats n'est pas nécessaire.

Une question importante est celle de savoir comment s'articulent les fonctions juridictionnelles de la *Superintendencia de sociedades* avec celles de la juridiction ordinaire. A ce sujet, l'article 233 de la loi colombienne n°222 de 1995 précise que «*Quand il n'a pas été prévu une clause d'arbitrage ou une amiable composition pour résoudre les conflits ayant eu leur origine dans le contrat social ou dans la loi qui*

¹² Article Premier du Décret 1080 du 19 juin 1996 par lequel se restructure la *Superintendencia de Sociedades* et sont données des normes sur son administration et ses ressources.

régule ce contrat, ceux-ci seront soumis à la procédure en référé, à moins que la loi n'ait prévu autre chose.» D'après cette norme, dans le cas de ne pas avoir prévu une clause d'arbitrage ou une composition à l'amiable dans les statuts, l'autorité qui sera compétente pour résoudre les conflits nés de l'application des statuts ou de l'application de la loi en matière de droit des sociétés sera, en principe, la justice ordinaire en premier et deuxième degré, sauf si la loi n'a pas prévu autre chose. Or la loi colombienne a en effet prévu une chose différente. Les lois numéros 222 de 1995 et 550 de 1999 ont donné des fonctions judiciaires à la *Superintendencia de sociedades* dans certains cas. D'abord, en matière de procédure collective, la loi n°222 de 1995 a donné la faculté à cet organe pour se prononcer sur le jugement d'ouverture¹³ ; sur les mesures conservatoires¹⁴ et sur la liquidation judiciaire, entre autres. Ensuite, la loi n°550 de 1999 sur la restructuration des entreprises a maintenu diverses facultés de la *Superintendencia de sociedades*, telles que l'action révocatoire. Enfin, la loi n°446 de 1998 donne à la *Superintendencia de sociedades* la faculté de résoudre les controverses entre les associés. Cette loi de 1998 donne particulièrement quatre fonctions judiciaires à la *Superintendencia*: résoudre les actions contre les décisions de l'assemblée générale d'associés ou d'actionnaires ou du conseil d'administration; déclarer la dissolution de l'entreprise, déclarer l'inefficacité et nommer des experts.

Normalement l'organe technique est habilité à exercer ces quatre fonctions dans toutes les sociétés, même sur celles qui ne sont pas soumises à sa surveillance. Mais dans le cas particulier des actions en justice contre les décisions de l'assemblée générale d'associés ou d'actionnaires ou du conseil d'administration, la *Superintendencia* est habilitée à résoudre ce type d'action uniquement si la société en question est soumise à sa surveillance. Si elle ne l'est pas, l'autorité compétente sera la justice ordinaire. Ceci est perçu en droit colombien non pas comme une discrimination, mais comme un cheminement vers la généralisation des facultés judiciaires octroyées à l'entité administrative. Ces facultés lui sont en effet conférées

¹³ Article 92 de la loi n°222 de 1995 : « Ouverture de la procédure. Une fois présentée la demande par le requérant, la Superintendencia devra se prononcer dans les trois jours suivants. »

¹⁴ Dans les articles 98 num.7 ; 138 ; 144 et 145 de la loi n°222 de 1995. Voir ces articles dans la rubrique consacrée aux articles cités à la fin de cet ouvrage.

initialement sur certaines sociétés pour s'étendre ensuite à toutes les personnes morales sans exception. Ceci a déjà été le cas dans d'autres matières, comme les procédures collectives¹⁵.

Les facultés juridictionnelles de la *Superintendencia de sociedades* ne s'opposent pas au maintien des garanties procédurales existantes dans la justice ordinaire, telles que la double instance. Le principe de la double instance veut que le plaideur qui a succombé en première instance ait le droit de faire rejuger son affaire par une juridiction hiérarchiquement supérieure. En vertu du principe du double degré de juridiction, les juridictions du premier degré, comme le Tribunal de grande instance, statuent sur l'affaire pour la première fois, alors que les juridictions du second degré, les Cours d'appel, rejudent le litige en fait et en droit. Ceci garantirait une meilleure justice. La juridiction du premier degré est constituée en Colombie par les « *jueces civiles del circuito* ». Au deuxième degré, elle est constituée par le « *Tribunal superior de distrito judicial* ».

La *Superintendencia de sociedades* émet des décisions judiciaires qui sont nonobstant susceptibles d'un recours en appel. Sans cette possibilité, le principe du double degré de juridiction serait altéré et nous serions face à un cas de discrimination judiciaire. La Cour constitutionnelle colombienne a déjà eu l'opportunité de se prononcer à ce sujet¹⁶. Dans une décision C-415 de 2002 elle affirme que, si dans la structure de l'Etat, l'administration de la justice incombe au pouvoir public, la loi peut exceptionnellement attribuer cette faculté aux autorités administratives. Cette jurisprudence analyse une norme de la loi n°446 de 1998 qui prévoit la possibilité d'agir en appel devant les autorités judiciaires, sur les décisions juridictionnelles émises par une *superintendencia*. La jurisprudence de la Cour vérifie si cette norme viole le principe d'égalité ou les garanties procédurales. Elle conclue par la négative : « ... *Dans les cas où une superintendencia exerce des fonctions juridictionnelles, l'autorité administrative devient juge. En tant que tel, elle doit interpréter la loi et*

¹⁵ REYES VILLAMIZAR (Francisco), *Derecho societario*, 2ème édition, Tome I, Bogota: Temis, 2006, 714 pages, spéc. p. 668.

¹⁶ La Cour s'est prononcée sur cette possibilité dans plusieurs décisions, dont nous mentionnerons les suivantes : C592/92 ; C212/99 ; C037/96 ; C672/99 ; C384/2000 ; C1691/2000.

l'appliquer. En vertu du principe de l'unité judiciaire, les autorités administratives dotées de fonctions judiciaires s'incorporent en lieu et place de l'autorité qui serait originellement compétente. ... L'autorité judiciaire devant laquelle le recours en appel devra être présenté sera donc le supérieur hiérarchique du juge qui a été substitué par la superintendencia (...) » Par conséquent, il est possible de faire appel des décisions judiciaires émises par la *Superintendencia de Sociedades*, devant le supérieur hiérarchique du juge qui aurait été compétent, le cas échéant.

Cette particularité du droit colombien souligne une différence avec le droit français dans le traitement judiciaire des litiges. C'est un choix législatif qui donne, pour le moment, de bons résultats en Colombie. La justice ordinaire se voit désencombrée d'un certain nombre d'affaires qui seront par ailleurs traitées plus rapidement et à travers un œil technique spécialisé. Si l'organe technique n'appartient pas à la structure judiciaire, l'interprétation faite par le Conseil constitutionnel colombien va dans le sens de l'incorporation de la *superintendencia* dans le corps judiciaire. Ceci afin de respecter le principe du double degré de juridiction qui est la garantie d'une bonne justice. C'est la raison pour laquelle nous ne disposons pas en Colombie des tribunaux de commerce comme en France.

Les normes contenues dans le Code civil français, importées en Colombie, ont largement démontré leur capacité d'adaptation à une société sans cesse changeante. Des auteurs réputés saluent la suffisance de ces normes, qui ont survécu à 200 ans d'évolution sociale. L'activité économique des dirigeants, tout comme leur caractère de professionnels, sont un exemple de cette capacité d'adaptation du droit français. Aujourd'hui, une responsabilité civile à caractère professionnel existe bel et bien en France comme en Colombie. Et elle a trouvé le support de son développement dans le sens général des normes contenues dans le Code.

La responsabilité civile professionnelle a commencé à se développer en France à partir des propositions faites par un secteur de la doctrine pour lequel le droit contemporain tend à saisir des situations concrètes que le Code civil, par sa généralité, n'a pas été en état d'appréhender. Une catégorie de personnes considérées comme des « professionnels » s'est dessinée dans le paysage juridique français depuis que le droit a reconnu une place à part aux commerçants. Professionnels et

consommateurs sont les acteurs des opérations juridiques conclues entre les commerçants et leurs clients. Ces premiers sont des « initiés » face aux particuliers profanes, et par ce biais, ils sont la partie forte dans une relation contractuelle.

Mais la catégorie des professionnels est plus large et dépasse celle des commerçants. Il y a en effet certaines personnes qui, sans avoir les qualités juridiques du commerçant, restent tout de même des professionnels. C'est le cas de certains mandataires. Par exemple, ceux qui prêtent des services juridiques, ou les dirigeants qui, quant à eux, sont des personnes professionnelles de la gestion sociétaire.

Nous verrons comment le dirigeant fait partie de ce groupe de personnes auxquelles le régime traditionnel de la responsabilité civile reste applicable, mais avec des adaptations. Au point qu'une discipline de responsabilité civile de type professionnel est reconnue par la doctrine et la jurisprudence des deux pays.

La responsabilité des dirigeants sociaux est de type professionnel. Le législateur n'est pas pour l'instant arrivé à la qualifier de cette manière, ni en France ni en Colombie. Mais nous n'avons pas de doute sur le caractère professionnel de leur responsabilité. Cette discipline dont nous étudierons les contours dans ce travail, régit le régime des devoirs et responsabilités applicable aux dirigeants sociaux.

Il nous a paru nécessaire de présenter dans ce travail les fondements de la responsabilité civile *professionnelle* des dirigeants sociaux sous un double aspect.

D'un côté, une étude des bases théoriques de cette responsabilité. Cette étude répond à l'idée selon laquelle les dirigeants sont des professionnels soumis à une série de devoirs (également qualifiés de professionnels) et à une responsabilité conséquente. Leur caractère de professionnels implique que leur responsabilité soit encore plus importante que celle qu'aurait eu un particulier dans le cadre de sa vie privée, car il existe par hypothèse une asymétrie entre la position de force qui est celle du contractant professionnel face au profane qui se voit soumis en quelque sorte aux conditions imposées par le premier.

Si on fait référence aux dirigeants sociaux, on est dans le cadre de l'entreprise. Et qui parle d'entreprise vise le plus souvent le professionnel. L'entreprise constitue en effet « l'expression économique de l'activité professionnelle d'une personne physique ou morale »¹⁷. Celui qui la dirige revêt forcément ce caractère.

Si le mot professionnel n'a pas été pour l'instant défini par le législateur, certains auteurs ont essayé de préciser les contours de cette notion. Nous verrons comment le dirigeant entre dans les critères qui ont été proposés par la doctrine française pour identifier le professionnel. Ceci est particulièrement enrichissant pour le régime colombien, car c'est en France qu'il trouve la lumière nécessaire lui permettant d'une part, d'appréhender les nouveaux acteurs juridiques de l'époque contemporaine; d'autre part, de réguler un système de responsabilité qui soit propre à ces acteurs.

Cette tendance qui considère le professionnel comme un acteur juridique à part entière et lui rend une responsabilité spécifique et plus rigoureuse n'est pas propre aux seuls pays étudiés. Elle apparaît, comme nous aurons l'occasion de le signaler, dans d'autres pays, en particulier grâce à l'influence du modèle proposé par le courant idéologique anglo-saxon connu comme la gouvernance d'entreprise (*corporate governance*).

En effet, l'idéologie prônée par cette doctrine fait référence à l'ensemble des règles qui gouvernent la conduite des dirigeants et leur imposent des limites. Le pouvoir qu'exercent les dirigeants au sein des entreprises a besoin de l'instauration de contre-pouvoirs afin d'éviter les dérives. La norme de conduite attendue des dirigeants veut que ceux-ci obéissent à certains devoirs dont le contenu sera étudié dans les pages qui suivent. Au-delà de ces limites, il y a la responsabilité.

La doctrine du gouvernement d'entreprise vient compléter le régime de responsabilité que nous estimons être celui des dirigeants, et qui pourrait être une branche à part dans la discipline juridique de la responsabilité civile. En instaurant

¹⁷ Le TOURNEAU (Philippe), *Responsabilité civile professionnelle*, 2ème édition, Paris : Dalloz Référence, 2005, 166 pages spéc p. 5-6.

des devoirs universels propres à ces acteurs économiques, elle a contribué à l'élaboration d'un régime de responsabilité spécifique aux dirigeants au niveau national. Des devoirs tels que la loyauté ou l'information font partie de la liste instaurée par cette doctrine étrangère. Nous verrons comment ces devoirs, qui n'étaient évidemment pas nouveaux dans les régimes juridiques des pays qui ont adopté la gouvernance d'entreprise, se sont vus renforcés du fait que leur exigence dépassait les frontières. Comme si le fait d'être exigibles dans d'autres pays renforçait en quelque sorte leur exigence au niveau national.

Le devoir de loyauté, bien que déjà existant dans les législations française et colombienne avant sa diffusion par la gouvernance d'entreprise, est renforcé à partir du moment où son exigence a été connue au niveau international. Exiger des normes de conduite d'une façon locale à une partie de la population exerçant une activité particulière est foncièrement différent de l'exigence universelle faite aux individus qui jouissent de la confiance des investisseurs étrangers dans les sociétés qu'ils dirigent.

La gouvernance d'entreprise a, de ce fait, aidé les législations nationales à développer un régime de responsabilité de ses dirigeants plus ou moins homogène, ce qui facilite la compréhension de la matière à tous ceux qui veulent avoir une vision comparative entre la France et la Colombie. Les disciplines française et colombienne en matière de responsabilité civile des dirigeants se voient de cette sorte encore plus rapprochées.

Le régime de responsabilité des dirigeants s'est enrichi des propositions faites par le gouvernement d'entreprise, dans un mouvement qu'on pourrait qualifier de « mondialisation normative ». Le phénomène de mondialisation actuel est caractérisé entre autres par un dépassement des systèmes de droit nationaux¹⁸. Le droit de la responsabilité n'est pas une exception à cette mouvance en ce qui concerne les

¹⁸ DELMAS-MARTY (Mireille), *Les forces imaginantes du droit, le relatif et l'universel*, Paris : Seuil, 2004, 439 pages, spéc. p.36.

dirigeants de sociétés. Du développement de stratégies transnationales à caractère privé qui affecte l'ensemble des échanges résulte la transnationalisation des sociétés. Les politiques de direction et d'administration des sociétés transnationales dépassent les seules régulations locales en matière de responsabilité des dirigeants. L'idéologie du gouvernement d'entreprise donne un début de solution au problème universel de la responsabilité des dirigeants. En effet, la faute de gestion qui entraîne leur responsabilité acquiert des contours spécifiques grâce à l'instauration de devoirs tels que la loyauté. Du devoir général de loyauté découlent d'autres devoirs fiduciaires, comme celui d'information, dont la violation produirait une faute de gestion génératrice de responsabilité.

Une approche étendue du devoir d'information dans les deux régimes nous permet de délimiter le contenu de la responsabilité. Nous signalerons aussi d'autres devoirs fiduciaires, comme celui de transparence, vigilance, efficacité et persévérance, dont la base est la loyauté et qui font partie du comportement attendu des dirigeants.

Nous remarquerons tout au long de ce travail l'importance accrue qui est celle de l'obligation générale de loyauté.

Nous verrons l'état actuel du développement législatif postérieur à l'adoption des principes issus de la gouvernance d'entreprise dans chacun des deux pays. Encore une fois, nous constaterons une extension des règles à l'intérieur du régime juridique français qui contraste avec la simplicité de celles qui découlent du régime colombien. Et nous concluons sur l'utilité de l'étude de la réglementation française qui nous aide à illustrer le régime colombien quand nous nous voyons confrontés à des lacunes dans les dispositions juridiques colombiennes.

Si l'interprétation de la loi est normalement réalisée par la jurisprudence, il n'en va pas de même dans le cas colombien du droit des sociétés. La juridiction commerciale et sociétaire dont les décisions clarifieraient la volonté du législateur est inexistante en Colombie. La tâche de préciser le contenu des normes en droit des sociétés correspond à une autorité administrative dépendant du pouvoir exécutif colombien. La seule jurisprudence en matière de droit des sociétés apparaît lors du recours en appel présenté devant le supérieur hiérarchique du juge qui a été remplacé par la

Superintendencia de sociedades en exécution de ses facultés juridictionnelles. Il est à regretter le peu de jurisprudence existant en Colombie par rapport à d'autres pays comme la France, où l'existence même des juges consulaires rend abondante la source jurisprudentielle.

La *Superintendencia de Sociedades* est l'organe compétent pour interpréter les normes commerciales. Cet organe résout des consultations et répond à des questions ponctuelles sur le fonctionnement des sociétés. A travers sa doctrine il défend les principes de la gouvernance d'entreprise et délimite les normes de conduite attendues des dirigeants colombiens. Il affirme les devoirs des dirigeants sociaux et façonne le régime de responsabilité de ses acteurs. Nous nous référerons à quelques unes de ses décisions en matière de responsabilité des dirigeants, décisions qui ont précisé le régime juridique du droit colombien.

La gouvernance d'entreprise a aussi donné des solutions au problème fréquemment lié à la responsabilité des dirigeants, celui du conflit d'intérêts. Le dirigeant prend en charge la défense d'un intérêt supérieur, qu'il doit respecter : l'intérêt social. Celui-ci doit constituer la « boussole » de l'activité du dirigeant. Ce professionnel ne doit pas perdre de vue l'intérêt supérieur sans engager sa responsabilité. Le devoir de respecter l'intérêt social est une constante dans les deux régimes.

En exigeant la loyauté des dirigeants face à la société et face aux actionnaires, la jurisprudence française a bien développé le contenu de ce devoir. L'étude de cette jurisprudence nous permet d'apporter des réponses en doctrine colombienne, puisque celle-ci ne traite pas la question d'une manière aussi complète et méthodique. Les décisions de la *Superintendencia de Sociedades* se prennent au cas par cas, au fur et à mesure des consultations qu'elle développe et d'après les questions précises qui lui sont soumises par les organismes privés ou les particuliers. Un développement plus complet de la question ne se fera qu'après une profonde réflexion à ce sujet. Nous essayons de contribuer par ce travail à cette réflexion.

Les deux systèmes juridiques français et colombien trouvent un principe de solution au problème du conflit d'intérêts dans le devoir de loyauté. Au risque de contrevenir à ce devoir, le dirigeant ne doit abuser de sa position privilégiée dans son intérêt

propre au détriment de ceux de la société qu'il dirige ou de ses associés ou actionnaires.

Des aspects spécifiques, comme les conventions réglementées, le vote intéressé et la rémunération excessive des dirigeants révèlent le cas de conflit. Ils sont fréquents dans les deux régimes juridiques qui ont dû mettre des garde-fous. Si le droit colombien adopte des solutions déjà existantes dans le système nord américain, il ne doit pas perdre de vue les solutions proposées par le droit français. Celui-ci lui offre une méthode plus générale qui permet d'identifier les limites aux agissements ci-dessus mentionnés. Les limites seraient en effet les principes généraux de transparence et d'information qui sont directement liés à celui de loyauté, principes auxquels nous ferons référence ainsi qu'aux textes de lois qui les contiennent.

La deuxième partie de notre travail sera destinée à l'étude des bases ou appuis techniques de la responsabilité civile des dirigeants sociaux. Tout d'abord, nous identifierons les sujets de droit auxquels cette responsabilité est susceptible d'être reprochée. Nous déterminerons les dirigeants responsables dans les législations française et colombienne en essayant d'apporter une définition de la catégorie juridique des dirigeants de droit et des dirigeants de fait. Cette conceptualisation des sujets serait intéressante pour la Colombie, puisque ce pays ne connaît pas pour l'instant de définition légale du dirigeant de droit. La normativité colombienne identifie les dirigeants de droit à travers certaines catégories de personnes qu'elle énumère. Les personnes qui exerceront des actes de gestion au sein d'une société, mais qui n'apparaissent pas dans la liste restrictive conçue par le droit colombien, ne seront pas considérées comme des dirigeants, pas même des dirigeants de fait. Ce pays n'admet pas en effet de définition conceptuelle du dirigeant de fait. Celui-ci reste une catégorie méconnue du droit colombien, hormis le cas que présente la récente instauration des sociétés par actions simplifiées.

Nous constaterons que les fondements techniques de la responsabilité civile dépendent dans les deux pays de l'état financier de la société. Si celle-ci est solvable, nous verrons comment le principe est dans les deux régimes celui de la responsabilité de la société. Cette dernière joue un rôle de voile protecteur sur la responsabilité patrimoniale de ses dirigeants, en prenant sur elle les conséquences (favorables ou

défavorables) de leurs agissements. Et ce n'est que si une faute détachable des fonctions est démontrée que les dirigeants assumeront les conséquences patrimoniales de leurs propres agissements.

Nous exposerons les fondements de droit de la responsabilité civile des dirigeants de sociétés. Nous verrons que la responsabilité est solidaire dans les deux régimes envers les tiers, et que son traitement normatif est différent dans les deux pays. Il existe, en effet, en France une norme pour chaque structure sociétaire, tandis qu'en Colombie une seule norme à caractère général est typifiée pour toutes sortes de sociétés. Mais l'orientation dans l'un et l'autre cas est la même : les dirigeants sont considérés comme responsables individuellement ou solidairement des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires et aux violations des statuts et aux fautes de gestion, selon le cas, envers la société ou envers les tiers.

Nous signalerons aussi les fondements de fait de la responsabilité en nous bornant à rappeler le caractère professionnel des dirigeants qui joue un rôle important dans la rigueur avec laquelle leur responsabilité sera appréciée. Le lien qui les attache à la société qu'ils dirigent sera mis en relief. Celui-ci est dans les deux cas le contrat de mandat.

Le dirigeant est responsable face à la société, face aux associés et face aux tiers. Cette déclinaison de sa responsabilité sera étudiée quant nous aborderons les conditions d'existence de la responsabilité civile dans la deuxième partie de ce travail. L'accent sera mis sur le type de faute qui peut être commise par le dirigeant social et qui engagera sa responsabilité face à la société, aux associés ou face aux tiers. Nous mentionnerons aussi le dommage et le lien de causalité. Plusieurs cas de responsabilité face à la société seront envisagés. Ils sont en effet récurrents dans les deux pays. Par exemple, la violation de la loi ou des statuts. Face aux tiers, il s'agira d'une faute de gestion dont les contours seront précisés et sont similaires dans les deux systèmes juridiques. Là encore nous nous bornerons à faire une constatation et une présentation générale de la faute de gestion dont l'aspect théorique sera utile au monde académique colombien.

Enfin, les actions en responsabilité seront présentées et les différences quant à leur exercice dans les deux pays seront mises en relief. Les actions en responsabilité ne seront pas les mêmes en France et en Colombie quand la société dirigée est en bonne santé financière, et quand elle ne l'est pas. Sur ce point, plusieurs différences d'appréciation des actions seront remarquées entre les deux régimes (le français d'une part, le colombien d'autre part).

Une fois que l'état financier de l'entreprise commence à se dégrader et que celle-ci se voit confrontée à une procédure collective de sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaires, le principe s'inverse. Ce ne sera plus la société qui répondra des dettes qu'elle n'est plus en mesure d'honorer. La responsabilité sera dans ce cas celle des dirigeants par la faute desquels la société est arrivée à une telle situation de crise de trésorerie.

La responsabilité civile des dirigeants sociaux est une responsabilité de principe quand la société traverse des difficultés financières qui la confrontent à une situation de sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaires. Tout au long de notre travail, le régime de responsabilité civile sera étudié, d'une façon plus explicative que critique, et la responsabilité exceptionnelle des dirigeants en cas de bonne santé économique de l'entreprise occupera la plus grande partie de ce document.

La raison de notre choix est simple. Les procédures collectives constituent une discipline à part dans le droit des sociétés. Elles doivent faire l'objet d'une étude à part entière qui permettra de mieux cerner les différents aspects de la responsabilité ultime en cas de rupture sociétaire : celle des dirigeants qui ont conduit l'entreprise à la défaillance.

Nous traiterons ici certes quelques aspects liés à la crise de l'entreprise et leur influence sur la responsabilité des dirigeants, en faisant mention de la législation en vigueur dans les deux pays et l'état de la question en France et en Colombie. Mais nous n'approfondirons pas sur la responsabilité patrimoniale des dirigeants fautifs en cas de crise car nous estimons que la matière obéit à une discipline complexe dont la philosophie changeante entre chaque réforme législative influence le régime de

responsabilité. L'étude de cette dernière ne devrait pas être faite en marge du droit des procédures collectives.

Nonobstant, le droit de sauvegarde des entreprises sera effleuré afin d'exposer les responsabilités patrimoniales des dirigeants (obligation au paiement des dettes sociales en cas de liquidation judiciaire et responsabilité pour insuffisance d'actifs) et de faire mention des sanctions pénales et professionnelles encourues par les dirigeants par la faute desquels la société est tombée dans la crise financière.

La loi colombienne dite *de insolvencia empresarial* viendra compléter cet exposé. Comme en France, il doit y avoir eu une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, un dommage (l'insuffisance d'actifs) et un lien de causalité entre les deux, afin de pouvoir engager la responsabilité des dirigeants. L'action en responsabilité sera présentée avec les aspects qui la différencient de l'action du régime français.

Tout au long de ce travail nous nous rattacherons à la législation en vigueur en faisant quelques références aux modifications législatives les plus significatives au moment de mettre en place le régime de responsabilité professionnelle des dirigeants dans les deux pays.

L'influence de la France est grande, nous l'avons dit, dans la jurisprudence et dans la législation colombienne. La doctrine de ce pays latino-américain s'est largement alimentée des théories venues du droit français et elle continuera sûrement à le faire puisque la Colombie reste très attachée à la France dans le domaine particulier du droit privé. Voyons dans les pages qui suivent comment cette influence s'est effectuée dans le cas des dirigeants de sociétés commerciales et comment les deux pays ont réussi à se doter d'un corps normatif complet en matière de responsabilité civile des dirigeants.

Même si, à ce sujet, la France reste plus en avance par rapport à la Colombie, ce pays latino-américain suit les pas qui ont été tracés par la doctrine et la jurisprudence étrangères, dont la française. C'est tout l'intérêt que présente notre étude : un exposé

de l'état de la responsabilité civile des dirigeants sociaux, afin qu'il puisse servir de base à des études postérieures pour le monde académique colombien.

Première partie - Les bases théoriques: Une responsabilité civile liée aux devoirs nouveaux des dirigeants sociaux

La responsabilité civile revêt des caractéristiques particulières s'agissant des dirigeants sociaux. Cette discipline s'est adaptée à des destinataires nouveaux, différents des récepteurs des normes initialement conçues par les rédacteurs du Code civil. Avec le temps les professionnels firent leur apparition dans le paysage juridique. Au fur et à mesure des obligations que la jurisprudence leur imposait, cette catégorie nouvelle de sujets de droit se détacha de celle des commerçants pour devenir une catégorie à part où on retrouve des commerçants mais aussi des prestataires de toutes sortes de services.

La jurisprudence commença à adapter le droit des obligations aux besoins d'une société en permanente évolution. Les situations régies par les contrats à l'époque contemporaine sont plus complexes que celles qui s'organisaient dans une société moins industrielle et moins technologique. Les obligations professionnelles se diversifièrent et des professionnels spécialisés dans différentes branches d'activités firent leur apparition. La jurisprudence redécouvrit des devoirs qui par leur généralité ont pu être exigés de ces nouveaux acteurs, tels la bonne foi, mais créa aussi des devoirs nouveaux à leur charge comme le devoir d'information.

Le caractère professionnel de ces nouveaux sujets de droit impliqua une interprétation du droit des obligations et la création de nouveaux devoirs. Le fait d'être des initiés maîtres de l'activité qu'ils développent, suffit à exiger une diligence particulière à leur égard. L'efficacité, la vigilance, la transparence, la persévérance firent leur apparition dans le milieu des professionnels.

Les dirigeants sociaux sont, nous allons le voir, des professionnels. Certains critères qui permettent de considérer une personne comme professionnelle sont en effet prédictibles des dirigeants sociaux. En raison des obligations que cette particularité leur impose, leur responsabilité est différente de celle qui est exigible de tout particulier. Une responsabilité civile spécifique se dérive du caractère professionnel des dirigeants sociaux (Titre I). La conduite attendue des dirigeants répond à un certain modèle qui diffère de celui du bon père de famille. Le bon professionnel sera la référence du comportement qui doit être observé. La palette des obligations professionnelles qui leur sont imposées par la jurisprudence et par la loi s'est par ailleurs nourrie des propositions faites par des théories étrangères telles la gouvernance d'entreprise (Titre II). Nous retrouvons certains devoirs de conduite proposés par cette théorie dans la législation française et colombienne. L'idéologie étrangère a par ailleurs contribué à façonner la responsabilité civile des dirigeants sociaux et à donner des principes de solution à la problématique fréquente liée à la conduite des dirigeants et connue comme le conflit d'intérêts.

1. TITRE I - UNE RESPONSABILITÉ CIVILE DÉRIVÉE DU CARACTÈRE PROFESSIONNEL DES DIRIGEANTS SOCIAUX

1.- Les dirigeants sociaux sont responsables civilement face à la société, aux associés et aux tiers. Cette responsabilité est d'autant plus rigoureuse que les dirigeants sont, ou tout au moins doivent être, des professionnels. Leur responsabilité n'est donc pas celle qui peut être exigée de n'importe quelle personne. Si le droit civil leur est applicable¹⁹, car il est exigible de tout citoyen dans la vie courante (et les dirigeants sont des citoyens comme les autres), ils ont aussi à leur charge la gestion, la prise de décisions et la représentation des entreprises, rouages nécessaires au bon fonctionnement de l'économie, garantie d'une harmonie sociale. Les dirigeants sont des acteurs principaux de l'activité

¹⁹ En particulier les articles 1382, 1383 et 1384 en ce qui concerne la responsabilité civile extracontractuelle (relatifs aux articles du Code Civil Colombien numéros 2341, 2356, 2359 et 2347). En matière de responsabilité civile contractuelle, les articles concernés sont le 1147 et suivants (relatifs à 1613 et suivants du Code Civil Colombien).

économique. «*Le public comprendrait mal que des hommes d'affaires puissent dilapider impunément les économies des actionnaires ou des créanciers sociaux.* »²⁰. D'où la nécessité d'une responsabilité renforcée: «*la responsabilité des dirigeants sociaux s'accroît à la mesure de leurs pouvoirs et de leurs devoirs*»²¹.

2.- Mais cette responsabilité renforcée n'a pas été facile à établir. Le droit commun de la responsabilité s'est d'abord montré drastique à l'encontre des vendeurs professionnels²² et, avec le temps, ce rigorisme s'est étendu à d'autres agents exerçant des activités qui ont été qualifiées de «*professionnelles* »²³. Mais il est resté abstrait et générique, incapable de prendre en considération des particularités spécifiques aux différents types de professionnels qui ont surgi avec le temps. Les articles du Code Civil de 1804²⁴ ont été en effet rédigés tenant compte d'une société artisanale. Et malgré la malléabilité de la rédaction proposée par leurs auteurs, ainsi que les efforts de la jurisprudence pour interpréter et adapter les normes à une société sans cesse changeante²⁵, les droits spéciaux ont dû intervenir pour appréhender des situations concrètes.

²⁰ GUYON (Yves), *Droit des affaires, droit commercial général et sociétés*, 12^{ème} édition, Paris: Economica, 2003, T. I., 1060 pages, spéc. n° 457 p. 500.

²¹ LAMBERT-FAIVRE (Yvonne), *Risques et assurances des entreprises*, 3^{ème} édition, Paris: Précis Dalloz, 1991, 920 pages, spéc. n° 40.

²² L'ordre juridique protège le consommateur du professionnel, personne économique et socialement plus forte que celui-ci en raison des meilleures connaissances techniques et des capacités financières plus importantes. Le consommateur est considéré comme la partie faible du contrat, et c'est pour cette raison que le droit lui octroi sa protection.

²³ Une responsabilité civile «*professionnelle* » doit être exigée des dirigeants, comme elle l'a été pour certaines catégories de personnes exerçant certaines activités ou prêtant certains services aux particuliers. Pour la création d'une responsabilité civile professionnelle à caractère général, v. M. S SERLOOTEN (Patrick), «*Vers une responsabilité professionnelle ?* », in *Mélanges Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse : 1981, pp. 805-821, spéc. p. 805 et ss. V. aussi M. Le TOURNEAU (Philippe), *Responsabilité civile professionnelle, op.cit.*

²⁴ Repris en Amérique Latine et particulièrement en Colombie depuis l'instauration du Code Civil de l'Union du 26 mai 1873.

²⁵ VINEY (Geneviève), «*Modernité ou obsolescence du Code Civil ? L'exemple de la responsabilité* », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris : Dalloz 2008, collection Libre Droit, pp.1041-1057, spéc. p. 1042.

3.- D'un point de vue général, c'est le droit commercial qui s'est initialement développé pour faire place à de nouveaux acteurs de la vie économique: le professionnel et le consommateur. Bien que ces deux catégories d'acteurs aient sans doute toujours existé (« *depuis la nuit des temps* » pour paraphraser M. Ph. Le Tourneau²⁶), leur conceptualisation a sûrement été une avancée dans les réponses du droit à la réalité mise en place par une économie de marché. « *...l'apparition de ces catégories traduit un état d'esprit du Droit contemporain : le réalisme. Il tend à saisir la réalité des situations concrètes, alors que le Droit classique pêchait, à force d'abstraction, dans une sorte d'idéalisme éthéré* »²⁷.

4.- D'un point de vue particulier, le droit civil, par son abstraction et sa généralité, n'a pas été suffisant pour organiser un régime de responsabilité adapté au cas particulier des dirigeants sociaux, tout au moins de ceux qui s'occupent d'une façon professionnelle de la vie courante des sociétés commerciales et sont rémunérés pour cette activité. C'est ainsi que le régime de leur responsabilité est complété par des lois spéciales, comme la loi sur les sociétés commerciales (du 24 juillet 1966²⁸) et par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, qui réforma celle du 25 janvier 1985 applicable quand l'entreprise était en état de cessation des paiements. Cette loi a été modifiée par l'ordonnance 2008-1345 du 18 décembre 2008 et son décret d'application du 12 février 2009. En outre, l'idéologie de la bonne gouvernance des entreprises (*corporate governance*)²⁹ a renforcé des devoirs tels que l'information ou la loyauté qui, bien qu'existant déjà pour certains d'entre eux dans le cas d'autres professionnels, vont être exigés d'une manière rigoureuse des dirigeants sociaux. Ces devoirs exigibles de

²⁶ Le TOURNEAU (Philippe), Responsabilité civile professionnelle, op. cit, n° 0.3, p.2.

²⁷ Le TOURNEAU (Philippe), Responsabilité civile professionnelle, op. cit, n°0.1, p.1.

²⁸ Et ses modifications postérieures, notamment celles apportées par l'ordonnance n°67-821 du 23 sept. 1967 sur les groupements d'intérêt économique et la loi n°89-377 du 13 juin 1989 sur les groupements européens d'intérêt économiques.

²⁹ En influant le texte des lois telles la relative aux nouvelles régulations économiques (Loi du 15 mai 2001 dite NRE qui a introduit d'importantes réformes visant un meilleur équilibre des pouvoirs dans les sociétés anonymes et la satisfaction des besoins de transparence exigés par les actionnaires), la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 et la loi pour la confiance et la modernisation de l'économie du 26 juillet 2005 dite loi Breton.

dirigeants sociaux sont précisés dans plusieurs normes légales, comme la loi du 15 mai 2001 dite NRE, le décret d'application du 3 mai 2002, la loi du 30 juillet 2003, la loi de Sécurité Financière du 1^{er} août 2003, textes de loi que nous aborderons plus loin.

5.- La qualité de professionnel des dirigeants sociaux justifie l'existence d'un régime de responsabilité qui leur soit plus adapté. Celui-ci doit combiner d'une part la rigueur de la sanction contre ceux qui sont gardiens de la confiance des associés et actionnaires et, en quelque sorte, du bon fonctionnement de l'économie, qui brisent à un moment donné la confiance des créanciers, associés ou tiers contractants. D'autre part, le besoin de ne pas effrayer ou décourager avec trop de sanctions des personnes qualifiées, qui sont nécessaires à la vie des sociétés, en les éloignant ainsi de la prise de risque propre et indispensable à la vie des sociétés. Un juste milieu doit être atteint et une confrontation entre ces deux forces opposées doit être évitée. Les mesures normatives ne doivent pas être trop contraignantes pour ne pas paralyser la gestion des sociétés et se retourner ainsi contre ceux qu'elles prétendent protéger, en l'occurrence, les créanciers, épargnants et associés. Elles ne doivent pas non plus s'avérer inefficaces dans le cas où le faible patrimoine du dirigeant n'atteint pas les proportions d'une condamnation trop sévère, même si celui-ci a souscrit une assurance de responsabilité professionnelle³⁰. *« Sanctionner les comportements déviants sans appliquer des sanctions extrêmes », telle est la recherche de mesure de la jurisprudence qui voit dans la moralisation (ou l'éthique si l'on préfère un mot plus moderne) des comportements, le rétablissement de « ce dont le commerce a le plus besoin : de la confiance »³¹.*

6.- Le métier de dirigeant est un métier à risques. Sa professionnalisation est un outil nécessaire à l'acceptation de cette activité dans un climat de confiance et à

³⁰ GUYON (Yves), Droit des affaires, droit commercial général et sociétés, op. cit., n° 457, p. 500.

³¹ KRAJESKI (Didier), *Les outils jurisprudentiels de la moralisation*, in Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau, Paris : Dalloz 2008, collection Libre Droit, page 563, spec. p. 573.

une pratique qui, ne pouvant pas être totalement étrangère à la faute éventuelle, doit être pour le moins correcte.

7.- Nous verrons dans un premier temps en quoi on peut affirmer que les dirigeants sont des professionnels, pour ensuite apprécier la nature et l'étendue des devoirs qui leurs sont exigibles en raison de cette qualité.

1.1. Chapitre I - Le dirigeant social est un professionnel

8.- D'une façon générale, on peut affirmer que le professionnel est celui qui exerce habituellement une occupation ou un travail dont il tire les moyens d'existence³². Le professionnel *fait profession de*, déclare ouvertement son occupation, afin de s'attirer une clientèle. C'est lui l'expert, celui qui connaît l'art et la technique, et peut prêter le service spécialisé à qui en a besoin. Le consommateur, le client, le particulier ou l'utilisateur, contracte avec le professionnel parce que c'est lui qui connaît l'affaire, le médecin spécialiste de telle maladie, l'architecte ou l'ingénieur expert dans le type d'ouvrage, le producteur ou fabricant qui a les connaissances explicites et organisées pour fabriquer et mettre le bien sur le marché, c'est l'avocat qui sait ce qu'il doit faire et la méthode à suivre, c'est enfin le dirigeant qui sait comment gérer une société. Conclure un contrat avec un professionnel et non avec un autre devrait être (pour celui qui accepte et devient son cocontractant) constitutif de la cause du contrat; motif déterminant et principal qui le pousse à choisir un fournisseur de biens ou de services plutôt qu'un autre³³.

³² Dictionnaire Larousse Sélection, oct. 1987, Vol. I.

³³ LARROUMET (Christian), Droit Civil, Les Obligations, Le contrat, 1ère partie, Conditions de formation, 6ème édition, Paris: Economica 2007, T.III, 608 pages, spéc. n°447. « Lorsqu'il s'agit de l'existence de la cause, on parle de la cause de l'obligation ou encore de la cause abstraite. La cause constitue un moyen de protection d'un contractant qui s'est engagé sans aucune raison envers l'autre. Il s'agit de rechercher la justification économique de l'obligation et si l'obligation n'est pas économiquement justifiée, le contrat ne sera pas valable. Lorsqu'il s'agit de l'appréciation de la conformité de la cause à la loi ou aux bonnes mœurs, et, plus généralement, de la prise en considération des raisons particulières que l'on peut

9.- Le professionnel est une personne initiée, quelqu'un de « *hautement spécialisé dans la distribution en chaîne de marchandises et de services*³⁴». Devant le manque d'une définition légale, M. Philippe le Tourneau propose sept critères pour identifier le professionnel³⁵.

1.1.1. Section 1 - Les critères qui qualifient un sujet de professionnel

10.- Afin d'identifier les critères permettant de qualifier un sujet de professionnel, il faut d'abord laisser de côté des particularités indifférentes à cette qualification. Les particularités indifférentes seraient qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale, une personne de droit privé ou de droit public, une personne commerçante ou un particulier. En effet, bien que le code de commerce définisse le commerçant comme celui qui exerce des actes de commerce et en fait sa profession habituelle (article L 121-1 du Code de commerce), le professionnel ne sera pas toujours commerçant même si le commerçant sera toujours un professionnel. Le code de commerce colombien l'a entendu ainsi : « *Les commerçants sont les personnes qui professionnellement s'occupent d'une des activités que la loi considère commerciales* » (article 10 du Code de commerce colombien).

11.- Le professionnel doit manifester avoir cette qualité. Il doit l'exprimer ou tout au moins en donner l'apparence aux tiers qui vont conclure des contrats avec lui précisément en raison de cette apparence.

12.- Il doit exercer une activité licite de production, distribution de biens ou prestation de services, et il doit faire cet exercice d'une façon habituelle, c'est-à-dire en exécutant

avoir de conclure un contrat, on parle de la cause de contrat ou de cause impulsive et déterminante ou encore de motifs principaux et déterminants.»

³⁴ Idem.spéc. n°123.

³⁵ Le TOURNEAU (Philippe), Responsabilité civile professionnelle, op. cit, n°04, p 6 et ss.

les mêmes actes d'une façon répétée dans un délai plus ou moins prolongé, car l'habitude implique une idée de permanence dans la durée.

- 13.- Son activité doit être rémunérée avec la perspective du gain. Il retire de cette rémunération ses moyens de subsistance.
- 14.- Le critère principal, selon M. le Tourneau, est l'organisation fonctionnelle pour exercer l'activité professionnelle. Cette organisation, qui peut être complexe (atelier, fabrique, usine) ou simple (boîte à outil du dépanneur), permet l'exécution efficace de l'activité et le met en situation de prévenir les risques de dommages pour les tiers³⁶. Le professionnel maîtrise une technique, il est un expert dans une activité déterminée. Voilà la différence avec le profane, qui ignore la technique.
- 15.- Enfin, le professionnel exerce une autorité sur ceux qui collaborent à la réalisation de son activité, tels des auxiliaires ou substituts. Ceux-ci sont introduits par le professionnel dans l'exécution de son contrat. Il sera donc responsable contractuellement ou extra contractuellement du fait de ses salariés, comme tout commettant est responsable du fait de ses préposés. Le dirigeant peut parfois être un salarié de la société (donc un préposé). La responsabilité sera en principe de la personne morale par application de la responsabilité du fait d'autrui.
- 16.- Cette responsabilité du fait d'autrui repose sur une idée de risque³⁷. Toute activité commerciale est à la base génératrice de risque, et en agissant dans le monde

³⁶ Le TOURNEAU (Philippe), Responsabilité civile professionnelle, op.cit, n°04, p.7.

³⁷ D'après l'art. 1384 du C. civ., équivalent aux articles 2347 et 2349 du C. civ. colombien, le commettant est responsable du dommage causé par son préposé dans les fonctions auxquelles il l'a employé. L'idée qui permet de considérer cette responsabilité du fait d'autrui est que toute activité commerciale est génératrice de risque. Pour Saleilles, le fondement de cette responsabilité est le risque, qui peut être considéré dans une double perspective : le commettant se bénéficie de l'activité de son préposé, il y tire des avantages ; c'est le *risque contrepartie du profit*. En employant des préposés plutôt que d'agir seul, le commettant multiplie les occasions de produire des dommages : c'est le *risque créé*. « Selon la formule de Saleilles, le commettant répond des fautes du préposé parce qu'il s'agit de quelqu'un qui travaille pour lui, dont il utilise l'activité à son service ; il prend donc pour lui tous les résultats de son activité, ce qu'il produira de bon comme ce qu'il produira de mal. » FLOUR (Jacques), AUBERT (Jean-Luc), SAVAUX (Eric), *Droit Civil- Les Obligations –Le fait juridique*, 12^{ème} édition, Paris : Sirey Dalloz 2007, 456 pages, spec. n°205, en citant Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, 1897, n°19, p.32.

économique à travers quelqu'un d'autre, les occasions de produire des dommages se multiplient. Le commettant est donc appelé à en assumer toutes les conséquences soient elles bonnes ou mauvaises, des agissements de ses préposés, dont l'activité lui procure un avantage³⁸, puisque cette activité est exercée pour son compte et dans son intérêt.

17.- Si les conditions de sa responsabilité sont présentes (relation de subordination, faute commise dans l'exercice de ses fonctions et dommage), le professionnel sera déclaré responsable du fait de ses auxiliaires et substituts. La responsabilité générale du fait d'autrui est reconnue s'agissant des professionnels³⁹.

³⁸ Idem. L'Avant-Projet de réforme des articles relatifs à la responsabilité civile (arts.1340 à 1386 C.civ) définit le commettant comme celui qui « a le pouvoir de donner des ordres ou des instructions en relation avec l'accomplissement des fonctions du préposé » (art.1359, Avant Projet) « Le commettant n'est pas responsable s'il prouve que le préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions. Il ne l'est pas davantage s'il établit que la victime ne pouvait légitimement croire que le préposé agissait pour le compte du commettant ». Cet Avant Projet propose une modification de la situation du préposé, en ce que sa responsabilité ne soit plus écartée purement et simplement (comme l'a admis l'Ass. Plén. dans l'Arrêt Costedoat en 2000), mais qu'elle devienne subsidiaire par rapport à celle du commettant « ce qui apparaît plus protecteur de l'intérêt des victimes tout en assurant une protection suffisante au préposé ». En outre, une autre responsabilité pour autrui est définie dans l'Avant projet (art.1360), à la charge des professionnels qui encadrent ou contrôlent l'activité d'autres professionnels en situation de dépendance économique, et en tirent un avantage du même ordre « que ceux-ci soient des membres de professions libérales comme par exemple, le médecin qui travaille au profit d'une clinique, ou des commerçants comme la filiale qui dépend d'une société mère, le concessionnaire ou le franchisé qui exerce son activité en partie au profit du concédant ou du franchiseur. La responsabilité du professionnel dominant serait alors engagée lorsque le fait dommageable commis par celui qui est en situation de dépendance serait en relation directe avec l'exercice du contrôle. » (VINEY (Geneviève), *De la responsabilité civile (articles 1340 à 1386). Avant Projet de Réforme du droit des obligations et de la prescription* / ed. par Pierre CATALA, Paris: Ministère de la Justice, la documentation française, 2006, pp141-168. Disponible sur <http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf>, spéc. pp.8-29).

³⁹ La responsabilité générale du fait d'autrui a été reconnue pour la première fois par l'arrêt *Blieck* (Cass. Ass. Plén. 29 mars 1991, *Association des centres éducatifs du Limousin c/ Cts Blieck*, D. 1991, p. 324 note Larroumet, Somm 324 obs Aubert, Viney Chr. 157). Dans l'espèce, un handicapé mental majeur, confié à un centre d'aide par le travail, provoqua un incendie dans la forêt de propriété des époux *Blieck* au cours d'un travail qu'il effectuait en milieu libre. L'action en responsabilité dirigée contre l'association gérant le centre (et contre son assureur), avait été accueillie sur le fondement d'une faute de surveillance. La Cour de Limoges, saisie en appel, maintient la condamnation mais changea la motivation (le principe même de la méthode libérale étant précisément de ne pas surveiller la personne confiée pendant son travail). La Cour invoqua alors le risque social créé par les méthodes libérales de rééducation et elle en déduit que ce risque permet d'appliquer les « dispositions de l'art.1384 al.1^{er} c.civ. qui énoncent le principe d'une présomption de responsabilité du fait des personnes dont on doit répondre ». Un pourvoi en cassation fut formé contre cet arrêt, au moyen qu'il « n'y a de responsabilité civile du fait d'autrui que dans les cas prévus par la loi, et, par suite, en retenant le principe d'une présomption de responsabilité du fait des personnes dont on doit répondre, la cour d'appel aurait violé l'art.1384 al 1^{er} c.civ. »

L'Ass. Plén.se prononça sur le revirement de jurisprudence, comparable à celui provoqué par l'arrêt *Teffaine* de 1896 au sujet de la responsabilité pour le fait des choses. L'arrêt *Blieck* affirme en effet une règle autonome de responsabilité du fait

18.- Quand on parle de la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés il faut tenir compte de l'arrêt *Costedoat*⁴⁰. Cet arrêt a décidé que le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers. Au contraire, quand il excède les limites de sa mission et qu'il commet un dommage, il peut être déclaré personnellement responsable. L'immunité du préposé cède en présence d'une faute dépassant les limites

d'autrui, qui fondée sur l'alinéa 1^{er} de l'article 1384 C.civ, prévoit un régime de responsabilité sans faute du fait des personnes qui ont accepté la charge d'organiser et de contrôler, à titre permanent, le mode de vie d'autrui. Depuis, les cas qui étaient considérés « *limitatifs* » de responsabilité pour autrui contenus dans l'art. 1384 du C.civ, sont devenus « *énumératifs* » et d'autres hypothèses peuvent dorénavant donner lieu à ce type de responsabilité, sans besoin d'apporter la preuve d'une faute personnelle du « responsable pour autrui ». VINEY (Geneviève), *Les conditions de la responsabilité*, 3^{ème} édition, Paris : LGDJ 2006, collection traité de droit civil, 1397 pages, n°789 et ss.

⁴⁰ Arrêt *Costedoat*, Ass. Plen. 25 février 2000, D 2000.673 note Ph. Brun, RTD Civ 2000.582 obs P. Jourdain, JCP 2000 I 10295 concl. Kessous et note Billiau et I.241 nos 16 et ss obs Viney. Dans l'espèce, un agriculteur qui voulait traiter ses rizières avec un herbicide, conclut avec une société, un contrat en vertu duquel celle-ci s'engagea à répandre les produits par hélicoptère. Ce traitement ayant été réalisé un jour de vent, le traitement atteignit le terrain voisin, endommageant des végétaux. Les propriétaires des fonds voisins exercèrent une action en responsabilité contre la société et le pilote de l'hélicoptère. La cour d'appel retint les responsabilités. Un pourvoi en cassation fut déposé au sujet de la condamnation du pilote-préposé. La Cour de cassation accueille ce pourvoi, par un motif de principe : « *Attendu que n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par le commettant* ».

Cet arrêt confirma la position de la Chambre Commerciale, prise dans un arrêt *Rochas* du 12 octobre 1993, dans lequel la Cour exclut la responsabilité de deux préposés de la société de parfums Valières poursuivis pour actes de concurrence déloyale par la société Rochas, au motif qu'ils avaient agi « *dans le cadre de la mission qui leur était impartie par leur employeur et qu'il n'était pas établi qu'ils en avaient outrepassé les limites...* » et que par conséquent « *aucune faute personnelle susceptible d'engager leur responsabilité n'était caractérisée à l'encontre de ses préposés dans la réalisation de l'acte dommageable* » (Com. 12 oct.1993, Bull. civ. IV n°338 p.245, D.1994 p.194 note Viney). La Ch. Com. avait limité la responsabilité du préposé au seul cas où il avait commis une « *faute personnelle* ». L'arrêt *Costedoat* du 25 février 2000 confirme cette position. Dorénavant, le préposé jouira d'une irresponsabilité à l'égard des tiers comme du commettant s'il cause un dommage sans excéder les limites de sa mission. Mais cette immunité du préposé cède en présence d'une faute dépassant les limites de sa mission. Ainsi, le droit privé accueille la distinction, propre au droit administratif, entre faute de service et faute personnelle détachable du service, évoquée par l'arrêt *Pelletier* du 30 juillet 1873.

L'Avant projet de réforme au code civil propose de modifier la situation du préposé, ne pas en écartant purement et simplement sa responsabilité personnelle comme l'a admis la Cour de cassation dans son arrêt *Costedoat*, mais en admettant qu'elle devienne subsidiaire par rapport à celle du commettant, « *ce qui apparaît plus protecteur de l'intérêt des victimes tout en assurant une protection suffisante au préposé.* » (VINEY (Geneviève), exposé des motifs, Avant projet de réforme, *op.cit*). L'article 1359-1 de l'Avant projet de réforme au code civil dispose que « *Le préposé qui, sans commettre de faute intentionnelle, a agi dans le cadre de ses fonctions, à des fins conformes à ses attributions et sans enfreindre les ordres de son commettant ne peut voir sa responsabilité personnelle engagée par la victime qu'à condition pour celle-ci de prouver qu'elle n'a pu obtenir du commettant ni de son assureur réparation du dommage* ».

de sa mission. L'arrêt Cousin de l'Ass. Plén. du 14 décembre 2001 a apporté une précision quant au critère de la faute personnelle, en décidant que « *le préposé condamné pénalement pour avoir intentionnellement commis, fût-ce sur l'ordre du commettant, une infraction portant préjudice à un tiers, engage sa responsabilité civile à l'égard de celui-ci* »⁴¹.

19.- Ces principes s'appliquent dans le cas des dirigeants. La faute commise par un organe de la personne morale, c'est-à-dire par un dirigeant qui agit en son nom, est en principe une faute de celle-ci dont elle doit réparer les conséquences dommageables. Dans les rapports de la société avec les tiers, les dirigeants ne sont pas en principe responsables des fautes de la personne morale. Mais s'ils ont commis une faute personnelle « séparable » de leurs fonctions, ils seront personnellement responsables. Concernant les dirigeants sociaux, la Cour de cassation admet la distinction entre « faute personnelle » et « faute séparable ou détachable de ses fonctions » au sein de la société ». La faute séparable est celle qui survient « *lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions sociales* » (Cassation commerciale du 20 mai 2003)⁴². La commission d'actes frauduleux remplit cette condition. Nous en reviendrons plus loin lorsque nous traiterons de la faute.

⁴¹ Arrêt Cousin de l'Ass. Plén. du 14 décembre 2001, JCP G 2002, II, 10026 note Billau. En l'espèce, le préposé, comptable salarié d'une société, avait bien agi dans la limite de sa mission mais, ce faisant, il avait commis une faute d'une particulière gravité en réalisant des faux afin de permettre à sa société d'obtenir des subventions destinées à financer de faux contrats de qualification. Cet arrêt pose une limite à l'irresponsabilité civile du préposé vis-à-vis la victime. Cette irresponsabilité est écartée si le dommage résulte d'une infraction intentionnelle, commise par le préposé, même si elle l'a été avec l'accord ou même l'ordre du commettant.

⁴² Cass. Com., 20 mai 2003 Mme Seusse v/s Société d'application de techniques de l'industrie (SATI), Recueil Dalloz, 2003, n°38, pp.2623-2627, note Bruno Dondero. dans un cas où le gérant avait volontairement trompé un fournisseur sur la solvabilité de la société qu'il dirigeait. D. 2003, sommaires commentés, pp.1502-1504, obs Alain Lienhard, Responsabilité des dirigeants : la Chambre Commerciale définit la faute séparable des fonctions, Recueil Dalloz 2004, Sommaires commentés, p.266, note Jean – Claude Hallouin, La faute séparable des fonctions de dirigeant de société. J-F Barbieri, Responsabilité civile des personnes morales et de leurs dirigeants : précisions sur les contours de la « *faute séparable* », Rev. Soc. 2003 p. 479.

20.- Enfin, le professionnel sera responsable tant pour le fait des choses qu'il utilise dans l'exercice de son métier, que pour le fait des personnes qu'il emploie pour exécuter ses contrats⁴³. Il s'agit à présent de vérifier si ces critères permettant de qualifier une personne de professionnelle sont applicables aux dirigeants sociaux.

1.1.2. Section 2 - Ces critères sont applicables aux dirigeants sociaux

21.- Si on adapte les critères que nous venons de voir au cas particulier des dirigeants sociaux, nous constatons que les dirigeants sont des professionnels. En effet, chacune des caractéristiques proposées par Monsieur le Tourneau s'adapte aux dirigeants sociaux et toutes font de ceux-ci des destinataires spéciaux des normes sur la responsabilité civile. Reprenons les différents points caractérisant les professionnels afin de montrer que les dirigeants sociaux rentrent dans cette catégorie juridique.

22.- Le dirigeant peut être une personne physique ou morale, de droit privé ou de droit public⁴⁴. Il sera investi individuellement ou collégalement selon le cas, « *de l'un au moins des trois pouvoirs suivants : d'une part, le pouvoir de représentation externe qui fait du dirigeant le porte-parole de la société dans ses rapports avec les tiers ; d'autre part le pouvoir de direction interne qui le place au sommet de la hiérarchie sociale ;*

⁴³ Lorsque le préposé utilise une chose qui lui a été confiée par le commettant pour l'exercice de ses fonctions, sans transgresser les ordres de celui-ci ni dépasser les limites de sa mission, la garde appartient au commettant. La victime pourra poursuivre le commettant sur le fondement de l'article 1384 alinéa 1^{er} ou art. 1385. « *Mais cela ne l'empêche pas d'invoquer également contre lui l'article 1384 alinéa 5, de préférence à l'article 1384, alinéa 1^{er}, ou concurremment avec ce texte.* » (VINEY (Geneviève), *Les conditions de la responsabilité, op.cit, spéc.* n°716). Il existe en principe une incompatibilité entre les qualités de préposé et de gardien. Exceptionnellement la garde peut appartenir au préposé, en particulier quand il a agit de manière indépendante. Cela se produit quand le préposé a utilisé la chose, de propriété du commettant, en dehors du cadre normal de ses fonctions, ou bien parce qu'il l'a utilisée à d'autres fins différentes de celles recherchées dans le cadre de sa mission, ou au mépris des ordres qui lui avaient été données. (*Idem* n°684)

⁴⁴ Cass. Com. 8 janvier 2002, AJDA du 23 septembre 2002, n°11 p.808 note Claymour (Guylain), dans une affaire où le maire d'une commune, président du conseil d'administration d'une société d'économie mixte mise en redressement, puis en liquidation judiciaires, est condamné à une mesure de faillite personnelle.

enfin le pouvoir de contrôle qui l'érige en censeur des actes accomplis par d'autres organes. »⁴⁵

23.- Le dirigeant est donc entendu d'une manière extensive, car la notion inclut aussi les membres du conseil de surveillance et non pas seulement les organes de gestion ou de représentation.

24.- Le dirigeant agit au nom de la société, c'est-à-dire qu'il *manifeste avoir cette qualité*⁴⁶ ou tout au moins en donne l'apparence. Traditionnellement, l'idée qui en découlait était basée sur la théorie de la représentation. Selon cette théorie, pour pouvoir exercer ses droits pécuniaires et extra-pécuniaires, la société doit recourir à des personnes physiques pour éviter de rester en léthargie⁴⁷. La situation juridique de ces dirigeants était analysée à travers la notion de *mandat*. Mais les limites de cette notion incitèrent à son abandon par une grande partie de la doctrine contemporaine française et étrangère⁴⁸. En effet, le dirigeant ne peut pas être mandataire des associés puisqu'il agit au nom et pour le compte de la société, et il ne peut pas être le mandataire de la société, puisque le mandat implique deux volontés et la société n'a pas de volonté propre. Donc certains auteurs, comme M. Ph. MERLE, préfèrent parler de *représentation originale* de la personne morale par ses *organes*⁴⁹. Selon cette théorie dite *organiciste*, la gestion sociale est exercée par des organes à travers des personnes légalement ou conventionnellement⁵⁰ habilitées à administrer la société, mais à la

⁴⁵ PETIT (Bruno), *Droit des sociétés*, 4^e édition, Paris : Litec, 2008, 286 pages, spéc. n°84. « *Jamais un organe ne cumule ces trois pouvoirs et il arrive qu'il ne détienne qu'un seul d'entre eux : tel est le cas du conseil de surveillance, qui se borne pour l'essentiel à contrôler la gestion du directoire. Mais il se peut également qu'un même organe cumule deux pouvoirs : le gérant de SARL est ainsi chargé à la fois de diriger la société dans l'ordre interne et de la représenter dans l'ordre externe ; de même le conseil d'administration de la SA reste, malgré les retouches apportées par la loi du 15 mai 2001, investi du double pouvoir de représenter la société et de contrôler la gestion du directeur général.* ». Malgré ces différences, les règles relatives à la responsabilité sont « *identiques ou comparables* ».

⁴⁶ Le TOURNEAU (Philippe), *Responsabilité civile professionnelle*, *op.cit*, p.6, en présentant le premier des critères qui qualifie le professionnel comme tel.

⁴⁷ MERLE (Philippe), *Droit commercial, sociétés commerciales*, 13^eème éd, Paris : Précis Dalloz Droit Privé, 2009, 939 pages, spéc. n° 94.

⁴⁸ REYES VILLAMIZAR (Francisco), *Derecho societario*, 2^eème édition, Tome I, Bogota: Temis, 2006, 714 pages, cite des auteurs tels que les Argentins Juan Maria FARINA et C.A. Vanasco.

⁴⁹ MERLE (Philippe), *Droit commercial, sociétés commerciales*, *op.cit*, spéc. n° 94

⁵⁰ Pour certains auteurs cette incarnation ne peut être que légale: « le dirigeant est un représentant légal et non conventionnel : il est un organe de l'institution société dont le rôle et les pouvoirs sont pour l'essentiel définis par la loi et hors de portée de la volonté privée des associés » (PETIT (Bruno), *Droit des sociétés*, *op. cit*, spéc. n°86).

différence du représentant, ces personnes n'ont pas une individualité juridique propre distincte de celle de la société. L'organe forme un ensemble avec la société et les actes accomplis par ce premier sont réputés l'avoir été directement par la société et non par un représentant agissant en son nom⁵¹. Les dirigeants sont présentés comme des organes de la personne morale plus que comme des mandataires, mais en pratique le mandat resurgit fréquemment et la qualification de « mandataires sociaux » est récurrente⁵².

25.- L'activité exercée par le dirigeant est une prestation de services et bien qu'elle soit rémunérée la plupart du temps, il arrive que cette prestation ne soit pas onéreuse. Le fait de ne pas avoir été rémunéré n'a pas d'incidence sur la détermination de la responsabilité, mais réduit la rigueur avec laquelle les juges considèrent sa responsabilité personnelle⁵³. C'est comme si le fait d'exercer la fonction de direction bénévolement ôtait une des conditions de la professionnalisation de l'activité et de ce fait, la responsabilité encourue ne serait plus celle du professionnel mais celle de droit commun exigible de toute personne dans ses rapports contractuels ou extracontractuels avec les tiers.

26.- Les dirigeants opèrent à l'intérieur d'organes de la société : telle serait leur *organisation fonctionnelle*. Ces organes font partie d'une organisation plus importante : la société elle-même. Cette organisation serait donc, s'agissant des dirigeants, à deux niveaux : l'un immédiat, et l'autre plus général. C'est grâce à leur appartenance à des organes de direction, représentation ou contrôle (niveau organisationnel immédiat), que le dirigeant exercera ses fonctions légales et statutaires d'une façon habituelle, ce qui comprend la répétition des mêmes actes dans la durée, même si l'habitude n'implique pas l'idée qu'il soit déclaré personnellement commerçant, car les actes de commerce sont accomplis par la société qui aura, elle seule, la qualité de commerçante (niveau général d'organisation).

⁵¹ REYES VILLAMIZAR (Francisco), *Derecho societario*, *op.cit.*, spéc. p.563.

⁵² PETIT (Bruno), *Droit des sociétés*, *op.cit.*, spéc. n°86

⁵³ Collection Lamy droit civil, *Lamy Droit de la responsabilité, Les responsabilités professionnelles – Les dirigeants sociaux*, [novembre 2006] étude 480 « *Les dirigeants responsables* », spéc. n°480-40.

27.- Comme pour tout professionnel, cette organisation lui permettra d'être efficace dans son activité. Il lui sera possible de l'exercer conformément à la maîtrise des connaissances techniques de gestion, ou tout au moins, selon son expérience. Ainsi il est affirmé par Cozian, Viandier et Mme Deboissy, que « *Dans les grandes sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, ..., les dirigeants sont choisis en raison de leurs compétences techniques. Ce sont des managers professionnels ne possédant qu'une part infime du capital ; les sociologues parlent de technostructure ...* »⁵⁴. Le dirigeant est, comme n'importe quel professionnel, *maître de ses techniques*, autrement dit, c'est un initié et non pas un profane⁵⁵.

28.- Enfin, le dirigeant a autorité sur les salariés de la société qui exécutent les contrats de celle-ci. La société agit à travers ses représentants ; l'autorité sera donc exercée par les dirigeants sur les travailleurs, auxiliaires ou substituts que la société introduit dans l'exécution de ses obligations contractuelles. En vertu de leur subordination et par application du principe général de responsabilité civile du fait d'autrui, particulièrement celle des commettants par le fait des préposés, ainsi que du principe du voile protecteur qu'exerce la société (quand elle est solvable) sur les agissements de ses dirigeants⁵⁶, la société sera directement responsable si ses dirigeants, salariés ou pas, causent un dommage dans l'exécution des contrats, s'ils n'ont pas en tout cas agi

⁵⁴ COZIAN (Maurice), VIANDIER (Alain), DEBOISSY (Florence), *Droit des Sociétés*, 22^{ème} édition, Paris: Litec 2009, 725 pages, spéc. n° 253.

⁵⁵ Le TOURNEAU (Philippe), *Responsabilité civile professionnelle*, op. cit, p. 7.

⁵⁶Le dirigeant ne répond pas personnellement, en principe, des dettes contractuelles ou dérivées d'une disposition légale incombant à la société. Il sera responsable s'il est, par exemple, associé en nom collectif, ou si la société tombe en liquidation judiciaire et une faute personnelle lui est reprochable. En principe, la société joue un rôle de voile protecteur vis-à-vis du dirigeant, qui, d'un côté, ne sera responsable que de ses propres fautes et n'a pas à assumer les obligations qui incombent à la personne morale elle-même ; et d'un autre, doit avoir commis une faute « *détachable* » ou « *personnelle* », distincte de celle de l'organe dirigeant de la personne morale. V. VINEY (Geneviève), *Les conditions de la responsabilité*, op.cit, spéc. n°857.

sans excéder les limites de la mission qui leur avait été impartie⁵⁷ et s'ils n'ont pas abusé de leur fonction.

29.- Les dirigeants sociaux sont donc des professionnels. Une fois établi le caractère professionnel de ces agents, il est possible de mieux appréhender la gravité de leur conduite. Comme tous les professionnels, les dirigeants sont soumis à des devoirs spécifiques. Ces devoirs donnent un aperçu du modèle de comportement que les dirigeants doivent observer. La non observation de ses obligations constitue une faute professionnelle et engage leur responsabilité.

30.- Voyons quel est le modèle de comportement attendu des dirigeants qui permet d'apprécier la faute. Une fois exposé ce modèle de conduite, nous verrons les devoirs que les dirigeants doivent observer dans l'exercice de leur activité professionnelle. Le modèle de conduite et les devoirs donnent à la responsabilité des caractéristiques particulières permettant de sanctionner les dirigeants plus rigoureusement que s'il s'agissait d'un particulier.

Conclusion du Chapitre I

Un sujet est qualifié de professionnel à partir du moment où un certain nombre de critères sont réunis. En faisant échec au manque définition légale, nous avons suivi l'ensemble des conditions proposées par M. Philippe le Tourneau permettant de qualifier quelqu'un de professionnel. Ainsi, nous remarquons que la qualité de professionnel s'acquière principalement lorsque la personne est organisée fonctionnellement pour exercer l'occupation licite qu'elle déclare ouvertement exécuter. Le professionnel est une personne initiée. Chacune des caractéristiques proposées par M. le Tourneau peut être adaptée aux dirigeants sociaux. Les dirigeants sont en effet organisés fonctionnellement à deux niveaux : à un niveau immédiat, car ils appartiennent à un organe social de direction, représentation ou

⁵⁷ Voir jurisprudences *Blieck* et *Costedoat* aux numéros 17 et suivants *supra* et les notes en pied-de-page, ainsi que le chapitre dédié à la faute détachable des fonctions dans la deuxième partie de ce travail aux numéros 495 et ss. *infra*.

contrôle et à un niveau général car l'organe social auquel ils appartiennent fait lui-même partie intégrante de la structure de la société. Par ailleurs, les dirigeants « *font profession de* », c'est-à-dire, ils déclarent ouvertement avoir la qualité qu'ils détiennent. Les dirigeants sociaux rentrent par conséquent dans la catégorie juridique des « professionnels ». La qualité de professionnel justifie l'existence d'un régime de responsabilité plus adapté.

1.2. Chapitre II - Les particularités de la responsabilité civile professionnelle des dirigeants sociaux

31.- Sans prétendre que le droit de la responsabilité civile des dirigeants soit séparé du droit civil, car il y puise naturellement ses éléments, nous constatons qu'il connaît des particularités qui le détachent du droit civil classique et lui donnent en quelque sorte sa propre autonomie⁵⁸.

⁵⁸Le législateur a créé des régimes autonomes de responsabilité professionnelle octroyant les mêmes droits aux cocontractants et aux tiers. Certains régimes légaux sur des professionnels adoptent une responsabilité objective, et rejettent la distinction entre régimes contractuel et délictuel. C'est le cas en matière de produits défectueux (art. 1386-1 C.civ) ou de garantie légale de conformité au contrat (art. L211-4 C. consommation). Ces régimes objectifs ne parlent pas de faute du professionnel, mais de défaut de la chose ou de la prestation promise pour statuer sur la responsabilité du professionnel, et se basent plus sur une idée de risque que sur la culpabilité. Pour Serlooten, grand défenseur de la reconnaissance d'une responsabilité professionnelle autonome, l'admission de cette autonomie aurait l'avantage de réconcilier les partisans de la faute et ceux du risque. En effet, même si les partisans de la responsabilité à fondement moral n'admettent pas la généralisation d'un système ne faisant pas de référence à la culpabilité, ils reconnaissent tout de même la valeur de la théorie du risque « *et sont prêts à admettre cette théorie sous la forme de celle du risque-profit* ». Reconnaître l'autonomie de la responsabilité professionnelle permettrait, en lui appliquant la théorie du risque-profit (alors que les autres branches de la responsabilité resteraient gouvernées par la faute), de satisfaire les points de vue opposés des deux groupes de partisans. Et en même temps, l'idée originale relative à la responsabilisation des professionnels serait ré adoptée. C'est celle du risque professionnel « *qu'on a par la suite déformée en voulant l'étendre. C'est ainsi que Ripert prétendait que la responsabilité pour risques doit être admise uniquement pour les professionnels* ». (SERLOOTEN (Patrick), *Vers une responsabilité professionnelle*, *op.cit*, spéc. p.820). Le développement d'un droit du risque professionnel se substituerait à la faute professionnelle et expliquerait l'admission d'une obligation de sécurité à charge des professionnels (FERRIER (Didier), « *Le droit de la consommation, élément d'un droit civil professionnel* », in *Liber Amicorum, Mélanges Jean Calais-Auloy*, Paris: Dalloz 2004, pp. 373-384, spéc. page 373).

32.- Le droit de la responsabilité civile des dirigeants puise naturellement ses éléments du droit commun. Le Code Civil est en général la ressource naturelle du juge qui se voit confronté au silence des lois spéciales. En matière de responsabilité, le droit civil complète les dispositions particulières qui sont mal sanctionnées ou pour lesquelles il n'existe pas de sanction spécifique. La jurisprudence fait référence au droit commun quand rien n'est établi dans les normes spéciales. Elle trouve dans celui-ci les bases juridiques qui lui permettent d'imposer une sanction à un comportement qui n'a pas de sanction légale. Le droit commun inspire aussi le législateur quand il convient d'attacher une sanction à la violation d'un devoir de comportement. Par exemple, en matière de droit d'inspection, le droit colombien stipule que si un dirigeant ne permet pas aux associés d'exercer leur droit d'inspection sur les documents de la compagnie, celui-ci pourra être révoqué et condamné au versement de dommages et intérêts⁵⁹. La sanction spéciale (révocation) complète la sanction générale (dommages et intérêts). Donc une sanction plus importante peut être prononcée à l'encontre des dirigeants en cas de violation de ce devoir spécifique. On voit ici comment le législateur trouve dans le droit commun une partie de la sanction. Le droit civil restera toujours, d'après Monsieur Pierre Catala, le « *fonds commun de notre raison juridique* »⁶⁰.

33.- Mais le droit de la responsabilité civile des dirigeants a des particularités qui le détachent du droit commun applicable à tous les particuliers et le rendent autonome par rapport à celui-ci⁶¹. Il s'agit d'une responsabilité professionnelle. Cette particularité

⁵⁹ Article 48 de la loi colombienne n°222 du 20 décembre 1995.

⁶⁰ CATALA (Pierre), *Avant Projet de Réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris: Ministère de la Justice, la documentation française, 2006, 208 pages. Disponible sur <http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf> et sur [http://www.lexinter.net/JF/avant_projet_de_reforme_du_droit_des_obligations_et_de_la_prescription_\(projet_catala\).htm](http://www.lexinter.net/JF/avant_projet_de_reforme_du_droit_des_obligations_et_de_la_prescription_(projet_catala).htm)., Rapport à M. Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005, spéc. p. 11.

⁶¹SERLOOTEN (Patrick), *Vers une responsabilité professionnelle ? op.cit.* La responsabilité professionnelle dépasse la « *summa divisio* » traditionnelle de responsabilité délictuelle et contractuelle : La responsabilité professionnelle sera retenue indépendamment de tout recours à la responsabilité contractuelle ou délictuelle, et même si cette faute sera le plus évidente dans des relations contractuelles, la jurisprudence n'applique pas toujours uniquement les règles de la responsabilité contractuelle. S'agissant des professionnels, il est difficile de qualifier leur responsabilité d'une façon définitive pour la faire entrer dans l'un des deux moules préexistants. Parfois la jurisprudence qualifie la responsabilité de certains professionnels de contractuelle, parfois pour d'autres professionnels elle sera objective, ou même elle sera qualifiée simplement de responsabilité professionnelle comme s'il s'agissait d'une troisième catégorie. Même pour les dirigeants il n'est pas certain que la responsabilité soit contractuelle ou extra contractuelle. Le plus souvent, la responsabilité des professionnels sera

change la perception qu'on pourrait avoir de la responsabilité de ces acteurs économiques. D'abord la faute professionnelle n'est pas la faute de type classique. Quand nous sommes dans le cadre des professionnels, il y a un alourdissement de la responsabilité encourue par celui qui a causé le dommage. Nous avons vu comment la qualité de professionnel est utilisée pour qualifier une faute légère en faute lourde, et la faute très légère, juridiquement neutre, est au minimum une faute légère pour un homme de métier. La prise en compte de cette qualité rend la responsabilité des dirigeants en quelque sorte différente de celle encourue normalement par toute personne dans ses relations contractuelles ou extra contractuelles avec les autres. Ensuite, l'inclusion de toute une série de devoirs spécifiques aux professionnels donne un aperçu du modèle de conduite que ceux-ci doivent observer.

- 34.- Le modèle de conduite exigible des professionnels et par là des dirigeants, n'est pas celui de l'homme moyennement prudent et diligent, en d'autres mots celui du *bon père de famille*, mais celui de l'homme de métier, qui doit être encore plus diligent et avisé car il est le maître de son activité et il génère à travers celle-ci une rémunération qui peut constituer son seul moyen de subsistance (Section 1).
- 35.- Comme tous les professionnels, les dirigeants sont soumis au respect d'obligations contractuelles qui leur sont spécifiques, dont les contours ont été établis par la jurisprudence, mais aussi par des courants idéologiques transnationaux, tels la gouvernance d'entreprise (*corporate governance*) (Section 2).

1.2.1. Section 1 - Modèle de comportement

- 36.- De façon générale, le professionnel est soumis à des règles de comportement spécifiques en raison de caractéristiques qui le distinguent de tout profane. Par

contractuelle, car le lien qui les unit à leurs clients est de ce type, mais les règles de la responsabilité contractuelle ne leur sont pas toujours appliquées. En effet, la jurisprudence a admis que les tiers pouvaient se prévaloir du contrat qui lie un professionnel et un non professionnel pour réclamer l'indemnisation du dommage qu'il a subi à cause de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat.

l'activité qu'il exerce, et en particulier parce qu'il offre, d'une manière générale, ses services au public, il doit inspirer confiance. S'il trahit cette confiance, il doit en assumer les conséquences⁶².

37.- La jurisprudence a admis depuis longtemps que les facteurs de supériorité, comme par exemple le fait d'être un initié dans un art, ou un *professionnel*, rend la conduite exigible plus rigoureuse.

38.- En effet, selon Mlle. Viney, il ressort de l'étude de la jurisprudence que « *celle-ci a accepté de prendre en considération certains traits de la personnalité, comme les inaptitudes physiques et les causes de supériorité individuelle, pour déterminer le degré de prudence, de diligence, de compétence, d'habileté... exigé du sujet, mais qu'en revanche elle a toujours fait abstraction des infériorités d'ordre mental, psychologique ou caractériel* »⁶³.

39.- Les tribunaux ont un pouvoir d'appréciation considérable dans la constatation du comportement fautif du professionnel. « *Pour dégager la "norme fondamentale de comportement", le juge dispose donc d'un certain nombre de repères qui lui sont fournis notamment par les usages et les réglementations professionnelles, mais il lui reste néanmoins une part d'initiative très importante.* » A défaut d'autres références, « *les tribunaux peuvent et doivent même avoir recours à la morale et à l'équité qui, bien qu'extérieures au droit, sont communément considérées comme devant inspirer celui-ci.* »⁶⁴

40.- La méthode utilisée par le juge pour déterminer l'attitude qui aurait du être prise par l'auteur du dommage est la méthode *in abstracto*. Il se réfère au type abstrait du *bon professionnel*. Le modèle d'appréciation de la conduite ne sera plus celle du bon père de famille, voire celle du bon commerçant, mais celle du *bon professionnel*. Ce critère

⁶² VINEY (Geneviève), *Responsabilité des professionnels, Rapport de synthèse*, Colloque « *La responsabilité des professionnels* », Rouen, 26 et 27 janvier 2001, Université de Rouen, Petites Affiches, 11 juillet 2001, n° 137, pp. 95-103.

⁶³ VINEY (Geneviève), *Les conditions de la responsabilité*, op.cit, spéc. p.410.

⁶⁴ VINEY (Geneviève), *Les conditions de la responsabilité*, op, cit, spéc. n° 461, p. 398.

est à la fois plus concret et plus étendu que celui utilisé en droit commercial, car il ne se limite plus à la seule catégorie des commerçants. Il sort des limites de cette catégorie, et en même temps, fait référence à chaque profession en particulier, car « *Il y a plusieurs demeures dans la maison du professionnel : Grande est la diversité des figures s'abritant sous ce nom !* »⁶⁵

41.- Pour Mlle. Viney, une première approximation du type abstrait est l'attitude de « l'homme normal » ou de « l'homme raisonnable et avisé », « *ou encore, pour employer une expression un peu désuète, qui traduit littéralement la formule romaine, du « bon père de famille* »⁶⁶. Mais le standard de l'homme raisonnable n'est pas unique ; il varie en fonction de la difficulté de l'activité exercée. Ainsi, pour apprécier « *les devoirs qui s'imposent à un professionnel dans l'exercice de sa profession, le juge ne se réfère évidemment pas à ce qu'on aurait pu attendre normalement d'un profane, mais à ce qu'il était raisonnable d'exiger d'un « bon professionnel de sa spécialité. ... Autrement dit, le standard de l'homme raisonnable doit être adapté à la nature de l'activité visée* ».

42.- Ensuite, il doit y avoir une prise en considération des données concrètes de l'auteur du dommage. Son attitude doit être comparée à l'attitude qu'aurait eue un professionnel de sa spécificité, prudent, raisonnable et avisé, placé dans la même situation. La méthode *in abstracto* nécessite alors d'être complétée par des circonstances concrètes, et le domaine d'activité en serait la principale. « *...même les plus chauds partisans de l'appréciation in abstracto de la faute civile ont toujours admis que le juge doit tenir compte, pour déterminer la conduite qui devait être observée, de toutes les circonstances de fait extérieures à la personne de l'agent* »⁶⁷. « *Toute omission est répréhensible si un " bon professionnel", placé dans les mêmes*

⁶⁵ Le TOURNEAU (Philippe), *Responsabilité civile professionnelle, op.cit*, p.17, spéc. n° 1.11.

⁶⁶ VINEY (Geneviève), *Les conditions de la responsabilité, op, cit, spéc. n° 462 p. 401.*

⁶⁷ VINEY (Geneviève), *Les conditions de la responsabilité, ob, cit, spéc. n° 464 p. 403.* « Cette solution est d'ailleurs en parfait accord avec le postulat sur lequel repose le principe de l'appréciation *in abstracto* car le propre de l'homme raisonnable consiste précisément à ajuster son comportement aux circonstances auxquelles il se trouve confronté à chaque instant. »

circonstances, avait agi »⁶⁸. Le modèle de conduite sera un modèle spécifique, plus concret et surtout, pas le même pour tout type de professionnel, car il dépendra de la profession particulière. « *Le comportement du professionnel ne doit pas être celui de tout bon professionnel, mais celui de tout bon professionnel dans tel métier* ». ⁶⁹

43.- Si dans le droit civil classique, la faute contractuelle s'apprécie *in abstracto*, selon le comportement du *bonus pater familias*, cette référence à l'homme prudent, avisé, diligent, ne peut pas être utilisée quand il s'agit des professionnels. Ces personnes ont des relations commerciales ou de services avec leurs partenaires, et on verrait mal un dirigeant social agissant avec la prudence propre au bon père de famille, puisqu'il est dans le monde des affaires. « *Le professionnel est spécialisé, il est rémunéré pour le service qu'il rend, aussi peut-on attendre de lui plus que du « bon père de famille ». On exigera qu'il se comporte en bon professionnel* ». ⁷⁰

44.- De façon particulière, la faute du dirigeant s'apprécie *in abstracto*, c'est-à-dire par référence à la conduite d'un dirigeant prudent, diligent et actif, ce qui ne signifie pas qu'on ne tienne pas compte d'éléments concrets. « *Non seulement la conduite de l'intéressé sera jugée par référence à celle d'un dirigeant de même catégorie mais encore on placera ce type de comparaison dans les mêmes circonstances que l'auteur du dommage. En effet, on ne doit pas exiger les mêmes diligences de l'administrateur d'une société anonyme de dimension familiale et du président du conseil d'administration d'une société cotée en Bourse. On ne peut pas non plus demander la même qualification à un gestionnaire professionnel et au salarié non cadre siégeant en cette qualité au conseil d'une société.*»⁷¹.

45.- La jurisprudence et le législateur ont par ailleurs instauré des devoirs spécifiques à la charge des professionnels, édifiés sur le principe général de bonne foi et des « suites du contrat ». Cela permet de relever la faute quand ils ont eu un comportement

⁶⁸ Le TOURNEAU (Philippe), *Responsabilité civile professionnelle*, op.cit. p. 65 spéc. n° 2.39.

⁶⁹ SERLOOTEN (Patrick), *Vers une responsabilité professionnelle ?*, op.cit. p. 810

⁷⁰ SERLOOTEN (Patrick), *Vers une responsabilité professionnelle ?*, op.cit., spéc. p. 810

⁷¹ GUYON (Yves), *Droit des affaires, droit commercial général et sociétés*, op.cit, spéc., n° 459 p. 502.

contraire aux devoirs spécifiques, non pactés expressément par les parties (tels que la sécurité, l'information, le conseil, la coopération ou la surveillance). Voyons quelles sont les obligations spécifiques aux dirigeants sociaux.

Conclusion de la section 1

Le modèle de conduite auquel les dirigeants sont soumis est celui du bon professionnel de leur branche d'activité. L'analyse de la conduite de l'auteur du dommage sera *in abstracto*, c'est-à-dire, par rapport à celle qui aurait eu un bon professionnel de sa spécialité en pareille circonstance. Cela n'exclut pas la prise en considération des circonstances concrètes telles que la taille de la société dirigée, ou si le dirigeant est ou non rémunéré.

1.2.2. Section 2 - Les obligations spécifiques aux dirigeants sociaux

46.- D'une manière générale, le professionnel qui, à travers une clause du contrat, prend en charge une obligation particulière envers son client, est soumis contractuellement au respect de cette obligation. Mais le contrat peut aussi engager le professionnel à observer d'autres devoirs, pas expressément prévus mais qui se détachent de la convention. Tel est le cas de l'exigence de bonne foi ou des « suites naturelles » du contrat. Leur principale caractéristique est de ne pas avoir été envisagée expressément par les parties. Nonobstant, ces obligations « détachées » de principes juridiques classiques ou des « suites » normales de la convention, engagent contractuellement le professionnel au même titre que le texte du contrat initialement prévu.

47.- Les dirigeants sociaux sont liés à la société par un contrat de mandat. La qualification de « mandat » est discutée en doctrine⁷², mais la loi française parle

⁷² Pour Philippe MERLE, par exemple, le dirigeant ne peut pas être le mandataire des associés puisqu'il agit au nom et pour le compte de la société, mais il ne peut pas être non plus le mandataire de la société, « *puisque le mandat doit mettre en présence deux volontés et que la société n'a pas de volonté propre.* » Pour cet auteur, il est préférable de parler de « *représentation originale de la personne morale par les organes que la loi a institués* » MERLE (Philippe), *Droit*

expressément de mandat pour signifier le lien qui existe entre la société et les gérants (article L 223-22 al.5 du Code de commerce français), les administrateurs ou membres de conseil de surveillance (article L 225-21 du Code de commerce français), le directeur général de la société anonyme (article L 225-54-1 du Code de commerce français), les membres du directoire ou le directeur général unique de la société anonyme (article L 225-67 du Code de commerce français). La jurisprudence fait aussi référence au contrat de mandat dans le cas spécifique des dirigeants sociaux⁷³. La loi colombienne parle aussi de mandat (article 1262 et suivants du code de commerce, articles 832 et suivants du même statut). La *Superintendencia de sociedades* parle expressément de mandataires sociaux quand elle fait référence aux dirigeants.

48.- Il est donc naturel pour nous d'admettre que les obligations contractuelles expresses ou tacites à charge de ces agents économiques découlent du contrat de mandat qui les unit à la société. Le juge doit alors « *scruter le contrat pour déterminer en l'espèce, non seulement à quoi et comment s'est engagé expressément le professionnel [en l'occurrence le dirigeant social], mais encore à quoi l'oblige la bonne foi, quelles sont les « suites » du contrat (ou à rebours quelles sont les limites qu'il a pu licitement assigner à ses obligations), quelles solutions sont imposées par la raison ou découlent de l'existence d'un intérêt commun [qui serait un intérêt social en ce qui nous concerne]* ». ⁷⁴

49.- Quelles sont ces obligations contractuelles auxquelles les dirigeants sociaux sont tenus même en cas de silence de la convention? Il s'agit de devoirs qui n'ont pas de frontières précises, mais qui s'entremêlent et s'imbriquent les uns dans les autres, dans

commercial, sociétés commerciales, op. cit., spéc. n°94. La conception contemporaine est moins favorable à une vision de représentation contractualiste classique qu'à une idée plus générale de technique de gestion organique à travers laquelle la personne morale agit directement en son nom et non par personne interposée. V. REYES VILLAMIZAR (Francisco), *Derecho societario*, Tome I, *op.cit.* p. 563.

⁷³ Par exemple, Com. 7 avril 1967, D. 1967, 618 (« mandataire légal), cité par MERLE (Philippe), *Droit commercial, sociétés commerciales, op.cit.*, n° 94.

⁷⁴ Le TOURNEAU (Philippe), *Responsabilité civile professionnelle, op.cit.* p. 88, n°3.1.

un ensemble quelque peu «confus», pour emprunter l'expression utilisée par M. Ph. le Tourneau⁷⁵.

50.- La jurisprudence a eu un double rôle dans la mise en relief de ces devoirs. D'un côté elle a « redécouvert » des obligations dérivées de principes déjà connus du droit romain, et d'un autre, elle a créé de toutes pièces des nouveaux devoirs, parfois inspirés de régimes idéologiques internationaux qui, globalisation oblige⁷⁶, ont joué un rôle fondamental dans l'exigence de modèles de conduite des patrons des grandes sociétés transnationales.

51.- Voyons quels sont les devoirs des dirigeants qui ont été redécouverts par la jurisprudence (Sous-section1). Nous verrons la place essentielle qui est celle du devoir de loyauté. Ensuite nous exposerons les autres devoirs spécifiques des dirigeants sociaux. Nous les présenterons dans l'ordre suivant : efficacité, vigilance, transparence et persévérance. Enfin nous nous arrêterons au devoir d'information, créé, lui, expressément par la jurisprudence (Sous-section 2).

1.2.2.1. Sous-section 1- Devoirs exigibles des dirigeants sociaux qui ont été redécouverts par la jurisprudence

52.- Un des devoirs traditionnels redécouvert par la jurisprudence est celui qui résulte de la lecture de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil français, selon lequel les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Bien que ce ne soit pas un devoir découvert spécifiquement dans le cas des dirigeants sociaux, il est tout à fait exigible de ceux-ci

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ *El derecho en el contexto de la globalización*, ed. par RAMIREZ CLEVES (Gonzalo), Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2007, 499 pages.

au même titre que l'ensemble des devoirs exigibles de tout professionnel, toutes branches confondues.

53.- « *La doctrine ancienne ne paraît pas avoir accordé une grande importance à cette disposition qui, pourtant, est sanctionnée en jurisprudence et peut être riche en développements* »⁷⁷. Il s'agit de la bonne foi au cours de l'exécution du contrat, et, par là, d'une sorte de norme de comportement⁷⁸. Le professionnel en général, et plus particulièrement le dirigeant social se doit d'observer un « *bon comportement à tout instant et dans la durée* »⁷⁹.

54.- La bonne foi est un devoir inspiré par des considérations morales. C'est par référence à la bonne foi, qui est un devoir général, que le comportement du dirigeant social sera apprécié. Le premier des devoirs qui lui est exigible en appréciation de la bonne foi est le devoir de loyauté.

1.2.2.1.1. Paragraphe 1 - Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux

55.- Le devoir de loyauté est, quant à son contenu, identifié au devoir de bonne foi. Comme la bonne foi, c'est un devoir à caractère général. Ce devoir est relevé par de nombreuses décisions de jurisprudence qui jugent fautives toutes formes de mensonge, comme des manœuvres dolosives ou la simple rétention d'informations destinée à obtenir un consentement⁸⁰, faciliter la conclusion d'une convention, ou plus généralement, provoquer un certain comportement avantageux chez qui cette information aurait fait réagir d'une forme toute à fait différente. Ainsi, le dirigeant social qui, étant intermédiaire dans une opération de cession d'actions, se tait sur la valeur réelle fixée pour la vente et empêche la différence, viole son devoir de loyauté

⁷⁷ LARROUMET (Christian), *Droit Civil, Les Obligations, Le contrat*, 2ème partie, Effets, 6ème édition, Paris: Economica, 2007, T.III, 1033 pages, spéc. n°594.

⁷⁸ Le TOURNEAU (Philippe), *Responsabilité civile professionnelle*, op.cit. p. 88, n°3.4.

⁷⁹ Le TOURNEAU (Philippe), *Responsabilité civile professionnelle*, op.cit. p. 88, n°3.3.

⁸⁰ Le NABASQUE (Hervé), *Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés*, *Revue Trimestrielle Droit Commercial*, avril- juin 1999, n°52, pp.273-290; VINEY (Geneviève), *Les conditions de la responsabilité*, op.cit, spéc. n°474.

vis-à-vis les actionnaires⁸¹, qui auraient fixé un prix supérieur. Il en va de même pour le président du conseil d'administration qui ne fournit pas aux administrateurs les informations qui leur sont nécessaires pour remplir leur mission de décider en toute connaissance de cause, préalablement à la réunion. Il agit de mauvaise foi si par là il rend difficile une prise de décision éclairée.

56.- Il s'agit d'un devoir qui réprime le mensonge, ce qui atteste son attachement au devoir plus général de bonne foi. La loyauté, en droit commun selon Monsieur H. le Nabasque⁸², est la répression du mensonge. En droit des sociétés, plus qu'abuser de la personne de son cocontractant, l'abus s'effectuera sur les biens sociaux, ou sur la crédulité (confiance) des associés, actionnaires ou des autres administrateurs, et il sera destiné à réaliser une « bonne affaire ». L'abus peut se réaliser aussi sur l'autorité, comme en droit commun, ou sur les pouvoirs pour forcer un contrat, privilégier un intérêt, s'avantager soi-même au détriment d'autrui. Le tout se résout le plus souvent par des dommages-intérêts⁸³.

57.- Le devoir de loyauté du dirigeant social a imprégné le droit français des sociétés à partir de deux arrêts de la Cour de cassation qui ont jugé que les dirigeants sociaux étaient tenus d'un tel devoir d'abord envers les associés (Chambre commerciale, 27 février 1996)⁸⁴, et ensuite envers l'entreprise elle-même (Chambre Commerciale, 24 février 1998)⁸⁵.

58.- Dans le premier de ces arrêts, (arrêt *Vilgrain*, Ch. Com, 27 février 1996), la Cour a condamné un dirigeant social pour avoir manqué à son devoir de loyauté face à l'associé. En l'espèce, le dirigeant d'une société anonyme avait négocié la vente d'actions à un certain prix. Parallèlement, chargé du reclassement d'un certain nombre

⁸¹ Jurisprudence *Vilgrain*, Cass. Com. 27 février 1996, *Vilgrain. c/ Mme. Alary*, JCP G, 1996, n°26, II, Jurisprudence 22665, pp.283-288, note Ghestin ; JCP E II 838 note Dion et Schmidt ; Recueil Dalloz Sirey 1996 Jur. p. 518 note Malaurie.

⁸² Le NABASQUE (Hervé), *Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés*, op.cit.

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ Cass. Com. 27 février 1996, *Vilgrain. c/ Mme. Alary*, op.cit.

⁸⁵ Cass. Com. 24 février 1998, *Sté. Protection individuelle et collective (PIC) c/ Kopcio*, JCP E 1998 pan rap. p.637.

de participations minoritaires, dont celle d'une certaine Mme Alary qui avait toute confiance en lui, il entrevit la possibilité de lui acheter ses titres à bas prix, pour les revendre quelques jours plus tard seulement à un prix largement supérieur, préalablement négocié avec le cessionnaire. Une fois l'opération réalisée, Mme Alary poursuivit la responsabilité du dirigeant pour « réticence dolosive ».

- 59.- La Cour de cassation ne se fonda ni sur l'article 1116 ni sur l'article 1382 du Code civil pour retenir la réticence dolosive, mais sur le manquement au devoir de loyauté, et condamna le dirigeant à reverser à l'actionnaire minoritaire la différence du prix: « ... *en intervenant dans la cession par Mme Alary de ses actions de la société CFCF au prix, fixé après révision, de 5.650 F et en les acquérant lui-même à ce prix, tout en s'abstenant d'informer le cédant des négociations qu'il avait engagées pour la vente des mêmes actions au prix minimum de 7.000 F, M. Bernard Vilgrain a manqué au devoir de loyauté qui s'impose au dirigeant d'une société à l'égard de tout associé, en particulier lorsqu'il en est intermédiaire pour le reclassement de sa participation* ».
- 60.- La gravité de la faute est soulignée par l'expression « *en particulier lorsqu'il agit en qualité d'intermédiaire* », car le dirigeant aurait dû non seulement avoir eu le comportement de tout bon professionnel de sa branche en ce qui touche à l'opération technique visée, et qui pourrait ne pas faire partie de son activité habituelle mais faire partie de celle-ci par intermittence, mais aurait dû en outre avoir observé un comportement loyal face à l'actionnaire minoritaire qui lui avait confié ses intérêts, ce qui n'est plus de l'ordre technique mais moral et découle du principe de bonne foi qui doit gouverner l'exécution de tout contrat.
- 61.- Dans le deuxième arrêt, (« jurisprudence K », Ch. Com 24 février 1998), la Cour de cassation prolonge son raisonnement et exige un devoir de loyauté face à la société. En l'espèce, le dirigeant général d'une société anonyme, après avoir démissionné de ses fonctions, crée une société concurrente à celle qu'il dirigeait et embauche plusieurs salariés de l'ancienne société qui, comme lui, avaient démissionné. La cour d'appel, saisie par l'ancienne société pour concurrence déloyale fondée sur l'article 1382 du Code civil, écarta le grief au motif qu'il n'était pas établi que les démissions obéissaient à une action concertée, organisée par l'ancien dirigeant, ni que celui-ci avait utilisé des manœuvres pour débaucher le personnel. La Cour de cassation casse

cette décision au motif que la cour d'appel « *aurait dû vérifier les conditions dans lesquelles certains salariés de la société, ultérieurement réembauchés par l'ancien Directeur Général de cette société, tenu à une obligation de loyauté envers cette entreprise, avaient été déliés par ce Dirigeant Général alors en fonction, de la clause de non concurrence qu'ils avaient souscrite* ».

62.- Pour la Cour de cassation, la mauvaise foi de l'ancien dirigeant qui avait enlevé la clause de non concurrence des contrats des salariés démissionnaires et les avait ultérieurement embauchés dans la nouvelle société, aurait dû être relevée par la cour d'appel qui, par ce biais, aurait dû déclarer la violation du devoir de loyauté qui lie ce dirigeant à son ancienne société.

63.- Après ces deux arrêts, la jurisprudence française⁸⁶ continua à exiger le devoir de loyauté face aux associés et face à la société. Par exemple dans une Cassation Commerciale du 6 mai 2008, qui cassa une décision de la cour d'appel de Dijon dans une affaire de cession de parts sociales au motif qu'elle n'avait pas recherché « *comme il lui était demandé, si M. P., dirigeant de la société HPA, n'avait pas manqué à l'obligation de loyauté à laquelle il était, en cette qualité, tenu à l'égard des associés cédants en s'abstenant d'attirer leur attention sur l'existence, dans le patrimoine de cette société, de bénéfices distribuables d'un montant supérieur à celui stipulé.* » Ou encore une décision de la Cour d'appel d'Aix en Provence du 10 mars 2011⁸⁷, dans laquelle le dirigeant d'une société, qui recommande à l'un de ses associés de vendre ses titres en lui cachant certaines informations, est tenu de réparer le dommage moral qu'il lui a causé par cette réticence dolosive. Dans l'espèce il a été jugé que le dirigeant avait manqué à son devoir de loyauté vis-à-vis de l'associé minoritaire en lui cachant qu'une recapitalisation évoquée n'avait pas sérieusement été envisagée et que le capital social serait rapidement cédé. Comme la situation financière désespérée de la société n'avait pu provoquer aucun préjudice financier au minoritaire, celui-ci demanda réparation au titre du préjudice moral personnel né de ce qu'il avait été manipulé par des réticences et mensonges du dirigeant, et qu'il n'avait pas pu défendre ses intérêts

⁸⁶ Cass. Com. du 6 mai 2008, Hâni c/ Pauchard, Revue Droit des Sociétés, 1er juillet 2008, n°7, pp. 24-25, note Monnet et Hovasse.

⁸⁷ CA Aix en Provence, 10 mars 2011, n. 0907483, Charles Georges B c/ Dominique R.

en connaissance de cause. Une réparation lui a été accordée par voie judiciaire à charge du dirigeant fautif pour avoir manqué à son devoir de loyauté.

64.- La base de ce devoir de loyauté serait tantôt le contrat, tantôt le pouvoir qui résulte de ce contrat⁸⁸. En effet, suivant le même chemin emprunté par la jurisprudence qui a détaché des obligations accessoires des contrats passés par les professionnels (comme l'obligation de sécurité dans le contrat de transport, ou l'obligation d'information dans le contrat de vente), l'obligation de loyauté serait l'une des manifestations de l'obligation de bonne foi dans les relations contractuelles, particulièrement applicable aux dirigeants sociaux. « *La Cour de cassation serait en train de créer, sous nos yeux, forgeant ainsi, à coup d'arrêts, une sorte de code de déontologie de la gestion des sociétés* »⁸⁹.

65.- Le contrat qui sert de base à l'exigence de cette obligation face aux associés serait, pour M. le Nabasque⁹⁰, le contrat de société, duquel naît le *ius fraternitatis* ou devoir de fraternité entre les associés. Comme corolaire de ce devoir, le devoir de loyauté serait encore plus rigoureusement exigible quand le dirigeant social serait lui-même un associé. Face aux actionnaires, la doctrine de la *Corporate Governance* qui fonde la relation entre ceux-ci et le dirigeant sur la *théorie de l'agence*⁹¹, voit aussi l'existence d'une espèce de mandat.

66.- Face à la société, le contrat de mandat serait le fondement de ce devoir accessoire de loyauté. Selon la théorie classique, volontariste et civiliste du droit des sociétés, connue comme la théorie de la représentation⁹² c'est le contrat de mandat qui fonderait le pouvoir des dirigeants sociaux⁹³. En droit commun, le mandat « *porte naturellement*

⁸⁸ Le NABASQUE (Hervé), Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés, op.cit.

⁸⁹ Idem, spéc. p. 282.

⁹⁰ Idem.

⁹¹ Voir le n°161 de ce travail, sur l'idéologie de la *Corporate Governance*.

⁹² REYES VILLAMIZAR (Francisco), *Derecho societario*, Tome I, op.cit. , spéc. p.563.

⁹³ Le NABASQUE (Hervé), Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés, op.cit, spéc. p.282.

... *un devoir de loyauté du mandataire envers son mandant* »⁹⁴. L'esprit du mandat reposerait, en effet, sur la « confiance donnée »⁹⁵. « *Pour classique qu'elle soit, cette clé de lecture de la Jurisprudence récente de la Cour de cassation est ... partiellement satisfaisante. Elle pourrait expliquer pourquoi les dirigeants doivent être « droits et honnêtes », sauf à observer que, pour eux, rien ne se perd, rien ne se crée puisque cela fait un certain temps déjà que le mandat porte un devoir de loyauté pour tous les mandataires, et pas seulement les dirigeants sociaux, s'ils n'en étaient toujours conscients* »⁹⁶.

67.- Pour la conception contemporaine connue comme théorie organiciste⁹⁷, la gestion sociale est accomplie par des organes auxquels la loi et le contrat (de mandat) confère la faculté de diriger la société dans les limites de l'objet social et selon les compétences octroyées à chaque organe. Même si pour certains auteurs adhérant à cette théorie la représentation de la société ne peut être que légale et non pas conventionnelle⁹⁸, de façon à ce que le devoir de loyauté découlant du contrat de mandat se voit écarté, ledit devoir de loyauté trouverait son fondement, à défaut de contrat, sur le risque potentiel d'abus des pouvoirs, qui est latent puisque la loi confère aux dirigeants d'amples pouvoirs d'action⁹⁹.

68.- Le fait que la loi concède aux dirigeants un ample champ de manœuvre produit en effet un risque pour les associés, la société et même les tiers. Cela est particulièrement vrai dans les sociétés de capitaux, dans lesquelles les associés sont séparés de la gestion de la société. Les actionnaires, surtout les minoritaires, seraient à la merci des décisions prises par les dirigeants. « *Cette grande autonomie d'action peut s'avérer préjudicielle à défaut d'un corps normatif et de principes juridiques définissant les facultés et les*

⁹⁴ Idem, cite Ph. PETEL, *Les obligations du mandataire*, Paris Litec 1988, n°300.

⁹⁵ Idem, cite F. Collard-Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Paris Dalloz 1998, n° 646.

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ Voir le numéro 24 *supra*.

⁹⁸ PETIT (Bruno), *Droit des sociétés*, *op. cit.*, spéc. n°86.

⁹⁹ REYES VILLAMIZAR (Francisco), *Derecho societario*, Tome I, *op.cit.*, spéc. p.564.

pouvoirs des administrateurs, établissant leurs devoirs ou obligations, et fixant les sanctions en cas de violation de ces normes et principes ». Cela a été particulièrement compris par la doctrine anglo-saxonne qui a conçu les principes de la *corporate governance*, dont nous traiterons plus loin les contours.

- 69.- Le pouvoir détaché de la faculté de représentation des dirigeants sociaux peut donc justifier l'exigence d'un devoir de loyauté des administrateurs qui pourraient éventuellement être tentés d'en abuser. Il existe toujours un risque d'abus de pouvoir. Ce risque potentiel suffirait à lui seul pour admettre un devoir de loyauté exigible des dirigeants sociaux. Le dirigeant exerce en effet une activité sans être le bénéficiaire direct ou exclusif. « *Un pouvoir, ... est une prérogative que celui qui l'exerce ne peut jamais chercher à détourner de sa finalité en en usant dans son intérêt strictement personnel* »¹⁰⁰.
- 70.- Le dirigeant qui se voit confier la charge d'agir au nom de la société doit agir dans l'intérêt de celle-ci. Il y a détournement de pouvoir à partir du moment où celui qui le détient en use dans son intérêt strictement personnel. « *Si le pouvoir lui est donné, soit par la loi, soit par la volonté de la majorité, c'est uniquement pour qu'il en use, si non dans l'intérêt d'autrui [nous entendons par là conformément à l'intérêt social]... du moins dans un intérêt qui doit être, toujours, "partiellement distinct du sien"* »¹⁰¹.
- 71.- Le devoir de loyauté peut donc être défini comme « *l'obligation, pour les dirigeants de sociétés, ... de ne pas utiliser leurs pouvoirs (c'est l'affaire K) ou les informations dont ils sont titulaires (c'est l'affaire Vilgrain), dans un intérêt strictement personnel et ... contrairement à l'intérêt de la société ou à celui des associés* »¹⁰².

¹⁰⁰ Le NABASQUE (Hervé), *Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés, op.cit, spéc.* p.282; GAILLARD (Emmanuel), *Le pouvoir en droit privé*, Paris : Economica, 1985, 250 pages, coll. droit civil, spéc. p. 9.

¹⁰¹ Le NABASQUE (Hervé), *Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés, op.cit.* p. 282

¹⁰² Idem. p. 283.

72.- La législation colombienne entend ce devoir général de comportement dans les termes suivants: « *Les dirigeants doivent agir de bonne foi, avec loyauté et conformément à la diligence du bon homme d'affaires. (...)* » (Article 23 de la Loi 222 de 1995). Bonne foi, loyauté et diligence du bon homme d'affaires constituent, pour la doctrine colombienne, les « principes généraux de comportement » des administrateurs¹⁰³. Ces principes généraux de conduite sont aussi admis en droit argentin. L'article 59 de la Loi des Sociétés argentine stipule en effet que « *Les administrateurs et les représentants de sociétés doivent agir avec la loyauté et la diligence propre à tout bon homme d'affaires...* ». Pour la doctrine de ce pays, cet article 59 « *établit des directrices de loyauté et diligence du bon homme d'affaires (...) ainsi qu'une authentique responsabilité professionnelle qu'impliqueraient une capacité technique, une expérience et des connaissances* »¹⁰⁴. Cette idée de professionnalisme est partagée par la doctrine colombienne qui voit dans l'article 23 de la loi 222 de 1995 un modèle de conduite professionnelle : « *C'est ainsi que les dirigeants doivent agir avec une diligence particulière, qui sera celle des personnes initiées aux techniques d'administration.* »¹⁰⁵

73.- Bien que la législation colombienne prévoit le devoir de loyauté dans un article 23 de la loi 222 de 1995 dans une orientation qui favorise l'agissement conformément aux intérêts de la société et au respect de certaines obligations qui protègent les secrets de la société et évitent de se situer en position de conflit d'intérêts, elle ne prévoit pas explicitement cette obligation vis-à-vis les associés. Mais certains principes permettent de réaliser une assimilation de ce devoir¹⁰⁶ exigé face à la société pour le faire extensible aux associés. En effet, l'article 23 détermine que les dirigeants doivent agir conformément aux intérêts de la société, tout en tenant compte des intérêts des associés. Les associés ne sont donc pas oubliés par cette disposition qui peut être

¹⁰³ REYES VILLAMIZAR (Francisco), *Derecho societario*, Tome I, *op.cit.*, pp. 587 et ss. V. les numéros 228 et suivants de ce travail, sur l'état actuel du droit colombien et matière de *corporate governance*.

¹⁰⁴ SOSA DE IRIGOYEN (Maria Susana), *Responsabilidad de directores y administradores de sociedades comerciales*, in *Sociedades comerciales, los administradores y los socios, responsabilidad en sociedades anónimas*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal Culzoni, 2004, p.19, d'après REYES VILLAMIZAR (Francisco), *Derecho societario*, Tome I, *op.cit.*, p. 588.

¹⁰⁵ REYES VILLAMIZAR (Francisco), *Derecho societario*, Tome I, *op.cit.*, p. 589.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 592.

interprétée en leur faveur. Mais l'intérêt principal qui doit être respecté par les administrateurs sera toujours l'intérêt social.

74.- En Colombie l'une des principales hypothèses de mise en relief de l'application du devoir de loyauté des dirigeants est relative aux rémunérations des membres du conseil d'administration (*junta directiva*). La perception de bénéfices économiques excessifs ou en tout cas disproportionnés pourrait faire remarquer la violation de ce devoir. C'est ainsi que la *Superintendencia de Sociedades* affirme que la fixation d'honoraires et bonifications doit être réalisée conformément aux principes de bonne foi, loyauté, diligence du bon homme d'affaires¹⁰⁷.

75.- Les dirigeants doivent respecter des devoirs moraux sans lesquels la vie des affaires serait dépourvue de repères simples mais indispensables à son bon fonctionnement. Le respect de ces devoirs donnerait de la confiance. « *La vie des affaires se réalise dans un milieu restreint, à l'intérieur duquel la morale joue un rôle certain, sans doute plus considérable que celui qui est le sien dans le Droit des obligations en général* »¹⁰⁸.

76.- Par sa généralité, le devoir de loyauté serait la source d'autres devoirs plus particuliers, exigibles notamment des dirigeants sociaux, tels que l'efficacité, la vigilance, la transparence ou la persévérance.

1.2.2.1.2. Paragraphe 2 - Les autres devoirs spécifiques des dirigeants sociaux

77.- Quand quelqu'un est à la tête d'une entreprise pour la diriger et la représenter, on pourrait légitimement supposer que cette personne-là dispose d'un certain degré

¹⁰⁷ La définition d'honoraires et bonifications « debe cumplirse conforme a los principios de buena fe, lealtad, diligencia y cuidado del buen hombre de negocios, presupuestos que a juicio de este Despacho, dejan a salvo la posibilidad de demostrar judicialmente por quienes tengan interés jurídico, los perjuicios irrogados a la compañía por causa de las determinaciones salariales o prestaciones adoptadas por el gerente o por la junta directiva » (Superintendencia de Sociedades, Note -Oficio-220-38140 du 17 sept. 2001).

¹⁰⁸ Le TOURNEAU (Philippe), *Responsabilité civile professionnelle*, op.cit., spéc. p.101 n°3.40 ; Le TOURNEAU (Philippe), *L'éthique des affaires et du management au XXIe siècle, Essai*, Paris : Dalloz Dunod, 2000, réimpression 2001, 269 pages.

d'habileté, de courage, de bon sens, et de la compétence ou savoir-faire du management. Devenir un agent économique dans le monde des affaires, passer des contrats pour le compte d'une société qui emploie des salariés et fait tourner l'économie locale à travers les contrats avec des partenaires et les services qu'elle prête à ses clients, n'est absolument pas anodin. Cette personne doit disposer de certaines qualités, doit connaître le monde des affaires, doit avoir une compétence minimale pour diriger le bateau d'une façon tout au moins professionnelle. La société, les associés, ainsi que les salariés et les partenaires sociaux comptent en quelque sorte sur l'efficacité du dirigeant social. Celui-ci a donc l'obligation juridique d'être efficace¹⁰⁹.
« *Joueurs et amateurs, s'abstenir* »¹¹⁰.

78.- Il existe certains comportements qui doivent être pris en compte par le dirigeant et qui vont dans le sens de l'efficacité. Le dirigeant doit être vigilant, transparent et persévérant pour agir efficacement. Voyons chacun de ces devoirs.

1.2.2.1.2.1. L'obligation d'efficacité

79.- L'efficacité vise, d'un côté la capacité d'être prévoyant et d'anticiper l'avenir dans le texte des contrats passés avec les partenaires de l'entreprise; et d'un autre, le devoir d'être diligent dans l'exercice de ses fonctions légales ou statutaires.

80.- Le contrat est une anticipation de l'avenir. « *Contracter c'est prévoir* », disait Ripert¹¹¹. Pour M. le Tourneau, ce devoir d'être efficace exige une *mémoire* qui n'est pas seulement du passé, une *réminiscence*, mais aussi du futur, une *anticipation de l'avenir*. C'est ainsi que la responsabilité du dirigeant a été poursuivie pour ne pas avoir prévu les coûts de mise à jour des équipes informatiques dans le texte d'un contrat de technologie passé pour l'acquisition de ces équipements (coût qui peut s'avérer être beaucoup plus élevé que celui de l'achat initial des équipements et qui

¹⁰⁹ Le TOURNEAU (Philippe), Responsabilité civile professionnelle, op.cit, spéc. p. 105 n°3.52.

¹¹⁰ COZIAN (Maurice), VIANDIER (Alain), DEBOISSY (Florence), *Droit des Sociétés*, op.cit, spéc. n°275.

¹¹¹ RIPERT (Georges), *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} édition, LJDG, Paris 1949, 421 pages.

augmenterait considérablement le budget annuel qui doit être approuvé en assemblée générale)¹¹².

81.- Le dirigeant doit donc être prévoyant et avoir du bon sens dans la négociation des contrats qui lient la société à l'avenir. Mais il doit aussi être prudent et diligent dans l'exercice de ses fonctions. Le dirigeant social doit agir avec la diligence du bon homme d'affaires, c'est-à-dire, la diligence que doit observer un bon professionnel de sa branche.

82.- La *Superintendencia Colombiana de Sociedades* a établi ce que l'ordre juridique colombien entend par diligence de l'homme de métier (*buen hombre de negocios*): un effort plus important et une exigence supérieure dans la gestion des affaires sociales à celle attendue d'un bon père de famille¹¹³. « *En Colombie, la loi 222 dispose, dans un précepte similaire à celui contenu dans l'article 59 de la loi argentine des sociétés, que les administrateurs doivent agir "avec la diligence du bon homme d'affaires". Ce qui signifie une altération du patron de conduite contenu dans le Code civil pour évaluer l'échelle des fautes. Rappelons que ce texte parle du modèle assez connu du bon père de famille. L'expression bon homme d'affaires doit avoir un effet important dans l'étendue de la responsabilité des administrateurs.* »¹¹⁴ Le bon homme d'affaires peut, par sa qualité, assumer la prise de risques d'une manière « *consciente et raisonnée* ». Au contraire, le bon père de famille agit plutôt dans une logique de prévention du risque¹¹⁵.

¹¹² GOMEZ (Carlos José), Cuál es la responsabilidad de los administradores en los contratos para adquirir tecnología, *Revue Ámbito Jurídico*, Bogota, Colombia, du 9 – 22 octobre 2006, p.20

¹¹³ Superintendencia de Sociedades, Circular Externa du 9 juill. 1997: « La ley 222, adicionalmente, impone a los administradores el deber de observar una diligencia superior a la que hasta ahora se les exigía. En efecto, ya no basta conducir los negocios con diligencia y prudencia simplemente medianas, esto es, con la que se esperaría de un buen padre de familia. La nueva ley exige a los administradores actuar con la diligencia propia de un buen hombre de negocios, es decir, con aquella que pondría un comerciante normal en sus propios asuntos, lo que supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia para los administradores en la conducción de los asuntos sociales ».

¹¹⁴ REYES VILLAMIZAR (Francisco), *Derecho societario*, Tome I, *op.cit*, spéc. p.588.

¹¹⁵ *Idem*, spéc p.589.

- 83.- Un comportement diligent serait preuve de professionnalisme dans l'accomplissement du devoir général de bonne gestion. Le dirigeant diligent doit procéder à des adaptations permanentes des structures de l'entreprise qui se trouvent confrontées, du fait de l'évolution des techniques, de la mondialisation de l'économie et de l'intensification de la concurrence, « *à des rythmes de changement sans précédent dans l'histoire industrielle. Dans ce mouvement, l'inaction est incontestablement la pire des fautes et peut conduire au naufrage.* »¹¹⁶
- 84.- Il n'est nullement demandé au dirigeant d'obtenir des résultats, car celui-ci est tenu à une obligation de moyens. Son devoir de diligence n'équivaut pas à un devoir de réaliser des bénéfices économiques pour l'entreprise. Il lui est demandé d'agir avec la diligence qu'un bon gestionnaire introduirait dans ses propres affaires; c'est-à-dire de prendre des décisions en connaissance de cause.
- 85.- Le dirigeant doit agir avec prudence, mais cette prudence n'est pas celle du bon père de famille exigée en droit commun. Cette prudence ne sera pas celle de l'homme qui tente de protéger les intérêts de sa famille, car la gestion porte par définition une part de risque; elle opère dans le monde des affaires. Ce qui donne au devoir de prudence un contexte particulier.
- 86.- « *Les dirigeants sociaux doivent être prudents, réfléchis, assidus, employer les instruments comptables de contrôle et de prévision, savoir s'arrêter à temps.* »¹¹⁷. Le dirigeant doit faire preuve de prudence dans la gestion interne de la société. Au contraire, dans la gestion externe il sera difficilement tenu à un devoir strict de prudence, car il y a des éléments dont il n'a pas la maîtrise et qui influent dans les résultats des décisions de gestion. Les conséquences des décisions prises découlent à long terme, et il est impossible de connaître à l'avance le bon ou le mauvais résultat d'une décision quand des éléments extérieurs à la volonté du dirigeant agissent sur le

¹¹⁶ BISSARA (Philippe), *Corporate governance*, loi NRE et redéfinition de la faute civile des dirigeants : le point de vue du dirigeant d'entreprise, *Revue des Sociétés*, avril-juin 2003, pp. 210 – 218, spéc. 217.

¹¹⁷ COZIAN (Maurice), VIANDIER (Alain), DEBOISSY (Florence), *Droit des Sociétés*, *op.cit*, spéc. n°275. La jurisprudence sanctionne depuis longtemps le défaut de surveillance, la passivité des administrateurs, leur abstention à intervenir (CA. Paris, 4 février 1994, Bull. Joly 1994, p.403, note Pariente). Il incombe aux administrateurs d'exercer une surveillance active et efficace de la direction de la société.

résultat final. La prudence dans la gestion externe voudrait que les décisions paraissent être correctes en tenant compte des données connues au moment de la prise de décision.

87.- Des erreurs de gestion peuvent être relevées *a posteriori*, car les conséquences des décisions prises à un moment donné ne sont pas toujours immédiates. Ceci ne saurait être systématiquement dû à une gestion inefficace. La gestion peut être tout à fait efficace mais comporter des erreurs qui seront dues à des circonstances externes, comme les aléas du marché, la capacité financière des partenaires économiques, la solidité du système financier. Les juges permettent alors une marge d'erreur inhérente à la vie des affaires et à toute prise de décisions. Le dirigeant ne compromettrait pas sa responsabilité si sa gestion a été globalement correcte¹¹⁸ et s'il a agi de bonne foi et dans le respect des règles et usages propres à sa profession. S'il s'écarte du respect de ses devoirs, la marge d'erreur permise se resserre autour de sa responsabilité car il existerait une présomption de faute de gestion¹¹⁹.

88.- Prévoyance, anticipation, diligence, prudence, sont donc des devoirs de comportement qui font partie d'une gestion efficace.

1.2.2.1.2.2. L'obligation de vigilance

89.- La vigilance fait référence à un comportement actif. Le dirigeant se doit d'être actif « *ne serait-ce que pour être efficace* »¹²⁰.

90.- Comme pour tout professionnel, « *Son inertie est une défaillance contractuelle* »¹²¹.
Le chef d'entreprise doit agir pour bien gérer la société qu'il dirige, doit prendre des

¹¹⁸ La jurisprudence tend à apprécier globalement la gestion en tenant compte de l'imbrication des différents actes de gestion successifs dans le temps. Cass. Soc. 3 avril 1990, *Barnet et autres c/ Bihl et Soc. Montefibre*, Rev. Soc. 1990 p.625 note Y. Guyon.

¹¹⁹ Voir le chapitre sur la faute de gestion dans la deuxième partie de ce travail, aux n°483 et ss.

¹²⁰ Le TOURNEAU (Philippe), Responsabilité civile professionnelle, op.cit, spéc. p.97 n°3.30.

décisions, doit négocier des contrats. La passivité serait contraire au professionnalisme, surtout quand le comportement attendu est celui d'une bonne gestion.

- 91.- Ce devoir est latent durant la vie de l'entreprise. Mais il apparaît aussi quand la société traverse des difficultés financières.
- 92.- La loi de sauvegarde des entreprises (loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 modifiée par l'ordonnance 2008-1345 du 18 décembre 2008 et son décret d'application du 12 février 2009) permet en effet au chef d'entreprise d'anticiper l'état de cessation des paiements de la société qu'il dirige et de prendre l'initiative quand il se voit confronté à des difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter et qui sont de nature à conduire la société à la cessation des paiements (avant même que celle-ci ne soit dans cet état), de se soumettre à une procédure collective dont l'objectif est la poursuite de l'activité, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif¹²².
- 93.- Cette initiative s'insère dans un objectif de prévention des difficultés. Le traitement extrajudiciaire ou judiciaire des difficultés peut intervenir avant même l'état de cessation des paiements, afin de traiter les symptômes le plus tôt possible et d'obtenir de cette façon de meilleurs résultats. Le rôle du dirigeant serait donc celui d'un patient attentif aux premiers symptômes de la maladie. L'alerte peut être faite par le commissaire aux comptes envers le dirigeant, ou bien par celui-ci à travers la publication obligatoire de ses dettes fiscales, sociales ou douanières, ce qui serait un indice de mauvais état financier car les débiteurs commencent par ne pas honorer ce type d'obligations pour privilégier le paiement à leurs fournisseurs. Une fois installée la maladie, le dirigeant doit ouvrir sa trousse de secours et il y trouve trois sortes de médicaments fournis par la loi de 2005 et l'ordonnance de 2008: il peut désigner un *mandataire ad hoc* qui l'aiderait à résoudre ses difficultés ; il peut conclure un accord à l'amiable avec ses principaux créanciers et contractants dans le cadre d'une

¹²¹ Idem.

¹²² PATUREAU (Nathalie), *Obligations et responsabilités du dirigeant dans la loi de sauvegarde des entreprises*, Les Petites Affiches, 17 février 2006, dossier n°35, pp. 111-120.

conciliation qui permettrait de mettre fin aux difficultés financières ; ou il peut choisir la procédure de *sauvegarde* dans laquelle il pourra être mis de côté dans la gestion de l'entreprise¹²³.

94.- « *La loi de sauvegarde réserve donc au chef d'entreprise un rôle actif à l'occasion même de la mise en œuvre des procédures de prévention des difficultés de son entreprise, dans la mesure où certaines initiatives procédurales lui sont exclusivement réservées et où il est des hypothèses dans lesquelles le dirigeant aura le choix entre plusieurs procédures.* »¹²⁴

95.- La vigilance est donc nécessaire pour anticiper les difficultés financières de la société qui éventuellement l'emmèneraient à un état de cessation des paiements. Si le dirigeant n'agit pas et si malgré la situation compromise il reste passif, il sera responsable¹²⁵.

1.2.2.1.2.3. L'obligation de transparence

96.- Un devoir de transparence est particulièrement exigé auprès des dirigeants par la doctrine de la *gouvernance d'entreprise*¹²⁶. D'une façon générale, elle se situe dans l'exécution des contrats par tout professionnel. « ... *le professionnel doit rester en rapport avec son partenaire : il lui faut le prévenir des difficultés ou particularités imprévues* »¹²⁷.

¹²³ ROUSSEL GALLE (Philippe), Réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, 2^{ème} édition, Paris: Litec Lexis Nexis, 2007, 514 pages, actualisé par ROUSSEL GALLE (Philippe), Le dirigeant de société et le « nouveau » droit des entreprises en difficulté issu de la réforme du 18 décembre 2008, Revue des Sociétés, 2009, n°2, pp. 249-272; CELY RODRIGUEZ (Adriana María), El sistema concursal francés, Anticipación y prevención: la nueva ley francesa de salvaguarda empresarial del 26 de Julio de 2005, Revue argentine de Droit Comparé n°15, Buenos Aires: 2008, Rubinzal –Culzoni Editores, pp 95-107.

¹²⁴ PATUREAU (Nathalie), Obligations et responsabilités du dirigeant dans la loi de sauvegarde des entreprises, op.cit., spéc. p.111.

¹²⁵ Voir le chapitre sur les conditions de la responsabilité dans la deuxième partie de ce travail, aux n°462 et ss.

¹²⁶ Voir les numéros 161 et suivants de ce travail sur l'idéologie de la *Corporate Governance*.

¹²⁷ Le TOURNEAU (Philippe), Responsabilité civile professionnelle, op.cit., spéc. p.97 n°3.31.

- 97.- En exécution de son devoir de loyauté, le dirigeant doit exécuter avec transparence et fidélité le contrat qui le lie à la société, mais il doit aussi veiller à la correcte exécution de ses fonctions et des contrats qu'il a passés avec les partenaires sociaux au nom de la société. Le devoir de transparence se préconise donc envers les autres dirigeants, envers les associés ou actionnaires, et même envers les créanciers.
- 98.- En exécution de ce devoir, le dirigeant doit relever tous les faits matériels qui sont à sa portée et qui seraient susceptibles d'avoir un impact significatif sur les votes des actionnaires ou des associés lors de la prise de décisions. Il doit par ce biais relever et fournir toutes les informations nécessaires à une prise de décision correctement illustrée, concernant la politique commerciale ou les transactions de la société. Ce devoir est particulièrement exigible lorsque le dirigeant doit obtenir l'approbation des actionnaires ou des associés pour un acte de gestion interne ou externe, ou lorsqu'il a besoin d'une quelconque approbation.¹²⁸
- 99.- Le dirigeant, contraint à une rigoureuse obligation de transparence, doit fournir aux actionnaires toute information de nature à influencer sur leur consentement. C'est ainsi que la Cour de cassation censure les juges du fond qui n'ont pas vérifié l'existence de négociations cachées entre un dirigeant et un tiers en vue du rachat d'actions à un prix largement supérieur à celui de cession, et condamne à verser des dommages et intérêts au dirigeant pour ne pas avoir respecté son obligation d'informer l'ensemble des actionnaires, notamment les minoritaires, sur un élément qui aurait influé sur leur consentement¹²⁹. Cette décision, dans la lignée de l'arrêt *Vilgrain*¹³⁰, confirme que la

¹²⁸ RIGGS (John), *Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux en droit américain*, Colloque « *Le devoir de loyauté* », Gazette du Palais, 3 décembre 2000, n°338, pp. 62-65.

¹²⁹ Cass. Com. 12 mai 2004, *Beley c /SA Former*, JCPG octobre 2004 n°41 p.1756, note Damy ; Revue des Contrats octobre 2004 chr. p. 923, obs. Mazeaud. Dans l'espèce, un dirigeant social avait convaincu des associés de céder leurs actions à une société qu'il avait créée, pour un prix unitaire de 1800 Francs. Il ne leur avait pas révélé que parallèlement, il menait des négociations avec une autre société qui conduisirent à l'acquisition des actions de la nouvelle société à un prix de 4022 Francs/action. Les deux actionnaires cédants, estimant avoir été victimes d'un dol par réticence, ont demandé que le dirigeant et la société cessionnaire soient condamnés à leur verser des dommages-intérêts. Les juges du fond ont rejeté cette demande. La Chambre commerciale casse et annule mais seulement à l'encontre du dirigeant : en se déterminant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le dirigeant avait été à l'initiative de la cession initiale des actions, et « *sans rechercher, ainsi qu'il lui était demandé, s'il n'avait pas caché l'existence des négociations conduites avec un tiers en vue du rachat ou de l'apport de ces mêmes actions, et ainsi manqué à l'obligation de loyauté qui s'impose aux dirigeants de société à l'égard de*

déloyauté résulte de la dissimulation caractérisée et trompeuse et ouvre la porte à la condamnation du dirigeant indélicat qui manque à son devoir de loyauté à l'égard de tout associé, particulièrement par le fait d'avoir caché l'existence de négociations conduites avec un tiers en vue du rachat ou de l'apport des actions¹³¹.

100.- Pour certains, une telle obligation peut contraindre le dirigeant jusqu'au devoir d'informer les associés qu'ils ont fait une mauvaise affaire¹³². Dans tous les cas, il est soumis à une obligation d'information en vertu de laquelle il ne peut pas dissimuler, à l'occasion d'une cession d'actions, des éléments relatifs à la valeur de celles-ci qui auraient conduit aux actionnaires, « *s'ils les avaient connus, soit à ne pas contracter, soit à contracter à d'autres conditions.* »¹³³

101.- Le droit colombien interdit expressément aux dirigeants d'acquérir directement ou par personne interposée des actions de la société dirigée¹³⁴. Le dirigeant qui agirait en contravention à cette disposition serait responsable. Il devrait s'acquitter d'une amende pouvant aller jusqu'à 200 fois le salaire minimum légal et pourrait être révoqué. La norme interdit aux dirigeants de tirer un profit économique de leur position privilégiée. Ils ne peuvent pas acheter des actions pour ensuite les revendre à un prix plus élevé. La base idéologique de cette interdiction serait le devoir de transparence.

tout associé en dissimulant une information de nature à influencer sur leur consentement, la C.A. n'a pas donné de base légale à sa décision ».

¹³⁰ Jurisprudence Vilgrain, Cass. Com. 27 février 1996, *Vilgrain. c/ Mme. Alary, op.cit.*

¹³¹ COHEN-BRANCHE (Marielle), *Les conflits d'intérêts*, dans Une question majeure pour le droit des affaires du XXI^e siècle, [en ligne] 1^{er} et 2 avril 2006, Deauville, colloque organisé par l'Association Droit et Commerce. Disponible sur <http://www.courdecassation.fr/institution_1/autres_publications_discours_2039/discours_2202/2_avril_8453.html> (consulté le 27.01.2007).

¹³² MESTRE, cité par MAZEAUD (Denis), *Revue des Contrats* oct. 2004 chr. p. 923, *op.cit. Contra MALAURIE*, pour qui une obligation d'information trop largement étendue porte atteinte à la sécurité juridique.

¹³³ Comm. sous Cass. Com. 12 mai 2004, obs. MAZEAUD, *op.cit.*

¹³⁴ Article 404 du Code de Commerce colombien : « Los administradores de la sociedad no podrán ni por si ni por interpuesta persona, enajenar o adquirir acciones de la misma sociedad mientras estén en ejercicio de sus cargos, sino cuando se trate de operaciones ajenas a motivos de especulación y con autorización de la junta directiva (...).

102.- Le dirigeant est soumis aussi au respect d'un devoir de transparence envers les créanciers de la société. Ceci est particulièrement palpable quand l'entreprise est dans un état délicat de trésorerie. Quand la société est insolvable ou se trouve dans un état proche de l'insolvabilité, le dirigeant doit faire preuve d'une extrême netteté dans la gestion des capitaux. En ce sens, il doit s'abstenir de prendre des risques financiers qui pourraient compromettre encore plus la solvabilité de la société en détriment des intérêts de ses créanciers¹³⁵. Il doit se focaliser plutôt dans la préservation des actifs existants, et non pas compromettre l'état financier de la société qui empêcherait d'honorer les obligations pécuniaires existantes.

1.2.2.1.2.4. L'obligation de persévérance

103.- Le professionnel doit accomplir complètement sa mission¹³⁶. Il doit faire preuve de persévérance. Il doit remplir l'activité qui lui a été confiée malgré les difficultés qu'il pourrait y trouver et plus particulièrement les difficultés inhérentes à son métier, prévues ou imprévisibles. Seule la force majeure serait justificative d'une rupture de la pleine exécution de la mission. Les aléas du marché et tout événement extérieur qui influencerait sur la prise de décisions constitueraient des difficultés insurmontables qui conduiraient à des fautes excusables de gestion. Le dirigeant doit être persévérant et reste tenu pour responsable même après expiration de son mandat, pour des faits antérieurs commis pendant l'exécution de celui-ci.¹³⁷

104.- Le dirigeant doit veiller à accomplir sa tâche dans le respect légitime de l'intérêt de la société. C'est cet intérêt qui gouverne les décisions, les stratégies, la gestion quotidienne de la société¹³⁸. Une des difficultés inhérentes au métier de direction de

¹³⁵ RIGGS (John), Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux en droit américain » op. cit, spéc. p.2198.

¹³⁶ Le TOURNEAU (Philippe), Responsabilité civile professionnelle, op.cit., spéc. p.97 n°3.32.

¹³⁷ Voir chapitre relatif au « *Début et fin des fonctions du dirigeant* » dans la deuxième partie de ce travail au numéro 412.

¹³⁸ COHEN-BRANCHE (Marielle), Les conflits d'intérêts, op.cit.

société à laquelle se verra confronté le dirigeant dans l'exercice courant de sa fonction serait relative au conflit d'intérêts.¹³⁹

105.- Nous avons traité le devoir général de loyauté et d'autres, moins généraux, spécifiquement exigibles des dirigeants sociaux. A côté de ces devoirs propres aux dirigeants qui ont été redécouverts par la jurisprudence, il y en a d'autres qui ont été créés par celle-ci. Parmi eux, il nous a paru nécessaire de nous arrêter sur le devoir d'information qui, à nos yeux, revêt une importance majeure.

Conclusion de la section 2

106.- Le régime de responsabilité civile des dirigeants sociaux commence à faire son chemin grâce à l'utilisation, par la jurisprudence, du principe de bonne foi dans l'exécution du contrat, contenu dans le droit commun depuis la rédaction du code civil. La doctrine ancienne avait plutôt ignoré cette disposition qui est pourtant riche en développements. De ce principe existant déjà en droit romain, coulent naturellement les autres devoirs plus spécifiques tels que l'efficacité, la vigilance, la transparence et la persévérance auxquelles les dirigeants sont tenus. Mais à la tête de ces devoirs spécifiques se trouve un devoir plus général, aussi riche en développements que le principe de bonne foi : le devoir de loyauté, exigé des dirigeants et face à la société et face aux associés. Ainsi, des bases morales doivent fonder la conduite de tous les dirigeants de tous types de sociétés.

1.2.2.2. Sous-section 2 - Devoirs exigibles des dirigeants sociaux créés par la jurisprudence

1.2.2.2.1. Paragraphe 1 - Le devoir d'information

¹³⁹ Voir les numéros 316 et suivants de ce travail, en matière de conflits d'intérêts.

107.- Pour une gestion efficace et loyale, l'importance de la connaissance des éléments matériels et factuels a comme corollaire l'attache particulière que la jurisprudence a faite au devoir d'information. « *Savoir c'est pouvoir* », notait Mme. R. BAILLOD¹⁴⁰. Ce devoir a sa raison d'être dans la mission qui est celle du dirigeant de sociétés : afin de lui permettre d'exercer pleinement ses prérogatives auxquelles est attachée une responsabilité, le dirigeant doit avoir accès à une information utile, et a le droit d'être informé de tout événement lui permettant de réaliser sa fonction si un accès direct à l'information n'est pas possible. Le dirigeant a le droit d'être informé, mais aussi le devoir de s'informer. « *Leur droit se fonde sur ce devoir* »¹⁴¹.

108.- Nous présenterons les généralités concernant le devoir d'information en France et en Colombie. En particulier nous verrons comment ce devoir a été affirmé en France par la jurisprudence; puis nous aborderons les normes du droit français contenant ce devoir. Nous ferons ensuite un aperçu comparatif en droit colombien. Quant au contenu du devoir d'information en droit colombien, nous y reviendrons dans un chapitre qui traitera sur l'influence qu'a exercée en Colombie la doctrine de la gouvernance d'entreprise.

1.2.2.2.1.1. Le fondement du devoir d'information en droit français

109.- La mission du dirigeant, qui constitue le fondement de ce devoir, est double : il dispose d'un rôle dans la gestion de la société, mais aussi de surveillance sur les agissements du président du conseil d'administration¹⁴².

110.- Au sein du conseil d'administration, la gestion sociale se manifeste à travers la délibération et le vote. L'administrateur agit dans un organe collégial dans lequel il y a

¹⁴⁰ BAILLOD, (Raymonde), *L'information des administrateurs de SA*, RTD Com. 1990, p.1, spéc. n°1, en citant Ernest RENAN.

¹⁴¹ Idem.

¹⁴² Idem.

débat. Celui-ci doit se dérouler en toute connaissance de cause afin de permettre la prise de décisions éclairées. Pour que cela soit possible, il est indispensable pour l'administrateur d'avoir eu accès à l'information. Le débiteur de ce devoir est le président du conseil d'administration. Le président du conseil d'administration doit mettre les administrateurs en mesure de remplir leur mission en leur fournissant les éléments qui leur sont nécessaires, car le président détient l'information ou tout au moins est en mesure de la rassembler¹⁴³. Les décisions ainsi prises mènent l'orientation économique, financière et sociale de l'entreprise.

111.- Les dirigeants auront le devoir de s'informer dès lors que les décisions touchent les intérêts de la société, des associés ou des actionnaires. S'ils ne le font pas, ils seront responsables des fautes commises dans leur gestion. C'est ainsi qu'un président du conseil d'administration qui a exécuté une convention sans avoir cherché à obtenir toutes les informations relatives à l'opération de paiement d'une indemnité de départ à l'ancien dirigeant (particulièrement sur le fait de savoir s'il s'agissait ou non d'une convention soumise au contrôle des conventions réglementées) a été condamné pour faute de gestion¹⁴⁴.

112.- Les dirigeants ne répondent pas uniquement de leurs décisions de gestion qui pourraient être imprudentes ou préjudiciables à la société. Les administrateurs sont investis d'une mission de surveillance qui implique un devoir d'être actifs et vigilants. La jurisprudence exige une mission de contrôle sur les activités sociales et en particulier un devoir de s'informer sur les conditions dans lesquelles le président exécute sa mission¹⁴⁵. Elle sanctionne depuis longtemps le défaut de surveillance, la

¹⁴³ Idem.

¹⁴⁴ Avant d'exécuter cette convention, le président du conseil d'administration aurait dû « satisfaire aux obligations légales et réglementaires et procéder dans l'exercice de [sa fonction] de dirigeant[s] de droit, et dans le cadre d'une bonne gestion, de [son] devoir de surveillance et d'information à l'égard des actionnaires, rechercher l'information nécessaire sur le bien-fondé de cette constitution de provision afin de pouvoir se déterminer de façon éclairée et informer les actionnaires en contrôlant l'information et la réponse délivrée » (Tribunal de Commerce de Nanterre du 3 décembre 2008, SA Valauret c/ N. et autres, Bull. Joly Sociétés février 2009 pp.148-161, note Merle)

¹⁴⁵ CA. Aix 3 février 1966, JCP 1967, Jur. p. 169. Dans l'espèce est reproché aux administrateurs, liés par un lien de parenté avec le président du CA (père-fils), une absence totale de contrôle des activités sociales et une confiance aveugle dans les capacités du président.

passivité, l'abstention à intervenir¹⁴⁶. « *Il incombe aux administrateurs d'exercer une surveillance active et efficace de la direction de la société* »¹⁴⁷. Et qui dit mission de surveillance, dit initiative dans l'action traduite en un pouvoir d'investigation, de demande d'information qui en tout cas doit être légitime. « *L'administrateur a le droit de tout voir et de tout savoir* »¹⁴⁸ dans la limite de l'abus du droit.

113.- Pour Mme. R. Baillo, ce double fondement du droit à l'information (pouvoir de gestion et mission de surveillance) permettrait de reconnaître ce droit à tous les administrateurs. Ceci n'a pas toujours été aisé. C'est seulement à partir des années 80, en particulier d'une jurisprudence du 2 juillet 1985¹⁴⁹ connue comme jurisprudence *Cointreau*, qu'un véritable devoir d'information a été exigé du président du conseil d'administration au bénéfice des administrateurs. Voyons quel a été le rôle de la jurisprudence française dans la création de ce droit à charge des dirigeants sociaux.

1.2.2.2.1.2. *Le rôle de la jurisprudence dans la création du devoir d'information*

114.- L'arrêt *Cointreau* du 2 juillet 1985 a affirmé le droit individuel des administrateurs à recevoir une information préalable dans un délai suffisant, droit qui impose corrélativement le devoir du président de fournir aux autres membres du conseil une information complète et suffisante¹⁵⁰.

115.- En l'espèce, le conseil d'administration de la société Rémy-Martin (société de famille) est convoqué avec un ordre du jour précis (exposé du président sur l'évolution des fonds propres de la société, description par le président de la politique de

¹⁴⁶ Paris, 25 décembre 1934, DH 1936 somm.4, d'après Bissara (Philippe), *Corporate governance, Loi NRE et redéfinition de la faute civile des dirigeants : le point de vue du dirigeant d'entreprise*, op.cit.

¹⁴⁷ Paris, 4 février 1994, Joly 94.403 note Pariente, *op. cit.*

¹⁴⁸ BAILLOD, (Raymonde), *L'information des administrateurs de SA*, op.cit.

¹⁴⁹ Jurisprudence *Cointreau* : Com, 2 juillet 1985, Joly inf.soc. 1985, page 919 ; BAILLOD, (Raymonde), *L'information des administrateurs de SA*, op.cit.

¹⁵⁰ CAUSSAIN (Jean-Jacques), « *A propos du devoir de loyauté des dirigeants sociaux* », in *Mélanges Mercadal*, Paris : F. Lefebvre, 2002 pp. 303-316.

filialisation et de création des filiales de distribution aux Etats-Unis, description de la politique de production au regard de l'intérêt social). Une administratrice, Mme Cointreau, estime que l'importance de l'ordre du jour nécessite d'une information préalable des administrateurs. Elle demande donc au juge des référés l'ajournement de la séance et la communication préalable de divers documents relatifs à l'ordre du jour. Sa demande est rejetée par le président du tribunal de commerce de Cognac au motif que les informations nécessaires aux administrateurs doivent précisément leur être données pendant la séance en question. La décision est confirmée en appel. L'administratrice agit alors au fond, en nullité de la délibération pour la préparation de laquelle elle n'avait pas reçu l'information sollicitée. Nouvel échec. La cour d'appel de Bordeaux constate « *qu'aucune disposition légale n'impose au président du conseil d'administration de joindre à la convocation qu'il adresse aux membres de celui-ci son projet de rapport ou des documents économiques et financiers se rapportant à l'ordre du jour* ». L'administratrice a été entre-temps révoquée, ce qui était assez fréquent lorsque les administrateurs, surtout les « minoritaires » soumis à une révocation discrétionnaire, se plaignaient d'un défaut d'information¹⁵¹. Or la Cour de cassation lui donna raison : en énonçant de façon liminaire que le Président du conseil d'administration « *doit mettre les administrateurs en mesure de remplir leur mission en toute connaissance de cause* », elle reproche à la cour d'appel de n'avoir pas recherché « *si Mme Cointreau avait reçu au préalable et dans un délai suffisant l'information à laquelle elle avait droit.* »

116.- Cette jurisprudence a été ensuite confirmée par une autre affaire, connue comme jurisprudence Dennery¹⁵². En l'espèce, un administrateur, détenteur de 23% des actions de la société Dennery, demande à prendre connaissance, au siège parisien de la société, du procès verbal d'une réunion du conseil d'administration à laquelle il n'avait pas assisté et dans laquelle avait été fixée la rémunération du président. Se heurtant au refus de la société et ayant été révoqué, il demande la condamnation de la société à lui

¹⁵¹ BAILLOD, (Raymonde), *L'information des administrateurs de SA*, *op.cit.* Pour la Cour de cassation c'est la qualité de l'intéressé à la date de la demande d'information qui est déterminante, car il peut être révoqué après. En dépit de la précarité de la fonction, la Cour tente de faire respecter ce droit.

¹⁵² Jurisprudence Dennery: Com, 1^{er} décembre 1987, Bull. IV, 1987, n°260, page 195. BAILLOD, (Raymonde), *L'information des administrateurs de SA*, *op.cit.*

remettre sous astreinte une copie du procès verbal de la réunion. Le tribunal de commerce lui donne satisfaction, mais la cour d'appel, tout en déplorant que la société n'ait pas permis à l'administrateur de consulter le document litigieux au siège social, refuse cependant de condamner la société à remettre à l'intéressé la copie sollicitée. Pour la cour d'appel, en l'absence de disposition expresse lui en faisant obligation, la société n'était pas tenue de lui délivrer la copie des procès verbaux des délibérations du conseil d'administration. Mais la Cour de cassation donna finalement satisfaction à l'administrateur en estimant que le président du conseil d'administration doit mettre les membres de celui-ci en mesure de recevoir les informations qui leur sont nécessaires.

1.2.2.2.1.3. La reprise de cette jurisprudence par le législateur français

117.- A la suite de ces deux arrêts, « *on peut parler d'un véritable droit à l'information des administrateurs* »¹⁵³. Ce droit se concrétise de deux manières : un droit d'information par envoi ou mise à disposition de documents et un pouvoir d'investigation absolu sur toutes les affaires sociales¹⁵⁴. C'est ce qu'affirme l'article L 225-35 alinéa 3 du Code de commerce français (modifié par la loi du 1^{er} août 2003) dans les termes suivants : « *Le conseil d'administration procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns. Le président ou le directeur général de la société est tenu de communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission.* »

118.- Pour M. Guyon « *ces prérogatives sont nécessaires à l'exercice efficace des fonctions d'administrateur car il serait impossible de gérer une société sans la connaître* »¹⁵⁵. L'administrateur doit néanmoins passer par l'intermédiaire du président du conseil d'administration ou des directeurs généraux, « *seuls titulaires du pouvoir hiérarchique sur le personnel salarié.* »¹⁵⁶ Il se peut donc que ces personnes, ayant

¹⁵³ Idem.

¹⁵⁴ GUYON (Yves), Droit des affaires, droit commercial général et sociétés, op.cit, spéc. n°324.

¹⁵⁵ Idem.

¹⁵⁶ Idem.

autorité directe sur le personnel de l'entreprise, mettent obstacle à l'information des administrateurs. Pour pallier cette difficulté, la loi sur les Nouvelles Régulations Economiques du 15 mai 2001, dans l'article L 238-1 du Code de commerce (modifié par l'ordonnance 604 du 24 juin 2004) accorde le droit de demander au président du tribunal statuant en référé soit d'enjoindre sous astreinte au liquidateur ou aux administrateurs, gérants, et dirigeants de communiquer les documents sollicités, soit de désigner un mandataire chargé de procéder à cette communication. « *Les administrateurs doivent essayer d'obtenir par voie de référé les informations qui leur sont nécessaires. A défaut, ils doivent donner leur démission. En effet il est dangereux d'exercer les fonctions d'administrateur de manière nominale, sans se tenir au courant de l'activité sociale* »¹⁵⁷.

119.- Au respect de cette obligation est lié le rôle même du Conseil d'où dérivent ses compétences et sa responsabilité. Dans la société en nom collectif et à responsabilité limitée, le gérant est tenu de fournir une information annuelle aux associés se rapportant à la gestion, l'inventaire et les comptes sociaux (articles L221-7 et L 223-26 du Code de commerce français respectivement). Plus compliqué, dans la société anonyme, le président ou directeurs généraux doivent fournir aux actionnaires, préalablement à la réunion de l'assemblée générale (et à toute époque en ce qui concerne les trois derniers exercices), entre autres, la liste des administrateurs ou des membres du directoire ou du conseil de surveillance et, le cas échéant, les comptes consolidés, les rapports du conseil d'administration ou du directoire et du conseil de surveillance selon le cas, ainsi que ceux des commissaires aux comptes, l'exposé des motifs des résolutions proposées et les renseignements sur les candidats au conseil d'administration et au conseil de surveillance, le montant exact certifié par le commissaire aux comptes des rémunérations versées aux personnes les mieux payées (articles L 225-115, L 225-116 et L 225-117 du Code de commerce français.). Des rapports supplémentaires et projets de résolution doivent être fournis dans des circonstances particulières, telles qu'une augmentation de capital (L 225-129, L 225-129-5, L 225-129-6, L 225-135 du Code de commerce français), ou la souscription ou

¹⁵⁷ Idem. Voir la deuxième partie de ce travail, sur l'exercice nominatif de la fonction de dirigeant, aux numéros 393 et ss.

achat d'actions (articles L.225-177, L 225-184 du Code de commerce français) aux actionnaires qui décideront en assemblée générale extraordinaire.

1.2.2.2.1.4. Le devoir d'information dans la société anonyme à structure dualiste

120.- Le problème de l'information est différent dans une structure dirigeante dualiste¹⁵⁸ : le conseil de surveillance a pour mission principale d'exercer le contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire (article L 225-68 du Code de commerce français) qui ne se limite pas aux seules questions comptables et financières, mais s'étend aux aspects techniques et commerciaux¹⁵⁹. « *C'est donc la bonne marche de l'entreprise que le conseil apprécie* »¹⁶⁰. Il y a une idée de *régularité* du contrôle. Le directoire doit présenter chaque trimestre un rapport au conseil de surveillance, qui pourra opérer les vérifications qu'il estime opportunes, et se faire communiquer les documents qu'il estime nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Son pouvoir d'investigation est *étendu*, puisqu'il peut l'exercer à toute époque de l'année. Le contrôle suppose aussi une vérification préalable des comptes. Après la clôture de chaque exercice, le directoire doit lui présenter, pour vérification et contrôle, les comptes annuels. Le conseil de surveillance n'arrête pas les comptes, ce qui relève des attributions du directoire, mais fait connaître son avis à l'assemblée générale (articles L 225-68 et L 232-1 du Code de commerce français). Il peut inviter les actionnaires à voter les projets de résolutions portant approbation des comptes et affectation des résultats. Ce contrôle est essentiellement *a posteriori* car il doit s'exercer de manière telle qu'il n'emporte ni immixtion dans la gestion, ni entrave à celle-ci¹⁶¹.

1.2.2.2.1.5. Aperçu du devoir d'information en droit colombien

¹⁵⁸ BOUERE (Jean Pierre), *L'information du conseil d'administration*, JCP E 1992 n°47 page 190.

¹⁵⁹ GUYON (Yves), *Droit des affaires, droit commercial général et sociétés*, op.cit, spéc. n°356.

¹⁶⁰ *Idem*.

¹⁶¹ *Idem*.

121.- En droit colombien, l'exercice du droit à l'information se réalise dans des conditions différentes. Les administrateurs membres de la « *junta directiva* » (conseil d'administration) n'ont pas, comme en droit français, « *un pouvoir d'investigation absolu sur toutes les affaires sociales* ». Il n'y a pas en droit colombien une disposition équivalente à celle contenue dans l'article L 225-35 alinéa 3 du Code de commerce français susvisé, qui donne au conseil d'administration le pouvoir de faire les contrôles et vérifications qu'il juge opportuns. Il existe en droit colombien un droit d'inspection en bénéfice des associés ou actionnaires. Ce droit de contrôle est établi dans les articles 369 et 447 du code de commerce colombien et dans l'article 48 de la loi 222 de 1995¹⁶². Ces normes précisent le droit des associés ou actionnaires, d'examiner les livres de registre, les documents comptables, les procès verbaux et d'une façon générale, tous les documents de la société. Ce droit, appelé « *derecho subjetivo de fiscalizacion individual* », sera traité plus loin dans le chapitre consacré au droit d'inspection dans le régime juridique colombien¹⁶³.

122.- Le droit d'inspection ou de contrôle est inhérent, en droit colombien, à la qualité d'associé et non à celle d'administrateur¹⁶⁴. La *Superintendencia de Sociedades* a néanmoins décidé que les administrateurs ont aussi le droit d'accéder aux documents sociaux afin d'avoir une information complète qui les mette en condition d'exercer correctement leur fonction¹⁶⁵. Mais l'exercice de ce droit ne peut pas être exercé à titre

¹⁶² Article 369 du code de commerce colombien sur la société à responsabilité limitée : « Los socios tendrán derecho a examinar en cualquier tiempo, por si o por medio de un representante, la contabilidad de la sociedad, los libros de registro de socios y de actas, y en general todos los documentos de la compañía. »; Article 447 du code de commerce colombien sur la société anonyme: « Los documentos indicados en el artículo anterior, junto con los libros y demás comprobantes exigidos por la ley, deberán ponerse a disposición de los accionistas en las oficinas de la administración, durante los quince días hábiles que precedan a la reunión de la asamblea. (...) »; Article 48 de la loi 222 de 1995 sur les sociétés en général: « Los socios podrán ejercer el derecho de inspección sobre los libros y papeles de la sociedad, en los términos establecidos en la ley, en las oficinas de la administración que funcionen en el domicilio principal de la sociedad. (...) »

¹⁶³ Aux numéros 268 et suivants de ce travail.

¹⁶⁴ *Superintendencia de Sociedades*, note (Oficio) numéro 220-30623 du 3 mai 2000.

¹⁶⁵ *Superintendencia de Sociedades* idem: « No obstante, los administradores en cumplimiento del mandato que les fuera encomendado legal y estatutariamente, desde luego que también han de tener acceso a los libros, comprobantes y documentos de la empresa, con el fin de tener suficiente ilustración para los fines pertinentes, pero ya no como derecho de inspección sino de información que es el referido a los administradores, cuyos objetivos son los que marcan la diferencia entre uno y otro. »

individuel. Les attributions de la *junta directiva* s'exerçant d'une façon collégiale, les administrateurs ne peuvent pas demander individuellement l'accès aux documents sociaux. Cette demande doit être faite par l'organe collégial dans le respect des normes sur le quorum et les majorités¹⁶⁶.

123.- La mise à disposition des documents de la société à des fins d'inspection par les actionnaires et les associés est faite dans les bureaux administratifs du domicile social principal (article 48 de la loi 222 de 1995). Le délai pour accéder à ces documents est variable : 15 jours avant la réunion de l'assemblée générale dans les sociétés anonymes (article 422 du code de commerce colombien); à tout moment dans les sociétés à responsabilité limitée (article 369 du code de commerce colombien) ainsi que dans les sociétés en commandite (articles 328 et 339 du code de commerce colombien). Nous reviendrons sur ce point dans le chapitre consacré au devoir d'information en droit colombien.

124.- Nous pouvons dire qu'en droit colombien il n'existe vraiment pas une législation en matière de droit à l'information des administrateurs. Ceux-ci peuvent néanmoins accéder aux documents sociaux auprès des entités publiques chargées du registre et de la publicité. C'est le cas par exemple des chambres de commerce qui tiennent le registre des documents qui pourront être consultés et photocopiés par toute personne en vertu de l'article 26 du code de commerce colombien¹⁶⁷. Par ailleurs, comme tous les particuliers, les administrateurs peuvent consulter les documents conservés par la *Superintendencia de Sociedades*, documents relatifs aux notes et interprétations émises par cette entité, ainsi que les documents sociaux (non soumis à réserve¹⁶⁸) fournis par les sociétés à sa demande aux fins légitimes d'inspection, surveillance et contrôle.

¹⁶⁶ REYES VILLAMIZAR (Francisco), *Derecho societario*, Tome I, *op.cit.*, spéc. p. 455.

¹⁶⁷ Article 26 du code de commerce colombien : « El registro mercantil tendrá por objeto llevar la matricula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exigiere esta formalidad. El registro mercantil será público. Cualquier persona podrá examinar los libros y archivos en que fuere llevado, tomar anotaciones de sus asientos o actos y obtener copias de los mismos. »

¹⁶⁸ REYES VILLAMIZAR (Francisco), *Derecho societario*, Tome I, *op.cit.* p. 455 et 456. D'après la *Superintendencia de Sociedades*, les documents soumis à réserve sont : *Las actas de las reuniones del Máximo órgano Social o de las Juntas Directivas; Los Informes del representante legal o junta directiva que se presentan a las asambleas o juntas de socios; Los comprobantes de contabilidad, los documentos en que se justifiquen ellos, recibos de caja la correspondencia recibida y enviada en ejercicio de las actividades sociales; Los papeles de trabajo elaborados con ocasión de una visita o una investigación realizada por la Superintendencia; Cualquier documento que contenga procedimientos secretos de producción industrial, sistemas de propaganda o venta o referencia o datos que puedan afectar a la empresa en relación con la*

125.- Enfin, il est intéressant de noter que l'information due aux actionnaires et aux associés est similaire à celle qui est due aux consommateurs.

1.2.2.2.1.6. L'information due aux actionnaires et associés se rapproche de celle due aux consommateurs

126.- L'obligation d'information repose sur la confiance que suscite la qualité de dirigeant social. Les actionnaires et associés sont aussi, de leur côté, créanciers d'un tel devoir quand il s'agit de la valeur des actions ou parts sociales qu'ils envisagent de céder.

127.- *« L'actionnaire comme le consommateur ont avant tout besoin d'être informés. Mais cela ne suffit pas. Ils ont aussi besoin d'être protégés »*¹⁶⁹. Il est désormais acquis que le consommateur et l'actionnaire doivent être informés pour pouvoir choisir l'offre la plus intéressante. *« Il n'en a pas toujours été ainsi. Pendant longtemps on a admis que le commerce s'accommodait d'une certaine dose de dissimulation, le dolus bonus, qui ne devenait répréhensible qu'au-delà de certaines limites. »*

128.- Aujourd'hui la priorité est donnée à la transparence. *« Seule la transparence assure l'égalité des opérateurs, sans laquelle le marché serait faussé. »*¹⁷⁰

129.- Le dirigeant doit être vigilant sur l'information fournie aux actionnaires quand il s'agit d'émission ou de cession d'actions. La jurisprudence exige de lui une rigoureuse transparence dans l'information sur les éléments relatifs à la valeur des actions quand il s'agit d'opérations de cession. D'une manière générale, les actions ne sont vendues par la société émettrice que lors de la constitution de la société ou d'une augmentation de capital. En dehors de ces cas, elles sont négociées directement par leur titulaire qui peut

competencia (artículo 283 del Código de Comercio): Los balances que no correspondan a fin de año calendario; Los anexos que acompañen los estados financieros que reposen en la entidad . (Note (Oficio) 220-23252 du 6 juin 2001).

¹⁶⁹ GUYON (Yves), « Actionnaires et consommateurs », in *Études de droit de la consommation : liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris: Dalloz 2004, pp. 481-493, espec. p.481.

¹⁷⁰ Idem.

accorder avec le dirigeant un rôle de médiateur. Dans le premier cas, la société émettrice doit, seulement si elle fait appel public à l'épargne, « *établir et faire viser par la Commission des Opérations de Bourse (Cob) une note d'information qui renseigne les souscripteurs tant sur les caractéristiques de l'émetteur que sur le contenu et les modalités de l'opération (article 412-1 du Code monétaire et financier). L'obligation d'informer incombe bien alors à celui que l'on peut assimiler à un vendeur professionnel.* »¹⁷¹. La situation est différente lorsque les actions sont vendues directement par l'actionnaire. « *Ce dernier n'a pas en principe d'obligation légale d'information, pour la bonne raison que ne participant pas à la gestion quotidienne de la société, mais ayant seulement accès aux assemblées générales, il ne connaît qu'imparfaitement l'état des affaires sociales. L'obligation d'information incombe donc encore ici à la société émettrice des actions, bien qu'elle ne soit pas partie à la cession* ».

130.- En droit colombien, l'entité chargée de veiller sur la transparence du marché boursier et sur le respect des droits des « *consommateurs financiers* »¹⁷² est la *Superintendencia Financiera de Colombia*¹⁷³ (née de la fusion entre la *Superintendencia Bancaria* et la *Superintendencia de Valores* par le Décret 4327 de 2005). La protection des souscripteurs d'actions repose, comme en droit français, sur l'idée que ceux-ci sont équivalents à des consommateurs et que la société serait un vendeur professionnel soumise au devoir d'informer les souscripteurs potentiels. La responsabilité des dirigeants des sociétés inspectées soumises à la surveillance ou contrôle de cette entité pourrait être engagée en cas de non respect de ce devoir d'information. Une sanction pécuniaire (amende) pourrait être prononcée à leur rencontre.

¹⁷¹ Idem, spéc. p.484.

¹⁷² Selon la terminologie utilisée par la loi qui fixe l'objet de la *Superintendencia Financiera*. (www.superfinanciera.gov.co)

¹⁷³ Le Président de la république de Colombie exerce à travers la *Superintendencia Financiera* l'inspection, surveillance et contrôle sur les personnes réalisant des activités financières de bourse, d'assurance ou quelque activité que ce soit, liée à la gestion, au profit ou à l'investissement des capitaux captés du public. Cette entité est réglementée par les lois suivantes: L964 de 2005 ; D 4327 de 2005 ; D 663 de 1993 ; D 2739 de 1991 ; Circulaire administrative n°19 de l'an 2000.

131.- Le dirigeant doit donc informer les actionnaires, mais aussi les tiers (le public), sur la situation de la société. C'est au vu de ces informations données par la société, que les parties au contrat de cession accorderont l'exécution de l'opération, et les actionnaires fixeront le prix. La responsabilité du dirigeant a ainsi été retenue en cas de publication d'informations mensongères¹⁷⁴, et pour manquement à son obligation de loyauté à l'égard de tout associé et actionnaire quand il dissimule des informations qui pourraient influencer sur le consentement des parties au contrat de cession¹⁷⁵.

132.- Si la société ne fait pas appel public à l'épargne, l'usage est que « *le vendeur communique à l'acheteur des informations qu'il a obtenues de la société, notamment*

¹⁷⁴ C.A. Paris, 1^{er} ch., Premier avril 2003, Rec. Dalloz 2004 Somm. Comm. p1801 obs. Thomasset-Pierre, p.1802 obs. Reinhardt. Dans l'espèce, la société *Kalisto* avait publié, sous la responsabilité de son dirigeant, une information ne tenant pas compte d'un risque dont elle avait manifestement connaissance. La Cob avait considéré que ces faits avaient faussé le fonctionnement du marché et porté atteinte à l'égalité d'information et de traitement des investisseurs. La cour d'appel de Paris confirme la condamnation fondée sur le règlement n.98-07 de la Cob relatif à l'obligation d'information du public, mais réduit la condamnation prononcée puisque le dirigeant n'avait pas tiré d'avantage personnel de ce manquement.

La jurisprudence condamne le dirigeant quand elle n'applique pas la théorie de la faute détachable des fonctions, car dans d'autres arrêts, la jurisprudence condamne seulement la société tout en écartant la responsabilité du dirigeant en application de cette théorie. C'est le cas dans l'arrêt *Flammarion* où, dans une affaire qui concernait aussi des informations trompeuses, la responsabilité du dirigeant aurait dû être prononcée, mais a été écartée au profit de la seule responsabilité de la société car la preuve d'une faute séparable des fonctions n'était pas établie. Dans l'espèce, la société *Flammarion* publia un communiqué de presse dans le journal *Les Echos* du 12 octobre 2000, anticipant la publication de ses comptes semestriels. Ces informations faisaient apparaître que les résultats pour l'année 2000 n'étaient pas bons. Un actionnaire a immédiatement vendu ses titres. Cinq jours plus tard, la société *Flammarion* annonce publiquement sa cession de contrôle à la société RCS, cette cession entraînant une proposition d'achat de titres à un prix largement supérieur à celui qui avait été demandé par l'actionnaire vendeur compte tenu des informations dont il disposait. Ayant été privé de cette plus-value, l'actionnaire attaque la société *Flammarion* et son président, au motif que la publication du 12 octobre avait donné une image pessimiste de la situation de la société et n'avait pas fait apparaître la forte probabilité de la cession de contrôle au groupe RCS. Elle avait de ce fait, induit l'actionnaire en erreur. La CA de Paris fait partiellement droit à cette demande. S'agissant de l'action en responsabilité personnelle à l'encontre du président, celle-ci ne peut être mise en cause qu'à la condition que soit démontrée une faute séparable de ses fonctions lui étant personnellement imputable, ce qui n'était pas établi. En revanche, elle considère la responsabilité de la société *Flammarion* engagée au motif que cette société a « *sans nécessité immédiate démontrée, délibérément publié une information financière en elle-même exacte mais qui, compte tenu d'un accord imminent qui aurait une incidence déterminante sur le cours de l'action, même si cet accord était encore soumis à un aléa tenant à la signature des documents contractuels, constituait une information en réalité inexacte, ou tout le moins trompeuse, qui véhiculait un message d'un pessimisme excessif sur les perspectives d'évolution du titre à court terme* ».

Nous estimons que la référence au devoir de loyauté du président vis-à-vis les actionnaires aurait été appropriée pour compromettre la responsabilité du dirigeant, et que la thèse de la faute détachable des fonctions ne pourrait pas être applicable dans un cas où les devoirs spécifiques aux dirigeants sociaux ont été méconnus.

¹⁷⁵ Cass. Com. 12 mai 2004, *op.cit.*

un bilan établi spécialement à cet effet. Ces informations sont surtout très complètes en cas de cession de contrôle et un usage inspiré des pratiques anglo-américaines veut qu'elles soient certifiées par le cédant. »¹⁷⁶ L'information sera alors communiquée par le vendeur, sous sa responsabilité, à l'acheteur, comme sur le schéma classique du droit de la consommation¹⁷⁷.

133.- On pourrait affirmer que les actionnaires, comme les consommateurs, sont aujourd'hui relativement bien informés. Mais des améliorations pourraient être faites, en particulier dans le domaine de la transparence. Ces améliorations « *devraient porter plus sur la qualité de l'information, c'est-à-dire sur sa sincérité, que sur son étendue. En effet, trop d'information tue l'information, car il est tentant de noyer une information essentielle dans un flot d'indications qui le sont moins. En outre, l'établissement et la diffusion des informations sont coûteux. Or l'actionnaire et le consommateur...veulent des produits de qualité au meilleur prix et des sociétés qui réalisent des bénéfices. Hier sous informés, aujourd'hui submergés par une masse d'informations non pertinentes, les uns et les autres ont encore besoin d'être protégés.* »¹⁷⁸

134.- Ce besoin de protection se justifie parce qu'ils sont souvent en position de faiblesse face aux vendeurs professionnels et face aux dirigeants sociaux. Même si la protection due aux uns et aux autres est différente¹⁷⁹, l'exigence de la part des dirigeants d'un strict respect de leurs devoirs spécifiques (tels le devoir de loyauté vis-à-vis les actionnaires,

¹⁷⁶ GUYON (Yves), Actionnaires et consommateurs, op.cit, spéc. p 485.

¹⁷⁷ Idem, spéc. p.488.

¹⁷⁸ Idem, spéc. p.489.

¹⁷⁹ Parce que la nature du risque n'est pas la même. Le consommateur est exposé à un dommage physique à l'occasion d'un défaut du produit, alors que pour l'actionnaire, le risque est financier ; la non-conformité du produit ou le fait que celui-ci ne rend pas au consommateur la satisfaction qu'il pouvait légitimement attendre sont aussi des risques majeurs pour le consommateur risques auxquels échappe l'actionnaire. Pour l'actionnaire c'est le fait de souscrire ou d'acquérir une action qui non seulement ne donnera droit à aucun dividende mais en plus pourra éventuellement perdre toute valeur. Les techniques de protection applicables aux consommateurs telles que la garantie des vices cachés sont difficilement transposables aux actionnaires (GUYON (Yves), Idem, spéc. p.489-490). Pour eux, la protection est « *plus multiforme et dès lors plus complexe que celle des consommateurs. Elle résulte d'une combinaison du droit boursier, du droit de l'appel public à l'épargne et du droit des sociétés* ». (Idem, spéc. p.493).

manifesté dans la sincérité des informations fournies) serait un palliatif aux déviations de l'exercice du pouvoir au sein de l'entreprise.

135.- Le contrôle par un tiers des informations comptables présentées par les dirigeants est aussi une mesure de protection des actionnaires dans les sociétés anonymes. Ainsi, le commissaire aux comptes, dont la présence est nécessaire dans toutes les sociétés anonymes quelque soit leur dimension ou leur activité (articles L 225-227 et 225-228 du Code de commerce français) doit certifier la régularité et la sincérité des comptes annuels, et attester que ceux-ci donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la société à la fin de cet exercice. Et quand la société fait publiquement appel à l'épargne, c'est la COB (autorité administrative indépendante) qui veille à la bonne information des investisseurs. Dans le cas colombien cette vigilance correspond à la *Superintendencia Financiera de Colombia*.

136.- Pour Monsieur D. Mazeaud¹⁸⁰, cette exigence de transparence qui exige une information vraie et complète devrait être plus nuancée, en tenant compte de circonstances particulières à chaque cas : *«Le débat sur l'obligation d'information devrait avant tout être conditionné par des considérations particulières et concrètes que l'on peut ainsi résumer : les parties étaient-elles dans une relation d'inégalité au moment de la conclusion de la convention ? Cette inégalité a-t-elle causé un déséquilibre manifeste au sein du contrat en raison de l'absence de communication par la partie en situation dominante, d'une information primordiale pour son partenaire ? »*

137.- Le devoir de transparence, et plus généralement, les devoirs professionnels, tentent de « convertir » les dirigeants récalcitrants et les amener à un bon respect de la pratique professionnelle. Si une partie d'entre eux s'obstine à pratiquer encore la dissimulation, ils sont confrontés à des règles claires proposées par la doctrine du *gouvernement d'entreprise*. Ces règles sont nécessaires dans un marché de plus en plus globalisé.

¹⁸⁰ MAZEAUD (Denis), note sous Cass. Com. 12 mai 2004, *op.cit.*

138.- C'est parce que les dirigeants sont des professionnels soumis au respect de devoirs professionnels, et qu'ils agissent, pour certains d'entre eux, dans des entreprises multinationales, que le débat sur le *Gouvernement d'entreprise*, né dans les pays anglo-saxons dans les années 70, a été repris en France et en Amérique Latine d'une façon assez naturelle. Les propositions faites par cette idéologie ne choquèrent pas les esprits, mais s'insérèrent plutôt dans la continuité du développement du droit de la responsabilité civile¹⁸¹.

139.- Les devoirs détachés d'une responsabilité civile professionnelle des dirigeants sociaux auront été à l'origine de l'exigence de devoirs de comportement par la doctrine du *gouvernement d'entreprise*. Cette doctrine aurait répondu à la nécessité de créer des règles de conduite exigibles de ces acteurs économiques qu'importe où ils se trouvent géographiquement, des règles de conduite essentielles au maintien de la confiance (ébranlée) des investisseurs internationaux. Des règles de conduite déjà, pour partie, exigibles de tout professionnel.

140.- Le régime juridique de la responsabilité civile applicable aux dirigeants d'entreprise ne se circonscrit pas uniquement aux seules constructions légales et jurisprudentielles faites à l'intérieur des frontières de nos pays. Il se complète par les principes proposés dans la doctrine anglo-saxonne de la *corporate governance*. Voyons quel a été le rôle de cette doctrine dans la construction du régime juridique de la responsabilité civile des dirigeants sociaux.

Conclusion de la sous section 2

141.- « *Savoir c'est pouvoir* ». Cette citation de Mme R. Baillod montre à quel point la détention de l'information est nécessaire pour orienter une bonne politique de gérance et direction sociétariaire. Une information complète et à temps permet de prendre les

¹⁸¹ On doit noter que le régime de la responsabilité civile est similaire d'une part et d'autre de l'Atlantique car issue du droit romain, a été importée en Amérique Latine dans les lignes du Code napoléonien traduit et appliqué en Colombie.

bonnes décisions au bon moment et de faire échec à une éventuelle faute de gestion pour ne pas avoir prévu les conséquences futures d'une décision. L'information constitue un droit pour les administrateurs, mais aussi un devoir à la tête du président du conseil d'administration ou de la personne en charge d'un tel devoir. Ce devoir créé par la jurisprudence dans les arrêts *Cointreau* et *Dennery* au milieu des années 80 a été par la suite repris par le législateur français.

142.- Le droit colombien ne connaît pas vraiment un développement législatif en matière de droit à l'information des administrateurs. Il se borne à déclarer un tel droit en bénéfice des actionnaires et des associés. Les documents sociaux sont mis à disposition des actionnaires et des associés dans les bureaux administratifs du domicile social dans un délai qui dépend de la forme sociétaire. Les entités administratives sont tenues de conserver des documents soumis à registre et publicité et à accéder aux requêtes formulées par les particuliers qui veulent consulter lesdits documents. Les administrateurs peuvent accéder aux documents non soumis à réserve, qui reposent dans les archives de la *Superintendencia de Sociedades* colombienne. La procédure est compliquée et loin d'être facilitée par la bureaucratie qu'elle implique.

143.- Avoir une information complète et à temps exige que les personnes chargées de la gérance et de la prise de décisions au sein d'une société agissent d'une façon transparente. L'idée de transparence nous emmène à traiter sur la responsabilité des dirigeants sociaux, dérivée cette fois des principes proposés par la doctrine de la gouvernance d'entreprise.

CONCLUSION DU TITRE I

144.- Nous avons vu que les dirigeants sociaux sont des professionnels. Le modèle de conduite auquel ils doivent répondre est celui du « *bon professionnel* » et non celui du « *bon père de famille* ». Par conséquent les dirigeants sont soumis à un régime de responsabilité civile plus adapté à cette qualité de professionnels. Il s'agit d'un régime plus rigoureux que celui qui s'applique à tout particulier. Les devoirs généraux et

spécifiques dérivés de leur caractère professionnel soumettent les dirigeants à un régime de responsabilité dans lequel la gamme des fautes s'alourdit.

145.- Les devoirs propres aux dirigeants sociaux sont imprégnés d'obligations à contenu moral. Les dirigeants doivent agir de bonne foi. De ce devoir général de bonne foi découlent les autres devoirs exigibles des dirigeants, en particulier celui de loyauté. Les dirigeants sont tenus d'un devoir de loyauté face à la société, mais aussi face aux associés. Nous constatons par ailleurs une autre obligation largement développée à la charge des dirigeants sociaux. Il s'agit de l'obligation d'information. Tant la loyauté que l'information ont un tronc commun qu'on peut situer en dehors des frontières des pays étudiés. Ces devoirs découlent des règles produites par la dynamique d'internationalisation du droit due au phénomène de la mondialisation. Les principes prônés par la doctrine anglo-saxonne de la gouvernance d'entreprise se sont introduits dans les ordres juridiques nationaux des pays étudiés. Ceci produit une certaine homogénéisation des devoirs exigés des dirigeants sociaux dans ces pays, dans des proportions différentes selon le degré de développement des droits internes. Ainsi, la responsabilité des dirigeants sociaux dérive en grande partie des principes proposés par la doctrine de la gouvernance d'entreprise.

2. TITRE II - UNE RESPONSABILITÉ DÉRIVÉE DES PRINCIPES PROPOSÉS PAR LA DOCTRINE DE LA GOUVERNANCE D'ENTREPRISE

146.- La doctrine de la gouvernance d'entreprise est connue aussi en France sous le nom de gouvernement d'entreprise ou encore gouvernement des sociétés. Elle est connue en Colombie sous le nom de « *gobierno corporativo* ».

147.- Afin de comprendre comment cette idéologie a d'abord influé l'esprit des juges pour ensuite orienter les dispositions du législateur, nous devons partir de l'état de développement de la responsabilité civile qui existait dans nos pays à l'heure où la doctrine anglo-saxonne a commencé à se répandre.

148.- D'un point de vue général, l'évolution permanente qui est celle de la discipline de la responsabilité civile a permis le développement d'une responsabilité civile à caractère professionnel. Celle-ci se caractérise par l'existence de devoirs spécifiques exigibles des professionnels et dont la violation serait à l'origine d'une faute « professionnelle ». Plus étendue en France qu'en Colombie¹⁸², cette responsabilité spécifique devrait constituer selon certains une branche autonome par rapport à la responsabilité civile¹⁸³. En vertu de ce qu'on entend aujourd'hui par responsabilité civile professionnelle, et particulièrement parce que les dirigeants sociaux entrent, comme nous avons pu le constater¹⁸⁴, dans la catégorie des « professionnels », les deux pays ont admis que la responsabilité encourue par les dirigeants devait être plus rigoureuse que celle applicable à tout particulier, ce qui serait la conséquence de leur faute de type professionnel commise dans la gestion des entreprises.

149.- C'est ainsi que la jurisprudence française et les décisions juridictionnelles colombiennes admettent depuis un certain temps que certaines obligations comme l'information ou la loyauté soient exigibles des dirigeants. Ces obligations ont été aussi proposées par le courant dit de la gouvernance d'entreprise dans le cas spécifique des dirigeants de sociétés cotées. Cette doctrine proposa particulièrement¹⁸⁵ l'exigence de *prudence* dans l'exercice de leurs fonctions, de *loyauté* qui demande que leurs actes soient motivés par le respect de l'intérêt de la société, et un devoir de *transparence* envers les autres administrateurs, envers les actionnaires et même envers les créanciers

¹⁸² On connaît aussi la discipline récente de la responsabilité professionnelle en Argentine, où des ouvrages lui ont été expressément consacrés (F.A. TRIGO REPRESAS et L. MESA, *Responsabilidad de los profesionales* La Ley, Buenos Aires, 2005). En Colombie aucun ouvrage ne s'est intéressé spécifiquement à ce sujet à l'heure actuelle.

¹⁸³ Ainsi pour Patrick SERLOOTEN, *Vers une responsabilité professionnelle ? op.cit.* L'autonomie de la responsabilité civile professionnelle s'apercevrait sous trois angles : la faute professionnelle qui, avec l'inclusion de toute une série de devoirs spécifiques aux professionnels, donne un aperçu du modèle de conduite qu'e ceux-ci doivent observer, l'abandon de la distinction classique entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, et la création de régimes spéciaux de responsabilités plus adaptés à certains professionnels.

¹⁸⁴ Voir les numéros 1 à 30 de ce travail, sur la responsabilité civile professionnelle des dirigeants sociaux.

¹⁸⁵ RIGGS (John), Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux en droit américain, op.cit

dans certaines circonstances¹⁸⁶. Les propositions qui découlent de cette mouvance se sont insérées assez naturellement dans le mécanisme de la responsabilité civile des dirigeants sociaux au sein des régimes nationaux des deux pays, qui s'étaient déjà orientés vers l'exigence de ces devoirs.

150.- Le développement de la responsabilité civile professionnelle au niveau national a donc fourni une ambiance propice à l'adoption de l'idéologie de la doctrine du gouvernement corporatif. L'admission d'une responsabilité professionnelle a été l'opportunité pour que cette idéologie récente ait pu s'introduire en droit français, de même qu'en droit colombien. Le moment était favorable dans nos pays pour accueillir dans nos régimes internes respectifs une certaine idéologie née dans les pays anglo-saxons et connue comme la *Corporate Governance*, qui exigeait plus de responsabilité de la part de ces acteurs économiques.

151.- Mais cette immersion ne se serait pas réalisée, tout au moins de la même façon, si des événements extérieurs n'avaient pas servi d'occasion.

152.- Du latin *occasio* qui signifie « tomber », l'occasion est la conjoncture, la circonstance qui vient à propos¹⁸⁷. En l'occurrence, ce fut la révélation de scandales financiers d'envergure, qui en étant médiatisés, touchèrent l'opinion publique. Les cas d'Enron¹⁸⁸ ou de Parmalat¹⁸⁹ sont toujours dans l'esprit du public, porteur ou pas de

¹⁸⁶ Voir les numéros 96 et suivants de ce travail, relatifs au devoir de transparence.

¹⁸⁷ Dictionnaire Larousse Sélection, oct. 1987, Vol. I.

¹⁸⁸ Enron, société américaine du secteur de l'énergie fondée en 1985, est à l'origine du plus grand scandale financier des 20 dernières années. En effet, dans le but d'augmenter sa valeur boursière, l'entreprise gonflait artificiellement ses profits tout en masquant ses déficits en utilisant une multitude de sociétés écrans et en falsifiant ses comptes. L'éclatement de la bulle a précipité non seulement l'entreprise Enron mais aussi le cabinet d'audit Arthur Andersen qui avait détruit plus d'une tonne de documents compromettants. Avec la faillite d'Enron, 20.000 personnes de l'entreprise perdirent leur emploi et plusieurs centaines de millions de dollars constituant l'essentiel de fonds de pension, donc la retraite de milliers d'américains « *partirent en fumée* ». Cette affaire et le procès qui s'en suivit ont été à l'origine de nouvelles lois et règles comptables afin de mieux encadrer dirigeants et audits et d'assurer une meilleure transparence des comptes, comme la loi Sarbanes Oxley. (cf. <http://www.piloter.org/gouvernance-entreprise/enron.htm>).

¹⁸⁹ Qualifié de plus grand scandale financier en Europe depuis 1945, l'affaire *Parmalat* eut des ondes de choc semblables à celles, désastreuses, que provoqua en décembre 2001 la faillite frauduleuse du courtier en énergie Enron. Petite firme familiale de distribution de lait pasteurisé établie dans les environs de Parme dans les années 1960, elle s'est développée

participations au sein des sociétés. L'avènement de ces scandales fixa les projecteurs sur le management des entreprises.

153.- Dans les années 70-80 et 90, la mise en cause de conseils d'administration dans des affaires d'atteintes à l'environnement ou de « parachutes dorés » provoquèrent un débat sur les responsabilités des dirigeants et les raisons de les mettre en cause ou encore la manière, pour ces acteurs économiques, de se prémunir contre leur mise en jeu¹⁹⁰. On songe aux catastrophes environnementales provoquées par les marées noires concernant le pétrolier Exxon Valdez en 1989¹⁹¹ et plus récemment à celui provoqué par l'explosion de la plateforme pétrolière Deepwater Horizon le 20 avril 2010¹⁹². Ce

grâce à l'habileté de son fondateur, M. Calisto Tanzi, et aux généreuses subventions de l'Union européenne. Dès 1974, Parmalat se mondialisait et s'installait au Brésil, au Venezuela et en Equateur. Puis elle multiplia les filiales et en 1990 entra en Bourse. Tout fleurit jusqu'au 11 novembre 2003. *« Ce jour-là, des commissaires aux comptes expriment des doutes sur un investissement de 500 millions d'euros effectué sur le fonds Epicurum, basé aux îles Caïmans. Aussitôt, l'agence Standard & Poors abaisse la notation des titres Parmalat. L'action chute. Au même moment, la Commission des opérations de Bourse demande des clarifications sur la manière dont le groupe compte rembourser des dettes qui arrivent à échéance fin 2003. L'inquiétude s'empare des créanciers et des détenteurs d'actions. Dans le but de rassurer, la direction de Parmalat annonce alors l'existence d'une cagnotte de 3,95 milliards d'euros déposés dans une agence de la Bank of America aux îles Caïmans, et présente un document établi par cette banque américaine, attestant la réalité du montant indiqué. La direction joue à quitte ou double. Soit chacun se tranquillise, l'action remonte et les affaires reprennent, soit la méfiance demeure et l'effondrement menace. »* Mais le document s'avère être un faux. *« On va vite apprendre que l'endettement de Parmalat s'élève à 11 milliards d'euros ! Et que comme dans les scandales Enron, Tyco, Worldcom, Ahold, etc ; il a été sciemment dissimulé depuis des années au moyen d'un système frauduleux à base de malversations comptables, de faux bilans, de documents truqués, de bénéfices fictifs et de pyramides complexes de sociétés offshore emboîtées les unes dans les autres de manière à rendre impossible la traçabilité de l'argent et l'analyse des comptes. »* (Le Monde Diplomatique du 24/02/2004, p.1)

¹⁹⁰ BISSARA (Philippe), *Les véritables enjeux du débat sur le gouvernement de l'entreprise*, Revue des Sociétés, janvier-mars 1998, pp. 5- 20, spéc. p.7.

¹⁹¹ Marée noire provoquée par le naufrage du pétrolier Exxon Valdez, en mars 1989, dans la baie du Prince- William, en Alaska (États-Unis). Le 24 mars 1989, le super-tanker Exxon Valdez avait heurté un récif dans la baie du Prince William, déversant 50.000 tonnes de pétrole et causant la pire marée noire de l'histoire des Etats-Unis. Cette catastrophe fut la cause de la mort de dizaines de milliers d'animaux. Une étude de l'université de l'Alaska estime que seul un quart de la population sous-marine survécut à cette catastrophe écologique. *« Pollueur et payeur, mais pas trop non plus. C'est en tout cas l'avis de la Cour suprême américaine qui, dans un avis rendu public mercredi, a estimé que les dommages-intérêts imposés à ExxonMobil, suite à la marée noire de l'Exxon Valdez il y a 19 ans en Alaska, ont été excessifs. D'après la Cour, les dommages « punitifs » infligés à la société la plus rentable du monde devraient se limiter à 507 millions de dollars, contre 2,5 milliards de dollars auparavant. »* (Exxon Valdez : des dommages « punitifs » revus à la baisse, article paru dans le journal Le Figaro du 26/06/2008, disponible sur <http://www.lefigaro.fr/societes-etrangeres/2008/06/25/04011-20080625ARTFIG00562-exxon-valdez-des-dommages-punitifs-revus-a-la-baisse.php>).

¹⁹² « La plate-forme Deepwater Horizon était une plate-forme de forage, située à environ 50 miles au large des côtes de Louisiane, dans le Golfe du Mexique. Elle appartenait à la société Transocean et était exploitée par la compagnie pétrolière BP PLC, qui l'avait louée jusqu'au mois de septembre 2013. Le cimentage du puits de pétrole avait été réalisé par la société Halliburton, et le système de sécurité censé obturer le puits en cas de problème avait été conçu par la

dernier est considéré le pire désastre environnemental qu'aient connu les Etats Unis. On songe aussi, en France, aux affaires de mauvaise gestion concernant le Crédit Lyonnais¹⁹³ ou Vivendi Universal, dont les coûts ont été assumés par l'ensemble des contribuables.

154.- Des affaires de ce type avaient été reprises par des juristes américains au moment d'initier une réflexion sur les moyens de contrôler les dérives du pouvoir exercé à l'intérieur des entreprises. Ces réflexions ont tourné sur la structure et la composition du conseil d'administration, sur l'opportunité de désigner des administrateurs indépendants et de créer des comités spécialisés, mais aussi sur ce qui nous interpelle, à savoir les devoirs et responsabilités des administrateurs¹⁹⁴. Les juristes américains ont donné naissance à des ouvrages déontologiques de référence, dont le « *Corporate Director's Guide Book* » en 1978, et les « *Principles of Corporate Governance* » en 1994, ouvrages qui traitent entre autres de la question des devoirs et comportements attendus des dirigeants, ainsi que des objectifs qui devraient être atteints à travers l'exercice d'une bonne gestion.

société Cameron International. Le 20 avril 2010, la plate-forme a été secouée par une violente explosion qui a causé la mort de onze personnes, puis un incendie s'est déclaré. La plate-forme a sombré deux jours plus tard. L'explosion a provoqué des fuites dans le puits de pétrole. Pendant de nombreux mois, le pétrole s'est écoulé dans la mer, causant une marée noire d'une gravité sans précédent. BP a tenté de colmater la fuite en fabriquant une cloche en acier devant recouvrir le puits et canaliser le pétrole de manière à ce que celui-ci soit récupéré plus facilement mais, par deux fois, l'opération s'est soldée par un échec. Une partie du pétrole se déversant du puits a certes pu être pompée par pétrolier, mais ce n'est que le 4 août 2010, plus de trois mois après le début de la marée noire, que BP a finalement annoncé avoir réussi à stopper toute fuite. À ce titre, certaines voix ont accusé la compagnie pétrolière d'avoir aggravé la marée noire en privilégiant, au moins dans un premier temps, « les techniques qui lui permettaient de continuer à exploiter la fuite (surtout ne pas perdre un litre de pétrole) ». Si la guerre des chiffres a longtemps fait rage, il semble aujourd'hui admis que près de 4,1 millions de barils de pétrole ont été rejetés en mer pendant ces trois mois, soit plus de 650 millions de litres. En comparaison, lors de la marée noire de l'Exxon Valdez en 1989, « seulement » 42 millions de litres de pétrole s'étaient déversés au large de l'Alaska. » (REBEYROL (Vincent), *La marée noire dans le Golfe du Mexique : le temps du droit*, JCPG n° 6, 7 Février 2011, 157)

¹⁹³ Concernant les entreprises publiques, il est conseillé par le gouvernement d'en transposer les pratiques du « gouvernement d'entreprise ». JUPPE (Alain), Circulaire du 29 mai 1997 relative au rôle de l'Etat actionnaire ou tuteur des entreprises publiques, Revue Sociétés juill-sept. 1997 p.655. Une présentation analytique de l'affaire du Crédit Lyonnais est consultable sur <http://archives.arte.tv/special/credit/ftext/ftext06e.htm>, *Le pari perdu du lyonnais*, par Guillaume Duval.

¹⁹⁴ PELTIER (Frédéric), *La convergence du droit français avec les principes de la corporate governance américaine*, La Semaine Juridique entreprise et affaires, 5 juin 1997, n°23, étude n°660, pp. 245-250 ; Revue de Droit Bancaire et de la Bourse, 11er mars 1997, n°60, pp. 49-54.

155.- Traduit comme *gouvernement d'entreprise*¹⁹⁵, cette doctrine fait référence à « *l'ensemble des mécanismes qui gouvernent la conduite des dirigeants et délimitent leur latitude discrétionnaire* »¹⁹⁶. Pour cette raison les principes de la *corporate governance* exercent une influence quant à la responsabilité civile des dirigeants de sociétés. Ces principes sont des éléments de mesure du comportement des dirigeants en matière d'obligations et de devoirs. Ces éléments de mesure servent de critères d'appréciation sur la conduite des dirigeants sociaux.

156.- Cette définition d'une matière aussi vivante et dynamique depuis son apparition dans les années 70, enrichie et renouvelée depuis les années 90¹⁹⁷, nous semble être en ce qui nous concerne plus adaptée à la situation des dirigeants sociaux, que celle plus générale initialement proposée par Sir Adrian CADBURY orientée à la recherche d'un système de direction et de contrôle qui concilie au mieux l'efficacité de la gestion et la protection des intérêts des actionnaires.

157.- Le gouvernement d'entreprise a pour objectif d'instaurer des limites aux abus de pouvoirs au sein des sociétés. Cette démarche à la base déontologique constitue un contre-pouvoir aux prérogatives étendues des dirigeants d'entreprises. Montesquieu soulignait déjà il y a près de trois siècles la nécessité de contre-pouvoirs pour limiter les abus. Cette doctrine limite l'abus de pouvoir dans la gestion des sociétés.

¹⁹⁵ "Gouvernement d'entreprise" en français et "gobierno corporativo" en espagnol, quoique la traduction de cette notion issue du vocabulaire anglais ai été discutée. Le vocable est considéré flou car n'évoque que l'organisation et le fonctionnement des sociétés cotées en bourse, et ne fait pas référence à toutes les entreprises (BISSARA (Philippe), Les véritables enjeux du débat sur le "gouvernement d'entreprise, op.cit. Pour certains il vaut mieux parler de « *contrôle et direction des entreprises* » (Daille-Duclos, JCPE II 98 p.1486, note sous Cass.com. 24/02/1998). Pour d'autres, « *Le recours à des termes à connotation politique tels que gouvernement ou gouvernance est mal venu, alors qu'il s'agit d'évoquer le fonctionnement d'entreprises dont l'objet n'est pas d'administrer la chose publique mais de produire des biens et services; quant aux termes entreprise ou corporate ils sont eux-mêmes inadéquats car l'objet réel du débat que recouvre l'expression n'est pas d'évoquer l'organisation et le fonctionnement de toute entreprise, mais seulement ceux des sociétés cotées* ». (BISSARA (Philippe), Les véritables enjeux du débat sur « le gouvernement de l'entreprise, op.cit, spéc. p.6) Le terme corporate est par ailleurs mal adapté en langue espagnole car les corporations font plutôt référence aux sociétés et non pas aux « *corporaciones* », qui sont une forme de personne morale en droit colombien. Pour cette raison, certains auteurs colombiens prônent une traduction de l'expression en « *gouvernement sociétaire* », plus proche de celle réalisée par le droit français. (cf. BAQUERO HERRERA (Mauricio), "El gobierno societario y de la empresa en Colombia, una herramienta (contractual) o un requisito (normativo)", in Globalización y derecho mercantil, Bogotá: Diké, 2008, pp 127-166.

¹⁹⁶ CHARREAUX (Gérard) et DESBRIERES (Philippe), « Gouvernment des entreprises: valeur partenariale contre valeur actionnariale », in CHARREAUX (Gérard) et WIRTZ (Peter), Gouvernance des Entreprises, nouvelles perspectives, Paris : Economica Recherche en Gestion, 2006, pp. 24-46, spéc p.24.

¹⁹⁷ Idem préface p.5.

158.- Il est vrai que sans les actionnaires cette idéologie n'aurait pas vu le jour. Mais nous n'adhérerons pas à une explication de cette théorie comme une réponse efficace au problème de spoliation des actionnaires¹⁹⁸. Nous y voyons plutôt l'affirmation de devoirs de comportement et les responsabilités conséquentes qui retombent sur les dirigeants et qui viennent faire partie intégrante du régime juridique d'obligations et responsabilités leur incombant.

159.- La *corporate governance* est en effet souvent présentée comme fondée sur la prise en compte de l'intérêt de l'actionnaire. A cet intérêt on intégrera plus généralement celui des *stakeholders*, terme traduit habituellement par celui de « parties prenantes » ou « tiers intéressés », c'est-à-dire tous ceux qui, à quelque niveau que ce soit, sont intéressés par l'activité de la société : salariés, clients, fournisseurs, concurrents, associations, voisins, collectivités locales...¹⁹⁹ Essayer donc une définition précise et complète de la notion de gouvernement d'entreprise serait compliqué, car la notion est multiforme. Elle relève des sciences de la gestion, des finances, du droit public, mais aussi du droit privé, en particulier du droit des contrats et des obligations. « *Pour paraphraser le doyen Carbonnier, on dira qu'il y a bien des définitions dans la maison de la « Corporate Governance».*²⁰⁰ Il n'est pas aisé de se focaliser exclusivement sur l'une d'elles tout en faisant abstraction des autres.

160.- Nous essayerons néanmoins de relever l'importance du rôle de cette idéologie, que nous présenterons dans un premier moment, particulièrement dans l'instauration d'un principe de solution au problème universel de la responsabilité des dirigeants sociaux, ainsi que du problème des conflits d'intérêts au sein du droit des sociétés. Dans chacun

¹⁹⁸ Dans la conception dominante en matière de gouvernement des sociétés fondé sur la théorie de l'agence, dont une synthèse a été faite par Shleifer et Vishny (1997), « *la valeur pour l'entreprise se confond avec la valeur pour les actionnaires –« valeur actionariale»- et son processus de création n'emprunte que des voies disciplinaires d'incitation et de surveillance.* » CHARREAUX (Gérard) et WIRTZ (Peter), *op.cit.*, préface p.8.) Cette étude est faite depuis l'angle des seuls actionnaires que nous n'aborderons pas dans notre étude, où nous nous bornerons à définir les contours des devoirs et responsabilités des dirigeants sociaux. La perspective qui nous interpelle se situe du côté des dirigeants. Or nous reviendrons sur la théorie de l'agence et ses implications quand nous traiterons la question des conflits d'intérêts.

¹⁹⁹ TREBULLE (François Guy), *Responsabilité sociale des Entreprises (Entreprise et Ethique environnementale)*, Répertoire Dalloz Droit des Sociétés, mars 2010, spéc. n°3.

²⁰⁰ COURET (Alain), *Le Gouvernement d'entreprise, la corporate governance*, Recueil Dalloz Sirey 1995 Chronique p. 163.

de ces deux cas, nous verrons l'état actuel de la question dans les régimes juridiques français et colombien.

2.1. Chapitre I - L'idéologie de la Corporate Governance

161.- Le concept de la Corporate Governance part du constat de la dissociation de la propriété du capital et de l'exercice du pouvoir au sein de la société. Dans les grandes entreprises, la propriété du capital et la gestion de celui-ci ne reposent pas sur les mêmes personnes. Ceci est encore plus évident lorsque la société est introduite en bourse et fait appel à des capitaux anonymes dont les propriétaires ne sont pas associés à la gestion sociale²⁰¹.

162.- Le modèle sociétaire sur lequel repose cette idéologie est basé sur la théorie de l'agence. Selon ce modèle, l'entreprise est un nœud de contrats parmi lesquels les relations entre dirigeants et actionnaires reposent sur une sorte de contrat de mandat. Comme dans tout contrat de mandat, il peut y avoir un conflit d'intérêts entre ceux de l'actionnaire et ceux du dirigeant. « *Dans les grandes sociétés, où les dirigeants ne détiennent qu'une fraction infime du capital, leur intérêt est moins d'améliorer la richesse des actionnaires que de servir leur propres intérêts au détriment desdits actionnaires.* ».²⁰² Un moyen de réduire ce risque et en particulier les coûts²⁰³ qu'il génère est d'intéresser les dirigeants au sort ou à la fortune de la société, par exemple à travers l'attribution de stock options.

²⁰¹ BISSARA (Philippe), Les véritables enjeux du débat sur « le gouvernement de l'entreprise, op.cit, spéc. p.5.

²⁰² Idem.

²⁰³ « D'une part, en effet, l'actionnaire a besoin de contrôler les dysfonctionnements éventuels et est amené, pour contrôler les dirigeants, à mettre en place des solutions qui sont relativement coûteuses. De l'autre côté, les dirigeants ont eux-mêmes des coûts dans la mesure où voulant faire connaître leurs actions positives ils sont amenés à susciter des coûts d'information indispensables pour rendre perceptibles aux actionnaires les bienfaits de leur action. » (COURET (Alain), Le Gouvernement d'entreprise, la corporate governance, op.cit, spéc. p. 165.)

- 163.- Comme les relations entre dirigeants et actionnaires reposent sur un contrat de mandat, ce sont donc tous les mécanismes dérivés de ce type de contrat que les principes découlant de la doctrine du gouvernement d'entreprise entendent accroître²⁰⁴. C'est ainsi que ce mouvement a développé une série de devoirs particulièrement exigibles des dirigeants qui constituent des règles de comportement auxquelles sont attachés des responsabilités.
- 164.- Parmi ces devoirs nous constatons la place importante qui est celle du devoir de loyauté : *«Devoirs de loyauté à l'égard des détenteurs du capital qui impliquent à la fois leur information exacte, transparente et fournie en temps utile, et un comportement impeccable dans les situations délicates de risques de conflits d'intérêts; devoirs de diligence pour maximiser les succès de l'entreprise et sa "valeur" dont l'actionnaire peut bénéficier par la croissance du cours et les dividendes»*.²⁰⁵
- 165.- Le devoir de loyauté figure parmi les principes essentiels du « *gouvernement d'entreprise* »²⁰⁶. Comme tout mandataire, le dirigeant doit avoir un comportement loyal envers son mandant (la société, mais ce devoir s'étend aussi aux associés et aux actionnaires), ce qui implique, entre autres, un devoir de transparence et un devoir d'information.
- 166.- Le gouvernement d'entreprise recherche la transparence dans la gestion des comptes sociaux ainsi que dans la rémunération des dirigeants.
- 167.- L'information que le dirigeant doit fournir aux administrateurs doit être préalable et suffisante à la prise de décisions lors des réunions du conseil d'administration. Elle retombe aussi sur des éventuels conflits d'intérêts en raison de sa situation privilégiée et de son pouvoir au sein de l'entreprise. Elle s'étend par ailleurs à la véracité dans la diffusion de la situation financière de l'entreprise destinée au public.

²⁰⁴ BISSARA (Philippe), Les véritables enjeux du débat sur « le gouvernement de l'entreprise, op.cit, spéc p.165.

²⁰⁵ Idem, spéc p.9.

²⁰⁶ CAUSSAIN (Jean-Jacques), A propos du devoir de loyauté des dirigeants sociaux, op.cit, spéc p. 303.

- 168.- Le devoir d'information qui se détache du devoir plus général de loyauté préconisé par le gouvernement d'entreprise, implique aussi une certaine diligence en matière d'information financière et de contrôle des comptes. La *corporate governance* propose ainsi l'instauration d'un comité d'audit au sein des sociétés qui sera chargé d'examiner les comptes à côté d'autres comités chargés d'autres types de contrôles²⁰⁷.
- 169.- Mais dans l'obligation générale de loyauté il y a aussi un devoir de diligence qui consiste, pour les dirigeants, à agir de bonne foi, compétence et attention dans l'exécution de leurs fonctions. Ce devoir de loyauté découle des obligations fiduciaires, qui trouvent leur origine dans la théorie du trust. Celle-ci repose sur une relation de confiance entre dirigeants et actionnaires²⁰⁸.
- 170.- L'obligation de diligence (*duty of care*) fait partie des obligations fiduciaires. Elle implique le devoir d'agir de bonne foi et une obligation de loyauté (*duty of fair dealing*) qui interdit aux dirigeants de créer un conflit d'intérêts entre leurs propres intérêts et ceux de la société²⁰⁹.
- 171.- Le devoir de loyauté proposé par le gouvernement d'entreprise cherche à rétablir la morale dans le management des sociétés. « *La morale économique est une morale de la recherche de profits sans déloyauté ni abus. C'est une morale de la prohibition des profits injustifiés que la jurisprudence a stigmatisée dans d'autres domaines, par exemple le mécanisme de l'enrichissement sans cause. Elle vise à compenser les effets les plus dévastateurs d'un capitalisme qui serait abandonné à lui-même* »²¹⁰.

²⁰⁷ La création de différents comités fait partie des propositions de la *corporate governance*. Ainsi, à côté du comité d'audit, un comité de sélection sera chargé d'évaluer le recrutement des dirigeants, un comité de rémunérations évaluera les avantages octroyés aux dirigeants, etc. Ces comités qui formalisent les principales diligences incombant au conseil d'administration protègent les administrateurs en fournissant en quelque sorte une preuve formelle de l'accomplissement de ces diligences. Ils peuvent être de « précieux auxiliaires de l'ensemble du collège du conseil ». (BISSARA (Philippe), *Les véritables enjeux du débat sur « le gouvernement de l'entreprise, op.cit., spéc. p.10*)

²⁰⁸ DAMY (Grégory), Devoir de loyauté du dirigeant à l'égard des associés, note sous Com. 12 mai 2004, op.cit..

²⁰⁹ DAILLE-DUCLOS (Brigitte), *Le devoir de loyauté du dirigeant, op.cit.*, en citant DION (Nathalie), « *Corporate governance* », Rev. Dt des Soc. Juill-aout 1995 p.8.

²¹⁰RIGGS (John), Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux en droit américain, op.cit, spéc p.573.

172.- Les principes du gouvernement d'entreprise ont par ailleurs l'avantage d'influer positivement la gestion, et par ce biais, accroître la valeur financière des entreprises²¹¹. L'enjeu en Amérique Latine est important. La bonne gouvernance des entreprises privées serait cruciale pour la croissance économique en Amérique Latine et plus particulièrement en Colombie. La transparence de la gestion ne peut pas garantir le succès des entreprises privées, quant à l'accroissement de leur valeur financière. Mais elle aide dans une grande mesure à la bonne tenue des entreprises qui l'adoptent²¹² (soient-elles cotées en bourse ou pas), ne serai-ce que par le climat favorable de confiance qui surgit dès que les efforts sont orientés à moraliser les pratiques dans le monde des affaires.

173.- Le gouvernement d'entreprise est un outil indispensable à la délimitation des contours d'une responsabilité propre aux professionnels de la gestion sociétaire. Pour répondre à des soucis de transparence, cette doctrine a mis au point des devoirs spécifiques à ces acteurs de la vie économique, dont le devoir de loyauté a une position primordiale. Ces devoirs renforcent l'idée de l'existence d'une responsabilité plus adaptée aux dirigeants sociaux. Ainsi, le rôle de cette doctrine a été déterminant dans la solution du problème universel de la responsabilité des dirigeants sociaux. (Section 1). La possibilité pour que les intérêts des dirigeants rentrent en conflit avec ceux de la société est toujours présente (Section 2).

²¹¹ BISSARA (Philippe), Les véritables enjeux du débat sur « le gouvernement de l'entreprise, op.cit, spéc p.17; CHARREAUX (Gérard) et DESBRIERES (Philippe), « Gouvernement des entreprises: valeur partenariale contre valeur actionnariale », op.cit, spéc p.23. Pour ces auteurs « Il semble apparemment que le système de [gouvernement d'entreprise], plus ou moins contraignant dans la définition de l'espace discrétionnaire des dirigeants, influe de façon très variable sur la gestion des différentes transactions et sur les différents maillons de la création de valeur » (spéc p 32). D'après le White Paper sur la gouvernance d'entreprise en Amérique Latine, « Asegurar el grado máximo de transparencia y de responsabilidad externa e interna por las compañías cotizadas en la bolsa de comercio, incrementa la probabilidad que las decisiones de inversión actuales por parte de los fondos de pensión, darán a la larga buenos dividendos a los retirados. » (p.9 du White Paper).

²¹² BISSARA (Philippe), Les véritables enjeux du débat sur « le gouvernement de l'entreprise, op.cit, spéc p.19.

2.1.1. Section 1 - Le rôle de cette idéologie dans la solution du problème universel de la responsabilité des dirigeants

174.- En raison du phénomène de la mondialisation des marchés, le gouvernement d'entreprise s'est vite répandu dans le monde. L'internationalisation des entreprises a conduit de nombreuses sociétés à être présentes dans d'autres pays, notamment aux Etats Unis. Et inversement, des sociétés américaines se sont installées en Europe (et en Amérique Latine).

175.- Tel qu'il a été décrit par Mme Frison-Roche, « ...on peut dire que la mondialisation existe de deux façons, quantitative et qualitative. Du point de vue quantitatif, la mondialisation n'est que l'intensification de l'internationalisation, de telle sorte qu'au point de vue de leur structure juridique, les entreprises ne sont plus ancrées sur un seul territoire mais constituent désormais des sortes de mille-pattes, ayant une implantation dans chaque pays, grâce notamment au procédé juridique des filiales. Du point de vue qualitatif, la mondialisation est tout autre chose que l'internationalisation. Elle est même pour le droit son contraire : prenant alors l'appellation de « globalisation », la mondialisation désigne le fait que les entreprises n'ont plus pied nulle part. L'activité est globale, c'est-à-dire qu'elle ne touche plus terre et n'a plus comme territoire que la totalité de la planète. L'usage du terme « virtualité » guère plus correct syntaxiquement que celui de « globalisation », cherche à exprimer cette apesanteur. C'est la finance qui a fait passer l'activité économique de l'internationalisation intensifiée à une véritable globalisation » ²¹³

176.- Le développement des marchés a attiré sans cesse de nouveaux actionnaires et investisseurs étrangers. Et les excès du capitalisme financier ont mis les projecteurs sur les règles auxquelles il devrait se soumettre, faute de quoi s'avérerait la perte de

²¹³ FRISON-ROCHE (Marie-Anne), *Le versant juridique de la mondialisation*, Revue des deux Mondes, décembre 1997, pp.45-53, [en ligne]. Disponible sur

<http://mafrisonroche.phpnet.org/IMG/pdf/7-2.3_versant_juridique_mondialisation_1997.pdf>

confiance dans le système de collecte de l'épargne et d'orientation des investissements²¹⁴. Un peu de réglementation dans le système libéral ne fait pas de mal. Bien au contraire, en ce qui concerne la responsabilisation d'acteurs économiques tels les dirigeants sociaux, cela rapporterait plus de professionnalisation, plus de transparence.

177.- La gouvernance d'entreprise a d'abord donné lieu à l'élaboration d'ouvrages déontologiques contenant les règles du bon gouvernement²¹⁵, qui ont été à l'origine de différentes études et rapports en droit français²¹⁶.

178.- En France, différents rapports contenant les conclusions d'études mises en place par l'Etat montrent dans quelle mesure la réflexion menée sur la *corporate governance* a été riche en développements. On citera dans un ordre chronologique le rapport Viénot I en 1995 sur le conseil d'administration des sociétés cotées, Marini en 1996 en vue d'une réforme législative sur la modernisation du droit des sociétés, Viénot II en 1999 sur le gouvernement d'entreprise dans le prolongement du rapport Viénot I, Bouton en septembre 2002, ou encore le rapport Clément, qui constitue la base conceptuelle de ce que la France entend comme bon gouvernement d'entreprise²¹⁷. Des réformes législatives succédaient à chacun de ces rapports, qui introduisent dans le droit positif,

²¹⁴ LECLERCQ (Xavier), Faute d'un acheteur professionnel pour les prestations intellectuelles, on obtient...l'affaire Enron ! », Revue de Droit des Affaires Internationales (RDAI/IBLJ), 2002, n°6, pp. 620-628.

²¹⁵ Principalement deux textes qui traitent sur les objectifs qui doivent être poursuivis par les organes sociaux et sur les devoirs et comportements souhaitables des dirigeants et des actionnaires : le « Corporate Director's guide book » en 1978 et les « Principles of corporate governance » en 1994.

²¹⁶ « La réflexion sur la corporate governance aux Etats Unis procède d'une démarche que nous qualifierons de déontologique. De même en Grande Bretagne, où le rapport Cadbury « The financial aspect of corporate governance » a été suivi d'un « Code of best practice ». Elle se résume donc pour une large part à un code de déontologie des dirigeants des entreprises, comme l'a indiqué la COB dans le rapport Viénot (de 1995) ». PELTIER (Frédéric), La convergence du droit français avec les principes de la « corporate governance » américaine, op.cit. Ces ouvrages ont proposé des devoirs spécifiques aux dirigeants d'entreprise. Parmi ces devoirs, nous remarquons tout particulièrement l'exigence de prudence requise par leurs fonctions, de loyauté qui demande que leurs actes soient motivés par le respect de l'intérêt de la société, et un devoir de transparence envers les autres administrateurs, envers les actionnaires et même envers les créanciers dans certaines circonstances.

²¹⁷ NAVARRO (Jean-Louis), Introduction, colloque « Le gouvernement d'entreprise, cinq années de réforme en droit des sociétés, pour quel avenir ? » Lyon, 1er décembre 2006, Les Petites Affiches, 2 août 2007, n°154, pp. 4-5.

des exigences requises par la bonne gouvernance corporative. Le droit français applicable aux sociétés s'engageait ainsi dans le chemin de la bonne gouvernance.

179.- La Colombie s'est engagée aussi dans ce chemin. Le gouvernement colombien, la bourse des valeurs, les chambres de commerce, ont réagi d'une manière très positive aux propositions de la doctrine anglo-saxonne²¹⁸, dont la responsabilité civile des dirigeants constitue l'un des instruments²¹⁹. Différentes études et rapports ont adopté ces orientations. Nous signalerons particulièrement le *Report on the Observance of Standards and Codes (ROSC), Corporate Governance Country Assesment Colombia, August 2003*, le *Codigo Pais*, ou le *Situacion actual del gobierno corporativo de las empresas emisoras en Colombia*²²⁰. De même, des Codes privés de gouvernance d'entreprise incorporant des normes de conduite pour les administrateurs ont été adoptés. La transgression des dispositions de ces codes dans les entreprises qui les adoptent est génératrice de fautes professionnelles, non seulement sanctionnées sur le plan civil, mais moralement reprochable dans le milieu professionnel²²¹. Le législateur colombien en droit des sociétés a adopté les différentes propositions de la gouvernance d'entreprises en ce qui concerne les devoirs et responsabilités des dirigeants sociaux.

180.- Le régime de responsabilité des dirigeants s'est alimenté des propositions faites par la gouvernance d'entreprise. « *L'expérience montre plus encore qu'un système peut se mettre en place alors qu'il ne bénéficie pas d'un pouvoir normatif intégré, dès l'instant qu'à travers l'interprétation ou l'actualisation de principes généraux, la juridiction peut à la fois faire office de création de normes (et ce qu'on soit dans une culture de Civil Law ou dans une culture de Common Law), de règlement des conflits et de rappel*

²¹⁸ BAQUERO HERRERA (Mauricio), "El gobierno societario y de la empresa en Colombia, una herramienta (contractual) o un requisito (normativo)", op.cit, spéc. p.147.

²¹⁹ LONDOÑO ARANGO (Maximiliano), *La responsabilidad civil de los administradores de las sociedades, in Globalización y Derecho Mercantil*, Bogotá: Diké, 2008, pp 61-123..

²²⁰ Paue dans la Revue Foro de Derecho Mercantil, Legis, n°7, avril-juin 2005, p173.

²²¹ VINEY (Geneviève), Introduction à la responsabilité 3^{ème} édition, Paris : LGDJ 2008, collection traité de droit civil, 693 pages,spéc p.65 n°41 : « Nous pensons par exemple, que la plupart des condamnations civiles prononcées sur le fondement d'une faute professionnelle conservent un effet dissuasif réel même lorsqu'elles sont garanties par une assurance. En effet, l'atteinte qu'elles portent à la réputation du « responsable » est souvent très durement ressentie. Il en est de même des actions destinées à sanctionner la violation des ... règles du droit des sociétés ou plus largement du droit des affaires ... »

à l'ordre des contrevenants.»²²² Du point de vue de la mondialisation du droit, un système juridique est composé d'un ensemble de normes pas nécessairement hiérarchisées, qui peuvent provenir de différentes institutions situées dans des zones géographiques différentes (nationales, mondiales), et les sources du droit national peuvent être pour partie situées dans une zone géographique autre que nationale. « *Un système juridique ce n'est pas nécessairement une organisation hiérarchique. On peut concevoir un ordre construit sur un cumul d'origine hasardeuse de compétences attribuées à différentes institutions, non seulement à travers différents offices mais encore à travers différentes emprises géographiques (nationale, régionale, mondiale)* ». ²²³ De ce point de vue, la gouvernance d'entreprise a servi de source dans la mise en pied du système actuel de responsabilité civile des dirigeants sociaux.

181.- Le régime de responsabilités des dirigeants s'est en effet enrichi des devoirs dorénavant exigés de ces agents et dont la violation entraîne une certaine responsabilité de leur part. On peut donc affirmer que la faute qui peut être commise par ces professionnels de la gestion acquiert des contours particuliers. En effet, le dirigeant qui adopte un comportement déloyal, qui dissimule l'information à laquelle ont droit d'accéder les administrateurs afin de prendre des décisions en toute connaissance de cause, ou l'information financière et comptable à laquelle ont droit les associés ou actionnaires, commet une faute de gestion.

182.- Les différents devoirs de comportement présentés dans la mouvance déontologique du gouvernement d'entreprise sont donc attendus de tous les dirigeants en France comme en Colombie. Parmi ces devoirs, celui de loyauté a connu des développements importants dans chacun des deux pays.

²²² FRISON-ROCHE (Marie-Anne), *Le droit, source et forme de régulation mondiale*, in *Gouvernance mondiale, Documentation Française*, 2002, pp. 313 – 330, spéc. p.322 [en ligne]. Disponible sur <http://mafrisonroche.phpnet.org/IMG/pdf/7-2.7._Le_droit_comme_regulation_mondiale_2002.pdf>

²²³ Idem, spéc. p.316.

2.1.1.1. Sous-section 1 - Etat actuel de la question en droit français

183.- Bien que certains articles du code civil français fassent implicitement référence à certains devoirs qui ont postérieurement été exigés par le gouvernement d'entreprise, nous pouvons considérer que ce fut la proposition spécifique de ces devoirs par cette doctrine qui influença, dans les années 80 et 90 la jurisprudence française dans la création de devoirs nouveaux tels que la loyauté à la charge des dirigeants d'entreprise.

184.- Certains articles du code civil exigeaient en effet le respect d'un devoir de bonne foi dans l'exécution des contrats²²⁴ ou des obligations dérivées des « suites naturelles » du contrat. Le devoir général de bonne foi ainsi conçu servit de support à l'exigence d'un devoir de loyauté. Ce devoir était exigé explicitement dans le cas du mandat commercial (article L134-4 C.com). D'autres normes du code de commerce contenaient aussi le devoir de loyauté de manière implicite. Ainsi, les articles punissant l'abus de biens sociaux ou de crédit de la société par les dirigeants de sociétés à responsabilité limitée ou de sociétés anonymes, ou encore les abus des pouvoirs dont ils disposent²²⁵. Ces articles sanctionnent des actes de déloyauté puisque pour que l'infraction soit constituée, il faut que les dirigeants aient agi de mauvaise foi et qu'ils aient fait des biens ou du crédit de la société, des voix ou du pouvoir « un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt » de la société, « à des fins personnelles » ou « pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement »²²⁶.

185.- Le devoir de loyauté est encore implicite dans d'autres règles du droit français semblables aux *fiduciary duties*, surtout en droit pénal qui contient des sanctions fondées sur un défaut de loyauté (abus de biens sociaux, abus de pouvoir, délit

²²⁴ Voir les numéros 52 et ss. de ce travail en matière de bonne foi.

²²⁵ Arts. L 241-3 et L242-6 du Code de commerce, qui punissent d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375000 Euros les dirigeants qui se livrent à des conduites typifiées dans ces textes. Outre le code de commerce, le code monétaire et financier punit le fait de disposer d'informations privilégiées, délit d'initié (article 465-1 du Code monétaire et financier), qui constitue aussi un acte déloyal pouvant être commis par les dirigeants des sociétés cotées.

²²⁶ Arts. L 241-3 n°4 et L242-6 n°3 du Code de commerce

d'initié)²²⁷. C'est ainsi que la rémunération excessive des dirigeants de sociétés est souvent sanctionnée par les tribunaux en appliquant les textes relatifs à l'abus de biens sociaux²²⁸.

186.- L'obligation de loyauté exigée par la doctrine de la *corporate governance* pour les dirigeants de sociétés cotées, ne se limite pas aux seules sociétés anonymes. Ce devoir s'impose à tous les dirigeants de tous types de sociétés²²⁹. Ainsi le juge français l'exige à l'encontre des dirigeants de sociétés fermées sur la base des articles relatifs à la responsabilité civile du fait personnel (article 1382 du code civil²³⁰ équivalent au 1341 du code civil colombien), ou sur le terrain de l'exécution des contrats, c'est l'article 1134 alinéa 3 du Code civil français selon lequel les conventions doivent être exécutées de bonne foi, équivalent au 1603 du code civil colombien. Cet article constitue le reflet du principe de loyauté²³¹. Le juge s'appuie sur l'article 1135 du Code civil²³² quand il perçoit un manquement à ce devoir par l'une des parties qui fait obstacle à la continuité du contrat. Le principe de bonne foi se place dans la nécessité de transparence dans les relations humaines et notamment dans le monde des affaires²³³. Par conséquent, le droit boursier ne s'appliquant pas aux sociétés fermées, celles-ci ne restent pas étrangères aux principes du gouvernement d'entreprise par l'entremise des règles civiles générales dont l'application par les juges est particulièrement orientée à « moraliser » le monde

²²⁷ Articles L 241-3 et L 241-6 du Code de commerce contre les dirigeants de SARL et de SA. L'abus de biens sociaux et abus de pouvoir des dirigeants de SA et de SRL sanctionnent leur déloyauté envers la société, puisque l'infraction se constitue en cas de mauvaise foi et si l'usage a été fait "à des fins personnels ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement".

²²⁸ Cass. crim, 30 sept 1991, RJDA 1/1992 n°44.

²²⁹ DAILLE-DUCLOS (Brigitte), Le devoir de loyauté du dirigeant, op.cit.

²³⁰ Tel était le cas dans la jurisprudence commentée.

²³¹ LYONNET (Bernard), Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, Colloque « Le devoir de loyauté », Gazette du Palais, 3 décembre 2000, n°338, pp.15-20.

²³² « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

²³³ LYONNET (Bernard), Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, op.cit.

des affaires. « *La morale que l'on croyait un peu démodée a été à nouveau utilisée dans le domaine des affaires* »²³⁴.

187.- Le devoir de loyauté se trouvait donc contenu dans des textes épars, d'une façon implicite. Or la *corporate governance* a conduit la Cour de cassation à élaborer une véritable construction jurisprudentielle autour du sujet en droit des sociétés. Ceci a permis d'affirmer l'impératif de confiance des dirigeants ainsi que leur devoir de loyauté²³⁵. Dans ce sens, les arrêts *Cointreau*, *Dennerly*, *Vilgrain*, *K*, précédemment évoqués, qui fondent en droit des sociétés les devoirs d'information et de loyauté.

188.- Dans la même lignée que l'arrêt *Vilgrain*²³⁶ prononcé dans les années 90 en plein essor de la doctrine de la gouvernance d'entreprise, et dans lequel la Cour de cassation a jugé l'existence d'un devoir de loyauté envers les associés, d'autres décisions ont continué à exiger le respect de ce devoir.

189.- C'est le cas par exemple de l'arrêt *Belley* du 12 mai 2004²³⁷ où la Chambre commerciale reproche au dirigeant qui intervient dans une cession sans en être partie, de ne pas avoir révélé au vendeur minoritaire l'existence de négociations conduites avec un tiers en vue du rachat ou de l'apport de ces mêmes actions (correspondant à la cession d'un bloc de contrôle), à un prix minimal supérieur. Dans cet arrêt, la Cour blâme le fait d'avoir « *manqué à l'obligation de loyauté qui s'impose au dirigeant de*

²³⁴ KRAJESKI (Didier), *Les outils jurisprudentiels de la moralisation*, *op.cit.* spéc p.565. Selon cet auteur, c'est dans les relations contractuelles que le phénomène de la moralisation est le plus achevé. La théorie du contrat s'est construite sur « *une culture du contrat qui prend ses racines dans la morale et la politique, bien plus que dans l'économie* ».

²³⁵ CAUSSAIN (Jean-Jacques), *A propos du devoir de loyauté des dirigeants sociaux* » *op. cit.*, spéc p.309.

²³⁶ Cass.Com, 27 février 1996, *op.cit.*

²³⁷ Cass. Com. 12 mai 2004, *Beley c/ SA Former*, *op.cit.* Dans l'espèce, le président du conseil d'administration avait constitué une autre société avec d'autres actionnaires, dans laquelle il était aussi dirigeant. Il avait convaincu deux actionnaires minoritaires de céder leurs actions à la nouvelle société pour un prix unitaire de 1800 francs. Le dirigeant ne les informa pas sur une négociation parallèle qu'il entretenait avec une troisième société qui acquérait les actions à un prix unitaire de 4022 francs. Les actionnaires minoritaires cédants, estimant avoir été victimes d'un dol par réticence, ont demandé que le dirigeant et la société cessionnaire soient condamnés à leur verser des dommages et intérêts, demande qui avait été rejetée par les juges du fond au motif qu'il n'était pas prouvé que le jour de la cession, le prix de l'action avait déjà été fixé. Mais pour la Cour de cassation, le dirigeant a bien manqué à son devoir de loyauté à l'égard de tout associé en dissimulant aux cédants une information de nature à influencer sur leur consentement.

société à l'égard de tout associé en dissimulant aux cédants une information de nature à influencer sur leur consentement ». Cette décision « *établit l'existence d'une obligation de loyauté du dirigeant sur sa seule qualité de dirigeant, cela indépendamment de toute autre circonstance* »²³⁸.

190.- C'est aussi le cas d'un arrêt de la Chambre commerciale du 22 février 2005²³⁹ qui censure les conseillers d'appel pour ne pas avoir recherché si le dirigeant n'avait pas manqué à son devoir de loyauté en cachant aux cédants l'existence ou les conditions de négociations, et en leur dissimulant ainsi une information de nature à influencer sur leur consentement.

191.- Dans un autre arrêt du 11 octobre 2005, la Chambre commerciale précise que le dirigeant d'une société qui cède des actions à un prix nettement supérieur au prix offert aux héritiers d'un associé, également cédants, ne viole pas son devoir de loyauté dès lors qu'il n'est pas établi qu'il y a eu collusion entre le dirigeant cédant les actions et la société cessionnaire. Les juges rappellent que le cédant doit démontrer que des négociations ont été entreprises avant la cession et/ou qu'une collusion frauduleuse existe entre le dirigeant et le cessionnaire au moment de la cession, dès que le dirigeant ne participe pas à cette vente²⁴⁰.

192.- Enfin, une décision du 6 mai 2008 réaffirme que le dirigeant d'une société qui n'est pas cessionnaire, est tenu d'un devoir de loyauté à l'égard d'un associé cédant²⁴¹

²³⁸ TCHOTOURIAN, (Ivan), La sanction des conflits d'intérêts à travers la déloyauté : approche française et nord-américaine du devoir de loyauté des dirigeants, Bulletin Joly Bourse, Novembre-Décembre 2008, numéro spécial, pp. 599-610, spéc. p. 603.

²³⁹ Cass. Com. 22 février 2005, Bull. Joly Sociétés 2005 p.1105-1113, note Massart. Un dirigeant avait acheté directement des actions appartenant à des actionnaires minoritaires, sans leur signaler que des négociations avaient déjà été entreprises avec un éventuel acquéreur à des conditions plus avantageuses que celles qui leur étaient offertes. La chambre Commerciale sanctionne le dirigeant qui « *a ainsi manqué au devoir de loyauté qui s'impose aux dirigeants de sociétés à l'égard de tout associé en leur dissimulant une information de nature à influencer sur leur consentement.* »

²⁴⁰ TCHOTOURIAN, (Ivan), La sanction des conflits d'intérêts à travers la déloyauté : approche française et nord-américaine du devoir de loyauté des dirigeants, op.cit.

²⁴¹ Cass. Com. 6 mai 2008, Dt. des Soc, n°156, juill.2008 p.24, note Monnet et Hovasse. Cet arrêt donne au devoir de loyauté une portée accrue. Il reproche en effet aux dirigeants non pas d'avoir dissimulé d'éventuelles négociations, mais uniquement de ne pas avoir « *attiré l'attention* » des cédants sur l'existence dans le patrimoine de la société de bénéfices distribuables

- 193.- Dans la même voie empruntée par l'arrêt *K* du 24 février 1998 qui a exigé ce devoir face à l'entreprise, d'autres décisions ont réaffirmé cette position. Tel est le cas d'une jurisprudence du 12 février 2002²⁴² dans laquelle un dirigeant est condamné pour avoir manqué au devoir de loyauté lorsque, démissionnaire, il crée une société concurrente pendant son préavis de trois mois, société qui commence son exploitation avant l'expiration de ce préavis.
- 194.- Une intervention jurisprudentielle fut nécessaire « *pour que soit clairement affirmé comme principe général le devoir de loyauté des dirigeants* »²⁴³ qui était contenu implicitement dans des textes épars du Code civil ou du Code de commerce.
- 195.- L'attention des dirigeants est attirée par la jurisprudence sur les responsabilités qu'ils encourent et dont ils peuvent perdre conscience s'il n'est pas fait d'exigence expresse. Les principes du gouvernement d'entreprise ont ainsi servi à éclairer l'esprit des juges avant même d'avoir été expressément exigés par la législation interne²⁴⁴.
- 196.- Le juge français s'était donc engagé depuis un certain temps, sur le chemin de la bonne gouvernance. Postérieurement le législateur a pris l'initiative de la réglementer.
- 197.- Le droit français, en prenant part au mouvement de gouvernement d'entreprise, a redonné le pouvoir aux actionnaires par le développement de règles organisant et renforçant leurs droits, de façon à faire émerger une « *véritable démocratie*

d'un montant supérieur à celui du prix stipulé... « *Information qui ressort d'une simple analyse des comptes sociaux mis à la disposition des associés* ». TCHOTOURIAN, (Ivan), *La sanction des conflits d'intérêts à travers la déloyauté ... op.cit. spéc.* p. 603

²⁴² Cass.com. 12 février 2002, JCP G 2002 n°38, I, 151, note Caussain et Viandier ; JCPG 2002, IV, 1535.

²⁴³ Idem, spec. p. 309.

²⁴⁴ Par exemple dans la loi du 1^{er} juillet 1996 « sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales » (JO 03/07/1996, JCPE 96 III 68042.). BISSARA (Philippe), *Les véritables enjeux du débat sur « le gouvernement de l'entreprise, op.cit. spéc* p.14

actionnariale »²⁴⁵. L'instauration de ce contre-pouvoir en faveur des actionnaires a en effet été la clé de voûte de la *corporate governance*. Mais il a aussi permis l'établissement de règles orientées à exiger une meilleure responsabilisation des dirigeants sociaux, grâce en particulier à la recherche de plus de transparence.

198.- Plus de transparence donne confiance dans la gérance des sociétés. Face à des situations survenues dans d'autres pays, comme les affaires Enron ou Parmalat, le législateur français a voulu rassurer les investisseurs, surtout étrangers, à travers des mesures orientées à atteindre cet objectif de transparence. Plusieurs lois modifiant le droit des sociétés ont ainsi été édictées depuis l'an 2000.

199.- Voyons quelques unes des lois qui reprennent en droit français les mesures édictées par la gouvernance d'entreprise. Ces lois participent ainsi du régime de responsabilité des dirigeants en développant certains des devoirs qui sont à leur charge, comme par exemple le devoir d'information. Ce devoir sera traité à travers plusieurs aspects : celui du droit des associés à consulter les documents de la société (loi du 15 mai 2001), celui du contenu du rapport annuel de gestion relatif à la situation comptable et financière de la société (loi du 1^{er} août 2003) et à la prévention des risques technologiques et naturels (loi du 30 juillet 2003), l'autorégulation en matière d'éthique de comportements (loi du 3 juillet 2008), des mesures relatives à la rémunération des dirigeants (loi du 21 août 2007).

2.1.1.1.1. Paragraphe 1 - Loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques (Loi N.R.E)

200.- D'abord, la loi NRE du 15 mai 2001 « sur les nouvelles régulations économiques »²⁴⁶ a introduit diverses dispositions inspirées par le mouvement de la

²⁴⁵ NAVARRO (Jean-Louis), Suggestions pour une amélioration des régimes de responsabilité civile des dirigeants sociaux, colloque « Le gouvernement d'entreprise, cinq années de réforme en droit des sociétés, pour quel avenir ? » Lyon, 1^{er} décembre 2006, Les Petites Affiches, 2 août 2007, n°154, pp.39-45.

²⁴⁶ Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (NRE), JORF n°113 du 16 mai 2001, page 7776.

corporate governance. Elle a voulu renforcer l'information des actionnaires et conforter la transparence dans la gestion sociétaire à travers différentes dispositions contenues dans la troisième partie, titre 1^{er} de la loi²⁴⁷.

201.- L'information des actionnaires est améliorée par la loi N.R.E.²⁴⁸ Les actionnaires ou associés ont la possibilité de poser des questions écrites sur les opérations de gestion ou sur les faits de nature à compromettre l'exploitation. La désignation d'un expert doit être précédée de questions écrites posées au président du conseil d'administration ou au directoire, questions concernant une ou plusieurs opérations de gestion. Les actionnaires peuvent demander en référé la désignation d'un ou de plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion.²⁴⁹

202.- Des questions peuvent être posées par écrit au président du conseil d'administration ou au directoire sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.²⁵⁰

²⁴⁷ La troisième partie de la loi NRE (« *Régulation de l'entreprise* ») contient l'essentiel des modifications apportées au droit des sociétés. Elle est composée de deux titres : un titre 1^{er} consacré au « *droit des sociétés commerciales* » et un titre 2 consacré aux « *dispositions relatives au secteur public* ». Le titre 1^{er} qui nous intéresse ici est organisé en dix chapitres : « *Equilibre des pouvoirs et fonctionnement des organes dirigeants* », « *limitation du cumul des mandats* », « *Prévention des conflits d'intérêts* », « *Statut des Commissaires aux comptes* », « *Droits des actionnaires* », « *Identification des actionnaires* », « *Dispositions relatives au contrôle* », « *Dispositions relatives aux injonctions de faire* », « *Dispositions relatives à la libération du capital des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés à capital variable* », « *Dispositions diverses et transitoires* ». « *Les modifications apportées au Code de commerce concernant plusieurs types de sociétés même si le législateur a apporté une attention particulière au fonctionnement des sociétés anonymes.* » Parmi ces dispositions contenues dans le titre 1^{er} de la partie trois de la loi N.R.E., certaines renforcent les droits des actionnaires, facilitent leur participation aux assemblées, améliorent leur information, et permettent aux associés dans toutes les sociétés, d'user d'injonctions de faire pour assurer le bon fonctionnement du corps sociétaire. GERMAIN (Michel), VINCENT (Catherine), Réformes récentes du droit des sociétés, évolution de 2000 à 2007, Jurisclasseur Sociétés Traité, [Premier octobre 2007], Fasc.3-12, spéc n° 22.

²⁴⁸ Dans le souci de transparence, l'information des salariés est aussi accrue : un article L432-6-1 du Code de travail est inséré par l'article 99 de la loi NRE. Les salariés auront, par intermédiaire du comité d'entreprise, la possibilité, dans certaines conditions, de demander la convocation de l'assemblée générale des actionnaires ou des associés, d'y être entendus et d'inscrire des projets de résolution.

²⁴⁹ Un nouvel alinéa 3 permet au ministère public, au comité d'entreprise et, dans les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, la COB²⁴⁹, de demander en référé la désignation d'un expert de gestion.

²⁵⁰ Article L 225-232 du Code de commerce français : « Un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital social ou une association répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120 peuvent, deux fois par exercice, poser par écrit des questions au président du conseil d'administration ou au directoire sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. La réponse est communiquée au commissaire aux comptes. »

203.- Dans un souci de transparence, le rapport annuel présenté par le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, à l'assemblée générale doit mentionner la rémunération totale et les avantages de toute nature reçus durant l'exercice par chaque mandataire social et versés tant par la société que par les sociétés qu'elle contrôle. Le rapport comprend également la liste des mandats et fonctions exercées durant l'exercice par chaque mandataire dans toute société. Si la société est cotée, il faut mentionner aussi des informations concernant « *la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité* ». ²⁵¹

204.- Finalement, on signalera que la loi N.R.E. permet dorénavant aux associés de toutes les sociétés d'user d'injonctions de faire pour assurer le bon fonctionnement de la société. Les associés peuvent faire valoir leur droit d'accès aux documents sociaux ²⁵². Il existe la possibilité de demander au juge des référés d'ordonner sous astreinte au liquidateur ou aux dirigeants, de communiquer les documents en cause ou de désigner un mandataire qui procédera à cette communication. Une injonction de faire concernant les formalités de publicité est par ailleurs créée ²⁵³. Tout intéressé ou le ministère public peut demander au président du tribunal, statuant en référé, d'enjoindre au dirigeant de toute personne morale de procéder au dépôt exigé par la loi, des pièces et actes au registre du commerce et des sociétés. Le président du tribunal peut désigner un mandataire qui y procédera. ²⁵⁴ La responsabilité du dirigeant qui ne se plie pas aux demandes des associés ou aux ordres du juge peut être engagée.

²⁵¹ Un article L 225-102-1 est créé en ce sens. La volonté du législateur d'accroître la transparence dans les sociétés est marquée par ailleurs dans la loi NRE en matière d'identification des actionnaires. De nouvelles mesures, assez complexes, s'orientent à faire connaître l'identité des véritables actionnaires. Les articles L225-107-1, L228-1 à L228-3-4 et L233-7 du C.com.sont ainsi modifiés ou créés. Jurisclasseur Sociétés traité, Fasc.3-12, Réformes récentes du droit des sociétés, *op.cit*, spéc. n°29.

²⁵²Article L238-1 du Code de commerce français.

²⁵³ Dans l'article L123-5-1 du Code de commerce français.

²⁵⁴ Jurisclasseur Sociétés traité, Fasc.3-12, *Réformes récentes du droit des sociétés, op. cit*, spéc. n°31.

2.1.1.1.2. Paragraphe 2 - Décret du 3 mai 2002

- 205.- Le décret d'application du 3 mai 2002²⁵⁵ de la troisième partie de la Loi N.R.E. permet l'emploi des nouvelles technologies, notamment la visioconférence et l'internet. Ces technologies permettent l'accès des actionnaires et associés à l'information. Avant la tenue de l'assemblée générale, le dépôt des projets de résolution peut être effectué par télécommunication électronique, de même que la communication des informations et documents sociaux préalables à l'assemblée²⁵⁶. Cette information doit être fournie conformément aux dispositions légales, sous la responsabilité des dirigeants sociaux.
- 206.- L'information des actionnaires tient une position dominante dans la législation sociétaire en vigueur. Cette information comporte plusieurs domaines et s'inscrit dans une logique de responsabilisation en cas de non observance par les dirigeants sociaux.

2.1.1.1.3. Paragraphe 3 - Loi du 30 juillet 2003

- 207.- L'information peut faire référence aux risques environnementaux découlant de l'activité sociétaire, aux documents comptables et financiers de l'entreprise ou aux opérations de gestion. C'est en matière d'information sur les risques environnementaux que la loi du 30 juillet 2003²⁵⁷ a été promulguée.
- 208.- Suite à l'affaire AZF Toulouse et à la liquidation judiciaire de Metaleurop, la loi du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages, exige que les sociétés anonymes exploitant des installations

²⁵⁵ Décret n° 2002-803 du 3 mai 2002 portant application de la troisième partie de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, JORF n°105 du 5 mai 2002, page 8718.

²⁵⁶ Article R225-88 du Code de commerce français.

²⁵⁷ Loi n°2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages [en ligne]. Disponible sur

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000604335&fastPos=1&fastReqId=553556500&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte>

classées dans le Code de l'Environnement informant, dans le rapport annuel de gestion, de la politique de prévention de risque d'accident. Dans cette perspective, l'article 225 de la loi n. 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement²⁵⁸ modifie l'article L225-102-1 du Code de commerce. Celui-ci impose désormais l'obligation d'inclure, dans le rapport annuel, des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité ainsi que sur ses engagements sociétaux en faveur du développement durable. La modification de l'article L225-102-1 du code de commerce impliquera nécessairement une modification corrélative des textes réglementaires relatifs aux informations sociales et environnementales, le texte prévoyant qu'un décret devra établir la liste de ces informations.

2.1.1.1.4. Paragraphe 4 - Loi de Sécurité Financière du 1^{er} août 2003 (loi S.F.)

209.- De son côté, la Loi de Sécurité Financière du 1^{er} août 2003 (loi S.F.)²⁵⁹ tend à garantir la fiabilité de l'information comptable et financière et prend des mesures qui portent sur le gouvernement d'entreprise et la transparence. Cette loi, qui intervient après différents scandales comme l'affaire Enron et s'inscrit dans la même direction que le mouvement législatif initié aux Etats Unis avec la loi « Sarbanes-Oxley »²⁶⁰,

²⁵⁸ JCPE 2010, oct. 411.

²⁵⁹ Loi n°2003-706 du 1 août 2003 de sécurité financière, [en ligne]. Disponible sur <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000428977&fastPos=1&fastReqId=1150548499&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte>

²⁶⁰ « La loi Sarbanes-Oxley (...) est un instrument d'internationalisation du droit des marchés financiers par son applicabilité extraterritoriale à toutes les entreprises, dès lors qu'elles sont cotées aux Etats-Unis ou soumises, pour une raison quelconque (y compris dans le domaine de la concurrence) aux règlements de la Securities and Exchange Commission. Or cette loi, qui revoit profondément la question des informations données aux marchés financiers, les obligations des intermédiaires et des auditeurs et la composition des conseils d'administration, crée deux nouveaux crimes (...) punissables d'amende et d'un emprisonnement, au maximum de vingt ans en cas de destruction, modification ou falsification intentionnelles des registres (records) dans les enquêtes fédérales, ou en cas de faillite, et de dix ans en cas de destruction des traces d'audit. En outre (elle) renforce l'obligation, pénalement sanctionnée, pour les dirigeants sociaux de certifier conforme chaque rapport annuel, tout en incriminant le fait par quiconque de suborner des témoins. Malgré les critiques, il a bien fallu intégrer ce dispositif en France. Ainsi l'Autorité des Marchés Financiers (AMF), récemment créée, précisant les modalités des nouvelles obligations en matière de gouvernement d'entreprise et de contrôle interne, a rappelé à titre liminaire que tout émetteur qui publie sur un marché étranger des informations autres que celles prévues par le droit français est tenu de publier simultanément une information équivalente à l'intention du marché français. Tel sera notamment le cas des émetteurs faisant appel public à

renforce la sécurité financière et garantit que l'information comptable et financière soit fiable, lisible et accessible.²⁶¹

210.- Cette loi réalise la fusion de la COB, du Conseil des marchés financiers et du Conseil de discipline de la gestion financière, mettant fin aux difficultés de répartition des compétences entre les différentes institutions. Elle crée un nouvel organisme, l'Autorité des Marchés Financiers (A.M.F.) en tant qu'autorité publique indépendante²⁶². Sa mission est de veiller à la protection de l'épargne, à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés²⁶³.

211.- Le Code de commerce est concerné par le titre III de la loi intitulé « *Modernisation du contrôle légal des comptes et transparence* ». La surveillance de la profession des Commissaires aux comptes est instituée²⁶⁴. Dans le sens de la transparence, il est imposé au président du conseil d'administration²⁶⁵ ou au président du conseil de surveillance²⁶⁶ des sociétés dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé²⁶⁷ (dans la version complétée par la loi du 3 juillet 2008²⁶⁸) de faire

l'épargne en France qui appliqueront les dispositions du Sarbanes-Oxley Act (...). C'est bien reconnaître une soumission de fait au législateur américain (...) DELMAS-MARTY (Mireille), Les forces imaginantes du droit, le relatif et l'universel, pp.321-322.

²⁶¹ Jurisclasseur Sociétés traité, Fasc.3-12, Réformes récentes du droit des sociétés, *op.cit*, spéc .n°52.

²⁶² Article L621-1 du Code Monétaire et Financier.

²⁶³ « L'AMF est composée de deux organes : le Collège et la Commission des Sanctions. Le premier une compétence générale de principe, c'est-à-dire un pouvoir réglementaire, le pouvoir de prendre des décisions individuelles, de prononcer des injonctions et d'ouvrir des procédures de sanctions. La seconde a une compétence d'attribution pour connaître des procédures de sanctions engagées et a une compétence pour prononcer les sanctions administratives et disciplinaires. » Jurisclasseur Sociétés traité, Fasc.3-12, Réformes récentes du droit des sociétés, *op.cit*, spéc. n°52.

²⁶⁴ Par le Haut Conseil du commissariat aux comptes, qui veille au respect de la déontologie et de l'indépendance des commissaires aux comptes. Les commissaires aux comptes doivent être convoqués à toutes les réunions qui envisagent les comptes de la société qui fait appel public à l'épargne (C.com art. L225-238) et pas seulement à celles qui les arrêtent.

²⁶⁵ Article L225-37 du Code de commerce.

²⁶⁶ Article L225-68 du Code de commerce.

²⁶⁷ Expression incluse par la modification de cet article opérée par l'Ordonnance n°2009-80 du 22 janvier 2009 - art. 7. La version antérieure disait « Dans les sociétés faisant appel public à l'épargne ».

un rapport annexé au rapport annuel de gestion et au rapport sur les comptes consolidés présentés à l'assemblée générale, « de la composition, des conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil, ainsi que des procédures de contrôle interne et de gestion des risques mises en place par la société, en détaillant notamment celles de ces procédures qui sont relatives à l'élaboration et au traitement de l'information comptable et financière pour les comptes sociaux et, le cas échéant, pour les comptes consolidés. » Ce rapport indique en outre les éventuelles limitations que le conseil d'administration apporte aux pouvoirs du directeur général²⁶⁹.

2.1.1.1.5. Paragraphe 5- Loi du 3 juillet 2008

212.- La loi du 3 juillet 2008²⁷⁰, qui transpose la Directive Européenne du 14 juin 2006, a inclus l'expression « *Lorsqu'une société se réfère volontairement à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises, le rapport prévu au présent article précise également les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été. Se trouve de surcroît précisé le lieu où ce code peut être consulté. Si une société ne se réfère pas à un tel code de gouvernement d'entreprise, ce rapport indique les règles retenues en complément des exigences requises par la loi et explique les raisons pour lesquelles la société a décidé de n'appliquer aucune disposition de ce code de gouvernement d'entreprise* ».

²⁶⁸ JOF n°2008-649 du 3 juillet 2008, art.26.

²⁶⁹ Sans préjudice du fait que le directeur général soit investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. Il exerce ces pouvoirs dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux que la loi attribue expressément aux assemblées d'actionnaires et au conseil d'administration. (Article L225-56 du Code de commerce).

²⁷⁰ Loi n°2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire JORF n°0155 du 4 juillet 2008 page 10705, [en ligne]. Disponible sur http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=CBE81BDFBB3A77C5D7435C572CED74C7.tpdjo06v_1?cidTexte=JORFTEXT000019117371&dateTexte=&oldAction=rechJO&categorieLien=id

213.- Ce principe «appliquer ou s'expliquer» permet à l'entreprise qui a choisi les principes qu'elle appliquera, d'accepter d'être liée par eux²⁷¹. C'est une consécration de la « *soft law* », l'autorégulation par les opérateurs en matière d'éthique des comportements plutôt qu'une obligation légale imposée, bien accueillie par les chefs d'entreprise²⁷².

214.- La loi de transposition de la directive européenne du 14 juin 2006 du 3 juillet 2008²⁷³ a développé l'information des actionnaires en incluant dans le rapport annuel un rapport spécial sur le gouvernement d'entreprise et le contrôle interne de l'entreprise.

²⁷¹ *Ne jetons pas l'autorégulation avec l'eau du bain*, par Laurence PARISOT, article paru à La Tribune.fr - 16/10/2008, <http://www.latribune.fr/opinions/20081015trib000183845/ne-jetons-pas-lautoregulation-avec-leau-du-bain.html>.

²⁷² *Idem*.

²⁷³ LOI n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire, qui a modifié l'article L225-37 du code de commerce: « (...) *Dans les sociétés faisant appel public à l'épargne, le président du conseil d'administration rend compte, dans un rapport joint au rapport mentionné aux articles L. 225-100, L. 225-102, L. 225-102-1 et L. 233-26, de la composition, des conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil, ainsi que des procédures de contrôle interne et de gestion des risques mises en place par la société, en détaillant notamment celles de ces procédures qui sont relatives à l'élaboration et au traitement de l'information comptable et financière pour les comptes sociaux et, le cas échéant, pour les comptes consolidés. Sans préjudice des dispositions de l'article L. 225-56, ce rapport indique en outre les éventuelles limitations que le conseil d'administration apporte aux pouvoirs du directeur général. Lorsqu'une société se réfère volontairement à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises, le rapport prévu au présent article précise également les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été. Se trouve de surcroît précisé le lieu où ce code peut être consulté. Si une société ne se réfère pas à un tel code de gouvernement d'entreprise, ce rapport indique les règles retenues en complément des exigences requises par la loi et explique les raisons pour lesquelles la société a décidé de n'appliquer aucune disposition de ce code de gouvernement d'entreprise (...)* ».

Article L225-68 code de commerce : « Dans les sociétés faisant appel public à l'épargne, le président du conseil de surveillance rend compte, dans un rapport joint au rapport mentionné à l'alinéa précédent et aux articles L. 225-102, L. 225-102-1 et L. 233-26, de la composition, des conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil, ainsi que des procédures de contrôle interne et de gestion des risques mises en place par la société, en détaillant notamment celles de ces procédures qui sont relatives à l'élaboration et au traitement de l'information comptable et financière pour les comptes sociaux et, le cas échéant, pour les comptes consolidés. Lorsqu'une société se réfère volontairement à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises, le rapport prévu au septième alinéa du présent article précise également les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été. Se trouve de surcroît précisé le lieu où ce code peut être consulté. Si une société ne se réfère pas à un tel code de gouvernement d'entreprise, ce rapport indique les règles retenues en complément des exigences requises par la loi et explique les raisons pour lesquelles la société a décidé de n'appliquer aucune disposition de ce code de gouvernement d'entreprise. Le rapport prévu au présent article précise aussi les modalités particulières relatives à la participation des actionnaires à l'assemblée générale ou renvoie aux dispositions des statuts qui prévoient ces modalités. Dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, ce rapport présente en outre les

- 215.- La qualité de l'information fournie aux actionnaires est améliorée par la loi S.F. et par celle de transposition de la Directive Européenne. Un certain nombre de dispositions relatives à la transparence sont ainsi abordées.
- 216.- Tout d'abord, les informations sur les méthodes de travail du conseil, en particulier les conditions de préparation et d'organisation des travaux (loi S.F.), permettent aux actionnaires de vérifier que le conseil fait convenablement son travail (quant au délai, modalités de convocation, nombre de réunions, périodicité, assiduité, mode de délibération...) ²⁷⁴.
- 217.- L'information sur la composition du conseil, exigée par la loi du 3 juillet 2008, vise à mieux informer sur l'identité des administrateurs.
- 218.- Ensuite, les informations sur les « procédures de contrôle interne » font référence aux comités qui peuvent être mis en place au sein de la société, afin d'exercer un contrôle efficace de la gestion des dirigeants et de prendre en compte l'intérêt des actionnaires (comité d'audit, comité sur la réalisation des opérations, sur la fiabilité des informations financières, sur la conformité aux lois et règlements...) ²⁷⁵.
- 219.- Enfin, la loi S.F. garantit l'information des salariés quand elle affirme que ²⁷⁶
« Lorsque l'assemblée est appelée à délibérer sur des modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise sur lesquelles le comité d'entreprise a été

principes et les règles arrêtés par le conseil d'administration pour déterminer les rémunérations et avantages de toute nature accordés aux mandataires sociaux et il mentionne la publication des informations prévues par l'article L. 225-100-3. (...) »

²⁷⁴ Jurisclasseur Sociétés traité, Fasc.3-12, Réformes récentes du droit des sociétés, *op.cit.*, spéc. n°52.

²⁷⁵ Idem. « La loi de sécurité financière ne réglemente pas l'existence des comités d'audit. Elle renvoie la question de tous les comités spécialisés au conseil d'administration afin de ne pas diluer la responsabilité des administrateurs ». GUILLAUME, Marc, Directeur des Affaires Civiles et du Sceau au Ministère de la Justice, Introduction au deuxième colloque de l'AFGE, « Cadre légal, comptable et financier pour renforcer le gouvernement d'entreprise dans l'Union Européenne et rétablir la confiance », Paris, 20 sept.2004, spec. p.10

²⁷⁶ Dans un nouvel alinéa 3 inclut par cette loi à l'article L225-105 du Code de Commerce.

consulté en application de l'article L. 432-1 du code du travail, l'avis de celui-ci lui est communiqué. »

2.1.1.1.6. Paragraphe 6 - Lois du 26 juillet 2005 (loi Breton), et du 21 août 2007 (loi TEPA)

220.- La loi Breton de 2005²⁷⁷ adopte, pour sa part, des mesures relatives à la rémunération des dirigeants.

221.- Depuis que des parachutes dorés très importants ont été accordés à certains dirigeants (tels Ms. J.M. Messier chez Vivendi Universal ou D. Bernard chez Carrefour), les engagements de la société correspondant aux rémunérations, indemnités ou avantages dus aux mandataires sociaux (comme les compléments de retraite, des « bonus » de départ, des indemnités liées à des clauses de non-concurrence...) en raison de leur cessation ou changement de fonctions ou postérieurement à celles-ci, sont soumis à la procédure des conventions réglementées²⁷⁸. Les dirigeants concernés sont les présidents, directeurs généraux ou directeurs généraux délégués, membres du directoire²⁷⁹. La procédure des conventions réglementées s'applique aussi aux stipulations relatives aux mêmes avantages qui sont contenues dans le contrat de travail liant le dirigeant à sa société²⁸⁰.

222.- Ce dispositif a été estimé insuffisant lorsque l'importance de cette rémunération différée apparaît, au moment de son versement, sans commune mesure avec les performances du dirigeant ou la situation de l'entreprise. Tel a été le cas pour le coprésident d'EADS, Noël Forgeard. Lors de son départ en juillet 2006, en plus de ses plus-values sur ses stock options, il bénéficiait d'une indemnité contractuelle de départ

²⁷⁷ Loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie (loi Breton), JORF n°173 du 27 juillet 2005, page 12160. L'article 225-209 alinéa 2 C.com, inséré par la loi Breton, qui imposait un rapport spécial et détaillé à l'assemblée générale relatif aux opérations de rachat d'actions qu'elle a autorisées, est supprimé par l'ordonnance n°2009-105 du 30 janvier 2009 art.1er.

²⁷⁸ Code de commerce, article L225-42-1 créé par l'art. 8 de la loi. Voir Egalement art. R225-30 et R 225-57.

²⁷⁹ Code de commerce, article L225-90-1 créé.

²⁸⁰ Code de commerce, articles L225-22-1 et L225-79-1.

qui s'élevait à quelques 8,4 millions d'euros. Compte tenu de la situation de la société Airbus, de vives réactions de l'opinion publique s'élevèrent contre cette pratique. C'est pourquoi la loi du 21 août 2007 « *en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat* » (loi TEPA) subordonne le versement des rémunérations différées à des conditions de performance du dirigeant et de l'entreprise²⁸¹.

223.- Concernant le rapport annuel de gestion, la loi Breton apporte des retouches qui renforcent la transparence dans le fonctionnement de la société. Ce rapport doit maintenant contenir des indications relatives aux éléments et circonstances composant les rémunérations et avantages, et relater les engagements de la société relatifs aux rémunérations, indemnités ou avantages dus aux mandataires sociaux en raison de leur prise, cessation, changement de fonctions ou postérieurement à celles-ci²⁸². L'exactitude de ces informations doit être attestée par les commissaires aux comptes.²⁸³

224.- Le conseil de surveillance peut se faire communiquer à tout moment « *les documents qu'il estime nécessaires* », et non plus utiles, à sa mission²⁸⁴. Le même adjectif « nécessaire » avait été inclus par la loi S.F. du 1^{er} août 2003 concernant les informations qu'il faut communiquer aux administrateurs²⁸⁵.

²⁸¹ Articles L225-42-1 et L225-90-1 du Code de commerce. MERLE (Philippe), Droit commercial, sociétés commerciales, op.cit, spec. n°400. « Les conditions de performance doivent être fixées par le conseil d'administration, et l'autorisation qu'il donne, rendue publique. L'autorisation de l'assemblée générale doit faire l'objet d'une résolution spécifique pour chaque bénéficiaire. La loi interdit tout versement avant que le conseil d'administration n'ait constaté, lors ou après la cessation ou le changement des fonctions, le respect des conditions de performance prévues. Tout versement effectué en méconnaissance de cette mesure serait nul de plein droit ». « Ne sont pas visés par les conditions de performance les indemnités versées en contrepartie d'une clause de non-concurrence, ainsi que les engagements de retraite complémentaire, qui sont seulement soumis à la procédure des conventions réglementées (art. L225-42-1 in fine). » L'autorisation de la convention doit être publiée sur le site internet de la société dans un délai maximum de cinq jours suivant la réunion du conseil d'administration au cours de laquelle elle a été délivrée. Elle y est consultable pendant toute la durée des fonctions du bénéficiaire. La décision se prononçant sur le respect des conditions et sur le versement est publiée dans le même délai suivant la réunion du conseil d'administration au cours de laquelle elle a été prise. Elle y est consultable au moins jusqu'à la prochaine assemblée générale ordinaire. (Article R225-34-1 créé par Décret n°2008-448 du 7 mai 2008 - art. 1).

²⁸² Code de commerce, article L 225-102-1.

²⁸³ Code de commerce, article L225-135. Michel GERMAIN, *Jurisclasseur Sociétés traité*, Fasc.3-12, op.cit, spec.n°62.

²⁸⁴ Article L225-68 alinéa 3° du Code de commerce.

²⁸⁵ Article L225-35 alinéa 3° du Code de commerce.

225.- Finalement, la loi Breton ajoute, conformément à la directive « transparence » du 15 décembre 2004²⁸⁶, une hypothèse de contrôle d'une société par une autre²⁸⁷. Une société est considérée comme en contrôlant une autre lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

2.1.1.1.7. Paragraphe 7 - Loi du 4 août 2008 sur la modernisation de l'économie (L.M.E.)

226.- Finalement la loi sur la modernisation de l'économie du 4 août 2008²⁸⁸ permet à des personnes compétentes d'entrer au conseil d'administration sans être propriétaires d'actions. Jusqu'à l'existence de cette loi, pour être administrateur, membre du conseil d'administration de la société anonyme, il fallait en être actionnaire. La nouvelle loi n'exige plus cette condition : ce sont simplement les statuts qui peuvent imposer que chaque administrateur soit propriétaire d'un nombre d'actions de la société qu'ils déterminent²⁸⁹. Cette loi opère une réforme similaire pour les actions des membres du conseil de surveillance²⁹⁰.

. Conclusion de la sous section 1.

227.- La législation française n'a cessé d'adapter ses dispositions à une nécessité accrue de moralisation des affaires et de responsabilisation des dirigeants sociaux. Depuis

²⁸⁶ Directive 2004/109/CE, JOUE n°L390/38, 31 déc.2004.

²⁸⁷ Numéro 4° de l'article L233-3-I.

²⁸⁸ Loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (L.M.E.), JORF n°0181 du 5 août 2008 page 12471 (modifiée le 23 juillet 2009).

²⁸⁹ Article L 225-25 alinéa 1^{er} nouveau. MERLE (Philippe), *Droit commercial, sociétés commerciales, op.cit*, spéc. n°375.

²⁹⁰ Article L225-72du Code de commerce.

l'année 2001 l'information des actionnaires est sans cesse renforcée dans des domaines variés tels que la documentation comptable et financière de la société, les opérations de gestion ou les risques environnementaux. Plusieurs lois depuis la loi NRE ont été promulguées dans cette direction : en 2003, 2005, 2007, 2008. L'autorégulation (ou « *soft law* ») a été consacrée par la loi du 3 juillet 2008, de façon à reconnaître les codes de gouvernement d'entreprise dans les sociétés françaises. La rémunération des dirigeants est aussi encadrée par la loi, qui essaie de mettre des garde-fous aux dérives de certains dirigeants. Les règles de bonne gouvernance, ayant fait leurs preuves dans les sociétés industrielles et commerciales, seront aussi étendues à l'avenir au secteur bancaire. Le Code éthique applicable dès 2009 aux traders et aux salariés de la banque d'investissement, comporte un volet baptisé *gouvernance* qui prévoit d'informer le conseil d'administration des principes de la politique de rémunération et de leur « déclinaison au niveau individuel », quand règne aujourd'hui l'opacité dans ces domaines²⁹¹.

2.1.1.2. Sous-section 2 - État actuel de la question en droit colombien

228.- Le droit colombien est, comme le droit français, à la recherche de moralisation du monde des affaires. Pour atteindre cet objectif, il a renforcé la responsabilité civile des dirigeants en harmonie avec les dispositions proposées par la gouvernance d'entreprise. Comme le droit français, le droit colombien a adapté sa législation interne aux préceptes internationalement exigés, contenus dans cette doctrine anglo-saxonne. Mais contrairement au droit français, le droit colombien n'a pas édicté plusieurs textes de loi adaptant les propositions de la gouvernance d'entreprise en matière de responsabilité civile des dirigeants. Une seule loi a été promulguée dans les années 90 concernant la responsabilité de tous les dirigeants sans distinction. Il s'agit de la loi n°222 de 1995.

²⁹¹ « *L'Etat oblige les banques à réformer les bonus des traders* », *Le Monde* du 9 février 2009, p.10. Les principales propositions du texte sur la « *rémunération des professionnels des marchés financiers* » visent à interdire de prévoir des bonus garantis non liés à la performance, à ne pas hésiter à différer une partie significative de la part variable sur plusieurs années et à associer les administrateurs à la politique de rémunération et en tenir à l'écart les personnes concernées. (Editorial p.2)

Une autre loi a été promulguée en 2006 instaurant des sanctions plus importantes en cas de procédure collective de la société envers les dirigeants (loi 1116 de 2006). Mais cette loi de 2006 renvoie à celle de 1995 en ce qui concerne les devoirs de conduite des dirigeants et leur responsabilité. L'adaptation des exigences de la gouvernance d'entreprise en matière de responsabilité des dirigeants est donc contenue en droit colombien dans la loi n°222 de 1995. Par ailleurs, le paysage juridique colombien se complète progressivement par les interprétations formulées par la *Superintendencia de Sociedades*.

229.- Les principes proposés par la gouvernance d'entreprise en matière de responsabilité des dirigeants sont largement ancrés dans le régime juridique des dirigeants sociaux dans le droit colombien. Cette réalité apparaît dans la législation colombienne en matière de sociétés. Le droit des sociétés colombien contenu dans le code de commerce, connaît en effet des modifications depuis un certain temps tendant à adapter dans la législation nationale les propositions faites par l'idéologie anglo-saxonne. Ces modifications ont commencé à opérer dans les années 90, à l'époque de grande influence de cette doctrine dans la réflexion juridique internationale.

230.- C'est ainsi que fut promulguée la loi n°222 de 1995. Cette loi, qui modifie le livre II du Code de commerce relatif aux sociétés commerciales colombiennes, vint introduire les principes qui doivent gouverner la conduite des administrateurs de tous types de sociétés. Elle crée, par ailleurs un nouveau régime de procédures d'insolvabilité

231.- La disposition plus significative de cette loi 222 de 1995 dans laquelle on perçoit l'influence anglo-saxonne est l'article 23. Cette norme précise que les administrateurs doivent agir de bonne foi, avec loyauté et dans le respect du devoir de diligence propre à tout bon homme d'affaires. Cet article reflète l'orientation internationale qui impose la même série de devoirs aux dirigeants dans une perspective de moralisation de la gestion sociétaire et du monde des affaires dans une logique de renforcement de la responsabilité civile des dirigeants de sociétés.

232.- La hiérarchie des devoirs moraux est clairement exprimée par cet article. Ainsi nous retrouvons ce principe déjà consacré en droit privé, le devoir général de bonne foi,

duquel découlent deux autres : l'un, tout aussi général et clairement issu de la doctrine de la gouvernance d'entreprise (ne serait-ce que par la terminologie utilisée), celui de *loyauté* ; ensuite un devoir plus spécifique qui souligne la professionnalisation du métier de direction d'entreprises²⁹², de diligence moyenne de l'homme d'affaires.

233.- Le berceau du devoir de loyauté a été, en Colombie comme en France, le principe de bonne foi. Par le biais du code civil qui exigeait depuis sa création, à l'image du Code civil napoléonien, le respect d'un devoir de bonne foi dans la formation et exécution des contrats et des « suites naturelles » du contrat, la loyauté des deux parties était exigé comme un devoir de conduite en matière contractuelle.

234.- D'autres normes de la législation colombienne contenaient aussi ce devoir d'une manière implicite. Nous le retrouvons par exemple dans les normes du Code de commerce qui imposent à tout commerçant le devoir de s'abstenir d'exercer des actes de compétence déloyale, ou dans celles qui prohibent toute altération du contenu des documents de commerce²⁹³. Nous le retrouvons aussi dans l'article 822 du même Code sur les obligations commerciales en général, qui dispose que les principes gouvernant la formation des contrats et les obligations du droit civil sont applicables aux obligations de droit commercial²⁹⁴. Nous songeons aussi aux dispositions de la loi 222 de 1995 qui incluent des normes pénales autonomes décrivant la conduite anti juridique en même temps que la sanction qui lui est attachée. Il s'agit tout particulièrement de l'article 43 de ladite loi se référant à la responsabilité pénale traduite en peine de prison pouvant aller de un à six ans pour toute personne qui, 1°) donnerait des attestations qu'elle sait contraires à la réalité, 2°) Ordonnerait, cacherait ou ferait faire des faux sur les comptes sociaux. La mauvaise foi est exprimée par l'élément cognitif faisant partie de la norme, car ces agissements devaient être réalisés en connaissance de la réalité

²⁹² Voir les numéros 36 à 45 de ce travail sur le modèle de comportement attendu des dirigeants sociaux.

²⁹³ Comme par exemple l'article 19 qui présente parmi les devoirs de tout commerçant celui de s'abstenir d'exercer des actes de compétence déloyale, ou l'article 57 qui prohibe d'altérer le contenu des livres et documents de commerce.

²⁹⁴ Article 822 du Code de Commerce colombien: "Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa. (...)". Les principes gouvernent la formation et l'exécution des contrats de droit commun sont applicables aux contrats commerciaux.

contraire, et en sachant que le contenu du document la publiant ne lui serait pas fidèle (« *a sabiendas* »). L'article 43 aurait été implicitement dérogé par le Nouveau Code Pénal, mais la *Superintendencia de Sociedades* continue à en faire référence²⁹⁵.

235.- Mais sa consécration dans le droit des sociétés s'est opérée sous l'influence de la doctrine du gouvernement d'entreprise, suivant la tendance reprise par plusieurs législations romano-germaniques suite à la consécration initiale de cette doctrine en droit nord américain²⁹⁶.

236.- L'article 82 de la loi 222 de 1995 précise que le Président de la République exercera, à travers la *Superintendencia de Sociedades*, l'inspection, surveillance et contrôle des sociétés commerciales, dans les termes prévus par la loi. De ce fait, la vraie jurisprudence en droit des sociétés n'est pas donnée par des sentences judiciaires, mais par les décisions de cet organisme administratif. Ses décisions ont vocation, entre autres, à contrôler la légalité des sociétés, et à donner des réponses à des consultations

²⁹⁵ REYES VILLAMIZAR (Francisco), *Derecho societario*, Tome I, *op.cit.*, spéc. p.445. Selon certains, l'article 43 de la loi colombienne n°222 de 1995 a été implicitement dérogé par le nouveau Code Pénal de 2000 (loi 599/2000), dont un article 474 dispose la dérogation de l'ancien code pénal (décret 100 de 1980), ainsi que de toutes les normes « *qui le complètent ou le modifient* ». Comme l'article 43 complétait le code pénal en ce qui concernait des conduites anti juridiques des dirigeants ou commissaires aux comptes pouvant se dérouler dans la vie des sociétés, il rentrerait dans le champ d'application de la dérogatoire. Dorénavant, les conduites de ce type seront soumises aux régulations de l'article 289 du nouveau code pénal, selon lequel « *Quiconque falsifie un document privé pouvant servir de preuve sera puni, s'il l'utilise, d'une peine d'emprisonnement pouvant aller de un à six ans* ». La *Superintendencia de Sociedades* continue nonobstant à faire référence à l'article 43 dans des consultations émises après l'année d'expédition du nouveau code pénal. En effet, dans des notes datés de 2001 et 2002, elle affirme que l'article 43 de la loi 222/95 est une norme pénale « *en blanc* », c'est-à-dire un type spécial existant en dehors du code pénal, dont le champ d'application est limité en ce qui concerne les destinataires de la prohibition et de la peine, car il vise exclusivement les dirigeants des sociétés commerciales et civiles et les commissaires aux comptes (oficios 220-00563 du 30 janvier 2002 et 220-38434 du 30 septembre 2001). D'où on déduit que l'article 43 de la loi 222 serait encore appliqué.

²⁹⁶ De la même façon qu'il a été consacré dans l'article 59 de la loi Argentine des sociétés (tel qu'il a été exposé en n° 72 *supra*), la loi espagnole de 1989 admet que « *Los empresarios desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y representante legal* » (article 127.1 loi espagnole sur les sociétés anonymes).

juridiques sur des problèmes quotidiens et récurrents durant la vie sociétaire²⁹⁷. On peut affirmer que cet organisme exerce une fonction assez satisfaisante en matière d'interprétation des normes commerciales.

237.- La *Superintendencia de Sociedades colombienne* défend dans ses décisions les principes de la *corporate governance*. Les principes proposés par le « *gobierno corporativo* » ont une influence certaine sur la doctrine de la *Superintendencia de Sociedades*. Cet organisme a pu ainsi affirmer les devoirs des dirigeants sociaux. Dans une note (Oficio) n° 220 18869 datée du 10 mai 2000, elle a exprimé que le représentant légal de la société doit agir de bonne foi, avec loyauté et en ayant la diligence de l'homme de métier (« *de buena fe, con lealtad y con diligencia de un buen hombre de negocios* »)²⁹⁸.

238.- L'obligation de loyauté qui s'impose en droit colombien est d'inspiration anglo-saxonne. Elle s'appuie sur la notion d'obligations fiduciaires qui trouvent leur origine dans la théorie du trust. « *Celle-ci repose sur une relation de confiance entre les dirigeants et les actionnaires. Les obligations fiduciaires comprennent une obligation de diligence qui consiste, pour les dirigeants, à agir de bonne foi, compétence et attention dans l'exécution de leurs fonctions. Une obligation de loyauté leur interdit principalement de créer un conflit d'intérêts entre leurs intérêts personnels et ceux de la société.* »²⁹⁹. Cette idée est renforcée par le fait que l'article 23 de la loi n°222 de 1995 qui contient le devoir de loyauté exige aussi un devoir de diligence.

²⁹⁷V. REYES VILLAMIZAR (Francisco), *Derecho societario*, Tome I, *op.cit*, spéc.p.623 et ss. Par ailleurs, la Superintendencia de sociedades exerce exceptionnellement des fonctions juridictionnelles par disposition de l'article 116 de la Constitution colombienne, alinéa 3, qui dispose que « *Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas* ». En exécution de cette disposition constitutionnelle, furent promulguées, en matière de redressement et liquidation judiciaire, les lois 222/95 (art.90), 446/ 1998, 550/1999, et 1116/2006.

²⁹⁸ Superintendencia de Sociedades,note (Oficio) n° 220 18869 du 10 mai 2000 : Le représentant légal de la société doit agir « *de buena fe, con lealtad y con diligencia de un buen hombre de negocios. Predicados que dice relación con la empresa y no con uno u otro grupo de accionistas, lo que implica que en cada actividad que desarrolle, el representante legal ha de privilegiar el interés de la compañía en la gestión encomendada y en las relaciones con otros órganos de dirección como la junta directiva.* »

²⁹⁹ DAMY (Grégory), Devoir de loyauté du dirigeant à l'égard des associés, *op.cit*.

239.- L'article 23 mentionné reprend les obligations fiduciaires rattachées à la théorie du trust : bonne foi, loyauté et diligence. L'idée contenue dans la loi 222 qui se reflète dans cet article est celle de créer un régime distinct de celui contenu dans le code civil de responsabilité pour les dirigeants colombiens. L'administration sociétaire est, comme nous avons eu l'occasion de le signaler, une activité entourée de particularités qui justifient ce traitement plus rigoureux. De ce fait, le contenu même du devoir de diligence est différent car il implique une diligence plus importante par rapport à celle qui devrait être engagée par tout particulier dans la conduite des affaires personnelles.

240.- Cette consécration des devoirs fiduciaires (*fiduciary duties*) auxquels sont attachés les dirigeants sociaux en droit colombien est un exemple de la reprise par ce régime juridique des propositions émises par la gouvernance d'entreprise en matière de responsabilité civile des dirigeants. Ces devoirs fiduciaires impliquent, dans une perspective générale, le devoir d'agir dans le respect des intérêts d'autrui, et pour leur bénéfice³⁰⁰. Toute situation de conflit d'intérêts doit être évitée³⁰¹.

241.- L'article 23 de la loi 222 de 1995 participe du régime de responsabilité civile des dirigeants colombiens, car il édicte des devoirs généraux obligatoires pour les dirigeants colombiens. Il consacre les devoirs fiduciaires de bonne foi, loyauté et diligence, mais expose aussi de façon énumérative quelques unes des principales fonctions des dirigeants sociaux qui font partie de leurs devoirs fiduciaires, et dont la violation produirait une faute de gestion génératrice de responsabilité.

242.- En exécution de ses devoirs fiduciaires, l'article 23 de la loi 222 de 1995 soumet le dirigeant à d'autres obligations plus particulières³⁰². L'objectif visé par cette disposition

³⁰⁰ D'après la définition du dictionnaire de Droit Black's, transcrite par REYES V. VILLAMIZAR (Francisco), *Derecho societario*, Tome I, *op.cit*, p.587.

³⁰¹ Voir les numéros 316 et suivants de ce travail relatifs au conflit d'intérêts.

³⁰² Art. 23 de la Loi n°222 de 1995, al. 2: "En el cumplimiento de su función, los administradores deberán: 1.Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social .2.Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias. 3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.4.Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.6. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos. 7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que

est de mettre l'accent sur le caractère professionnel de l'activité des dirigeants. Elle illustre sur la complexité de leur tâche et présente une réglementation qui cherche la confiance de la collectivité dans le système juridique de la gérance sociétaire. Certaines des fonctions particulières énoncées par l'article 23 se détachent des obligations fiduciaires susvisées sans pour autant être les seules, car la norme énumère seulement quelques unes des fonctions. Concrètement, le dirigeant devra: mettre tous ses efforts pour le bon développement de l'objet social; veiller au respect de la loi et des statuts; veiller à ce que les fonctions des commissaires aux comptes se déroulent correctement; respecter le principe d'égalité entre les associés; s'abstenir de se mettre en situation de conflit d'intérêts. Le dirigeant colombien est aussi soumis à un strict devoir d'information. Voyons chacune de ces obligations particulières dérivées des devoirs fiduciaires traitées par l'article 23 de la loi n°222 de 1995.

243.- **1.-** Le dirigeant devra mettre tous ses efforts pour que l'objet social se déroule correctement. Il s'agit du plus élémentaire des devoirs de conduite attendu de tout dirigeant social. L'objet social est en Colombie comme en France, le genre d'activité que la société entreprend pour obtenir des bénéfices ou escompter des économies. Il est déterminé par les statuts et en vertu de la théorie de la spécialité statutaire, la société ne peut pas agir que dans les limites de cet objet à travers son dirigeant. L'inaction du dirigeant serait constitutive d'une responsabilité civile de type professionnelle, tel que nous l'avons déjà exposé.

244.- **2.-** Le dirigeant doit veiller au respect de la loi et des statuts. Il doit, d'un côté, les respecter personnellement, et d'un autre, observer attentivement que ses salariés fassent de même. Le dirigeant a un devoir de vigilance concernant l'adéquation de l'activité des salariés aux dispositions légales et statutaires. Ce devoir de vigilance est plus important pour le dirigeant car il s'agit d'un devoir professionnel. Le manquement à ce devoir de vigilance serait constitutif d'une faute professionnelle.

245.- **3.-** Le dirigeant doit veiller au bon déroulement des fonctions des commissaires aux comptes. Cette obligation est expressément exigée en droit colombien car il existe une grande dépendance des commissaires aux comptes face à la majorité actionnariale dans les sociétés colombiennes. Leur élection est en effet soumise à la décision de la majorité des actionnaires ou des associés réunis en assemblée générale (par disposition de l'article 204 du Code de commerce colombien³⁰³). Ce type d'élection est critiqué car il ne garantit pas l'indépendance du commissaire aux comptes face à la majorité, surtout quand il y a concentration du capital. Les associés qui contrôlent la majorité du capital sont les mêmes que ceux qui désigneront la personne chargée de le surveiller. Le commissaire aux comptes ne peut donc pas avoir l'autonomie nécessaire pour exercer librement sa fonction de surveillance sur les comptes sociaux. A travers l'article 23 la loi colombienne tente de rétablir l'indépendance de cet organe de surveillance par rapport aux dirigeants. Pour ce faire, la norme met à la charge des dirigeants le devoir de réaliser tous les efforts pour bien informer les commissaires aux comptes sur l'état des comptes sociaux, en leur fournissant toute la documentation de la société nécessaire. *La Superintendencia de Sociedades* exige que les commissaires aux comptes soient des personnes indépendantes et autonomes face aux dirigeants³⁰⁴. Les dirigeants doivent donner à ces premiers toute l'information comptable, administrative, financière ou autre demandée.

246.- **4.-** Le dirigeant doit respecter le principe d'égalité entre les associés. Il s'agit là d'une reconnaissance par la loi de la position de faiblesse des associés minoritaires face aux majoritaires. Cette disposition tente de faire reconnaître les intérêts des minoritaires dont les droits sont parfois bafoués par les majoritaires et des dirigeants

³⁰³ Article 204 du Code de commerce colombien : « La elección del revisor fiscal se hará por la mayoría absoluta de la asamblea o de la junta de socios. En las comanditarias por acciones, el revisor fiscal será elegido por la mayoría de votos de los comanditarios. En las sucursales de sociedades extranjeras lo designará el órgano competente de acuerdo con los estatutos. »

³⁰⁴ Superintendencia de Sociedades, Oficio (note) n°220-10201 du 14 mars 2002: "El nombrado como revisor fiscal debe ser una persona libre de todo vinculo con la sociedad y sus administradores de forma tal que no haya duda respecto de la imparcialidad, independencia y objetividad que requiere el ejercicio del cargo. Es así como....el profesional debe gozar de absoluta independencia mental y de criterio, su gestión debe estar libre de todo conflicto de interés que le reste independencia y ajena a cualquier tipo de subordinación respecto de los administradores, quienes son sujetos pasivos de la gestión."

obéissant à ceux-ci. Cet article rappelle que les dirigeants qui n'agiraient pas conformément à cette reconnaissance d'égalité engageraient leur responsabilité civile.

247.- **5.-** Le dirigeant se doit de garder et de protéger les secrets industriels de l'entreprise. Il doit par ailleurs s'abstenir d'utiliser l'information privilégiée à des fins personnelles. Ces devoirs exprimés par l'article 23 de la loi n°222 de 1995 font partie d'un devoir plus général d'information à charge des dirigeants colombiens, dont nous exposerons ensuite le champ d'application.

248.- **6.-** Enfin, les dirigeants doivent s'abstenir de se situer en position de conflit d'intérêts avec ceux de la société qu'ils dirigent. Cette obligation particulière sera étudiée juste après le devoir d'information, quand nous traiterons les solutions données par les principes de la gouvernance d'entreprise à la problématique des conflits d'intérêts en droit colombien.

Conclusion

Dans les modifications législatives opérées à partir des années 90, on constate la présence des principes proposés par la doctrine de la gouvernance d'entreprise dans le régime juridique de responsabilité des dirigeants sociaux colombiens. La loi n°222 de 1995 introduit des principes de conduite à charge des dirigeants de tous types de sociétés. Parmi ces principes nous remarquons celui de bonne foi et celui de loyauté.

2.1.1.2.1. Paragraphe 1 - Le devoir d'information en droit colombien

249.- Il est essentiel, pour le bon déroulement des affaires, qu'une bonne maîtrise de l'information soit gérée par les dirigeants sociaux. Tout le monde y trouve son compte: le public qui, envisageant de conclure des contrats avec une société, retrouve les informations relatives à l'exercice de l'activité sociale publiées dans le registre des

sociétés; les associés et actionnaires qui perçoivent la gérance de leur société avec transparence et continuent ainsi de fournir les fonds indispensables à son développement; les administrateurs qui doivent prendre des décisions éclairées projetées au futur de l'activité sociale.

250.- L'ordre public est aussi concerné. Ainsi, il existe en droit colombien un devoir à la charge des dirigeants d'informer les pouvoirs publics sur l'existence au sein de la société dirigée de participations sociales issues d'activités illégales.

251.- En droit colombien, le droit à l'information se décline en différentes obligations faites aux dirigeants sociaux de produire une information fidèle et complète de certains documents, à certains moments, dans l'intérêt des actionnaires ou associés et même dans l'intérêt des tiers.

252.- Concrètement, les dirigeants ont un devoir d'information qui consiste à: faire publier les documents financiers qui seront consultables au registre des sociétés par tout intéressé (a); fournir aux actionnaires et aux autres administrateurs toutes les informations nécessaires à la prise de décision (b); ne pas utiliser l'information privilégiée à des fins personnelles (c); informer le juge d'instruction sur l'existence de biens apportés à la société et qui dérivent d'opérations illicites (d) et permettre aux associés et actionnaires d'exercer leur droit individuel d'inspection sur les comptes sociaux (e). Voyons plus en détail à quoi correspond chacune de ces obligations.

2.1.1.2.1.1. Publicité des documents financiers

253.- Conformément à l'article 41 de la loi colombienne n°222 de 1995, toutes les sociétés (et pas seulement celles dont les titres sont admis au marché réglementé) se doivent de publier leur situation financière générale, le rapport de gestion et le rapport du commissaire aux comptes dans la chambre de commerce du domicile social. Cet organisme, qui conserve l'information pendant cinq ans, pourra donner des copies à tout intéressé.

254.- Cette publicité devra être faite dans le mois suivant l'approbation par l'assemblée générale des actionnaires ou des associés, sous la responsabilité du dirigeant. L'article 41 a modifié la façon dont était faite la diffusion de l'information vers le public. Avant la loi n°222 de 1995 cette diffusion concernait seulement les sociétés dont les titres étaient admis dans le marché réglementé. Une fois que le commissaire aux comptes autorisait les bilans, ceux-ci étaient publiés dans un journal quotidien³⁰⁵.

255.- L'article 41 de la loi n°222 a abrogé la procédure antérieure qui était contenue dans l'article 449 du Code de commerce colombien. Actuellement la publicité est réalisée par le dépôt des états financiers dans le mois suivant leur approbation. La chambre de commerce doit fournir des copies de ces documents à tout intéressé qui le demanderait. Selon la doctrine³⁰⁶, cette possibilité est efficace car elle permet de fournir assez facilement un grand flux d'information en même temps qu'elle diminue les coûts pour la société par rapport aux publications dans les journaux quotidiens. La reproduction des documents est à la charge du destinataire final qui s'intéresse à cette information financière. Par ailleurs, la publicité qui doit être réalisée sous la responsabilité des dirigeants concerne plusieurs documents : les comptes annuels approuvés, le rapport de gestion et le rapport du commissaire aux comptes. Les documents objet de publicité ne se limitent plus au seul bilan de la société. Les dirigeants qui ne réalisent pas la publicité ou qui ne préparent pas les documents qui font objet de cette mesure seront responsables face à la société, les associés ou les tiers (article 42 loi n°222 de 1995).

2.1.1.2.1.2. Le dirigeant doit fournir toutes les informations nécessaires à la prise de décisions

256.- Lors des assemblées annuelles, les associés ou actionnaires sont appelés à prendre un certain nombre de décisions contenues dans l'ordre du jour. Notamment, ils sont appelés à autoriser les actes des administrateurs, approuver les comptes et approuver

³⁰⁵ L'article 449 du Code de commerce colombien, abrogé par l'article 41 de la loi n°222 de 1995, affirmait : « Cuando se trate de sociedades cuyas acciones se negocien en los mercados públicos de valores, los balances deberán ser autorizados por un contador público y publicarse en un periódico que circule regularmente en el lugar o lugares donde funcionen dichos mercados ».

³⁰⁶ REYES VILLAMIZAR (Francisco), *Derecho societario*, Tome I, *op.cit.*, spéc. p.444.

les conventions passées entre la société et ses dirigeants. Pour que les associés ou actionnaires soient en mesure de prendre les décisions, ils doivent être correctement informés.

257.- Le dirigeant doit toujours être en mesure de justifier auprès des actionnaires l'intérêt que présente pour eux telle opération commerciale ou financière qu'il envisage d'entreprendre. Il a la charge de les illustrer correctement en leur fournissant tous les documents nécessaires. Il agira conformément à la volonté émise par les associés ou actionnaires. Le dirigeant doit aux actionnaires une information complète sur la situation financière et patrimoniale de la société. A la fin de l'exercice il doit justifier les résultats économiques de la société aux actionnaires et leur exposer la situation administrative de la société. Le rapport annuel de gestion doit contenir un diagnostic sur l'exercice écoulé et une analyse sur les perspectives futures et les projets envisagés.

258.- En cas de transformation, fusion, scission ou suppression de l'inscription au registre des sociétés, la décision doit être prise par l'assemblée des actionnaires ou associés en toute connaissance de cause. Pour cela, la convocation doit préciser les matières qui seront traitées, spécialement les plus importantes aux intérêts des associés, comme les opérations de réorganisation. Les actionnaires ou associés disposent d'un droit d'information sur les documents qui les renseignent sur ces opérations. Ce droit, contenu dans l'article 13 de la loi colombienne n°222 de 1995, concerne le projet de réorganisation et tous les documents qui justifient l'opération qui seront mis à leur disposition au minimum quinze jours ouvrables avant la réunion, dans les bureaux administratifs du domicile principal de la société³⁰⁷.

³⁰⁷ La loi colombienne n°222 de 1995 signale le contenu de ce rapport, dans l'article 47: « El informe de gestión deberá contener una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación jurídica, económica y administrativa de la sociedad. El informe deberá incluir igualmente indicaciones sobre: 1. Los acontecimientos importantes acaecidos después del ejercicio. 2. La evolución previsible de la sociedad. 3. Las operaciones celebradas con los socios y con los administradores. El informe deberá ser aprobado por la mayoría de votos de quienes deban presentarlo. A él se adjuntarán las explicaciones o salvedades de quienes no lo compartieren. » Il doit par ailleurs contenir des indications sur les opérations conclues entre les associés et les administrateurs.

259.- Les administrateurs membres de l'organe collectif dirigeant (*junta directiva*) sont aussi assujettis à prendre des décisions sur les actes compris dans l'objet social en accord avec leurs fonctions statutaires. Pour ce faire, ils doivent être correctement illustrés. Ils ont droit à consulter toute la documentation financière, commerciale et sociale nécessaire à la prise de décision, qui doit être fournie par le président de l'organe collectif et le commissaire aux comptes. Ils disposent d'un droit collectif d'information, appelé en droit colombien « *derecho de inspeccion* », qui sera exposé plus loin.

2.1.1.2.1.3. Le dirigeant ne doit en aucun cas utiliser l'information privilégiée à des fins personnelles

260.- Par information privilégiée, la *Superintendencia de Sociedades* entend celle accessible seulement à certaines personnes (initiées) en raison de leur profession ou activité qui doit être maintenue sous réserve, car susceptible d'être utilisée pour un bénéfice personnel ou pour celui d'un tiers³⁰⁸. Par exemple, toute information sur une émission d'actions ou la recherche d'un accord sur une restructuration future serait une information privilégiée.

261.- Ce devoir s'étend aussi aux secrets industriels³⁰⁹. L'article 48 de la loi colombienne n°222 de 1995 interdit d'ailleurs l'exercice du droit d'inspection sur les documents contenant de tels secrets ou des informations qui « *si elles étaient divulguées, pourraient être utilisées en détriment de la société* ».

262.- La loyauté des dirigeants envers leur société veut qu'ils aient une conduite irréprochable en tout ce qui concerne les informations auxquelles ils ont accès en

³⁰⁸ 'Concepto de información privilegiada: por información privilegiada debe entenderse aquella a la cual solo tienen acceso directo ciertas personas (sujetos calificados) en razón de su profesión u oficio, la cual, por su carácter, está sujeta a reserva, ya que de conocerse podría ser utilizada con el fin de obtener provecho o beneficio para sí o para un tercero' (Superintendencia de Sociedades, circular externa 20, 4 de noviembre de 1997).

³⁰⁹ Les articles 206 à 266 de la décision 486 de 2000, de la commission pour l'Accord de Cartagena en matière de propriété industrielle dans les pays de la Communauté Andine reconnaît clairement la protection de ces informations confidentielles. V. REYES VILLAMIZAR (Francisco), *Derecho societario*, Tome I, *op.cit.*, spéc. p.595)

raison de leur mandat. Ils doivent ainsi veiller à éviter la diffusion des informations qui pourraient être utilisées à des fins autres que celles allant dans l'intérêt de la société.

2.1.1.2.1. Le devoir du dirigeant d'informer le juge d'instruction sur l'existence de biens apportés à la société et qui dérivent d'activités illicites ³¹⁰

³¹⁰ Idem, p.203.

263.- En application de la loi colombienne dite *d'extinction de propriété (ley de extincion de dominio*, Loi 793 de 2002³¹¹), il est possible que certains biens, parts ou actions sociales, puissent être transférés à l'Etat en vertu d'une action dite « *d'extinction de propriété* » sans aucune contrepartie pour l'intéressé. Cette loi vise à ôter la propriété sur des actifs issus d'activités illicites, notamment le trafic de drogues, le blanchiment d'argent ou le lavage d'actifs, et à la transférer directement à l'Etat par décision judiciaire.

³¹¹ JOF No 45.046 du 27 décembre 2002. Cette loi, qui a remplacé l'ancienne loi 333 de 1996, signale dans son article 2° en quels cas peut être déclarée l'extinction de propriété. Art.2.- *Causales. Se declarará extinguido el dominio mediante sentencia judicial, cuando ocurriere cualquiera de los siguientes casos: 1. Cuando exista incremento patrimonial injustificado, en cualquier tiempo, sin que se explique el origen lícito del mismo. 2. El bien o los bienes de que se trate provengan directa o indirectamente de una actividad ilícita. 3. Los bienes de que se trate hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas, sean destinadas a éstas, o correspondan al objeto del delito. 4. Los bienes o recursos de que se trate provengan de la enajenación o permuta de otros que tengan su origen, directa o indirectamente, en actividades ilícitas, o que hayan sido destinados a actividades ilícitas o sean producto, efecto, instrumento u objeto del ilícito. 5. Los bienes o recursos de que se trate hubieren sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destinación ilícita no hayan sido objeto de investigación o habiéndolo sido, no se hubiese tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa. 6. Los derechos de que se trate recaigan sobre bienes de procedencia lícita, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes de ilícita procedencia. Se exceptúan de lo dispuesto en el presente numeral, exclusivamente, los casos de títulos que se negocian en centrales de depósito de valores, debidamente acreditadas ante la autoridad competente, siempre y cuando los intermediarios que actúen en ellas, cumplan con las obligaciones de informar operaciones sospechosas en materia de lavado de activos, de conformidad con las normas vigentes.7. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Cuando en cualquier circunstancia no se justifique el origen ~~lícito~~ del bien perseguido en el proceso. (expression déclarée inexecutable par la Corte Constitucional Sent. C-740-03 , 26 août 2003, Magistrat Jaime Córdoba Triviño)*

§1. El afectado deberá probar a través de los medios idóneos, los fundamentos de su oposición.

§2. Las actividades ilícitas a las que se refiere el presente artículo son:

1. El delito de enriquecimiento ilícito.

2. Las conductas cometidas, en perjuicio del Tesoro Público, y que correspondan a los delitos de peculado, interés ilícito en la celebración de contratos, de contratos celebrados sin requisitos legales, emisión ilegal de moneda o de efectos o valores equiparados a moneda; ejercicio ilícito de actividades monopolísticas o de arbitrio rentístico; hurto sobre efectos y enseres destinados a seguridad y defensa nacionales; delitos contra el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado; utilización indebida de información privilegiada; utilización de asuntos sometidos a secreto o reserva.

3. Las que impliquen grave deterioro de la moral social. Para los fines de esta norma, se entiende que son actividades que causan deterioro a la moral social, las que atenten contra la salud pública, el orden económico y social, los recursos naturales y el medio ambiente, seguridad pública, administración pública, el régimen constitucional y legal, el secuestro, secuestro extorsivo, extorsión y proxenetismo.”

- 264.- Les administrateurs, le représentant légal, et même les associés de la société dont les parts ou actions ont une origine directe ou indirectement illicite, ont le devoir d'informer l'institution publique concernée (en l'occurrence la *Fiscalía General de la Nación*³¹²) sur l'existence de ces parts ou actions afin que la loi soit appliquée.
- 265.- Ils se doivent d'agir de bonne foi, dans l'intérêt de la société. Une telle dénonciation serait dans l'intérêt de celle-ci et des autres associés, par la gravité des faits (s'ils sont avérés). Il s'agit du devoir légal d'informer une institution judiciaire. Sans quoi, l'omission serait constitutive de responsabilité, en application des articles 23 et suivants de la loi 222 de 1995.
- 266.- Le devoir d'information du dirigeant social revêt donc plusieurs aspects en droit colombien. Il atteint des limites non connues par les droits étrangers en raison des menaces à l'ordre public que connaît le pays depuis plusieurs années.

2.1.1.2.1.5. Le dirigeant doit permettre l'exercice du droit individuel d'inspection sur les documents sociaux

- 267.- Il existe en bénéfice des actionnaires ou associés un droit d'inspection sur les comptes sociaux. Ce droit, dont nous exposerons ensuite le contenu, est appelé droit de «*fiscalización individual* ». Les administrateurs et dirigeants ainsi que le commissaire aux comptes qui empêcheront les associés ou actionnaires d'exercer de leur droit d'inspection sur les documents sociaux³¹³, seront sanctionnés par la *Superintendencia de Sociedades*. La sanction consistera dans le paiement d'amendes successives pouvant aller jusqu'à 200 fois le SMIC colombien contre chacun des administrateurs³¹⁴. Ils

³¹² La *Fiscalía General de la Nación* est une entité autonome appartenant au pouvoir judiciaire colombien, chargée de faire les recherches concernant les crimes et délits dénoncés par les citoyens. Une fois récupérés un certain nombre d'éléments probatoires, elle accuse le prévenu face au juge pénal et cette accusation ouvre la procédure pénale. Elle pourrait être assimilée au juge d'instruction français.

³¹³ Article 447 du Code de commerce colombien, modifié par La loi 222 de 1995.

³¹⁴ Article 86 de la Loi 222 de 1995.

pourront, par ailleurs, être révoqués³¹⁵. Voyons en quoi consiste le droit d'inspection en droit colombien.

2.1.1.2.2. Paragraphe 2 - le droit d'inspection en droit colombien

268.- En contrepartie du devoir d'information tel que nous l'avons présenté, les actionnaires et associés disposent, comme en droit français, d'un droit d'inspection sur les documents de la société (a). Les autres administrateurs membres du corps collégial (*junta directiva*) disposent quant à eux d'un droit d'inspection à caractère collectif (b).

2.1.1.2.2.1. Le droit individuel d'inspection

269.- Comme les actionnaires n'ont pas vocation à accéder au conseil d'administration de la société, la loi leur permet l'accès à certains documents comptables liés à l'exercice sociétaire et à d'autres relatifs à des opérations fondamentales pour la vie de la société (comme des fusions, acquisitions, scissions...). Les associés ou actionnaires peuvent ainsi superviser les opérations de la société et la gestion des dirigeants. Ce droit dit « *de fiscalizacion individual* (inspection individuelle)³¹⁶ est un droit subjectif à caractère individuel attaché à la qualité d'associé (ou d'actionnaire). Il ne peut pas être supprimé ni diminué par décision collégiale des organes sociaux. Essayer de limiter son exercice est passible de sanctions.

270.- Ce droit est contenu dans l'article 48 de la loi 222 de 1995. En vertu de cet article, tout associé a le droit d'inspecter les documents sociaux (*los libros y papeles de la sociedad*). L'exercice effectif de ce droit est réglementé par la le même article³¹⁷.

³¹⁵ Article 48 de la Loi 222 de 1995.

³¹⁶ « *Fiscalizacion individual* » selon la terminologie utilisée par la doctrine colombienne. REYES VILLAMIZAR (Francisco), *Derecho societario*, Tome I, *op.cit*, spéc. p.397.

³¹⁷ Article 48 de la loi colombienne n° 222 de 1995: "Los socios podrán ejercer el derecho de inspección sobre los libros y papeles de la sociedad, en los términos establecidos en la ley, en las oficinas de la administración que funcionen en el domicilio principal de la sociedad. En ningún caso, este derecho se extenderá a los documentos que versen sobre secretos industriales o cuando se trate de datos que de ser divulgados, puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad. Las controversias que se susciten en relación con el derecho de inspección serán resueltas por la entidad que ejerza la inspección,

271.- Le droit d'inspection est un droit essentiel à tout associé ou actionnaire, mais n'est cependant pas absolu. Son exercice est en effet délimité dans des paramètres spatiaux et temporaires. Certains auteurs de l'avant-projet avaient souhaité la possibilité d'exercer ce droit d'une façon permanente, de manière à permettre aux actionnaires ou associés de consulter les documents de la société pendant toute l'année. Mais cette possibilité aurait été difficile à mettre en place dans les sociétés anonymes, et aurait servi à commettre des abus. La norme finalement votée a opté pour la mise en place des limites à l'exercice de ce droit.

272.- D'un côté, l'article 48 précise que l'inspection doit être effectuée dans les bureaux du domicile principal de la société (siège social). Ceci implique l'impossibilité pour les associés de pouvoir consulter les documents sur un lieu différent, ou la demande de transmission des documents de leur part. Le lieu où le droit d'inspection peut être exercé est le siège social.

273.- D'un autre côté, afin de ne pas bloquer le fonctionnement normal de la société, la loi restreint dans des limites temporaires l'exercice de ce droit. Ainsi, dans les sociétés anonymes, les actionnaires peuvent avoir un libre accès aux documents sociaux seulement dans les quinze jours ouvrables antérieurs aux réunions de l'assemblée générale ordinaire ou extraordinaire dans les locaux du domicile principal de la société³¹⁸. L'accès aux documents sociaux est différent selon qu'il s'agit d'une société de personnes ou d'une société de capitaux. Dans les sociétés personnalistes (en nom

vigilancia o control. En caso de que la autoridad considere que hay lugar al suministro de información, impartirá la orden respectiva. Los administradores que impidieren el ejercicio del derecho de inspección o el revisor fiscal que conociendo de aquel incumplimiento se abstuviere de denunciarlo oportunamente, incurrirán en causal de remoción. La medida deberá hacerse efectiva por la persona u órgano competente para ello o, en subsidio, por la entidad gubernamental que ejerza la inspección, vigilancia o control del ente." L'article 48 regroupe en lui seul la réglementation qui existait jusqu'alors sur le droit d'inspection. REYES VILLAMIZAR (Francisco), Derecho societario, Tome I, op.cit. spéc. p.462

³¹⁸ Article 379 numéro 4 du Code de Commerce colombien dispose que chaque action donne à son propriétaire le droit d'inspecter librement les livres et documents sociaux dans les 15 jours ouvrables antérieurs aux réunions de l'Assemblée Générale qui statuera sur les résultats de fin d'exercice. L'article 442 du Code de Commerce précise le délai pour les réunions ordinaires de l'assemblée générale. L'article 13 de la loi 222 de 1995 précise le délai en cas de fusion ou transformation de la société.

collectif, en commandite simple), les associés ont un droit permanent d'inspection sur les documents sociaux en vertu du risque patrimonial qu'ils encourent. En effet, chaque associé répond d'une façon solidaire et illimitée des engagements pris par la société. Ils engagent la totalité de leur patrimoine personnel. Ils doivent donc être confiants en ce qui concerne les opérations réalisées par celle-ci, et la gestion du dirigeant. Cela explique la continuité dans le temps avec laquelle ils peuvent exercer leur droit de supervision. Dans ce type de société la loi ne prévoit pas en principe l'existence d'un commissaire aux comptes car les fonctions d'un tel organe sont assumées par tous les associés. Ceux-ci peuvent toutefois désigner un commissaire aux comptes dans les statuts.

274.- Dans les sociétés de capitaux, au contraire, les actionnaires ne participent pas à la direction de la société. Ils ne sont pas soumis à une responsabilité subsidiaire pour les obligations de la société. Ces deux circonstances liées font qu'une fiscalisation permanente des livres et documents de la société ne soit pas nécessaire. Par ailleurs, la quantité d'actionnaires qui peuvent être présents dans une société de capitaux (surtout si les actions sont négociables dans le marché réglementé) rend difficile la mise en place d'une procédure d'inspection à caractère permanent. Si chaque actionnaire possédait un droit individuel permanent de vérification des documents, la gestion sociale serait alourdie. La loi limite donc dans le temps l'exercice du droit d'inspection des actionnaires. En dehors des quinze jours au cours desquels les actionnaires peuvent librement avoir accès aux documents sociaux, c'est le commissaire aux comptes qui supervise l'ajustement des comptes à la réalité et aux besoins réels de la société.

275.- Afin de faciliter l'accès aux documents sociaux, il existe le devoir pour les dirigeants de mettre à disposition des actionnaires les documents susceptibles d'être contrôlés, sous leur responsabilité³¹⁹. Les dirigeants doivent permettre l'accès physique à ces documents pour que les actionnaires puissent prendre connaissance de leur

³¹⁹ Article 447 du Code de commerce colombien, modifié par la loi 222 de 1995. L'article 447 prévoit une sanction pécuniaire à charge des dirigeants. L'article 48 de la loi 222 a remplacé la sanction économique en révocation.

contenu. Les dirigeants ne peuvent pas limiter les conditions d'exercice de ce droit. S'ils le font, ils pourront être révoqués³²⁰.

276.- Dans les sociétés à responsabilité limitée, il n'y a pas de limite temporaire pour consulter les documents sociaux. Dans ce type de société (qui emprunte des caractères de la société personnaliste et de capitaux) la gestion des affaires sociales est en principe à la charge de tous les associés, sauf s'ils l'ont déléguée sur un seul dirigeant. Dans ce dernier cas, les autres associés auront le droit de supervision permanent sur les documents de la société. Le Code de commerce colombien³²¹ précise que les associés ont le droit d'examiner (directement ou par un représentant) à n'importe quel moment tous les documents de la compagnie et en particulier ceux relatifs à la comptabilité, au registre d'associés, ainsi que les procès verbaux.

277.- De même, dans les sociétés en nom collectif³²², tous les associés ont la faculté d'inspecter les documents sociaux à n'importe quel moment. Dans les sociétés en commandite, le Code de commerce³²³ donne un droit de contrôle permanent au cours de l'année (sauf si le commanditaire possède ou fait partie d'un commerce exerçant les mêmes activités que la société). Voilà ici une différence avec le droit français qui permet au commanditaire de la société en commandite simple d'obtenir communication des livres et documents sociaux seulement deux fois par an, ainsi que de poser par écrit

³²⁰ Superintendencia de Sociedades, note 220-49933 du 4 août 2000.

³²¹ Article 369 du Code de commerce colombien: "Los socios tendrán derecho a examinar en cualquier tiempo, por sí o por medio de un representante, la contabilidad de la sociedad, los libros de registro de socios y de actas y en general todos los documentos de la compañía."

³²² Article 314 du Code de commerce colombien: "Aún delegada la administración, los socios tendrán derecho de inspeccionar, por sí mismos o por medio de representantes, los libros y papeles de la sociedad en cualquier tiempo."

³²³ Articles 328 et 339 du Code de commerce colombien. Pour la société en commandite par actions, Art. 328.- "El comanditario tendrá la facultad de inspeccionar en cualquier tiempo, por sí o por medio de un representante, los libros y documentos de la sociedad. Pero si tiene un establecimiento dedicado a las mismas actividades del establecimiento de la sociedad o si forma parte de una compañía dedicada a las mismas actividades, perderá el derecho a examinar los libros sociales."

Pour la société en commandite simple, Art. 339.- « Las facultades de inspección y vigilancia interna de la sociedad serán ejercidas por los comanditarios, sin perjuicio de que puedan designar un revisor fiscal, cuando la mayoría de ellos así lo decida ».

des questions sur la gestion sociale auxquelles il doit être répondu également par écrit³²⁴. En droit colombien, le caractère personnaliste de ce type de société veut que les associés qui ne sont pas inclus dans la gestion des affaires sociales aient le droit permanent d'inspection.

278.- La loi reste cependant imprécise car elle ne signale pas sur quel type de documents peut être effectué le contrôle des actionnaires et associés. La *Superintendencia de Sociedades* a déterminé qu'il s'agit des livres des procès verbaux, livres de registre des associés ou actionnaires, documents comptables « et autres documents détenus par la société à un moment déterminé »³²⁵. Elle a signalé en particulier la possibilité d'inspecter les livres de comptabilité avec tous les documents justificatifs qui s'y rattachent, le courrier lié aux affaires sociales que la société émet ou reçoit (car il s'agit là des documents qui doivent être gardés par le commerçant), les rapports de gestion et autres documents qui doivent être soumis à approbation lors des assemblées générales (articles 446 et 447 du Code de commerce colombien³²⁶), les procès verbaux des

³²⁴ Article L222-7 de Code de commerce français.

³²⁵ Super Soc, Of 220-109678 du 2 décembre 1999: "Abarca este derecho, los libros que lleva la sociedad, entre otros, el Libro de Actas y el Libro de Registro de Socios y de Accionistas (o de acciones). Igualmente, arroja dicha inspección, los comprobantes de contabilidad y todo lo que verse sobre los demás papeles sociales que tenga la compañía en un momento determinado."

³²⁶ Article 446 du Code de commerce Colombien.- « La junta directiva y el representante legal presentarán a la asamblea, para su aprobación o improbación, el balance de cada ejercicio, acompañado de los siguientes documentos: 1. El detalle completo de la cuenta de pérdidas y ganancias del correspondiente ejercicio social, con especificación de las apropiaciones hechas por concepto de depreciación de activos fijos y de amortización de intangibles; 2. Un proyecto de distribución de utilidades repartibles con la deducción de la suma calculada para el pago del impuesto sobre la renta y sus complementarios por el correspondiente ejercicio gravable; 3. El informe de la junta directiva sobre la situación económica y financiera de la sociedad, que contendrá además de los datos contables y estadísticos pertinentes, los que a continuación se enumeran: a) Detalle de los egresos por concepto de salarios, honorarios, viáticos gastos de representación, bonificaciones, prestaciones en dinero y en especie, erogaciones por concepto de transporte y cualquiera otra clase de remuneraciones que hubiere percibido cada uno de los directivos de la sociedad; b) Las erogaciones por los mismos conceptos indicados en el literal anterior, que se hubieren hecho en favor de asesores o gestores vinculados o no a la sociedad mediante contrato de trabajo, cuando la principal función que realicen consista en tramitar asuntos ante entidades públicas o privadas, o aconsejar o preparar estudios para adelantar tales tramitaciones; c) Las transferencias de dinero y demás bienes, a título gratuito o a cualquier otro que pueda asimilarse a éste, efectuadas en favor de personas naturales o jurídicas; d) Los gastos de propaganda y de relaciones públicas, discriminados unos y otros; e) Los dineros u otros bienes que la sociedad posea en el exterior y las obligaciones en moneda extranjera, y f) Las inversiones discriminadas de la compañía en otras sociedades, nacionales o extranjeras; 4. Un informe escrito del representante legal sobre la forma como hubiere llevado a cabo su gestión, y las medidas cuya adopción recomiende a la asamblea, y 5. El informe escrito del revisor fiscal. »

assemblées d'actionnaires et du conseil d'administration, le livre de registre des actionnaires.³²⁷ Face au silence de la loi, c'est la *Superintendencia* qui a signalé le type de documents sur lesquels l'inspection peut être réalisée.

279.- La *Superintendencia* a par ailleurs précisé que le droit d'inspection ou contrôle n'implique pas le droit d'obtenir des photocopies ou des supports des différents documents consultés, mais seulement la faculté de les examiner. Le conseil d'administration ou l'assemblée des associés sont libres d'accepter ou pas les demandes des actionnaires ou associés sollicitant des copies des différents documents.³²⁸ Cependant, des photocopies peuvent légitimement être exigées et doivent être fournies par les administrateurs sous leur responsabilité si l'associé absent ou dissident prétend les utiliser pour agir en justice afin d'établir la légalité des procès verbaux ou des décisions adoptées.³²⁹

280.- Enfin, en cas de controverses liées à l'exercice du droit de contrôle, l'entité chargée de l'inspection, surveillance et contrôle des sociétés est autorisée à décider des

Art. 447 C. com. Col.-"Los documentos indicados en el artículo anterior, junto con los libros y demás comprobantes exigidos por la ley, deberán ponerse a disposición de los accionistas en las oficinas de la administración, durante los quince días hábiles que precedan a la reunión de la asamblea. Los administradores y funcionarios directivos así como el revisor fiscal que no dieran cumplimiento a lo preceptuado en este artículo, serán sancionados por el superintendente con multas sucesivas de (diez mil a cincuenta mil pesos)* para cada uno de los infractores."

³²⁷ *Superintendencia de Sociedades*, Of. 220-43269 du 19 oct. 2001, en citant *Doctrinas y Conceptos Jurídicos 1995-Superintendencia de Sociedades*, páginas 173 y 174.

³²⁸ *Super Soc*, Of 220-109678 du 2 décembre 1999: La *Superintendencia de Sociedades*, sobre el vocablo examinar, ha conceptualizado que este "...no tiene una connotación diferente a la de escudriñar con cuidado y diligencia el tema de su interés, pero no va más allá de una simple inspección; esto es, que el asociado no puede, con base en la norma en comento, reclamar a los administradores de la sociedad, nada distinto; sacar fotocopias o exigir las, supera el derecho allí consagrado...lo cual no obsta para que en un momento dado la Junta de Socios (o la Asamblea General de Accionistas), determine la viabilidad de conceder cierta libertad a favor de los asociados, para que al examinar los distintos papeles de la empresa en el ejercicio del derecho de inspección, se les permita sacar directamente o solicitar a la administración las fotocopias que a bien tengan" (Oficio 220-81029 del 31 de agosto de 1999)".

³²⁹ *Super Soc*, Of 220 -552 du 20 février 2002: "Si bien en términos generales no es obligatorio para el representante legal dar copia de los documentos de la compañía. En este caso en particular, se trata de propiciar el ejercicio de un derecho reconocido en la ley y radicado en cabeza de los socios ausente o disidentes, lo anterior, implica para el administrador una obligación consistente en velar por la defensa de los derechos de los asociados suministrando un documento con la finalidad de discutir su legalidad ante los estrados judiciales competentes".

modalités d'exercice de ce droit au moyen d'un acte administratif. Ladite entité (Superintendencia de Sociedades) a ainsi décidé que « *Ne pas fixer certaines limites altérerait le bon fonctionnement de la société* »³³⁰. L'exercice du droit d'inspection ne peut donc pas heurter le bon déroulement du procès de liquidation de la société. Il ne peut non plus s'opposer à l'intérêt social, ni porter atteinte aux droits subjectifs des autres associés³³¹.

281.- Les associés et actionnaires ne sont pas les seuls à avoir un droit d'inspection sur les documents sociaux. Les administrateurs membres du conseil d'administration (*junta directiva*) ont aussi la possibilité de consulter la documentation qui leur permettrait de prendre des décisions en toute connaissance de cause. Le droit des administrateurs colombiens n'est pas lié à leur fonction individuelle mais à leur appartenance à l'organe collectif de direction. Ils ont un « droit collectif d'inspection ».

2.1.1.2.2. Le droit collectif d'inspection

282.- Au droit individuel d'inspection qui est celui des actionnaires ou associés et dont nous venons de percevoir les contours vient s'ajouter un autre droit, collectif cette fois, dans les sociétés où existe un conseil d'administration. Le droit colombien distingue en effet, à la différence du droit français, si l'inspection doit être faite par un membre de la société ou par un membre du conseil d'administration. Si le but de ce droit est le même dans les deux cas (informer la personne intéressée –associé, actionnaire ou administrateur), son exercice est différent. Dans le cas des associés et des actionnaires, le droit d'inspection est attaché à la qualité de membres de la société. Dans le cas des administrateurs, il ne s'agit plus d'un droit individuel attaché à la personne. Il s'agit d'un droit collectif qui appartient au groupe. Ce droit n'appartient pas aux administrateurs individuellement considérés par le fait de leur fonction

³³⁰ Superintendencia de Sociedades, of. 220-109678 du 2 décembre 1999: « Y es que no fijar ciertos límites para ese fin conllevaría de manera ostensible el que se atentara contra la buena marcha y el desarrollo de la sociedad. De allí la aceptación plena de que el mismo, bajo unos parámetros previamente establecidos, pueda, a la luz de un cabal entendimiento y sin desbordar los principios legales que le dan vida, reglamentarse adecuadamente, sin que esto conlleve, es obvio, a que se vuelva nugatorio.» REYES VILLAMIZAR (Francisco), Derecho societario, Tome I, op.cit., spéc. p.454.

³³¹ Superintendencia de Sociedades, note –oficio- 220-62416 du 22 septembre 2000.

d'administration, puisque cette fonction est exercée par un organe (le conseil d'administration). L'exercice du droit correspond en droit colombien, à l'organe et non plus à l'individu.

283.- Le droit collectif d'inspection permet d'accéder aux livres et documents sociaux qui informent les administrateurs et les mettent en mesure d'exercer correctement leurs fonctions d'administration. Ce droit collectif d'inspection ou contrôle implique que la demande de documents doit être formulée par l'organe social dans le respect des normes de quorum et de majorités. Le problème se présente quand la majorité ne décide pas à propos d'une demande d'information requise par un des administrateurs. L'administrateur qui voudrait être mieux informé sur un point déterminé avant de prendre part à la décision collective ne pourrait pas accéder à l'information faute de quorum. Dans ce cas, et afin de ne pas engager sa responsabilité individuelle, il devrait voter contre la décision et s'abstenir de l'appliquer. Dans le cas contraire, il serait responsable si la décision s'avère être fautive.

284.- La *Superintendencia de Sociedades* a nettement affirmé le caractère collégial du droit d'inspection des administrateurs. Elle signale que son exercice a pour but principal de permettre aux administrateurs l'exécution de leur mandat. Pour cette autorité, le conseil d'administration peut demander toute l'information nécessaire à l'exercice de son activité. Nous estimons nonobstant que le droit français a mieux développé l'information des administrateurs. La possibilité pour les administrateurs français d'exercer individuellement le droit à l'information leur permet d'anticiper une mauvaise décision de laquelle découlerait une responsabilité.

Conclusion du paragraphe 1

285.- Le droit français a, à notre avis, de l'avance par rapport au droit colombien à ce sujet. Cela s'explique par le fait qu'en France l'accès à l'information est certes un droit, mais aussi un devoir pour les administrateurs. En Colombie, la notion de « devoir » de s'informer n'est pas pour l'instant développée. Le rôle de la jurisprudence française dans l'établissement de l'information des administrateurs a été fondamental dans la

construction de ce droit dans le régime français. Nous l'avons vu par rapport aux jurisprudences *Cointreau et Dennery*. Mais aussi par le fait que la jurisprudence française exige des administrateurs une mission de contrôle sur les agissements du président du conseil d'administration et en particulier un devoir de s'informer sur les conditions dans lesquelles le président exécute sa mission. En Colombie, la mission de contrôle sur les opérations de la société correspond au *revisor fiscal* (commissaire aux comptes) et non aux administrateurs. Ces derniers n'ont pas un devoir de s'informer sur les agissements du président du conseil, mais un droit d'en être informés par le *revisor fiscal*.

286.- La Colombie ne possède pas un développement jurisprudentiel lui permettant de mieux cerner l'information dans son double aspect de droit et de devoir. Les administrateurs français sont, à la différence des administrateurs colombiens, en mesure de prendre des décisions mieux illustrées à chaque fois qu'ils souhaitent plus d'information (dans la limite de l'abus de droit). Les administrateurs colombiens sont au contraire soumis à un accord conjoint préalable à toute demande d'information, ce qui alourdit l'exercice de leur droit. Et pour l'instant ils ne considèrent pas être assujettis à un devoir de s'informer.

287.- L'information des administrateurs, tel que nous venons de le voir, est garantie dans l'ordre juridique colombien. La réglementation légale colombienne concernant le droit d'inspection coïncide, tout comme la française, avec le mouvement international de la *corporate governance*. Le droit individuel des actionnaires et des associés est réglementé en Colombie par la loi 222 de 1995, en accord avec les dispositions contenues dans le Code de Commerce colombien, dispositions qui prévoyaient déjà un droit d'accès aux documents sociaux (articles 422 et 447 en ce qui concerne le droit d'inspection des actionnaires de la société anonyme ; article 369 pour les associés de la société à responsabilité limitée ; 314 pour ceux des sociétés en nom collectif et 328 et 339 pour les associés des sociétés en commandite).

288.- La loi n°222 de 1995 a rappelé l'existence du droit individuel d'inspection et a particulièrement renforcé la sanction à l'encontre des administrateurs qui feraient obstacle aux actionnaires et aux associés qui souhaitent accéder à la documentation. Concrètement, la loi a substitué la sanction pécuniaire (amende) en une sanction

personnelle (révocation)³³². Cette sanction de révocation est psychologiquement plus forte par les effets qu'elle entraîne. Il s'agit en effet d'une sanction professionnelle qui met à l'écart la personne. Celui qui a fauté par inobservance d'un devoir de type professionnel est « excommunié », séparé du milieu, écarté de l'exercice du métier.

289.- La mouvance de la *corporate governance* a joué un rôle important dans le développement du droit à l'information des actionnaires, associés et administrateurs, en France comme en Colombie. La Colombie a démontré sa propension à accueillir le courant international de la gouvernance d'entreprise dans des aspects sensibles de responsabilisation des dirigeants, de la même façon qu'elle avait accueilli auparavant les dispositions du droit civil français en ce qui concerne la responsabilité civile de tous les particuliers. La Colombie s'inspire fortement du droit étranger.

290.- Outre le devoir d'information que nous venons de voir dans les deux régimes juridiques franco colombien, la doctrine de la *corporate governance* a inspiré le législateur des deux pays dans d'autres aspects du droit qui sont en lien direct avec la problématique de la responsabilité des administrateurs. Il s'agit plus particulièrement de la discipline relative au conflit d'intérêts. Celle-ci a été assujettie à des retouches législatives en France et en Colombie sous influence de la doctrine de la *corporate governance*. Voyons à présent le rôle qu'a été celui de cette mouvance internationale dans la solution du problème universel du conflit d'intérêts dans les deux pays.

2.1.2. Section 2 - Le rôle de cette idéologie dans la solution du problème universel du conflit d'intérêts dans les deux pays

291.- Le conflit d'intérêts est la situation dans laquelle une personne voit ses intérêts personnels entrer en opposition avec ses devoirs. Pour M. D. Schmidt « *un conflit d'intérêts prend naissance lorsqu'une même personne poursuit deux ou plusieurs*

³³² Article 48 de la loi n° 222 de 1995.

intérêts et lorsque ces intérêts sont contradictoires. »³³³ La notion de conflit d'intérêts n'est pas encore définie par les textes du Code de commerce, du Code civil ou du Code monétaire et financier. Le projet de réforme au droit des contrats prévoit d'introduire une définition au chapitre de la représentation dans le Code civil français (Article 43 du projet) dans ces termes : « *Il y a conflit d'intérêts lorsque le représentant agit pour le compte des deux parties au contrat ou contracte pour son propre compte avec le représenté. En ces cas, l'acte accompli est nul, à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié. (...)* »³³⁴

292.- Dans le cas du dirigeant social, celui-ci est amené à respecter un intérêt supérieur, celui de la société. Cet intérêt supérieur est appelé « intérêt social ». L'intérêt social, dont nous préciserons plus loin la notion, accompagne d'une manière indissociable la question du gouvernement des sociétés.

293.- Le dirigeant social est un mandataire lié à la société par un contrat de mandat. Le siège naturel des conflits d'intérêts est précisément la relation de mandat par laquelle le mandataire prend en charge les intérêts du mandant³³⁵. En vertu du mandat, le dirigeant social est titulaire d'un pouvoir de représentation de la société. Par ce pouvoir, il exerce une activité sans en être le bénéficiaire direct ou exclusif. Le dirigeant se voit confier une charge qu'il exerce dans un intérêt distinct au sien propre³³⁶.

³³³ SCHMIDT (Dominique), *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, 2^{ème} éd., Paris : Joly, 2004, 565 pages, spéc. n°18. « La loi du 24 juillet 1966 reprise dans le Code de Commerce prévoit 5 cas dans lesquels le titulaire d'un droit de vote ne peut l'exercer au motif que le vote qu'il attend de ses coactionnaires ou de ses pairs administrateurs a pour objet de lui octroyer un droit. On assimile à ces hypothèses celle du rachat des droits d'un associé dans les conditions prévues à l'article L235-6 du code de commerce : il ne s'agit pas de lui octroyer un droit mais de lui racheter ses droits, ce qui crée un conflit d'intérêts. »

³³⁴ L'article 43 du projet de réforme continue ainsi : « Lorsque le représenté est un groupement (ou une personne morale), l'autorisation ou la ratification ne peut émaner de son seul représentant. La nullité n'est pas encourue, si le représenté est un groupement, et qu'au regard de son activité, l'acte constitue une opération courante conclue à des conditions normales. » Cette définition proposée par l'article 43 du projet de réforme a suscité des observations et des commentaires, car « elle réduit le conflit d'intérêts à la contrepartie et au mandat double ». RONTCHEVSKY (Nicolas), *Brèves observations sur le conflit d'intérêts dans le projet de réforme du droit des contrats*, Bulletin Joly Bourse, novembre-décembre 2008, pp. 610-612.

³³⁵ CUIF (Pierre- François), *Le conflit d'intérêts, essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé*, Revue Trimestrielle Droit Commercial, janvier- mars 2005 pp. 1-27, spéc. p.5.

³³⁶ GAILLARD (Emmanuel), *Le pouvoir en droit privé, op.cit*, spéc. p. 9.

- 294.- Il est possible que les intérêts personnels du dirigeant soient, à un moment ou à un autre, confrontés à ceux de la société qu'il dirige. L'intérêt personnel du dirigeant peut prendre des formes très diverses. Il peut être matériel –attribution de rémunérations excessives, paiement par la société d'amendes personnelles, détournement de véhicules appartenant à l'entreprise-. Il peut aussi être immatériel –souci d'entretenir de bonnes relations avec un tiers, désir de consolider sa situation au sein du groupe et de donner satisfaction à des personnes influentes, etc.³³⁷ Le dirigeant doit en tout cas s'abstenir de profiter de sa position pour avantager ses propres intérêts au détriment de ceux de la société. Mais la tentation de prendre un avantage personnel sera toujours là. Quand le dirigeant social est tenté d'abuser de sa position afin de satisfaire ses intérêts personnels au détriment de l'intérêt social, nous serons face à une situation conflictuelle.
- 295.- Les principes proposés par la *corporate governance* en matière de responsabilité des dirigeants apportent des réponses à la question du conflit d'intérêts. En effet, c'est à travers l'instrument du devoir de loyauté que le dirigeant ou l'administrateur qui obéit à ses propres intérêts et non à ceux de la société peut être sanctionné. Ce devoir, nous l'avons signalé, a été particulièrement développé par la doctrine de la *corporate governance* et constitue, tant en France comme en Colombie, une règle de comportement des dirigeants à laquelle est attachée une responsabilité.
- 296.- Sur le plan de la responsabilité civile, l'obligation de loyauté constitue le moyen de sanctionner le dirigeant qui se situe dans un conflit d'intérêts. Ceci est manifeste dans le régime juridique français à travers les arrêts *Vilgrain* du 27 février 1996 et *K* du 24 février 1998, qui ont été évoqués plus haut. Dans ces arrêts, ainsi que dans ceux, postérieurs, qui s'inscrivent dans le même sens, ressort l'impossibilité pour le dirigeant d'utiliser sa position privilégiée pour faire prévaloir ses intérêts personnels.
- 297.- D'une part, l'arrêt *Vilgrain* (comme celui, postérieur, daté du 12 mai 2004) impose au dirigeant le devoir d'informer aux cédants minoritaires sur l'existence de

³³⁷ COHEN-BRANCHE (Marielle), *Les conflits d'intérêts*, *op.cit.*

négociations entreprises avec un tiers tendant à l'achat d'actions de la société à un prix plus élevé. Il fait ainsi échec à ce que le dirigeant utilise sa position d'intermédiaire, initié en ce qui concerne le prix de vente et celui d'achat, pour son propre bénéfice et puisse empocher la différence. Le dirigeant doit révéler au vendeur l'existence de négociations avec un possible acheteur. « *Peu importe que lors de la cession des actions, les négociations en cours ne soient pas parvenues jusqu'à la fixation d'un prix : ce qui doit être révélé, c'est leur existence* »³³⁸.

298.- Avant même que le dirigeant puisse tirer un avantage quelconque de sa position d'intermédiaire, ce que la jurisprudence exige de lui est de révéler une information aux personnes envers lesquelles il est débiteur d'une obligation de loyauté. Le dirigeant devra révéler l'information en exécution de son devoir de loyauté. Le dirigeant qui ne respecte pas ce devoir envers les associés ou actionnaires se situera en position de conflit d'intérêts par le fait même de la violation à son devoir de loyauté. Afin d'éviter de se situer en position conflictuelle, le dirigeant devra transmettre l'information due aux personnes qui lui font confiance. Sa responsabilité découlera principalement du manquement à ses devoirs d'information et de loyauté, plus qu'au conflit d'intérêts lui-même.

299.- D'autre part, l'arrêt *K* (tout comme celui du 12 février 2002) incarne une jurisprudence sanctionnant le dirigeant qui favorise ses intérêts personnels au détriment de ceux de la société lors de la création d'une société concurrente. Dans ce cas, on constate que la violation du devoir de loyauté, tant vers les actionnaires que vers la société, permet de sanctionner l'attitude du dirigeant qui trahit l'intérêt supérieur qu'il devait servir.

300.- La Colombie ne dispose pas pour sa part d'une proposition jurisprudentielle similaire à celle du droit français. Le régime juridique colombien ne distingue pas entre, d'un côté, le devoir de loyauté dû aux actionnaires et associés, et de l'autre, le devoir de loyauté dû à la société. La loi colombienne n°222 de 1995 interdit au dirigeant de se situer en position de conflit d'intérêts à travers un article 23 qui

³³⁸ TCHOTOURIAN, (Ivan), La sanction des conflits d'intérêts à travers la déloyauté... op.cit, spéc. p.603.

énumère les obligations particulières des dirigeants. Pour cette raison, l'étude de la jurisprudence française s'avère être enrichissante en droit colombien afin d'illustrer le contenu du devoir de loyauté et le rôle de ce devoir dans la solution du problème que présente le conflit d'intérêts. Nous reviendrons plus loin sur le contenu de la prohibition imposée par l'article 23 aux dirigeants colombiens. Il s'avère indispensable de définir d'abord ce qu'est l'intérêt supérieur qui ne doit pas être perdu de vue ni par le dirigeant colombien ni par le dirigeant français.

301.- La doctrine de la *corporate governance* permet de s'interroger sur l'intérêt supérieur que celui qui gouverne l'entreprise doit avoir en vue. « *Voici la question : quel objectif assigner au gouvernement de la société ? Chacun répond : l'intérêt social* »³³⁹. L'intérêt supérieur est, en ce qui concerne la vie des sociétés, l'intérêt social. La notion d'intérêt social est cependant imprécise³⁴⁰, ou du moins bipolaire. M. Alain COURET a observé que ce concept est « *une notion floue que chacun remplira à sa guise* »³⁴¹.

302.- Elle a en effet deux acceptions. D'un côté, l'intérêt des actionnaires qui, fondé sur les articles 1832 et 1833 du Code Civil français³⁴², permet de penser que la société a pour objet la réalisation du plus important bénéfice social dans le seul intérêt des associés³⁴³. D'un autre côté, l'intérêt de l'entreprise définie par l'Association Française des Entreprises Privées comme « *l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme un agent économique autonome, poursuivant des fins propres, distinctes notamment de celles de ses actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui*

³³⁹ SCHMIDT (Dominique), *De l'intérêt social*, La Semaine Juridique entreprises et affaires, 1995, n°38, étude n° 488, pp. 361-362.

³⁴⁰ PIROVANO (Antoine), La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? Recueil Dalloz 1997, 24ème cah., chronique pp. 189-196.

³⁴¹ COURET (Alain), *L'intérêt social*, La Semaine Juridique entreprises et affaires, 03 octobre 1996, n°40, pp. 1-12.

³⁴² Art. 1832 C.civ : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ». Art. 1833 C.civ : « Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés ».

³⁴³ SCHMIDT (Dominique), *De l'intérêt social*, op.cit.

correspondent à leur intérêt général commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise »³⁴⁴.

303.- La création de valeur opérée par l'activité entrepreneuriale doit profiter à toutes les partie-prenantes, conçues comme une communauté de personnes. L'intérêt commun est celui d'assurer le bénéfice d'une activité qui dépasse tout individualisme et se situe dans une optique de solidarité sociale, de bénéfice général. Les initiatives des dirigeants d'entreprise doivent tenir compte de la communauté d'individus qui composent les entreprises (salariés, fournisseurs, investisseurs, créanciers) et surement pas les intérêts individuels de la seule personne qui exerce le pouvoir et gouverne l'entreprise.³⁴⁵

304.- L'intérêt social considéré comme celui de l'entreprise revêt une dimension plus large que celui ramené au seul intérêt des associés. Il constitue « l'intérêt de l'institution sociétaire dans son ensemble, englobant non seulement ses associés mais aussi ces partenaires de la personne morale que sont notamment ses salariés, ses cocontractants habituels et ses créanciers »³⁴⁶. Ce serait cette acception qui aurait été adoptée par le législateur français dans la loi du 15 mai 2001³⁴⁷. En ce qui concerne l'intérêt social, nous pouvons affirmer que la doctrine de l'entreprise a influé le législateur français de 2001. Cette doctrine propose de faire partie composante de l'intérêt social, qui est l'intérêt supérieur que tout dirigeant doit servir, l'intérêt des créanciers et celui des salariés. Cette notion d'intérêt social a été reprise par la

³⁴⁴ Rapport du groupe de travail CNPF-AFEP sur le Conseil d'administration des sociétés cotées, éd. ETP, paris, juill.1995, p.9, cité par D. SCHMIDT, *De l'intérêt social, op.cit.* spéc. n°6.

³⁴⁵ L'entreprise est « par nature une société, de manière que les rapports entre participants devraient être régis par la justice distributive, en sorte que tous indistinctement –propriétaires ou non des moyens de production- auraient droit à leur part de la propriété ou tout au moins bénéfices de l'entreprise ». Discours du Pape Pie XII à l'Uniapac du 4 mai 1949, cité par CALVEZ (Jean-Yves), *L'Eglise et l'Economie, la doctrine sociale de l'Eglise*, Paris: l'Harmattan, 1999, 119 pages, spéc. p.60.

³⁴⁶ J. MESTRE et Al., *Lamy Sociétés commerciales*, 2001 article n°1335. BUREAU, Dominique, *La loi relative aux nouvelles régulations économiques. Aspects de droit des sociétés*, Bull. Joly, 2001 p.553, spéc. n°5 et 13.

³⁴⁷ Les dispositions de cette loi sur le pouvoir et la représentation du comité d'entreprise dans les sociétés consacraient une « avancée de la conception la plus large de l'intérêt social : celle qui procède, par voie d'assimilation à l'intérêt de l'entreprise » CONSTANTIN (Alexis), « *L'intérêt social : quel intérêt ?* », in *Mélanges Mercadal*, Paris : F. Lefebvre, 2002, pp. 317-338, en citant Ph. DOM "La protection des minoritaires", in *Rev. Sociétés* juill-sept 2001 p534.

définition de ce concept proposé par l'Association Française des Entreprises Privées. La loi du 15 mai 2001 a consacré aussi cette vision large de l'intérêt social.

305.- Le juge doit vérifier que celui qui exerce le pouvoir au sein de la société l'a effectivement exercé en vue d'exprimer, de représenter ou de satisfaire l'intérêt social³⁴⁸. Il sanctionnera les abus de biens sociaux ou les abus de pouvoir³⁴⁹, ainsi que les abus de majorité au sein du conseil d'administration. De même, les fautes de gestion pouvant être commises par les dirigeants sociaux pourront être examinées au regard de cette notion³⁵⁰.

306.- La question des conflits d'intérêts n'est pas propre aux sociétés de capitaux. Elle concerne tous types de sociétés, les anonymes comme les sociétés de personnes. Déjà dans l'arrêt *Vilgrain* du 27 février 1996, la Chambre commerciale attribue au devoir de loyauté qui fonde la sanction du conflit d'intérêts, quand le dirigeant agit en tant qu'intermédiaire dans une négociation d'actions ou parts sociales, une portée générale qui permet de penser que ce devoir s'impose à tout dirigeant qui agit en intermédiaire, quel que soit le type de société : « *M. V. a manqué au devoir de loyauté qui s'impose au dirigeant d'une société à l'égard de tout associé, en particulier lorsqu'il en est intermédiaire pour le reclassement de sa participation* ».

307.- Dans la société anonyme, à partir du moment où il y a une séparation des fonctions de direction et de la propriété des actions, le tiers en charge de diriger la société sera en possibilité d'abuser de sa situation pour retourner le profit qui résulte de l'exploitation commerciale ou de la vente de parts ou actions, vers lui-même ou vers un autre³⁵¹.

³⁴⁸ Idem, spéc. n°9 et ss.

³⁴⁹ Délits prévus aux articles L242-6-3 et 4 du C.com.

³⁵⁰ CONSTANTIN (Alexis), L'intérêt social : quel intérêt ? op.cit , spéc. n°10.

³⁵¹ Quand l'augmentation de l'envergure et de la complexité des activités des entreprises les amène à rechercher de nouveaux financements, une telle séparation se produit car la direction n'appartiendra plus aux titulaires du capital mais à une tierce personne qui pourra être tentée d'abuser de sa situation. TCHOTOURIAN, (Ivan), *La sanction des conflits d'intérêts à travers la déloyauté ...* , op.cit. p.599.

- 308.- Mais l'exercice du pouvoir dans les sociétés de personnes n'en est pas moins soumis à ce type de situation, à partir du moment où le pouvoir est en droit privé, d'après la définition proposée par le vocabulaire juridique Capitant, « *l'aptitude légale ou conventionnelle à exercer tout ou partie des droits d'une autre personne et à agir pour son compte* »³⁵², et que tout abus de pouvoir est à craindre.
- 309.- C'est le devoir de loyauté qui impose au dirigeant de toute société de veiller au respect de l'intérêt supérieur de celle-ci, et ceci même en cas de non séparation entre la propriété du capital et la gestion des affaires sociales. En effet, l'obligation de respecter ce devoir serait la seule rambarde pouvant limiter le penchant naturel de l'homme à privilégier ses propres intérêts. Ainsi le gérant de société à responsabilité limitée qui désire profiter de sa situation pour souscrire avec sa société un contrat –de bail, par exemple- à un prix élevé : en étant lui-même la personne habilitée à signer le contrat au nom de la société, il en aurait aussi fixé la somme. L'avantage tiré de sa position serait alors injustifié.
- 310.- En vue de limiter le risque de conflit d'intérêts, les législateurs français et colombien ont émis certaines dispositions qui reprennent, pour partie, les orientations en matière de loyauté et de transparence proposées par la *corporate governance*. Les législations nationales française et colombienne ont apporté des modifications à leurs textes respectifs en droit des sociétés qui développent les guides de conduite exposés par la doctrine de la *corporate governance*.
- 311.- Même si la plupart de ces principes existaient déjà dans leur ordre juridique respectif, la doctrine anglo-saxonne a eu le mérite de compiler un certain nombre de devoirs légitimement exigibles des dirigeants sociaux et d'en faire un corps normatif en matière de devoirs et responsabilités à vocation universelle, en vertu de la mondialisation de l'économie et la transnationalisation des sociétés.
- 312.- En reprenant cette doctrine, nos législations se sont équipées d'un ensemble plutôt ordonné et complet de devoirs de conduite exigés des dirigeants. Un ensemble cohérent

³⁵² Vocabulaire juridique publié en 1930 sous la direction de H. Capitant, cité par GAILLARD (Emmanuel), *Le pouvoir en droit privé, op. cit.*, p.11.

et surtout uniforme. Et d'un régime de responsabilité attaché à la violation de ces devoirs.

313.- Dans un monde qui change, il est imposé aux dirigeants d'entreprise l'adoption de pratiques plus transparentes, plus éthiques, plus solidaires, plus responsables, où l'intérêt collectif soit privilégié sur les intérêts égoïstes de quelques uns. Il n'est pas possible de penser que la seule finalité de la société est l'enrichissement de ses actionnaires. Dans une société, il y a aussi des salariés, des partenaires commerciaux, des créanciers. C'est un univers plus large qui entoure les seuls actionnaires. La notion d'intérêt social doit prendre en compte tout cet univers économique et social qui représente l'entreprise. L'intérêt collectif repose sur le bon fonctionnement de l'entreprise. L'intérêt supérieur tient compte, certes, des actionnaires, mais aussi des autres parties prenantes³⁵³.

314.- Ainsi, d'après J. Y. Calvez, *«après la deuxième guerre mondiale –et pendant cette guerre en vérité dans les milieux préoccupés de la reconstruction après le conflit-, la question de l'entreprise et de sa réforme, ce qui voulait largement dire de son affirmation comme société, avec participation de tous, prit une grande importance. [...] En Allemagne, dans un Congrès de catholiques (Katholikentag), à Bochum, en 1949, les employeurs et les syndicalistes présents votèrent une motion sur la cogestion considérée comme « droit naturel ». Le mot allemand était Mitbestimmung, signifiant détermination en commun (des questions majeures de la vie de l'entreprise), ou encore codécision, à laquelle on ne donnait aucune limite a priori. La cogestion visée n'était pas sociale seulement mais aussi économique.»*³⁵⁴

³⁵³ C'est la proposition doctrinale de la « doctrine de l'entreprise » selon laquelle il existerait au-delà du but que se sont fixés les associés, un but propre à l'entreprise qui ne saurait être réduit à la prospérité du groupement au seul profit des associés, puisque d'autres acteurs ont aussi un intérêt certain au fonctionnement de l'entreprise et notamment les salariés et les créanciers. Si cette doctrine a connu des critiques par les défenseurs de la conception libérale anglosaxonne, il est évident que la seule défense des intérêts des associés contribue au déséquilibre d'un système déjà mis en question par la crise économique actuelle.

³⁵⁴ CALVEZ (Jean-Yves), *L'Eglise et l'Economie, la doctrine sociale de l'Eglise*, op.cit, p.59.

315.- Le dirigeant qui privilégiera ses propres intérêts sera donc responsable. Il devra rendre compte de ses actes à l'ensemble des parties-prenantes, qui sont intéressés à la bonne marche des sociétés et à la création de richesse que l'entreprise bien gérée produit. A cet égard, la loi française du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques se présente comme réalisant une introduction en droit français de certains principes rendant de l'éthique au gouvernement de l'entreprise. Et dans le cas colombien, c'est la loi colombienne n°222 de 1995, à travers laquelle le livre II du Code de commerce consacré aux sociétés commerciales est modifié, qui introduit en droit colombien des dispositions contenant ces principes.

2.1.2.1. Sous-section 1 - La formulation en droit français des principes de conduite reconnus par la doctrine de la corporate governance en vue de limiter le risque de conflit d'intérêts

316.- Nous avons déjà signalé comment, dans un souci de transparence, la loi sur les Nouvelles Régulations Economiques (NRE) du 15 mai 2001 a prévu un véritable droit à l'information des administrateurs³⁵⁵ et accru l'information due aux actionnaires et associés de l'entreprise³⁵⁶. A ce sujet nous avons vu que d'un côté, chaque administrateur doit recevoir les informations nécessaires à l'exercice de sa mission et peut se faire communiquer tous les documents nécessaires à cette fin. Le droit à l'information des administrateurs comporte l'obligation corrélative pour le président du conseil d'administration ou le directeur général de leur « *communiquer tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de leur mission* »³⁵⁷. D'un autre côté nous avons aussi vu comment la loi permet aux associés ou actionnaires de

³⁵⁵ Voir n°106 *supra*.

³⁵⁶ Voir n° 179 et suivants *supra*.

³⁵⁷ Article L225-35 alinéa 3 du Code de commerce français, modifié par loi 1^{er} août 2003.

poser des questions écrites sur les opérations de gestion ou sur les faits de nature à compromettre l'exploitation³⁵⁸.

317.- La loi française prend en compte les intérêts des parties prenantes autres que les seuls actionnaires. En ce qui concerne les salariés, par exemple, elle leur donne la possibilité de participer, dans certaines conditions, à la vie de gestion de l'entreprise à travers la possibilité de demander la convocation de l'assemblée générale des actionnaires ou des associés, d'y être entendus et d'y inscrire des projets de résolution³⁵⁹. Ainsi, les employés sont appelés à participer en quelque sorte à la gestion de l'entreprise et aux profits qu'elle apporte³⁶⁰.

318.- Un droit d'information est ainsi inséré en droit des sociétés par la loi française N.R.E. du 15 mai 2001, conformément à l'air du temps, pour les administrateurs, pour les actionnaires et pour les salariés. Le devoir corrélatif d'information repose sur le dirigeant social, sous sa responsabilité. Cette avancée dans la reconnaissance d'un intérêt collectif par le droit français est pour le moment absente du droit colombien.

319.- Nous devons remarquer que par la reconnaissance d'un droit à l'information des salariés, les intérêts de ceux-ci sont mis en valeur. La loi française reconnaît que la société ne peut pas fonctionner dans le seul intérêt des actionnaires ou des investisseurs. Mais l'homme qui y travaille et s'investit en tant que personne humaine à la vie de l'entreprise a le droit d'être entendu et de formuler des propositions. L'entreprise serait constituée d'un nœud d'intérêts divers et opposés qui, comme les lignes d'une roue de vélo, convergent vers un même centre : l'intérêt social. A partir du moment où l'entreprise fonctionne et fait des bénéfices, tout le monde y trouve son compte : les salariés, les investisseurs, les dirigeants, mais aussi les clients, les fournisseurs et le système financier en général. La stabilité économique de l'ordre social national dépend en grande mesure de la stabilité trouvée grâce à des pouvoirs confrontés à des contre-pouvoirs à l'intérieur du groupe sociétaire. D'où l'importance

³⁵⁸ Article L225-232 du Code de commerce

³⁵⁹ Article L432-6-1 du code de travail, inséré par art. 99 de la loi N.R.E.

³⁶⁰ CALVEZ (Jean-Yves), L'Eglise et l'Economie, la doctrine sociale de l'Eglise, op.cit, p.59.

d'un système entrepreneurial sain et équilibré. Et les ravages produits par la liquidation des entreprises.

320.- L'opposition d'intérêt qui mettrait en échec l'intérêt social est limitée par la loi. Les législateurs français et colombien ont voulu limiter le risque de conflit en soumettant en premier abord les conventions conclues entre la société anonyme et ses dirigeants à l'autorisation du conseil d'administration, et en écartant de l'exercice du droit de vote celui qui a un vote intéressé. Voyons d'abord comment le régime français traite la question du conflit d'intérêts, pour ensuite voir l'état de la question dans le régime colombien.

2.1.2.1.1. Paragraphe 1 - Etat de la question en droit français

321.- Le droit français adopte certaines mesures qui ont pour objectif de limiter le risque de conflit d'intérêt des dirigeants sociaux. Parmi ces mesures nous retrouvons la réglementation de certaines conventions conclues par les dirigeants, ainsi que la réglementation de leur vote quand celui-ci risquerait d'être intéressé. Enfin, le législateur français a voulu limiter la rémunération de ces professionnels afin d'éviter tout risque d'excès. Voyons de plus près chacune de ces mesures.

2.1.2.1.1.1. Conflit d'intérêts et conventions réglementées

322.- Le dirigeant qui conclut une convention avec sa société doit en informer le conseil d'administration. Ne pas le faire constitue une faute susceptible de compromettre sa responsabilité.

323.- En matière de conventions réglementées « *C'est l'intérêt direct ou indirect que peut prendre ou conserver l'administrateur* » qui est alors visé par le texte original datant

de 1867. » Depuis cette date, le législateur a étendu le domaine des conventions soumises à autorisation, en particulier à partir de la loi N.R.E. du 15 mai 2001.³⁶¹

324.- Le chapitre III titre 1^{er} de la loi N.R.E consacré à la prévention des conflits d'intérêts a modifié le régime des conventions réglementées. D'après Monsieur Y. Guyon, une convention est tout accord de volontés faisant naître, transmettant ou éteignant des obligations.³⁶²

325.- Les conventions conclues entre la société et l'un de ses dirigeants présentent le risque que celui-ci n'abuse de sa position prépondérante pour obtenir des avantages. Mais ces conventions sont souvent utiles à la société, par exemple quand l'administrateur est propriétaire d'un local commercial et que la société cherche à louer cet immeuble. Pour pallier cet inconvénient proche du contrat avec soi-même³⁶³, ce type de convention devra être conclu dans des conditions de transparence.

326.- L'article L225-38 du Code de commerce modifié par la loi N.R.E. a augmenté de façon importante le champ des conventions réglementées : lors d'une convention passée entre une société et l'un de ses administrateurs ou directeurs généraux, la loi exige désormais que « *toute convention intervenant directement ou par personne interposée entre la société et son directeur général, l'un de ses directeurs généraux délégués, l'un de ses administrateurs, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 %* ³⁶⁴ ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la

³⁶¹ CUIF (Pierre- François), Le conflit d'intérêts, essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé, op.cit. p.9.

³⁶² GUYON (Yves), Droit des affaires, droit commercial général et sociétés, op.cit, spéc. n°421.

³⁶³ C'est-à-dire les contrats où une même personne agit d'un côté en son nom personnel et de l'autre en tant que représentant de l'autre cocontractant. Idem, n°419.

³⁶⁴ Dans le texte de la loi NRE le seuil était fixé à 5%. Ce pourcentage a été augmenté par la loi du 1^{er} août 2003. Le pourcentage sus mentionné est considéré par certains comme trop faible « car en général il faut détenir au moins 20% du capital pour être présumé exercer une influence notable sur une société » En effet, l'article L233-16-IV affirme que « *L'influence notable sur la gestion et la politique financière d'une entreprise est présumée lorsqu'une société dispose, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette entreprise* » GUYON (Yves), *Droit des affaires*,... TI, op. cit, n°420.

société la contrôlant au sens de l'article L.233-3, doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration. »³⁶⁵

327.- Ainsi, par exemple, la rémunération du président du conseil d'administration doit, selon sa nature, être soumise à la procédure de contrôle des conventions réglementées³⁶⁶, et il en est ainsi de l'allocation au président d'une rémunération qui n'est pas imposée par le statut légal de PDG et qui, si elle est exorbitante, risque de porter atteinte aux intérêts des actionnaires³⁶⁷. La jurisprudence retient traditionnellement qu'un complément de retraite accordé au président peut être une convention soumise à l'autorisation préalable du conseil si l'avantage accordé est disproportionné et constitue, pour la société, une charge excessive³⁶⁸. L'exécution d'une convention réglementée par un dirigeant qui aurait omis de la soumettre à la procédure de contrôle constituerait une faute de gestion de laquelle le dirigeant serait tenu pour responsable. Le Tribunal de commerce de Nanterre³⁶⁹ a ainsi condamné deux dirigeants pour faute de gestion du fait d'avoir exécuté une convention sans l'avoir préalablement soumise à la procédure de contrôle des conventions réglementées.

328.- Quant aux personnes concernées, il faut admettre que la réglementation s'applique également au représentant permanent d'une personne morale, administrateur ou membre du conseil de surveillance, mais qu'en revanche, elle ne s'applique pas au

³⁶⁵ Alinéa 1^{er} de l'article L225-38 du Code de commerce.

³⁶⁶ Cass.com 2 mai 1983, société Comptoir Commercial de Caoutchouc, société de droit Belge c/Consorts Devos, Lexbase n°81-12.717.

³⁶⁷ Cass.Com, 17 oct.1967, Soc. Agricole de Roquefort c/ Groupement de Défense des Actionnaires de la Soc. Agricole de Roquefort, Lexbase n° 63-13.801.

³⁶⁸ Cass. Com, 24 oct. 2000, Mme Hugon c/ société l'Impeccable et autre, Lexbase n°98-18.367 ; TECHENE (Vincent), *L'obligation d'information des actionnaires sur le régime de rémunération des mandataires sociaux*, Lexbase Hebdo Ed. privée Générale, 13 avril 2006, n°210.

³⁶⁹ Par un arrêt du Tribunal de Commerce de Nanterre du 3 décembre 2008 (*op.cit*) deux dirigeants sont condamnés pour faute de gestion du fait d'avoir exécuté, sans l'avoir soumis à la procédure de contrôle des conventions réglementées, une convention ayant contribué à la réalisation du préjudice subi par la société Rhodia et lui causant à cette société un dommage à hauteur de la somme provisionnée dans ses comptes, de 5,3 millions d'euros, somme qui était destinée à payer un complément de retraite au seul bénéfice de l'ancien dirigeant de la société.

dirigeant de fait³⁷⁰. Même certains actionnaires considérés comme prépondérants sont présumés exercer une influence sur la société et donner naissance à un conflit d'intérêts.

329.- A partir de la loi N.R.E, la réglementation s'applique aux conventions passées directement entre la société et l'une des personnes visées par cet article. Mais elle s'applique aussi à celles conclues par personne interposée. Il y aurait personne interposée si le contrat est conclu par un proche parent du dirigeant ou un prête nom de celui-ci³⁷¹.

330.- Il en est de même des conventions auxquelles l'une de ces personnes concernées sera indirectement intéressée³⁷². Il y a intérêt indirect lorsque le dirigeant a tiré un profit personnel quelconque d'un contrat dont il a obtenu la conclusion en abusant de l'autorité qu'il exerce dans la société³⁷³.

331.- Sont également soumises à autorisation préalable les conventions intervenant entre la société et une entreprise si le directeur général, l'un des directeurs généraux délégués ou l'un des administrateurs de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, membre du conseil de surveillance ou, de façon générale, dirigeant de cette entreprise³⁷⁴.

³⁷⁰ GUYON (Yves), *Droit des affaires*,... TI, *op cit*, n°420. Les dispositions de l'article L225-38 ne sont pas applicables au dirigeant de fait d'une Société Anonyme qui ne détenait pas un tel mandat au sein de la société (Com 29 mai 1967, bull.civ.III n°212).

³⁷¹ Paris, 20 novembre 1998, Bull Joly 1999.476 note le Cannu. Dans l'espèce les juges considèrent que le président d'une société anonyme est indirectement intéressé par le bail commercial qu'il a signé à des conditions désavantageuses pour sa société, dès lors que le dirigeant était « *par interposition de personnes morales écrans (...) associé de la société bailleuse* ». L'arrêt annule la convention, qui ne constituait pas une opération courante conclue à des conditions normales et comportait pour la société des conséquences dommageables.

³⁷² Alinéa 2°, article L225-38 du Code de Commerce.

³⁷³ GUYON (Yves), *Droit des affaires*,... TI, *op cit*, n°420

³⁷⁴ Alinéa 3°, article L225-38 du Code de Commerce.

332.- Les principes de transparence et d'information inspirent le champ d'application assez vaste de cette norme. Par respect du devoir de transparence, le dirigeant concerné doit relever tous les faits matériels qui auraient un impact significatif sur le vote des membres intégrants de cet organe. Le conseil d'administration doit être informé de l'existence d'un intérêt quelconque d'un de ses administrateurs sur le contrat proposé à la société et l'acceptation de la souscription de ce contrat écartera du vote la personne concernée³⁷⁵.

2.1.2.1.1.2. *Conflit d'intérêts et vote intéressé*

333.- Quand la volonté du groupement est exprimée par une assemblée délibérante dont chaque membre est titulaire d'un droit de vote (assemblée des associés ou des actionnaires, conseil d'administration), le membre d'une de ses assemblées peut se trouver en situation de conflit d'intérêts « parce qu'il n'exerce pas son vote en considération de l'intérêt du groupement mais au vu de considérations personnelles: son vote est intéressé »³⁷⁶. Cette situation a provoqué l'intervention du législateur qui a décidé que l'associé ou l'administrateur d'une société anonyme ne peut voter dès lors que la loi le considère comme intéressé.³⁷⁷

334.- De même, dans la société à responsabilité limitée, le législateur a établi que « *le gérant ou l'associé intéressé ne peut prendre part au vote et ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité* » quand il s'agit de statuer sur une convention intervenue directement ou par personnes interposées entre la société et l'un de ses gérants ou associés. En matière de responsabilité, la disposition légale affirme que « *Les conventions non approuvées produisent néanmoins leurs effets, à charge pour le gérant, et, s'il y a lieu, pour l'associé contractant, de supporter*

³⁷⁵ Article L225-40 Code de Commerce.

³⁷⁶ CUIF (Pierre- François), Le conflit d'intérêts, essai sur ... , op.cit. p.8.

³⁷⁷ SCHMIDT (Dominique), Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op.cit, n°87.

individuellement ou solidairement, selon les cas, les conséquences du contrat préjudiciables à la société »³⁷⁸ .

2.1.2.1.1.3. Rémunération des dirigeants

335.- Le problème du conflit d'intérêts apparaît également en cas de rémunération excessive des dirigeants. Nous avons évoqué plus haut comment les lois « Breton » du 26 juillet 2005 et TEPA du 21 août 2007 interviennent pour régler le problème concernant la rémunération des dirigeants. Dans un souci de transparence, ces lois soumettent les modalités de départ des dirigeants de sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé (*parachutes dorés*) à la procédure de contrôle³⁷⁹ : les engagements pris au profit des présidents, directeur généraux ou directeur généraux délégués, correspondant à des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus en raison de la cessation des fonctions sont soumis aux dispositions sur les conventions réglementées et leur versement est soumis à des conditions de performance³⁸⁰.

336.- Il est certain que la rémunération des dirigeants doit être contrôlée. Dans l'économie de marché dans laquelle nous vivons, il est courant de voir comment la valeur de certains produits ou services devient disproportionnée. La gérance des sociétés, surtout des plus grandes, n'échappe pas à la spéculation en ce sens qu'elle vise à obtenir un gain d'argent maximisé par son exercice³⁸¹. Ces indemnités et rémunérations des patrons sortants, même si elles sont permises par la loi, doivent faire

³⁷⁸ Article L223-19 du Code de Commerce.

³⁷⁹ La jurisprudence faisait déjà cette exigence : Com 18 oct. 1994, D.1994 IR 250 ; Bull Joly 1994.1311 note le Cannu. L'allocation par le conseil d'administration d'une indemnité exceptionnelle au profit de son président en raison de la cession de ses actions et de la cessation de ses fonctions, indemnité qui n'est pas assimilable à une rémunération, constitue une convention soumise à la procédure de l'article L225-38.

³⁸⁰ Article L225-42-1 du Code de Commerce.

³⁸¹ Le mot spéculation relève plutôt du vocabulaire financier ou commercial (c'est l'opération sur des biens meubles ou immeubles en vue d'obtenir un gain d'argent de leur revente ou de leur exploitation. Dictionnaire Larrousse Sélection *op.cit*). Nous l'utilisons ici dans un contexte de prestation de services professionnels de gérance ou administration de sociétés commerciales.

partie d'un partage plus équitable de la valeur créée par l'entreprise. Dans une entreprise qui supprime des emplois et qui enregistre des pertes, les montants liés aux différents éléments de rémunération ne devraient pas être destinés à payer les dirigeants responsables de la mauvaise situation économique de l'entreprise. Ce serait faire porter sur autrui le résultat d'une mauvaise gestion. Le dirigeant défaillant doit être mis face à ses responsabilités. Le versement de parachutes dorés déconnectés de la réalité des entreprises est indécent et contraire à toute éthique, surtout en temps de crise économique, comme celui de 3,2 millions d'euros prévu pour récompenser un dirigeant d'entreprise de la société Valéo³⁸², alors que cet équipementier de l'automobile enregistre des pertes et supprime 1600 emplois. Dans un contexte de crise généralisée de l'économie comme celui que nous traversons, où les pertes sont collectivisées et les gains privatisés³⁸³, il est scandaleux et contraire à toute idée de justice de voir que des dirigeants empochent, en toute légalité, des sommes exorbitantes laissant derrière eux des entreprises exsangues. Il y a des moments où les dirigeants doivent faire preuve de bon sens et ignorer l'appât du gain en privilégiant le respect de l'intérêt commun: être, en somme, confrontés à leurs responsabilités.

337.- A ce sujet, ce sont les principes mêmes de la gouvernance des entreprises qui sont mis en échec. Certains patrons bafouent l'intérêt supérieur auquel ils ont un jour prêté allégeance. Ils ne sont loyaux qu'à leur seule ambition. Selon Mme L. Parisot, le « *code de gouvernance* » élaboré en octobre 2008 par le Medef et l'Afep précise que « *la question des rémunérations des dirigeants doit toujours être regardée en cohérence avec la rémunération de tous les salariés de l'entreprise et par rapport à*

³⁸² *Airbag en or massif à Valéo*, Journal Libération du 24 mars 2009, www.liberation.fr. D'après la présidente du Medef, Laurence Parisot, « *le Medef ne se reconnaît pas dans le comportement d'un dirigeant qui piétine ainsi l'intérêt général de son entreprise, qui méprise ses salariés, bafoue les patrons de PME et notamment les PME sous-traitantes de cette entreprise, et qui foule aux pieds notre code de gouvernance* ». En outre, « *Le Président de la République a lancé au Medef et à l'Afep (Association française de l'entreprise privée, qui rassemble les patrons des 83 principaux groupes français) un ultimatum, fixé au 31 mars 2009: si les organisations patronales ne sont pas capables d'imposer à leurs adhérents un peu de mesure et d'autodiscipline sur la rémunérations de leurs dirigeants, le gouvernement fera voter une loi.* » Parisot demande à l'ex PDG de Valéo de renoncer à son airbag doré, Journal Libération du 24 mars 2009, www.liberation.fr.

³⁸³ « *Le 3 octobre 2008, le système financier mondial frôle l'effondrement, faute de liquidités. Le 13 du même mois, les gouvernements annoncent leur intention de fournir à leurs banques des ressources dont ils ne disposent pas. Après un formidable carambolage idéologique, les banques et les compagnies d'assurances sont sauvées par des nationalisations de fait et par la promesse d'un argent public inexistant. La dette privée devient une dette publique* ». ATTALI (Jacques), *La crise, et après ?* Paris : Fayard, 2008, spéc. p.15.

l'intérêt général de l'entreprise ... ». « *Il n'est pas acceptable que les dirigeants dont l'entreprise est en situation d'échec la quitte avec des indemnités* ³⁸⁴ ». Face aux situations actuelles, l'autorégulation prônée par le Medef montre ses limites. Pour baliser les frontières qui ne peuvent pas être franchies concernant la rémunération des dirigeants, l'Etat a un droit et un devoir d'intervention dans la vie économique qui est spécifié surtout dans la défense du plus faible.

Quand la prospérité générale n'est pas atteinte, quand la richesse coule vers une petite multitude laissant derrière elle le chômage, il appartient à l'Etat d'intervenir. Nous assistons à une certaine volonté du gouvernement français, sous la pression de l'opinion publique, de mettre fin à ces abus: le décret n°2009-348 du 30 mars 2009 entré en vigueur dès le lendemain, qui ne concerne pas les parachutes dorés, interdit au moins la distribution des stock options et d'actions gratuites aux dirigeants d'entreprises aidées par l'Etat (c'est-à-dire banques et automobile)³⁸⁵. Il faudrait tout de même réfléchir à une plus grande responsabilisation des dirigeants via la perte du montant de leurs rémunérations si une mauvaise gestion de la société est à l'origine des pertes, de réduction de personnel, ou d'une restructuration. Des sanctions de ce type seraient d'une grande utilité en France et en Colombie.

338.- Enfin, le droit français prévoit que la convention conclue sans autorisation préalable du conseil peut être annulée, mais seulement si elle a eu des conséquences dommageables pour la société. Autrement dit, faute d'autorisation préalable par le conseil d'administration, il convient de se demander si la convention comporte des conséquences dommageables pour la société. En absence de conséquences

³⁸⁴ Parisot demande à l'ex PDG de Valéo de renoncer à son airbag doré, op.cit.

³⁸⁵ Les patrons échappent à un strict encadrement de leurs revenus, Le Monde, Paris : 31 mars 2009, Claire Guélaud et Anne Michel, page 1; Les rémunérations de patrons encadrées à minima, Le Monde, Paris : 31 mars 2009, page 13; Le débat fait rage sur les méthodes pour mettre fin aux abus, Le Monde, Paris : 31 mars 2009, Claire Gatinois et Patrick Roger, page 13 « ...le groupe des 20 devrait s'entendre sur des principes communs, comme celui d'interdire les bonus et les stock-options aux dirigeants d'entreprises renflouées par les pouvoirs publics. La nouvelle administration américaine en a adopté le principe, dans un texte qui plafonne par ailleurs à 500 000 dollars annuels la rémunération des patrons concernés. » Les Etats Unis et l'Europe déterminés à « moraliser » les rémunérations abusives, Le Monde, Paris : 31 mars 2009, supplément spécial Economie, Claire Gatinois, page 2.

dommageables pour la société il n'y aura pas de nullité³⁸⁶. Outre la possibilité d'une action en nullité, le défaut d'autorisation du conseil engage la responsabilité de l'intéressé³⁸⁷. La nullité peut être couverte par un vote de l'assemblée générale intervenant sur rapport spécial des commissaires aux comptes exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie (article L225-42 alinéa 3^o). Si les conventions n'ont pas été approuvées par l'assemblée générale des actionnaires, les conséquences préjudiciables à la société peuvent être mises à la charge de l'intéressé et éventuellement des autres membres du conseil d'administration³⁸⁸ ou du directoire³⁸⁹, conséquences auxquelles s'ajoute, ici aussi, un risque de conséquences civiles (et pénales) pour l'intéressé.

Conclusion de la sous section 1

339.- Les dirigeants français et colombiens doivent avoir de bonnes pratiques de gouvernance. La loi éclaire le chemin par lequel les dirigeants doivent transiter. Elle est complétée par les principes proposés par la doctrine de la corporate governance dans lesquels une place s'ouvre aux autres parties prenantes distinctes des seuls actionnaires, en particulier aux salariés (qui ont droit d'être informés des changements structurels de la société). La notion d'intérêt social adoptée par la loi française est large et répond à

³⁸⁶ Dans un cas où l'avenant à un contrat de travail, conclu au bénéfice d'un salarié devenu administrateur et prévoyant le versement d'une indemnité conventionnelle au cas de licenciement, était garanti par un tiers, la Cour a affirmé que « le paiement de l'indemnité contractuelle de licenciement n'a pas entraîné de conséquences dommageables pour la société, et par ce seul motif le non respect des règles relatives aux conventions réglementées ne peut entraîner la nullité de l'acte. » (Cass. Ch. Sociale, 16 sept 2008, Bull Joly soc. Février 2009 p.132, note Saintourens). Au contraire, il y aurait conséquence dommageable si les obligations imposées à la société à travers la convention étaient excessives. L'excès duquel surgirait un dommage est constaté dans un arrêt de la Ch. Sociale, Cass. du 11 juin 2008 (X c/Soc. KDI, bull Joly Soc. janvier 2009 p 25 note le Cannu), et par le montant important des sommes dues au dirigeant démissionnaire, également salarié de la société, et par la situation de la société tenue de provisionner les sommes. Dans l'espèce, les avantages consentis à l'ancien dirigeant et salarié « avaient pour effet de doubler le montant de sa rémunération et la durée du délai de préavis, d'ajouter au salaire une prime d'intéressement, d'instituer une indemnité de rupture égale à 2 années de salaires et de mettre en place un complément de retraite ». Le montant des seules cotisations versées suffit à établir que la convention a eu des conséquences dommageables (Paris 28 mai 2001, JCPE 2002 n°12 p.501).

³⁸⁷ Article L225-42 du Code de commerce.

³⁸⁸ Article L225-41 du Code de Commerce.

³⁸⁹ Article L225-89 du Code de Commerce.

celui contenu non seulement dans la corporate governance mais aussi à celui proposé par des réflexions antérieures, comme celle des entrepreneurs syndicalistes européens réunis en Allemagne au lendemain de la Deuxième Guerre Mondiale, qui présentèrent une idée de cogestions ou détermination en commun de la vie sociétaire par toutes les parties prenantes. Mais une chose est l'idéal préconisé par la loi et une autre bien différente ce que l'on trouve dans la réalité. Les rémunérations excessives et les conventions intéressées sont réglementées mais cela n'empêche pas les abus. Si le droit français présente une réglementation assez précise visant à limiter les risques de conflit d'intérêts, le droit colombien est plus général et abstrait dans ses formulations.

2.1.2.2. Sous-section 2 - La formulation en droit colombien des principes de conduite reconnus par la corporate governance

340.- En Amérique Latine, plusieurs travaux invitent les pays de la région à adopter les bonnes pratiques de gouvernance. Parmi ces travaux, nous remarquerons les "*Lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo*" publié par la *Corporación Andina de Fomento*, le *programa ROSC* du *Banco Mundial*, le *White Paper* ou "*Libro Blanco sobre Gobierno Corporativo en Latinoamérica*"³⁹⁰.

341.- Dans une espèce de mouvement international de moralisation de la vie des affaires, la Colombie a adopté à son tour des principes généraux de conduite exigibles des dirigeants sociaux proposés par la doctrine de la gouvernance d'entreprise³⁹¹. Ce pays a constaté, tout comme la France, le besoin de mettre l'accent sur le comportement que les dirigeants doivent observer afin de mener à bien leur mission de gérance, direction et administration des entreprises. Ceci dans un cadre de responsabilisation face à la société mais aussi face aux actionnaires et associés.

³⁹⁰ Organisation pour la Coopération et le Développement Economiques, OCDE 2004 pour la version en espagnol, www.oecd.org/sge/ccnm

³⁹¹ CELY RODRIGUEZ (Adriana María), *El gobierno corporativo y los riesgos empresariales globales*, in *El derecho en el contexto de la globalización*, ed. par RAMIREZ CLEVES (Gonzalo), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp 404-421.

2.1.2.2.1. Paragraphe 1 - Etat de la question en droit colombien

342.- En droit colombien, la régulation en matière de gouvernement corporatif est éparse dans différents corps normatifs³⁹². Les aspects fondamentaux de cette réglementation sont contenus dans le Code de Commerce, Livre II Titres I et VI³⁹³, la loi 222 de 1995 Titre I³⁹⁴ et le *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero* (Statut organique du système financier), Partie III, Chapitre VIII³⁹⁵. Par ailleurs, un *Codigo Pais* (« Code Pays ») a été rédigé en 2007 sous le principe « appliquer ou s'expliquer »³⁹⁶ (à l'image du principe contenu dans la Directive Européenne du 14 juin 2006 transposée en France par la loi du 3 juillet 2008³⁹⁷). Ce Code permet à l'entreprise émettrice des titres dans le marché réglementé, qui volontairement en a fait adoption, d'accepter d'être liée par les principes qu'il impose. Dans le cas où elle n'appliquerait pas les principes, elle devrait s'en expliquer.

343.- En ce qui concerne les principes de conduite susceptibles d'être sanctionnés du point de vue de la responsabilité civile, la norme qui résume le mieux la formulation de ces principes repris sous l'influence de la doctrine internationale de la *corporate governance* est l'article 23 de la loi 222 de 1995. Selon cette norme, les administrateurs doivent agir de bonne foi, avec loyauté et la diligence de tout homme d'affaires.

³⁹² Documento Conceptual de Gobierno Corporativo, Superintendencia Financiera de Colombia, 20 novembre 2006, www.superfinanciera.gov.co/GobiernoCorporativo/doccong241106pub.pdf

³⁹³ Relatifs aux sociétés commerciales en général et à la société anonyme en particulier.

³⁹⁴ Relatif au régime des sociétés.

³⁹⁵ Chapitre sur la Direction, Administration et Contrôle des institutions financières, articles 72 et ss. L'article 72 (modifié en 2003 par la loi 795 de 2003) établit les règles de conduite et les obligations légales qui doivent être respectées par les dirigeants et administrateurs des entités vigilées par la *SuperFinanciera*. D'une manière générale, cet article dispose le devoir pour ces dirigeants d'agir de bonne foi et conformément à l'intérêt public.

³⁹⁶ A travers une Circulaire Externe numéro 28 de 2007 de la Superintendencia Financiera de Colombia a été adopté le Code Pays. Ce Code est disponible sur <http://www.superfinanciera.gov.co/Codigopais/presentacion.htm>.

³⁹⁷ Voir n°212 *supra*.

344.- Le principe de loyauté instauré dans l'article 23 de la loi colombienne implique que les administrateurs doivent, entre autres, s'abstenir de se situer en position de conflit d'intérêts avec la société.

2.1.2.2.1.1. *Le conflit d'intérêts*

345.- Le num. 7 de l'article 23 affirme³⁹⁸ que les administrateurs doivent « *s'abstenir de participer directement ou par personne interposée, dans leur intérêt personnel ou dans celui de tiers, dans des activités de concurrence avec la société ou dans des actes où il y aurait conflit d'intérêts, sauf autorisation expresse de l'assemblée générale des actionnaires ou des associés.* » La *Superintendencia de Sociedades* a défini le conflit d'intérêts comme la situation qui se présente quand il n'est pas possible de satisfaire simultanément deux intérêts différents, à savoir celui de l'administrateur (ou d'un tiers) et celui de la société³⁹⁹. Cette définition est quelque peu différente de celle proposée par la doctrine française. Pour M. D. Schmidt, on l'a évoqué précédemment, il y a conflit d'intérêts quand une même personne poursuit deux (ou plusieurs) intérêts ou lorsque ces intérêts sont contradictoires. D'un point de vue général, les deux définitions se rejoignent dans l'idée selon laquelle il y a deux intérêts différents (dont l'un appartient à la société) qui peuvent être contradictoires, et une même personne (le dirigeant) doit décider en faveur de l'un ou de l'autre. Il est clair que le message transmis par ces deux définitions est celui du devoir du dirigeant de décider en conformité avec l'intérêt supérieur qui est à sa charge.

³⁹⁸ Loi 222/95 Art.23 En el cumplimiento de su función los administradores deberán: num.7: "Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas. En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad.

³⁹⁹ *Superintendencia de Sociedades*, Circular Externa n° 20 du 4 novembre 1997.

346.- La norme sus visée continue sa rédaction dans ces termes : « *Dans ces cas [de conflit d'intérêts⁴⁰⁰], l'administrateur devra fournir à l'organe social toute l'information nécessaire pour la prise de décision. L'administrateur concerné devra être exclu de la votation s'il est aussi associé. Dans tous les cas, l'autorisation donnée par l'assemblée générale des actionnaires ou des associés devra être donnée si la convention ne porte pas préjudice aux intérêts de la société.* ». Les rédacteurs de cette norme ont adopté les suggestions doctrinales qui proposaient en Colombie l'inclusion d'un système déjà existant dans certains Etats des Etats Unis d'Amérique. Ce système existant en droit nord américain et repris par le droit colombien ordonne à l'administrateur intéressé de s'abstenir de voter. Il permet le seul vote de ceux qui n'ont aucun intérêt en la convention et exige que cette convention soit juste et raisonnable pour la société⁴⁰¹. Les buts recherchés par le système américain ne sont pas différents de ceux recherchés par la législation française en matière de vote intéressé et conventions réglementées évoqués précédemment.

2.1.2.2.1. Le vote intéressé et les conventions réglementées

347.- Pour décider sur une autorisation en assemblée générale, il faut refaire un calcul du quorum en retirant le nombre des actions ou parts sociales appartenant à l'administrateur qui est au même temps actionnaire ou associé. La décision sera prise par tous les autres actionnaires ou associés en considération du seul intérêt social. L'intérêt social serait la « boussole » qui guiderait la décision de l'assemblée visant à autoriser ou non un acte de l'administrateur.

348.- Cet article part d'une prohibition générale de conclure ce type d'actes. Mais il entrouvre la possibilité de les conclure si la procédure prévue à cette fin est respectée.

⁴⁰⁰ Nous estimons en effet que d'une perspective générale la norme évoque des cas donnant origine à des situations de conflit d'intérêts. La concurrence directe ou indirecte avec la société est une situation de conflit à partir du moment où la personne chargée de récupérer un marché pour la société est en mesure d'exclure la société de ce marché afin de se favoriser personnellement ou de bénéficier à un tiers. Dans ce cas il est évident que le dirigeant n'agit pas en conformité avec l'intérêt supérieur qui doit guider sa décision, mais en bénéfice d'un autre intérêt distinct de celui de la société. Il s'agit donc d'une situation de conflit d'intérêts.

⁴⁰¹ REYES VILLAMIZAR (Francisco), en citant la doctrine nord américaine et en particulier Harry HENN, *Derecho societario*, Tome I, *op.cit.*, p.599.

Il reconnaît ainsi que les conventions passées avec un des dirigeants peuvent parfois être bénéficiaires à la société, comme par exemple un contrat de prêt qui offrirait un taux d'intérêt plus avantageux que celui offert par les entités financières, ou la mise à disposition de locaux à un meilleur prix que celui du marché de la location immobilière.

349.- La procédure prévue pour autoriser les actes passés entre la société et un de ses dirigeants cherche précisément à protéger les intérêts de la société. Elle implique quatre choses : l'autorisation de l'organe délibérant; le devoir pour l'administrateur d'informer complètement les associés et actionnaires pour leur permettre de prendre une décision éclairée ; la suppression du droit de vote pour l'administrateur-associé intéressé; la recherche de l'intérêt social qui sera la boussole qui déterminera la décision à prendre. La procédure d'autorisation tient aussi compte de plusieurs facteurs qui coexistent dans une société : La démocratie au sein de l'organe principal (assemblée générale des associés ou actionnaires), le devoir d'information à la charge du dirigeant, le besoin de limiter le risque de conflit d'intérêts et la reconnaissance d'un intérêt supérieur qui doit guider toute prise de décision et toute action des organes sociaux.

350.- La rédaction maladroite de cette norme ⁴⁰² reprend nonobstant des orientations similaires à celles contenues en droit français (dans les articles L 225-38 et L 225-40 du Code de Commerce français précédemment évoqués, deux normes qui visent les conventions susceptibles d'être conclues entre la société et un dirigeant). Le dirigeant peut participer directement ou par personne interposée dans la conclusion de la convention. Il n'existe pas comme en droit français une prohibition générale faite aux dirigeants pour conclure des conventions avec la société. Seul ce type de convention est réglementé, c'est-à-dire doit respecter une procédure qui la soumet à approbation de

⁴⁰² Elle vise en effet deux situations différentes : d'un côté, la concurrence avec la société, de l'autre, le conflit d'intérêts. Quand aux activités de concurrence, elle ne dispose pas que celle-ci doit être illicite, donc même une concurrence licite entrerait dans le champ d'application de la norme. En conséquence, afin de déterminer s'il existe ou pas une activité de concurrence, il est nécessaire d'établir quelles sont les activités qui constituent l'objet social de la compagnie, quels sont les produits ou services qu'elle offre, quel est le marché auquel son offre est dirigée et dans quel champ géographique. (SuperSoc. Circ. Ext. 20 du 4 novembre 1997)

l'assemblée délibérante et le vote de la personne intéressée serait exceptionnellement désactivé.

351.- L'intérêt dans lequel la convention est passée doit être l'intérêt supérieur, l'intérêt social. Mais dans la réalité le conflit peut naître car l'intérêt réellement recherché peut être celui de l'administrateur ou celui d'un tiers, comme par exemple une autre société dans laquelle le dirigeant serait aussi administrateur. Tel serait le cas d'une personne qui serait en même temps dirigeant de deux sociétés qui concluent entre elles un contrat. Le dirigeant n'est pas directement confronté à son intérêt personnel mais pourrait éventuellement favoriser l'une ou l'autre de ces sociétés dans le texte du contrat qu'il négocie en leur représentation. L'intérêt direct ou indirect du dirigeant est exclu par la procédure des conventions réglementées.

352.- Aucune des deux législations n'empêche définitivement la convention entre le dirigeant et la société, mais la soumet à une procédure d'approbation à travers laquelle le législateur (français et colombien) cherche à protéger l'intérêt supérieur dans cette collectivité qui est l'entreprise⁴⁰³. La *Superintendencia de Sociedades* a jugé à ce sujet qu'il est possible pour un administrateur membre du conseil d'administration de prêter des services professionnels à la société où il exerce sa fonction, tout en respectant la procédure mentionnée dans le num. 7 de l'article 23 de la loi 222, dès lors qu'il n'existe pas de disposition légale du droit colombien interdisant à un dirigeant social ce type de prestation dans la société qu'il dirige (et dès lors que les statuts ne s'y opposent pas). Dans ce cas, la convention doit signaler expressément le domaine dans lequel le conseil professionnel devra être réalisé, les facultés du dirigeant, les conditions de travail et le montant des honoraires⁴⁰⁴.

⁴⁰³ Contrairement à d'autres législations comme la péruvienne, qui interdit expressément les conventions susceptibles de provoquer un conflit d'intérêts entre la société et un de ses dirigeants (art. 180 de la loi 26.886 de 1997 : « *Los directores no pueden adoptar acuerdos que no cautelen el interés social sino sus propios intereses o los de terceros relacionados, ni usar en beneficio propio o de terceros las oportunidades comerciales o de negocios de que tuvieron conocimiento en razón de su cargo. No pueden participar por cuenta propia o de terceros en actividades que compitan con la sociedad, sin el consentimiento expreso de ésta* »).

⁴⁰⁴ Supersociedades, oficio (note) 220-39036 du 6 mai 1999: « en nuestra legislación mercantil, no existe norma alguna que prohíba o impida el que un miembro de junta directiva de una sociedad, preste concomitantemente servicios profesionales a la misma. Ahora bien, lo anterior claro está, sin perjuicio de que dentro de los estatutos sociales se consagren restricciones al respecto, (...) de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 23 de la ley 222 de 1995, los administradores de la

353.- Le droit colombien, contrairement au français, ne dispose pas de sanction en cas de conclusion d'une convention intéressée en omettant de respecter cette procédure. Le droit français ordonne expressément que « *sans préjudice de la responsabilité de l'intéressé, les conventions [...] conclues sans autorisation préalable du conseil d'administration peuvent être annulées si elles ont eu des conséquences dommageables pour la société* » (article L225-42 du code de commerce français) La loi colombienne n'a pas de disposition légale en ce sens. C'est la doctrine colombienne qui affirme, conformément au droit français, qu'il y aurait nullité de la décision adoptant la convention. Or cette nullité ne serait pas étendue au contrat effectivement conclu entre la société et le dirigeant, directement ou par personne interposée. Le contrat qui a été valablement conclu en exécution de la convention annulée pourrait être éventuellement résilié dans le cas où le tiers aurait su ou ne pouvait pas ignorer l'existence du conflit d'intérêts⁴⁰⁵. La responsabilité de l'administrateur pourrait être déclarée par le juge en référé (*proceso verbal sumario* par disposition de l'article 233 de loi colombienne n° 222 de 1995⁴⁰⁶). Nous estimons que le dirigeant serait responsable pour faute de gestion (tel que l'a dit la jurisprudence française).

354.- Il faut remarquer le pouvoir de sanction qui est celui de la *Superintendencia de Sociedades* contre les dirigeants fautifs. Une sanction comme celle prévue par le droit français (nullité de l'acte et responsabilité) serait souhaitable en droit colombien, selon nous. Dès lors qu'une norme attacherait une sanction déterminée à l'encontre du dirigeant, la responsabilité du dirigeant qui ne respecterait pas la procédure établie pour contrôler le risque de conflit d'intérêts apparaîtrait comme évidente et serait dissuasive.

sociedad en cumplimiento de sus funciones deben "abstenerse de participar en actividades que impliquen interés personal o de terceros en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas".

⁴⁰⁵ Article 838 du Code de commerce colombien.- "El negocio jurídico concluido por el representante en manifiesta contraposición con los intereses del representado, podrá ser rescindido a petición de éste, cuando tal contraposición sea o pueda ser conocida por el tercero con mediana diligencia y cuidado".

⁴⁰⁶ Article 233 de la loi 222 de 1995: "Los conflictos que tengan origen en el contrato social o en la ley que lo rige, cuando no se hayan sometido a pacto arbitral o amigable composición, se sujetarán al trámite del proceso verbal sumario, salvo disposición legal en contrario."

355.- En cas de conflit d'intérêts, la *Superintendencia de Sociedades* fait une instruction ou investigation administrative qui lui permet d'établir la réalité de la situation conflictuelle. Pour ce faire, elle s'appuie sur les informations fournies par le plaignant et par celles récupérées d'office. Les sanctions qui peuvent être prononcées par la *Superintendencia* sont de type administratif : elle peut donner l'ordre de cesser les actes générateurs de conflit et, le cas échéant, ordonner la révocation de l'administrateur⁴⁰⁷. Quant à la responsabilité du dirigeant concerné et au montant de l'indemnisation, la *Superintendencia* n'est pas en mesure de se prononcer à ce sujet. Ceci est compétence du juge civil en référé (par application de l'article 233 de la loi n°222 de 1995 si les statuts n'ont pas prévu un arbitrage). La *Superintendencia* n'est pas compétente pour décider sur la responsabilité civile des dirigeants colombiens. Cette attribution est compétence exclusive du « juez civil del circuito » en référé (art. 233 de la loi 222 de 1995).

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

356.- Nous avons exposé jusqu'à présent ce que nous considérons être les fondements théoriques de la responsabilité civile des dirigeants sociaux. Théoriques puisqu'il s'agit d'un ensemble d'opinions et d'idées qui ont su servir de base à la construction d'un système de droit concernant cette discipline. Nous avons vu comment la responsabilité de ces agents est renforcée à partir du moment où ils sont considérés comme des professionnels. Les conséquences de leurs actions fautives seront alors plus importantes car il s'agit de personnes initiées de la direction sociétaire. Nous avons

⁴⁰⁷ Circulaire Externe n° 20 du 4 novembre 1997: "Tratándose de sociedades sujetas a su vigilancia, esta Superintendencia puede entrar a pronunciarse en relación con la existencia de conflictos de interés, actos de competencia y utilización indebida de la información privilegiada, previa formulación de queja por quien se encuentre legitimado para hacerlo. En este caso, la Superintendencia luego de evaluar la información que le suministre el quejoso, así como la obtenida de manera oficiosa, procederá a formular los cargos respectivos al administrador a fin de garantizar tanto el debido proceso como su derecho de defensa. Surtida esta actuación, la Superintendencia entrará a definir la situación concreta y si se estima que hay mérito, ordenará al administrador que se abstenga de realizar los actos generadores del conflicto y en caso extremo podrá ordenar la remoción de tal administrador. Si se trata de una sociedad sujeta a inspección, el quejoso formulará la correspondiente solicitud de investigación administrativa. Es de señalar que la intervención de la Superintendencia no se hace extensiva a los juicios de responsabilidad y a los efectos indemnizatorios, asuntos que conocerá y decidirá la justicia civil."

constaté que le caractère professionnel des dirigeants a été pris en compte par la doctrine juridique et par le législateur dans les deux pays. Ainsi s'est mis en place un corps normatif exigeant des dirigeants un certain devoir de comportement auquel est attachée une certaine responsabilité. Nous avons vu comment la doctrine anglo-saxonne connue comme « gouvernance d'entreprise » a fortement contribué à l'édification du régime d'obligations et de responsabilités des dirigeants dans les deux pays. Et nous avons souligné que les principes issus de cette doctrine anglo-saxonne concernant les devoirs des dirigeants se sont insérés d'une manière naturelle en France et en Colombie grâce au fait que leurs régimes juridiques respectifs avaient déjà pris en compte l'existence d'une responsabilité civile de type professionnel.

357.- Le dirigeant exerce un métier à risques. Il est le centre de gravité d'une multitude de forces opposées (les salariées, les partenaires commerciaux, les clients de la société). Ces forces convergentes trouvent un équilibre dans la justesse du travail de direction et de gestion de la société. Les décisions prises par cet agent sont d'autant plus importantes qu'elles dépendent de sa capacité d'anticiper les conséquences éventuelles de celles-ci. Le dirigeant est donc (ou tout au moins il doit être) un professionnel. Le caractère professionnel du dirigeant a été démontré. Il est évident que le régime de responsabilité lui incombant soit un régime spécifique. La faute de gestion est analysée d'une façon plus lourde que la faute commise par n'importe quelle personne dans ses actes de la vie courante. Le mécanisme de la responsabilité civile qui se met en route sera adapté à un professionnel de la branche d'activité de gestion entrepreneuriale.

358.- Le dirigeant social est soumis à des obligations spécifiques qui découlent du principe général de bonne foi dans l'exécution du contrat de mandat qui le lie à la société. Une des principales manifestations du devoir général de bonne foi est le devoir de loyauté, vis-à-vis la société mais aussi vis-à-vis les associés. D'autres devoirs spécifiques ont été mis en lumière, telle l'information ou la transparence. Les associés sont traités par l'ordre juridique français comme des consommateurs et l'équilibre des rapports entretenus avec les dirigeants est recherché par la loi. Les pratiques obscures qui compromettent les capitaux provenant des portefeuilles des particuliers et des grands investisseurs doivent être écartées. La morale et l'éthique dans la gestion sociétaire doivent orienter la pratique de la profession de gestion et de direction

sociétaire. A ce sujet, le système juridique qui organise les règles en matière de responsabilité civile des dirigeants s'alimente en grande partie des règles venues des pays anglo-saxons, en particulier celles proposées par la « *corporate governance* ». L'accent est mis sur l'influence de la mondialisation dans l'organisation des règles de droit applicables aux dirigeants sociaux dans les deux pays. Cette influence est particulièrement utile pour résoudre des problèmes universels touchant les dirigeants sociaux, tels que la responsabilité civile ou le conflit d'intérêts. Telle est notre approche de ce que nous estimons être les fondements théoriques de la responsabilité civile des dirigeants sociaux. Mais une étude des seuls fondements théoriques n'est que partielle. Il faut en effet tenir compte d'éléments pragmatiques tels que l'état économique de l'entreprise dirigée.

359.- La présentation théorique ne serait pas complète si nous ne regardions pas la technique juridique permettant d'appliquer le droit de la responsabilité civile aux dirigeants des deux pays. Les législateurs respectifs ont construit le régime juridique applicable aux dirigeants en tenant compte de deux moments de la vie de l'entreprise : d'un côté quand elle est solvable ; d'un autre quand elle traverse des difficultés lui imposant de devoir se soumettre à une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. C'est ainsi que la responsabilité civile des dirigeants sociaux dépendra en quelque sorte de l'état économique de la société.

Deuxième partie - Les bases techniques : Une responsabilité civile liée à l'état économique de l'entreprise

360.- Le régime juridique en matière de responsabilité des dirigeants des sociétés commerciales doit être strict et cohérent. Les enjeux sont importants puisque les dirigeants sont dépositaires de la confiance des autres personnes qui sont liées à la société. Ainsi les actionnaires, les associés, mais aussi les salariés ou les créanciers ont un intérêt direct au bon fonctionnement de l'entreprise. A partir du moment où la société marche bien, qu'elle fait du chiffre d'affaires, que sa trésorerie est stable, chacun y trouve son compte. Les actionnaires et associés trouvent une augmentation de la valeur de leur participation dans l'entreprise commune, les salariés ont un travail qui leur permet de subvenir à leurs besoins et à ceux de leurs familles, les créanciers sont assurés d'être remboursés (ils font « crédit »). Le système économique local est dynamisé par la consommation qui est possible grâce au maintien de l'activité salariale et à la production dans l'entreprise.

361.- Mais cette situation d'équilibre n'est pas toujours présente. Il peut en effet se produire une rupture de la stabilité économique de l'entreprise. La société peut à n'importe quel moment de sa vie, traverser des difficultés de trésorerie lui imposant de devoir rechercher l'aide institutionnelle à travers l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Et quand la situation est très détériorée et que l'entreprise ne peut plus être sauvée, la voie de la liquidation reste toujours ouverte. Cette situation exceptionnelle aura des répercussions sur la responsabilité des dirigeants. Une fois avéré le manque de moyens de paiement de la société, les parties prenantes vont se retourner contre les dirigeants en espérant être indemnisées. C'est ainsi que la responsabilité civile des dirigeants est directement liée à l'état économique de la société.

362.- La construction du système juridique de la responsabilité civile des dirigeants dans les deux pays tient compte de la situation de trésorerie de la société. D'un côté, les deux régimes juridiques français et colombien reconnaissent que la responsabilité des dirigeants est plutôt exceptionnelle en cas de bonne santé de l'entreprise. Exceptionnelle parce que les intéressés préfèrent se diriger directement contre la société, réputée être plus solvable que le dirigeant. Mais ce caractère « exceptionnel » n'a pas empêché la construction juridique en matière de responsabilité qui nous semble être au cœur de la discipline de la responsabilité des dirigeants. Tout d'abord, la détermination de la personne responsable, c'est-à-dire le dirigeant, obéit à une construction doctrinale plus élaborée en droit français qu'en droit colombien. Ensuite, la faute qui engagerait la responsabilité dans le cas des dirigeants est une faute de type particulier. Là aussi la doctrine française a apporté des précisions utiles pour le droit colombien, tout particulièrement en ce qui concerne la notion de faute de gestion. Elle a par ailleurs émis la théorie de la faute séparable des fonctions qui, bien que contestée par une partie de la doctrine française, est tacitement adoptée par la *Superintendencia de Sociedades* colombienne.

363.- La situation d'équilibre économique de la société qui implique une responsabilité « exceptionnelle » des dirigeants sera amplement abordée par nous en raison du rôle de la doctrine française dans la détermination de la personne responsable et de la faute qui engage sa responsabilité. Nous voyons là un point d'étude utile pour la doctrine colombienne. Dans chacun des deux moments de la vie de la société (quand elle est solvable et quand elle traverse des problèmes économiques) nous ferons référence aux normes juridiques existantes dans les deux pays contenant le régime de responsabilité des dirigeants.

1. TITRE I - UNE RESPONSABILITÉ EXCEPTIONNELLE EN CAS DE BONNE SANTÉ FINANCIÈRE DE LA SOCIÉTÉ

364.- Lorsque la société ne traverse pas des difficultés d'ordre financier, les tiers lésés par la conduite dommageable du dirigeant préféreront agir directement contre la personne morale. Ceci est vrai en France et en Colombie car le dirigeant personne physique est généralement moins solvable que la société qu'il représente.

365.- Dans cette mesure, la responsabilité des dirigeants de sociétés est en principe exceptionnelle. C'est généralement la société, en tant que personne morale, qui voit sa responsabilité mise en cause tant dans le régime juridique français que dans le colombien.

366.- Mais la réalité montre que la responsabilité personnelle des dirigeants est de plus en plus recherchée. Cette évolution peut être expliquée par le fait que le dirigeant social est considéré être un professionnel dans les deux systèmes juridiques, et qu'il existe dans la pratique un développement des actions en responsabilité contre les professionnels⁴⁰⁸. La violation des devoirs professionnels mis en place par la jurisprudence et le législateur dans les deux pays justifie des actions en responsabilité de plus en plus fréquentes contre les dirigeants. Aussi parce que l'action en responsabilité constitue une arme pour les actionnaires et les associés, qui exercent de plus en plus de contrôle sur leurs dirigeants, en particulier à partir du développement des principes de la *corporate governance*. Enfin, parce que l'action en responsabilité restera toujours un moyen de manifester le désaccord des associés minoritaires qui ne peuvent pas révoquer les dirigeants faute de majorité⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ Collection Lamy Droit Civil, Droit de la responsabilité, Les responsabilités professionnelles – Les dirigeants sociaux ; étude 480, Les dirigeants responsables, op.cit ; étude 483, « La responsabilité des dirigeants de sociétés in bonis.»

⁴⁰⁹ COZIAN (Maurice), VIANDIER (Alain), DEBOISSY (Florence), *Droit des Sociétés, op.cit., spéc.pp.125 à 134.*

367.- Si la responsabilité des dirigeants de sociétés solvables (ou *in bonis*) est plus souvent recherchée par les actionnaires et les associés, elle reste cependant assez rare à l'égard des tiers. En effet, les tiers pourront poursuivre la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux uniquement si ceux-ci ont commis une faute détachable de leurs fonctions et si cette faute leur a causé un préjudice. En outre, grâce aux assurances il y a un report du devoir de réparer sur l'assureur, ce qui constitue certes une garantie pour les victimes, mais répercute d'une façon négative sur la fonction coercitive de la responsabilité civile contre les dirigeants. La double fonction de la responsabilité civile des dirigeants est en effet reconnue dans les deux pays : une fonction préventive ou normative, grâce à laquelle la conscience de se voir exposés à une sanction en cas de faute peut être un mécanisme dissuasif de certaines conduites, et une fonction coercitive dont la finalité est réparer le dommage produit.⁴¹⁰

368.- La jurisprudence commerciale française a développé la théorie de la faute détachable des fonctions inspirée du droit administratif. Cette théorie a influencé le régime juridique colombien qui, à son tour, a décidé de l'adopter en ce qui concerne la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux face aux tiers.

369.- Une analyse de la conduite dommageable du dirigeant fautif doit être faite afin de mettre en jeu la responsabilité. Comme dans toute responsabilité civile, celle des dirigeants n'échappe pas aux conditions classiques de responsabilité (faute, dommage et lien de causalité). Mais avant de voir comment la responsabilité civile des dirigeants sociaux est abordée dans les régimes juridiques français et colombien, nous devons d'abord déterminer la personne responsable.

⁴¹⁰VINEY (Geneviève), *Introduction à la responsabilité, op. cit, spéc. p.28* ; DIDIER (Philippe), *Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, Revue des Sociétés, avril-juin 2003, n°2, pp. 238-246; DESCORPS DECLERE (Frédéric), *Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, janvier-mars 2003, pp. 25-41.

1.1. Chapitre I - La détermination des dirigeants responsables dans les législations française et colombienne

370.- La responsabilité civile spéciale s'applique aux personnes qualifiées de dirigeants. Dans les deux systèmes juridiques nous pouvons distinguer deux types de dirigeants : les dirigeants de droit et les dirigeants de fait. Seuls les premiers seront destinataires des normes spéciales de responsabilité. Les dirigeants de fait seront, quant à eux, soumis au régime du droit commun de la responsabilité.

1.1.1. Section 1 - Les dirigeants de droit

371.- Le dirigeant de droit est la personne physique ou morale qui exerce les fonctions de représentation légale, gestion, direction ou administration d'une société, par disposition de la loi ou des statuts. D'un point de vue conceptuel, le droit colombien considère séparément le représentant légal et les administrateurs membres du conseil d'administration.

372.- Traditionnellement, le droit colombien différencie le représentant légal des administrateurs d'un point de vue hiérarchique : tandis que les facultés du représentant légal découlent de la loi, celles des membres du conseil découlent des statuts⁴¹¹. Les articles 196 et 434 du code de commerce colombien l'énoncent ainsi. La loi donne une faculté générale d'administration au représentant légal de la société en ces termes : « *Faute de stipulations statutaires en ce sens, les personnes représentant la société*

⁴¹¹RODRIGUEZ AZUERO (Sergio), *Responsabilidad civil de los administradores de sociedades*, Revue colombienne de l'Académie colombienne de Jurisprudence n°312, Bogotá : *Academia colombiana de Jurisprudencia*, nov. 1998, pp 40-93.

podrón concluir o ejecutar todos los actos y contratos que se encuentren comprendidos en el objeto social o relacionados con la existencia y funcionamiento de la sociedad ». D'un autre côté les attributions du conseil d'administration seront exprimées par les statuts (par disposition expresse de l'article 434 du code de commerce colombien). Cela reflète pour certains une particularité propre au système juridique colombien selon laquelle le pouvoir au sein de la société est réellement détenu par le représentant légal⁴¹². La conception colombienne est très attachée à la notion de représentation légale. Ce pays attribue à cette notion une plus grande attention du fait que la représentation s'effectue face aux tiers, tandis que l'administration réalisée par le conseil ne place pas celui-ci directement au contact des personnes extérieures à l'entreprise. En droit français, au contraire, le représentant légal n'occupe pas une place plus importante qu'un administrateur. Il reste un dirigeant social comme les autres et il répond de ses actes comme n'importe quel dirigeant social.

373.- L'article 22 de la loi colombienne 222 de 1995 identifie les dirigeants de droit. D'après cette norme, sont dirigeants de droit : le représentant légal, le liquidateur, les membres du conseil d'administration.⁴¹³ Le mandataire qui en vertu d'un contrat de préposition a à sa charge l'administration de tout ou partie d'un fonds de commerce est aussi considéré dirigeant (tel le directeur d'une agence commerciale⁴¹⁴). Finalement, celui qui par disposition statutaire exercera des fonctions administratives sera considéré comme dirigeant. Le droit français, au contraire, ne dispose pas de texte de loi spécifique identifiant les dirigeants de droit. Ce sont les dispositions relatives à chaque type de société qui préciseront qui est dirigeant dans chaque cas.

374.- La rédaction de l'article 22 de la loi colombienne 222 de 1995 est doublement critiquée par la doctrine de ce pays. Cette norme aurait dû définir la notion de dirigeant

⁴¹² Idem.

⁴¹³ Article 22 loi colombienne n°222 de 1995: "Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detentan esas funciones."

⁴¹⁴ Article 1332 du Code de commerce colombien: « La preposición es una forma de mandato que tiene por objeto la administración de un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de la actividad del mismo. En este caso, al mandatario se llamará factor. »

afin de mieux déterminer cette catégorie de personnes. Mais au lieu d'apporter une définition générale de la catégorie juridique de « dirigeant », l'article se limite à énumérer d'une façon restrictive certaines personnes qui seront considérées comme tel. De sorte que ceux qui ne feront pas partie de cette liste préétablie par l'article 22, seront exclus du régime spécifique des devoirs et responsabilités propres aux dirigeants sociaux. Par conséquent, les personnes qui exerceront des actes de gestion ou seront en contact avec des tiers au nom de la société sans avoir été nommées par l'organe compétent comme représentant légal, liquidateur, administrateur ou préposé à l'administration d'une agence, seront soumises au régime du droit commun de la responsabilité civile. D'autant plus que la notion de dirigeant de fait est pour le moment inexistante en droit colombien. Contrairement au droit français qui a développé la catégorie du dirigeant de fait en doctrine et jurisprudence avant d'avoir été reprise par la loi.

375.- D'autre part, quand l'article 22 précise que celui qui, par disposition statutaire exercera des fonctions administratives sera considéré dirigeant, il permet toujours l'interprétation de la *Superintendencia de Sociedades*. Cet organe administratif vérifiera si la fonction statutaire est en réalité une activité de direction ou de gestion qui permettrait de qualifier la personne qui l'exerce de dirigeant.

376.- Face à cette rédaction floue, la *Superintendencia de Sociedades* colombienne a en effet interprété que d'autres personnes pourraient être des dirigeants. Pour cet organe il suffit d'avoir été investi des fonctions de direction ou d'exercer de telles fonctions. Ainsi, les sous-directeurs, les vice-présidents, les gérants d'une branche d'activité ou d'une partie du territoire géographique⁴¹⁵ seront administrateurs.

⁴¹⁵ Supersociedades, Circ. Ext. Del 9 de julio de 1997: "(...) Fenómeno análogo se presenta con las personas que por razón de las responsabilidades propias de sus cargos, actúan en nombre de la sociedad, como sucede con los vicepresidentes, subgerentes, gerentes zonales, regionales, de mercadeo, financieros, administrativos, de producción y de recursos humanos, entre otros, quienes pueden tener o no la representación de la sociedad en términos estatutarios o legales y serán administradores si ejercen funciones administrativas o si las detentan, de donde resulta que es administrador quien obra como tal y también lo es quien está investido de facultades administrativas. (...)». Cette formule a été reprise dans une circulaire externe n° 100-006 du 25 mars 2008.

377.- Cette interprétation élargie n'a pas éclairé la notion de dirigeant de droit. Une définition de cette notion reste toujours souhaitable en droit colombien. Faute de définition, le juge ou la *Superintendencia de Sociedades* devront toujours vérifier si le défendeur est une des personnes typifiées dans la liste de l'article 22, ou si les statuts lui ont accordé des fonctions de direction, d'administration ou de gérance, ce qui pourra toujours être contesté selon la rédaction du contrat social. Une interprétation restrictive a été adoptée par la Chambre Sociale de la Cour de cassation colombienne. Dans une affaire dans laquelle un salarié qui avait exercé des fonctions dans le poste de gérant d'une agence bancaire cherchait à être réembauché, la Cour précisa que « *le mot « administrateurs » ne peut pas être utilisé au sens large. Son sens doit être spécifique. Les personnes ayant exercé des fonctions d'administration dans une société ne sont pas exclues de l'action de réembauche, seules celles ayant exercé en vertu de la loi cette fonction le seront.* » Le poste de gérant bancaire ne donne pas en soi une fonction d'administration. Ce qui détermine si une personne est représentante légale d'une société ou administrateur ce sont les statuts. Ce sont les statuts qui définissent qui est administrateur et non le simple intitulé du poste.⁴¹⁶

378.- Tant en France qu'en Colombie, le représentant légal est celui qui a la capacité pour agir au nom de la société et l'obliger valablement face aux tiers. Il exerce les droits de la personne morale représentée et contracte les obligations qui l'engagent. Même dans la conception organiciste évoquée précédemment⁴¹⁷ il existe un lien de représentation spéciale de la société par son représentant. Celui-ci serait l'organe social chargé d'agir directement dans le monde juridique au nom de la personne morale.

379.- La société pourra exercer sa capacité d'exercice grâce à son représentant, toujours appelé mandataire social par les textes de loi français et colombiens. La capacité et les facultés du représentant dérivent de la loi et, bien sûr, des statuts qui les précisent et parfois les limitent.

⁴¹⁶ Sent. 22 nov. 2005, rad. 25141 M.P. José Genecco Mendoza

⁴¹⁷ Aux numéros 24 et 67 de ce travail.

380.- Hormis la différence hiérarchique faite en droit colombien entre représentant légal et administrateur évoquée précédemment, l'article 22 de la loi colombienne met sur le même pied d'égalité le représentant légal et les membres du conseil d'administration en ce qui concerne la qualification de leur statut et leur responsabilité. Ils sont en effet tous les deux qualifiés de dirigeants ("*administradores*" dans le vocabulaire juridique colombien). La loi 222 de 1995 a ainsi voulu créer des devoirs qui soient communs aux uns et aux autres, ainsi qu'une responsabilité qui leur soit homogène en abandonnant toute différenciation conceptuelle entre eux⁴¹⁸. D'après M. Reyes Villamizar «*Il est intéressant de noter comment, en ce qui concerne les effets apportés par la loi n°222 de 1995, il n'est nullement fait référence à la distinction traditionnellement faite entre, d'un côté, les fonctionnaires d'administration, et d'un autre, ceux qui ont à leur charge la représentation légale de la société. Ceci est dû apparemment au besoin de créer des règles de conduite qui soient communes pour les uns comme pour les autres, de même que des mécanismes de responsabilité qui leur soient applicables d'une façon homogène.*»⁴¹⁹

381.- En droit français, en absence de disposition légale qui détermine la catégorie des dirigeants sociaux, la détermination des dirigeants responsables se fait en consultant les dispositions relatives à chaque type de société. C'est ainsi que les gérants des sociétés civiles, des sociétés en nom collectif, des sociétés à responsabilité limitée et des commandites, sont considérés comme des dirigeants.

382.- Dans les sociétés anonymes, il faut tenir compte qu'une dissociation de la présidence du conseil d'administration et de la direction générale est possible dans le système juridique français depuis la loi N.R.E. du 15 mai 2001, sous réserve d'une modification statutaire. En présence d'une direction dissociée, le directeur général représente la société à l'égard des tiers (Code de commerce français, article L 225-56-I) tandis que le président organise et dirige les travaux du conseil d'administration, convoque les réunions de celui-ci et veille au bon fonctionnement des organes de la société (Code de commerce, article L 225-51). Il faut donc distinguer les sociétés

⁴¹⁸ REYES VILLAMIZAR (Francisco), *Derecho societario* T. I., *op.cit.*, p.566.

⁴¹⁹ Idem

anonymes « classiques » à direction centralisée, des sociétés anonymes où il existe une direction dissociée.

383.- Le droit colombien ne connaît pas cette dissociation de la direction dans la société anonyme. La société anonyme colombienne a une direction tout à fait classique, réalisée par l'organe collégial appelé « *junta directiva* » et le représentant légal qui sera « *l'administrateur principal* » et qui pourra être le président ou le directeur général⁴²⁰.

384.- Dans les sociétés anonymes françaises à direction dissociée, les administrateurs, le président du conseil d'administration, le directeur général et les directeurs généraux délégués sont considérés comme dirigeants (Code de commerce, articles L 225-53 et L 225-56-II). Dans les sociétés anonymes classiques avec conseil d'administration et président, c'est le président du conseil d'administration qui assume la direction générale de la société sous le nom de président-directeur général (PDG). Il sera responsable en sa qualité de dirigeant.

385.- Dans les sociétés anonymes (qu'elles soient classiques ou dissociées), le représentant permanent d'une personne morale administrateur⁴²¹, qui sera solidairement responsable des dommages-intérêts causés à la société administrée⁴²² avec la société qu'il représente, sera dirigeant. Ceci apparaît aussi en droit colombien.

386.- Dans les sociétés anonymes à directoire et conseil de surveillance, les membres du directoire seront dirigeants. Selon le premier alinéa de l'article L 225-256 du Code de commerce, « *les membres du directoire sont soumis à la même responsabilité que les administrateurs (...)* ». En revanche, les membres du conseil de surveillance ne sont pas responsables en qualité de dirigeants car ils exercent des fonctions de contrôle assorties d'une responsabilité spécifique. Les membres du conseil de surveillance ne sont pas responsables des actes de gestion ni de leur résultat. La gestion relève du directoire. Le conseil de surveillance contrôle et surveille le directoire. Les membres du

⁴²⁰ Articles 440 et suivants du code de commerce colombien.

⁴²¹ Code de commerce, article L 225-20.

⁴²² Cass.com. 2 décembre 1986, Bull. civil IV n°232.

conseil de surveillance doivent nonobstant rester écartés de la gestion de la société et ne pas s’immiscer dans celle-ci⁴²³, quitte à être qualifiés dirigeants de fait. Cet organe de contrôle et de surveillance n’existe pas en droit colombien (la surveillance et le contrôle de la société relève en droit colombien de la *Superintendencia de Sociedades*).

387.- Dans les groupes de sociétés, tant en France comme en Colombie, il est fréquent que les cadres salariés de la société mère exercent des fonctions d’administration ou de direction dans les filiales en cumulant à leur contrat de travail un mandat social. Leur responsabilité en tant que dirigeants pourra être recherchée en raison de cette seconde qualité.

388.- Quant à la société par actions simplifiée (SAS), elle a été introduite en France par la loi n°94-1 du 3 janvier 1994. Ce type de société est adopté en Colombie seulement fin 2008 par la loi 1258 de 2008, entrée en vigueur le 5 décembre de la même année. Dans la SAS, la responsabilité est définie en droit français par transposition des règles fixant la responsabilité des membres du conseil d’administration et du directoire des sociétés anonymes⁴²⁴. Le président, et depuis la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003, une ou plusieurs personnes portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué (auxquelles les statuts permettent d’exercer les pouvoirs confiés au président⁴²⁵) seront responsables.

389.- En droit colombien la loi définit la responsabilité du représentant légal de la SAS désigné par le ou les actionnaires. La loi colombienne décide la responsabilité des membres fondateurs de la SAS jusqu’au montant de leurs apports (article premier de la loi 1258 de 2008). Elle précise par ailleurs que les actionnaires de la société ne sont pas responsables des obligations de celle-ci, sauf si la société est utilisée pour commettre des fraudes envers des tiers. Dans ce cas, les actionnaires et les administrateurs qui auraient réalisé, facilité la réalisation des actes frauduleux ou participé à leur mise en

⁴²³ C. com., art. L225-235 ; Cass.com, 18 octobre 1994, Rev.soc. 1995.56.

⁴²⁴ C.com, art. L227-8. AZARIAN (Helène), *Sociétés par Actions Simplifiées.- Fonctionnement*, *Jurisclasseur Commercial*, [30 novembre 2007] Fasc.1534, Responsabilité civile, n°30.

⁴²⁵ C.com, art. L227-6.

œuvre seront solidairement responsables des engagements pris par les actes passés par la société, ainsi que des préjudices causés aux tiers.⁴²⁶

390.- En matière de SAS colombienne, le représentant légal de la société qui sera désigné dans les statuts, ainsi que les administrateurs qui pourraient être nommés dans des organes d'administration statutairement prévus, sont considérés dirigeants. Nous remarquons une avancée importante réalisée par la loi colombienne : l'article 27 de la loi 1258 de 2008 permet de déclarer responsable en tant que dirigeant la personne qui, sans avoir été nommée administrateur de la société, s'immiscerait dans la gestion de celle-ci à travers des actes positifs de gestion. On reconnaît dans cette disposition le seul cas de direction de fait du droit colombien.

391.- Enfin, les personnes chargées d'exercer des fonctions temporaires comme l'administrateur délégué pour le temps de sa mission, l'administrateur provisoire ou le liquidateur qui représente la société après sa dissolution⁴²⁷ seront aussi considérés comme des dirigeants dans toutes les sociétés. L'administrateur provisoire sera nommé par le juge lorsque se présente une situation de paralysie des organes sociaux mettant en péril l'avenir de la société. Pour certains, la responsabilité de cet administrateur, qui tient son pouvoir de la loi et qui est désigné par décision de justice, devrait être celle de tout mandataire de justice, responsable de son fait personnel dans les termes du droit commun (articles 1382 et 1383 du Code civil français). D'autres considèrent que sa responsabilité est la même que tout dirigeant social car il se substitue à l'organe de direction de la société. Cette position serait préférable, car il y aurait une homogénéité des devoirs et responsabilités applicables à tous les dirigeants sociaux, fussent-ils de droit, de fait, nommés par l'assemblée ou par le juge, pour réaliser un devoir professionnel de gestion sociétaire. L'article L814-4 du Code de Commerce français précise qu' « *il doit être justifié par chaque administrateur judiciaire ainsi que par*

⁴²⁶ Loi 1258 de 2008 par laquelle est créée la SAS en droit colombien, art. 42 : « DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados. (...) »

⁴²⁷ Le BARS (Benoît), *Responsabilité civile des dirigeants sociaux*, Répertoire Dalloz Droit des Sociétés, juin 2010, p. 1, spéc. n°9.

chaque mandataire judiciaire inscrit sur les listes, d'une assurance souscrite par l'intermédiaire de la caisse de garantie ». Cette assurance couvre les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile encourue par les administrateurs judiciaires et les mandataires judiciaires, du fait de leurs négligences ou de leurs fautes commises dans l'exercice de leurs mandats. Enfin, le liquidateur de la société dissoute et en cours de liquidation amiable, comme celui nommé par le juge dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire, sont assimilés à des dirigeants. L'article L641-10 du Code de Commerce français précise que « *Le liquidateur administre l'entreprise* ». Il exerce les missions dévolues à l'administrateur et au mandataire judiciaire (article L641-4 du même code).

392.- Une fois esquissé le panorama des personnes qui sont considérées comme des dirigeants de droit dans les systèmes juridiques colombien et français, il faut préciser que d'un point de vue général, tant en France qu'en Colombie, un certain nombre de conditions restent sans incidence sur la responsabilité des dirigeants. Ainsi, le fait de n'avoir exercé que nominativement la fonction ou de l'avoir exercée à titre gratuit ou d'être une personne morale, restent sans effet. Le dirigeant ne supporte par ailleurs que la responsabilité de ses fautes commises durant son mandat. Voyons quelles sont les circonstances qui sont indifférentes à la qualification de la responsabilité des dirigeants (nomination sans activité réelle de direction, dirigeant bénévole et dirigeant personne morale) et la période dans laquelle cette responsabilité pourra être engagée.

1.1.1.1. Sous-section 1 - Exercice nominatif de la fonction de direction

393.- Le fait qu'un dirigeant régulièrement désigné exerce ou non son activité de gestion au sein de la société est sans incidence sur sa qualité de dirigeant. On songe particulièrement au prête-nom qui a été nommé en tant que dirigeant mais qui n'exerce pas en tant que tel, laissant les rênes de la société à un dirigeant occulte. Le fait d'être un prête-nom ne l'exonère pas de sa responsabilité.

394.- Les membres d'un organe de direction sont dirigeants de droit, qu'ils aient ou non effectivement exercé une activité de gestion. Le dirigeant doit réaliser les actes de la

société en sa qualité d'organe social. Pour que ce soit ainsi, il doit se présenter comme tel et rester dans les limites statutaires de ses fonctions.

395.- Quand il agit en dehors de ces limites, les tiers pourront invoquer un mandat apparent pour engager la personne morale. La jurisprudence française applique la théorie du mandat apparent quand le tiers a pu légitimement croire que celui qui agissait comme mandataire avait les pouvoirs nécessaires et suffisants pour représenter la société. Pour les tiers, le fait que la personne morale agisse à travers une personne physique constitue toujours un risque : celui que la personne qui agit dépasse ses fonctions ou agisse en dehors de celles-ci. Afin de pallier ces difficultés, le législateur des pays étudiés a adopté des mesures qui tendent à protéger les tiers.

396.- D'une part, la publicité de la nomination. Quand une personne est désignée pour diriger, administrer ou gérer une entreprise, cet acte doit être publié dans un journal d'annonces légales, déposé au greffe du tribunal de commerce et inscrit au registre de commerce. Si ces formalités sont respectées, la nomination sera opposable aux tiers.

397.- Ces formalités sont similaires en droit colombien où la première nomination des dirigeants doit figurer dans les statuts qui doivent être inscrits au registre du commerce et des sociétés. Les désignations postérieures doivent aussi être inscrites au registre pour des raisons de publicité, même si elles n'impliquent pas une réforme du contrat social⁴²⁸. Cette inscription des désignations postérieures et des révocations doit être faite sous la responsabilité des dirigeants eux-mêmes. En effet, tant que la nouvelle inscription ne soit pas faite, les anciens dirigeants conservent leur qualité et par conséquent, leur responsabilité⁴²⁹. Les démissions des dirigeants en fonction sont valables une fois la nouvelle désignation inscrite au registre. Mais en Colombie, une mauvaise jurisprudence émise par la Cour Constitutionnelle a bouleversé cette

⁴²⁸ Article 163 du Code de Commerce colombien : "La designación o revocación de los administradores o de los revisores fiscales previstas en la ley o en el contrato social no se considerará como reforma, sino como desarrollo o ejecución del contrato, y no estará sujeta sino a simple registro en la cámara de comercio, mediante copias del acta o acuerdo en que conste la designación o la revocación. (...)"

⁴²⁹ Article 164 du Code de Commerce colombien "Las personas inscritas en la cámara de comercio del domicilio social como representantes de una sociedad, así como sus revisores fiscales, conservarán tal carácter para todos los efectos legales, mientras no se cancele dicha inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento o elección. (...)"..

interprétation pourtant claire. Pour la Cour Constitutionnelle colombienne, les démissions doivent être aussi inscrites dans le mois qui suit l'acte qui les contient. Et faute d'inscription d'une nouvelle nomination dans le mois qui suit l'envoi de l'acte de démission au registre du commerce, les devoirs et responsabilités du dirigeant démissionnaire cessent automatiquement. Cette interprétation de l'article 164 du Code de Commerce, faite en considération de la défense du droit au libre développement de la personnalité, laisse malheureusement sans représentant la personne morale et dilue la responsabilité⁴³⁰.

398.- D'autre part, la loi a posé le principe selon lequel les clauses restreignant les pouvoirs des dirigeants sont inopposables aux tiers. Les dirigeants sont dotés, en France et en Colombie, d'un pouvoir légal de gestion.

399.- En droit français, ce pouvoir légal de gestion implique qu'ils soient investis des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société dans les limites de l'objet social, sous réserve des pouvoirs que la loi attribue à d'autres organes de la société⁴³¹ (comme le conseil de surveillance, d'administration ou les assemblées d'actionnaires). En droit Colombien, ce pouvoir consiste à donner la faculté aux dirigeants de souscrire tous les actes et contrats compris dans l'objet social, ainsi que ceux directement liés à l'existence et au fonctionnement de la société⁴³². Ces attributions sont exprimées par l'article 169 du Code de commerce colombien, norme qui vise particulièrement les représentants légaux.

400.- Normalement, quand le président ou le directeur général d'une société anonyme réalise des actes qui n'entrent pas dans ses facultés statutaires, il doit demander l'autorisation du conseil d'administration ou de l'assemblée générale. En droit colombien il est courant de limiter statutairement les facultés du représentant légal à

⁴³⁰ Corte Constitucional, sent C-621 de 2003 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra [en ligne], disponible sur <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-621-03.htm>, REYES VILLAMIZAR (Francisco), *Derecho societario T. I., op.cit, p.580-581.*

⁴³¹ MERLE (Philippe), *Droit commercial, sociétés commerciales, op.cit. n°94.*

⁴³² Article 196 du code de commerce colombien alinéa .2: « (...) A falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad. (...)»

certaines actes (limitation qualitative) ou à un *quantum* prédéfini (limitation quantitative), limitations qui apparaissent dans le Kbis de la société⁴³³.

401.- Si le dirigeant agit sans autorisation, le régime français précise que de toute façon la société sera engagée, sauf si le cocontractant agit de mauvaise foi. Les clauses statutaires ou conventionnelles limitatives de pouvoirs sont inopposables aux tiers en droit français, mais restent valables entre associés. Le dirigeant qui ne les respecterait pas engagerait sa responsabilité. Cette règle évite que les tiers aient à consulter les statuts, assure la rapidité des transactions et leur donne une sécurité juridique. Pour que la société soit engagée, il faut que l'acte entre dans l'objet social.

402.- En ce qui concerne l'objet social, une dérogation importante a été apportée en matière de sociétés anonymes et sociétés à responsabilité limitée françaises, sur la base de la directive européenne du 9 mars 1968 (Première directive communautaire en matière de sociétés). Ces sociétés sont engagées face aux tiers même par les actes des dirigeants sociaux qui ne relèvent pas de l'objet social, sauf si elles prouvent que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'au vu des circonstances, il ne pouvait pas l'ignorer⁴³⁴. Ce mécanisme tend à protéger les tiers de bonne foi. Il est exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve⁴³⁵. Les limitations statutaires des fonctions des dirigeants ne sont pas opposables aux tiers de bonne foi.

403.- En droit français, la société autre que anonyme ou à responsabilité limitée s'engagera par les actes de son représentant qui entrent dans les limites de l'objet social mais qui sont en dehors de ses fonctions. Et pour les sociétés anonymes et à responsabilité limitée, elles seront engagées par les actes de leurs représentants qui vont au-delà de l'objet social et qui, bien entendu, se situent en dehors de leurs

⁴³³ Appelé « certificado de existencia y representación legal », il est expédié sous demande du tiers cocontractant par la chambre de commerce du domicile social.

⁴³⁴ MERLE (Philippe), Droit commercial ... op. cit., n°94 p.128.

⁴³⁵ Articles L225-64 pour SA à directoire et conseil de surveillance; L225-56 pour la SA à conseil d'administration, L 223-18 pour la SARL.

fonctions⁴³⁶. La seule limitation à cette extension de responsabilité du droit français est la mauvaise foi du cocontractant.

404.- En droit colombien, le principe est celui selon lequel les dirigeants peuvent conclure tout acte et tout contrat dans les limites de l'objet social. L'activité de la société est spécifiée par lui et celui-ci doit apparaître d'une façon claire dans le texte des statuts. Le droit colombien applique la théorie de la spécialité de l'objet social, selon laquelle la société dispose de capacité uniquement pour réaliser les actes et contrats compris dans l'objet social. Selon la théorie de la spécialité, il serait le cadre dans lequel l'activité des administrateurs peut être déployée⁴³⁷.

405.- Les actes qui seront en dehors de cet objet seront considérés comme des actes « *ultra vires* » et par conséquent seront soumis à la nullité⁴³⁸. Le système légal colombien est très attaché à une vision traditionnelle des actes conclus en dehors de l'objet social. Cette vision traditionnelle a été dépassée en Europe à partir de la Première Directive communautaire en matière des sociétés qui protège les tiers de bonne foi.

⁴³⁶ Article L 225-64: « ...Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du directoire qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. Les dispositions des statuts limitant les pouvoirs du directoire sont inopposables aux tiers. ... » ; L225-56 : La société est engagée même par les actes du directeur général qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. Les dispositions des statuts ou les décisions du conseil d'administration limitant les pouvoirs du directeur général sont inopposables aux tiers. » ; L 223-18 : « Dans les rapports avec les tiers, le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société, sous réserve des pouvoirs que la loi attribue expressément aux associés. La société est engagée même par les actes du gérant qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. Les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants qui résultent du présent article sont inopposables aux tiers. »

⁴³⁷ Superintendencia de Sociedades, res.360-1498 del 31 de julio de 1997: "Teoría de la especialidad cuyo significado societario no es otro que la capacidad que tiene toda compañía de desarrollar en forma exclusiva todos aquellos actos contemplados dentro del objeto social y que viene a ser el marco generador de sus actividades dentro del cual se mueven los administradores..."

⁴³⁸ Pour la Superintendencia de Sociedades, le fondement de la théorie *ultra vires* est "...el límite impuesto a los administradores en el objeto social obedece precisamente a una preocupación porque los recursos humanos y de capital sean invertidos, utilizados o destinados en aquellas actividades pactadas dentro del objeto social, de tal manera que los aportes de los asociados no se desvíen o distraigan en actividades extrañas a la intención expresada en el contrato social" (Res.320-2279 del 22 de septiembre de 1995). Les actes *ultra vires* seraient nuls faute de capacité de la société, même s'ils ont été autorisés par l'assemblée des actionnaires ou des associés.

406.- Dans le système colombien, les limitations ou restrictions des facultés des dirigeants doivent figurer expressément dans les statuts. Ceux-ci doivent être inscrits au registre de commerce et des sociétés pour être opposables aux tiers. Si ces limitations ne sont pas clairement signalées dans les statuts dûment enregistrés, elles ne pourront pas être opposables⁴³⁹. En droit colombien, les clauses limitatives de pouvoirs des dirigeants son opposables aux tiers à partir du moment où elles sont clairement exprimées dans les statuts dûment enregistrés. Si le texte statutaire n'a pas respecté cette formalité d'enregistrement, la société se verra obligée malgré la restriction.

407.- A la différence du droit français, en droit colombien la limitation de la responsabilité de la société pour les actes de l'organe social serait la publicité, et non pas la mauvaise foi du cocontractant.

1.1.1.2. Sous-section 2 - Dirigeant bénévole

408.- Le dirigeant de droit peut être un dirigeant bénévole qui n'est pas payé pour sa fonction. La rémunération est sans incidence sur sa qualité. Comme tout mandataire, le dirigeant peut exercer sa fonction à titre gratuit. Dans les deux pays étudiés, le juge sera plus clément dans la détermination de la responsabilité du dirigeant qui a exercé sa fonction bénévolement que sur celle du dirigeant qui l'a exercée à titre onéreux. En matière de sociétés la gratuité du mandat est plutôt rare. En fait, la jurisprudence française affirme que le mandat est présumé salarié lorsque le mandataire est un professionnel⁴⁴⁰ : « *Le mandat est présumé salarié en faveur des personnes qui font profession de s'occuper des affaires d'autrui.* » (Civ. 1ere, 10 février 1981).

⁴³⁹ Article 196 Code de commerce colombien: « La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad. A falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad. Las limitaciones o restricciones de las facultades anteriores que no consten expresamente en el contrato social inscrito en el registro mercantil no serán oponible a terceros.»

⁴⁴⁰ Civ. 1ere, 10 février 1981, BI. n.50

1.1.1.3. Sous-section 3 - Dirigeant personne morale

409.- Dans les deux législations (française et colombienne) il est possible que les dirigeants soient des personnes physiques ou morales, ce qui permet à une société d'en administrer une autre. Dans ce dernier cas, elle agit à travers un représentant permanent, personne physique, qui pourra être remplacé à tout moment sans pour autant que la fonction administratrice de la personne morale se voit altérée. Lorsque la personne morale révoque son représentant, elle est tenue de pourvoir en même temps à son remplacement⁴⁴¹. Pour garantir la pérennité de la représentation, la *Superintendencia de Sociedades* colombienne conseille de nommer un ou plusieurs suppléants au représentant principal, inscrits au registre du commerce, qui assumeront leurs fonctions dans les moments d'absence temporaire ou définitive de celui-ci⁴⁴².

410.- Le représentant permanent a les mêmes obligations et responsabilités que les dirigeants en nom propre. Le représentant est à la fois le mandataire de la société administratrice et l'organe de la société administrée. Cela lui impose de nombreuses obligations et une responsabilité aussi lourde que s'il était administrateur en son nom personnel⁴⁴³. Il répondra en principe solidairement avec sa société et dans certains cas il

⁴⁴¹ Article L225-20 Code de Commerce : « Une personne morale peut être nommée administrateur. Lors de sa nomination, elle est tenue de désigner un représentant permanent qui est soumis aux mêmes conditions et obligations et qui 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. Lorsque la personne morale révoque son représentant, elle est tenue de pourvoir en même temps à son remplacement. »

⁴⁴² Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-38042 du 6 juin 2000: "Si es administradora una persona jurídica, ésta requiere de un representante permanente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de las funciones que le corresponden. Es así que, al constituirse la sociedad es requisito sine qua non, entre otros, que en la escritura correspondiente se señale el nombre y domicilio de la persona o personas que han de representarla (Artículo 110, numeral 12 del Código de Comercio). Dicho representante ha de ser permanente pues es la única forma en que la sociedad puede actuar; de ahí la importancia del nombramiento de uno o más suplentes para que el principal pueda ser reemplazado en sus faltas temporales o absolutas, pues la sociedad de ninguna manera puede quedar acéfala. Lo anterior quiere decir que, basta que falte el principal para que su suplente asuma sus funciones, para lo cual debe estar debidamente inscrito en el registro mercantil."

⁴⁴³ GUYON (Yves), Droit des affaires, droit commercial général et sociétés, op.cit, n°318.

pourra engager sa responsabilité personnelle sans compromettre celle de la société représentée⁴⁴⁴.

411.- Cette responsabilité est contenue dans l'article 24 alinéa 5° de la loi colombienne n°222 de 1995, qui dispose que celle-ci devra être imputée à la société et à la personne qui agit en qualité de représentant légal. La *Superintendencia de Sociedades* clarifie que la responsabilité de la société dépendra du type social selon lequel elle aura été constituée⁴⁴⁵.

1.1.1.4. Sous-section 4 - Début et fin des fonctions du dirigeant

412.- Les dirigeants de droit doivent être nommés, et leur identification doit être enregistrée pour des raisons de publicité.

413.- La société ne peut se prévaloir, à l'égard des tiers, des nominations des personnes chargées de gérer, d'administrer ou de diriger la société, tant qu'elles n'ont pas été régulièrement publiées (article L 210-9 du Code de commerce). Mais les tiers pourront se prévaloir d'une nomination non régulièrement publiée pour chercher la responsabilité de la société ou du dirigeant. La date de nomination correspond à la date de début de la responsabilité, et cela, quand bien même la nomination n'a pas fait objet de publicité légale⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ Trib. Com. Paris, 1^{ère} Ch., 5 janvier 1994, Rozemblum et autre c/ SA Elysées Invest. et autre, Revue de Jurisprudence droit des affaires (RJDA) 1994, n°404 et 456 : « Attendu que (...) le représentant permanent encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il était administrateur en son propre nom sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente ; (...) Attendu dès lors qu'il existe une responsabilité solidaire entre le représentant permanent et la personne morale représentée qui ne constituent qu'un seul administrateur, en étant tous deux responsables solidaires de son comportement ; » . En cas de condamnation, le juge devra toujours constater la qualité de représentant permanent (Cass.com, 3 oct. 2000, Dt. des Soc. 2001, comm.79 obs. Legros).

⁴⁴⁵ "Cuando la representación legal corresponda a una persona jurídica, su responsabilidad patrimonial estará limitada conforme al tipo societario bajo el cual se haya constituido dicha persona."

⁴⁴⁶ Collection Lamy Droit Civil, Droit de la responsabilité, Les responsabilités professionnelles – Les dirigeants sociaux ; op.cit, étude 480, n°25. Cass. Com, 26 janvier 1988, Soc. Culligan France c/ Ageorges, Astier et Delrieu, Revue des Sociétés 1988 p.284, note Chaput, dans un cas d'un dirigeant personne morale d'une société mise en liquidation judiciaire dont la

414.- A l'inverse, la date le fin des fonctions ne correspond pas à celle du terme de la responsabilité. En effet, le dirigeant pourra être poursuivi après avoir fini ses activités de direction, gestion ou administration, pour des faits commis pendant qu'il était à son poste de directeur, administrateur ou, en termes plus généraux, dirigeant. Dans ce cas, aucune décision de l'assemblée des associés ne peut empêcher l'exercice d'une telle action en responsabilité, sauf s'il y a eu prescription de l'action⁴⁴⁷.

415.- Dans cette même orientation la *Superintendencia de Sociedades* colombienne a arrêté que « ... la responsabilité du représentant légal face à la société prend fin une fois radiée sa nomination du registre de commerce, ce qui ne signifie à aucun moment qu'il ne doive pas répondre après cette radiation pour des faits ayant eu leur origine durant l'exercice de son mandat et qui par action ou par omission, aient produit des dommages ou aient été contraires à la loi »⁴⁴⁸.

416.- Une particularité du droit colombien est toutefois à signaler. Le seul registre de la démission présentée par un administrateur ne le libère pas de ses obligations et responsabilités, tant qu'un nouvel administrateur n'est pas été nommé et que sa nomination n'a pas été inscrite au registre. L'article 164 du Code de Commerce colombien dispose en effet que le représentant légal de toute société conserve ce statut tant qu'une nouvelle nomination ne soit pas enregistrée. Pour être définitivement délié de sa fonction, il faut que l'enregistrement de nomination du remplaçant soit réalisé. En d'autres mots, la cessation des fonctions du précédent dirigeant est réelle et effective

nomination n'avait pas été publiée, la Cour affirme que l'absence d'accomplissement des formalités de publicité relatives à la nomination d'un dirigeant est sans influence sur sa responsabilité.

⁴⁴⁷ CA Paris, 25 février 2000, *Laurence c/Guillemouat*, Dr. Sociétés 2000, comm.155 Chaput; CA Paris, 17 janvier 2008, *Mayaut c/ Bidet*, Bull Joly Sociétés n° 5 mai 2008 p.441, dans une action en nullité de transformation de SNC en SARL, la Cour estime que la transformation ayant intervenue après la publication de la démission du gérant de la SNC, la responsabilité de celui-ci ne peut lui être reprochée.

⁴⁴⁸ SuperSociedades, Note (Oficio) 22028943 du 14 avril 1999: "(...) la responsabilidad del representante legal frente a la sociedad termina una vez se cancele su nombramiento en el registro mercantil, lo cual no significa que no responda con posterioridad por actuaciones que hayan tenido origen cuando se desempeñaba como tal y que por acción u omisión hayan causado perjuicios o que contravengan la ley".

grâce à l'inscription au registre de la nouvelle nomination ou élection. (Article 164 du code de commerce colombien : « *Les personnes inscrites dans la chambre de commerce du domicile social en tant que représentants d'une société (...) conserveront leur fonction ainsi que les effets légaux qui y soient attachés, pour tout le temps où cette inscription ne soit pas radiée à travers le registre d'une nouvelle nomination ou élection.* »). Faute d'enregistrement de la nouvelle nomination ou élection, l'administrateur séparé de sa fonction pour quelque motif que ce soit (démission, révocation, décès) continuera d'être soumis aux devoirs et responsabilités des administrateurs.

417.- Concernant la démission, la *Superintendencia de Sociedades* a affirmé dans une note de 2009 que le seul registre de la démission n'est pas suffisant pour faire cesser les obligations et responsabilités du dirigeant car la cessation de la fonction est valable uniquement grâce à l'inscription de son remplaçant⁴⁴⁹. Rappelons que la Cour Constitutionnelle colombienne a émis une malheureuse interprétation de l'article 164 du code de commerce qui limite dans le temps la responsabilité des dirigeants démissionnaires. D'après la Cour Constitutionnelle, les démissions doivent être inscrites au registre de commerce. Si passé un mois à partir de la date d'envoi de la démission au registre il n'y a pas eu d'inscription d'une nouvelle nomination, les obligations et responsabilités du dirigeant démissionnaire cessent automatiquement. D'après cette interprétation, les administrateurs se libèrent de leurs devoirs et responsabilités même si un nouvel administrateur n'est pas nommé ou, en cas de nouvelle nomination, si celle-ci n'est pas enregistrée dans le mois suivant la démission. Cette limitation dans le temps de la responsabilité des dirigeants colombien démissionnaires n'est pas prévue par la loi. Bien au contraire, la volonté du législateur est de protéger les tiers en veillant à ce que, d'un côté, la société puisse avoir toujours un représentant légal chargé d'agir au nom de celle-ci. Et d'un autre, que les tiers

⁴⁴⁹ Superintendencia de Sociedades, Note 220-071474 du 7 mai 2009. « El alcance normativo de las anteriores disposiciones - (Arts. 164 y 442 C.com)- consiste en establecer que la designación de representantes legales y revisores fiscales solo produce efectos jurídicos cuando ha sido inscrita en el registro mercantil. Ahora bien, cuando por cualquier causa (renuncia, remoción, muerte, etc...) la persona cuyo nombre aparece inscrito deja de ocupar el cargo que desempeñaba, pero el solo registro de este hecho no es suficiente para que cesen sus obligaciones y responsabilidades como tal, pues lo que determina esta cesación no es el registro de la renuncia, remoción, muerte, incapacidad o cualquier otra circunstancia que ponga fin al ejercicio de sus funciones, sino la inscripción como representante legal o revisor fiscal de la persona llamada a reemplazarlo. »

puissent toujours se retourner contre un éventuel responsable à qui demander réparation.

418.- Le droit français précise de son côté que le dirigeant qui s'est retiré de ses fonctions pourra être responsable face aux tiers si la fin de son mandat n'a pas fait objet de publication. En effet, l'article L 210-9 alinéa 2 signale que la société ne peut se prévaloir, à l'égard des tiers, des cessations de fonction des dirigeants, tant qu'elles n'ont pas été régulièrement publiées. La société continue à être engagée face aux tiers pour les actes conclus en son nom par l'administrateur retiré, dont la cessation de fonctions n'a pas été signalée au registre de commerce et publiée.

419.- Dans les deux régimes le dirigeant qui cesse ses fonctions a tout intérêt à veiller que la fin de sa mission soit dûment publiée, faute de quoi, sa responsabilité comme administrateur perdurera dans le temps avec des conséquences qui pourront être importantes pour lui⁴⁵⁰. Le droit colombien limite dans le temps la durée de la responsabilité du dirigeant démissionnaire. Le droit colombien exige aussi pour tous les cas de cessation de fonctions (décès, démission, révocation ou autre) le registre de la nouvelle nomination afin que le dirigeant social soit définitivement délié de sa fonction et de sa responsabilité subséquente. Cette exigence supplémentaire du droit colombien est une différence par rapport au droit français qui exige seulement la publication de la fin du mandat. Cette exigence du droit colombien est justifiée par le besoin d'éviter que la société manque de représentation légale face aux tiers. Mais cette justification est ignorée par la Cour Constitutionnelle dans le cas de la démission des fonctions des dirigeants, tel que nous avons pu l'évoquer. Le droit français exige uniquement le registre et la publication de la cessation de fonctions pour que le dirigeant soit libéré de sa responsabilité. Le droit français n'exige pas en supplément l'enregistrement de la nouvelle nomination comme le fait le droit colombien. Cette position du droit français est plus simple pour les dirigeants. Celle du droit colombien leur est plus contraignante, mais reste plus protectrice des tiers.

⁴⁵⁰ Les demandeurs devront prouver dans ce cas que les faits ont été commis pendant l'exercice du mandat, et que de ces faits s'est dégagé un préjudice.

Conclusion de la section 1

420.- Sont considérés dirigeants de droit en France et en Colombie, les personnes (physiques ou morales) qui exercent les fonctions de gestion, direction ou administration d'une société, par disposition de la loi ou des statuts. La Colombie est très attachée à la personne du représentant légal. Le droit colombien, attaché à une vision hiérarchisée de la représentation légale des sociétés, met le représentant légal à la tête des personnes pouvant être considérées comme des dirigeants. Tandis que les dirigeants sont identifiés dans l'ordre juridique colombien par un article 22 de la loi 222 de 1995, le droit Français ne contient pas de disposition légale qui permette de définir qui est dirigeant. Ce sont les normes relatives à chaque type de société qui indiqueront en droit Français la personne pouvant être considérée comme dirigeant. Tant en France qu'en Colombie, un certain nombre de conditions sont sans incidence sur la responsabilité des dirigeants. Ainsi, le fait de n'avoir exercé que nominativement la fonction sans une activité réelle de direction ou de ne pas avoir été rémunéré par cette activité de gestion ne jouent aucun rôle au moment de déterminer la responsabilité des dirigeants de droit.

1.1.2. Section 2 - Les dirigeants de fait

421.- La catégorie juridique de dirigeant de fait a été développée par la doctrine⁴⁵¹ et la jurisprudence françaises. Elle n'existe pas pour le moment dans le régime colombien, sauf en matière de sociétés anonymes simplifiées (SAS), récemment créé par la loi 1258 de 2008⁴⁵². Il est donc particulièrement intéressant pour la doctrine colombienne de réaliser une approche sur le contenu de la notion de dirigeant de fait. En effet, les

⁴⁵¹ Particulièrement TRICOT (Daniel), Les critères de la gestion de fait, Revue Droit et Patrimoine 1996, page 24.

⁴⁵² Voir n° 376 à 378 Supra.

conséquences d'une telle direction sont singulières en matière de devoirs et de responsabilité de la personne impliquée.

422.- D'après le développement doctrinal réalisé en France sur la catégorie juridique mentionnée, nous pouvons affirmer qu'une personne est dirigeant de fait quand elle dirige, gère ou administre une société, sans avoir été régulièrement investie de ces fonctions. La jurisprudence française l'a définie à son tour comme celle qui en toute souveraineté et indépendance exerce une activité positive de gestion et de direction⁴⁵³.

423.- L'appréciation de l'existence réelle d'une direction de fait relève du pouvoir souverain des juges du fond. La Cour de Cassation tient pour acquis les faits constatés par ces juges. Avec le temps la Cour a fait référence aux motifs évoqués par les juges du fond lui paraissant pertinents pour justifier la qualification d'une direction de fait. La doctrine française a étudié ces motifs relevés par la Cour de Cassation et a réussi à dégager les caractéristiques permettant d'identifier le dirigeant de fait. Sur cette base M. Daniel TRICOT⁴⁵⁴ a élaboré une série de critères permettant de réaliser une typologie des dirigeants de fait. Ces critères ont été séparés en trois types : critères nécessaires, complémentaires et indifférents.

424.- Les critères nécessaires sont, pour cet auteur, ceux qui, d'une manière constante, se rencontrent dans toutes les situations de direction de fait. Ils sont au nombre de deux : l'indépendance et l'activité. Si l'un de ces deux critères est absent, la direction de fait est exclue. L'indépendance fait référence à cette situation qui est propre aux dirigeants sociaux et qui veut qu'ils agissent en dehors de tout lien de subordination. Selon l'auteur mentionné, le statut de salarié ne suffit pas à écarter le soupçon, car seul compte le comportement effectif. « *S'il est démontré que le salarié n'était soumis à aucun contrôle, il est susceptible d'être qualifié de dirigeant de fait, soit que son supérieur hiérarchique n'ait eu aucune prise sur lui, soit qu'il ait agi en dehors de tout lien hiérarchique* »⁴⁵⁵. Le dirigeant de fait peut ou pas être un salarié de la société. Par ailleurs, c'est l'activité réellement déployée par la personne qui permettra de discerner

⁴⁵³ Cass.com, 25 janvier 1994, RJDA 1994 n°457. TRICOT (Daniel), *Les critères de la gestion de fait*, op.cit.

⁴⁵⁴ Idem, p.24.

⁴⁵⁵ Idem, p.27.

une direction de fait. C'est à travers ses actes qu'une personne peut devenir dirigeant de fait. Ses actes doivent toujours être positifs, car ce sera à travers des actes effectifs de représentation sociale, de gestion, d'administration, qu'un sujet pourra être qualifié de dirigeant de fait. A la différence du dirigeant de droit, le dirigeant de fait ne pourra être poursuivi que s'il a commis des actes positifs⁴⁵⁶. Il se révèle par son action, plus que par son omission.

425.- Les critères complémentaires, quand à eux, permettent de passer de « *l'imprécision factuelle à la certitude juridique* »⁴⁵⁷ Il s'agit de critères qui, d'un côté complètent les conditions nécessaires évoquées, et d'un autre, se complètent entre eux afin de renforcer la réalité des faits reprochés. Un acte unique, isolé, permettra difficilement de retenir la qualification du dirigeant de fait. C'est la répétition des mêmes actes ou la réalisation d'une variété suffisante d'actes qui permettra de retenir cette qualification si les conditions nécessaires antérieurement signalées sont présentes. Par exemple, le fait de signer des contrats au nom de la société ou d'établir des *relations suivies* avec des banquiers ou de fournisseurs laissent penser que la personne agit en qualité de dirigeant.

426.- Enfin, les critères indifférents font référence à des aspects qui ne nuisent pas à la qualification de la direction de fait mais ne permettent pas pour autant de qualifier une direction de ce type. Ce serait par exemple l'absence d'une rémunération. Ceci ne peut servir à démontrer l'absence d'une direction de fait car comme nous l'avons vu, le dirigeant peut être rémunéré ou bénévole. Ce serait aussi la réalisation des actes non dissimulés. Les actes réalisés au vu et su de tout le monde n'écartent pas une telle qualification. Ils ne permettent pas non plus de l'établir car « *le fait que les activités aient été occultes ou publiques est indifférent* »⁴⁵⁸. Les conditions indifférentes, qui peuvent être variées, ne sont pas de nature à démontrer une direction de fait.

⁴⁵⁶ Idem.

⁴⁵⁷ Idem.

⁴⁵⁸ Idem.

427.- Une fois établie la réalité d'une situation de fait, les conséquences sont importantes pour la personne impliquée. Les actes réalisés par le dirigeant de fait engageront sa responsabilité, comme ceux de tout mandataire social. Dès lors qu'il est institué en qualité de dirigeant de fait, il aura les mêmes devoirs et obligations que tout dirigeant de droit, et il pourra commettre des fautes par action ou par omission comme n'importe quel dirigeant. La seule différence en matière de responsabilité face aux dirigeants de droit correspond aux normes qui lui sont applicables: face à la société, aux associés ou aux tiers, sa responsabilité civile ne peut pas être mise en cause de la même manière que celle des dirigeants de droit car il n'a pas reçu de mandat social. La loi spéciale lui sera inapplicable. Il sera soumis au régime commun de responsabilité civile extra contractuelle des articles 1382 et suivants du code civil français (équivalents aux articles 2341 et suivants du Code civil colombien). Cela veut dire que ces personnes sont soumises aux mêmes devoirs et obligations que tout dirigeant de droit, mais elles n'ont pas les mêmes droits : la loi spéciale, parfois plus avantageuse que le droit commun (en particulier en matière de délai de prescription plus court), leur sera inapplicable.

428.- La mise en jeu de la responsabilité civile des dirigeants implique la détermination de la personne responsable dans les termes étudiés. Elle impliquera aussi une analyse de sa conduite et la réunion des éléments de sa responsabilité. C'est à celui qui prétend qu'une personne a été dirigeant de fait qu'incombe la charge de le prouver. Il faut d'abord démontrer que la personne a effectué des actes positifs de gestion. Ensuite il faudra établir les fautes commises dans la gestion de fait. Le défendeur pourra faire écarter purement et simplement la demande en démontrant qu'il a agi par subordination. Si tel n'est pas le cas, il devra démontrer l'absence de faute afin d'écarter sa responsabilité.

429.- Le système colombien ne permet pas pour l'instant de faire une extension du régime des devoirs et de responsabilité prévus pour les dirigeants aux personnes qui, en toute indépendance, exerceraient une activité de direction, gestion ou administration d'une société. Comme nous l'avons vu, la législation colombienne est stricte dans l'énumération des personnes qui peuvent être qualifiées de dirigeants. Cette énumération, que nous avons précédemment évoquée, exclue de *facto* tout autre individu du régime des devoirs et responsabilités auquel sont soumis les dirigeants.

Seule la loi colombienne n°1258 de 2008 admet expressément la possibilité d'une direction de fait concernant les sociétés par actions simplifiées. Le paragraphe de l'article 27 de la loi 1258 de 2008 permet en effet de déclarer responsable en tant que dirigeant la personne qui, sans avoir été nommée administrateur de la société, s'immiscerait dans la gestion de celle-ci à travers des actes positifs de gestion⁴⁵⁹. L'article prévoit en effet que « *Les personnes physiques ou morales qui, sans avoir été investies des fonctions de direction d'une société par actions simplifiée, s'immisceraient à travers des actes positifs dans la gestion, l'administration ou la direction de la société, seront soumises aux mêmes responsabilités et sanctions des dirigeants* »

430.- Même si l'expression « dirigeant de fait » n'est pas formulée par la loi colombienne, on reconnaît dans cette disposition la volonté du législateur de consacrer cette catégorie en appliquant aux personnes qui agiraient en dirigeants de fait le même régime de sanctions et responsabilités prévus pour tout dirigeant de droit. En ce qui concerne l'identification des dirigeants de fait de la société colombienne par actions simplifiée, les critères proposés par la doctrine française que nous avons étudiés, constituent une base théorique de grande utilité. Il reste à souhaiter que cette catégorie juridique de sujets de droit sera reconnue dans le système juridique colombien pour les autres sociétés.

431.- Ainsi, nous avons déterminé, dans les deux régimes juridiques français et colombien, qui sont les personnes pouvant être qualifiées, de droit ou de fait, comme des dirigeants sociaux. Nous avons aussi remarqué l'existence de conditions « neutres » en ce sens qu'elles n'ont pas une incidence quelconque sur la responsabilité des dirigeants. A ce sujet, nous avons vu que même si le dirigeant n'a exercé que nominativement sa fonction ou l'a exercée à titre gratuit, il sera responsable des fautes commises durant son mandat. Et ceci quand bien même il serait poursuivi en responsabilité après l'expiration de son mandat.

⁴⁵⁹ Loi 1258 de 2008, article 27, paragraphe: "Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores."

432.- Une fois identifiée la personne susceptible d'être responsable en tant que dirigeant d'une société, il convient de voir ce à quoi elle s'expose en observant une conduite contraire à celle qu'elle devrait avoir. Il s'agit de voir le contenu de sa responsabilité ou, en d'autres mots, quelles particularités revêt la responsabilité des dirigeants. D'abord, quel genre de comportement engage la responsabilité de ces acteurs de la vie sociétaire. L'idée de faute dans le cas des dirigeants est particulière puisqu'elle sera une faute de gestion. Ensuite qui sont les personnes légitimées à poursuivre le dirigeant en réparation des éventuels dommages qu'il leur aurait causés et moyennant quel type d'action en justice. Enfin quel type de responsabilité peut être exigée des dirigeants: si individuelle ou solidaire, limitée ou illimitée. Un aperçu des normes juridiques sur la responsabilité des dirigeants nous permettra de comprendre le traitement que le législateur de chacun des deux pays donne à ce sujet. Cela nous permettra de remarquer la similitude des deux systèmes juridiques français et colombien dans la rédaction de ces normes et dans le sens donné à la faute qui engage la responsabilité des dirigeants.

1.2. Chapitre I - Les particularités de la responsabilité civile des dirigeants sociaux

433.- Le dirigeant social est responsable à l'égard de la société et des associés (ou actionnaires), et à l'égard des tiers. Dans les deux pays sa responsabilité sera, dans le premier cas contractuelle et dans le deuxième cas elle sera délictuelle. Le fondement de sa responsabilité sera différent dans les deux cas. L'action en responsabilité qui permettra de mettre en œuvre la responsabilité du dirigeant sera différente s'agissant des tiers, de la société ou des associés.

434.- Afin de mieux cerner le contenu de la responsabilité des dirigeants, nous nous arrêterons en un premier temps sur ce que nous estimons être les circonstances qui entourent cette responsabilité, pour ensuite voir quelles sont ses conditions d'existence. Du latin *circumstare*, une circonstance est ce qui entoure un fait, ce qui l'accompagne et caractérise la situation. Concernant la responsabilité civile des dirigeants, il y a des circonstances intérieures aux deux pays étudiés qui permettent de vérifier l'existence de la responsabilité. Il s'agit de la loi et de l'état de développement du régime de la

responsabilité civile. Ce qui nous permet de diviser les circonstances permettant d'établir l'existence d'une responsabilité en deux types : de droit et de fait. Mais il y a aussi des circonstances extérieures à la responsabilité civile dont on ne pourrait pas s'empêcher de parler, car elles fondent la réalité effective de la responsabilité. Comme toute responsabilité civile fondée sur la faute, celle des dirigeants sociaux n'échappe pas à la confluence de trois éléments : la faute, le dommage et le lien de causalité. Une section 1 sera orientée à voir quelles sont les circonstances internes aux pays étudiés, et dans une section 2 nous parlerons des conditions d'existence de la responsabilité civile des dirigeants.

1.2.1. Section 1 - Les circonstances qui permettent d'établir la responsabilité civile des dirigeants en France et en Colombie

435.- Les circonstances permettant d'établir l'existence d'une responsabilité sont de deux types : de droit et de fait. Nous vérifierons dans le premier cas le sens des normes juridiques françaises et colombiennes affirmant la responsabilité civile des dirigeants. Ceci nous permettra de voir comment le législateur évoque la responsabilité des dirigeants dans les deux pays. Dans le deuxième cas nous verrons ce sur quoi repose la responsabilité civile du dirigeant tenant compte du fait que les préjudices causés par sa conduite défectueuse peuvent être d'ordre interne ou externe à la société

1.2.1.1. Sous-section 1 - Les circonstances de droit

436.- On constate en droit français l'absence de disposition commune à tous les types de sociétés en matière de responsabilité. En effet, elle est régie par plusieurs normes du droit des sociétés répondant à chaque structure sociétaire. Il existe en droit français un éparpillement des normes qui n'empêche pas d'observer l'existence d'une solution homogène dans la matière. Ainsi nous remarquons l'article L 223-22 du Code de commerce en ce qui concerne les gérants de sociétés à responsabilité limitée; l'article 1850 du Code civil pour les gérants de sociétés civiles; l'article L 225-251 du Code de commerce pour les administrateurs et directeurs généraux de sociétés anonymes;

l'article L 225-256 du même code pour les membres du directoire; finalement, la loi L 66-879 du 29 de novembre 1966 article 12 pour les gérants des sociétés civiles professionnelles. Toutes ces normes disposent que les gérants, les administrateurs, le directeur général, les membres du directoire, sont responsables, individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers, des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables à la structure sociétaire dirigée, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion.

437.- D'après la rédaction des différents textes du droit des sociétés français nous pouvons observer des solutions communes. On dégage en effet l'idée que les dirigeants sont responsables individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers, des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires, des violations des statuts ou des fautes commises dans leur gestion.

438.- La cause première de l'engagement de la responsabilité civile des dirigeants est la faute personnelle. Cette responsabilité peut revêtir un aspect collectif selon la structure sociétaire dans laquelle le dirigeant exerce ses fonctions. Dans la société anonyme l'organe collégial (conseil d'administration, directoire) sera responsable. Dans la société à responsabilité limitée ou la société civile, au contraire, il n'y a pas de collégialité. Les gérants détiennent séparément les pouvoirs et leur responsabilité ne peut être retenue que pour une faute personnelle commise individuellement ou en raison d'une participation à l'acte en qualité de coauteur. Ainsi ont été déclarés responsables de leurs fautes de gestion, le gérant d'une société à responsabilité limitée à titre principal, et son cogérant personnellement obligé de s'assurer de la tenue de la comptabilité et de la prise en charge de la gestion lors de la maladie du cogérant⁴⁶⁰. Si plusieurs gérants ont participé aux mêmes faits, leur responsabilité sera solidaire. Les articles contenant la responsabilité civile des gérants des sociétés à responsabilité limitée (article L223-22 du code de commerce), de sociétés civiles (article 1850 du code civil), ou des sociétés civiles professionnelles (article 12 de la loi de 1966 sus

⁴⁶⁰ GIBIRILA (Deen), Dirigeants Sociaux, responsabilité civile, Jurisclasseur Commercial, [Premier avril 2010], Fasc.1053, spéc. n°8.

mentionnée), précisent en effet que si plusieurs gérants ont participé aux mêmes faits, leur responsabilité est solidaire à l'égard des tiers et des associés. Toutefois, dans leurs rapports entre eux, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage.

439.- Le droit colombien, contrairement au droit français, dispose d'un texte normatif général, applicable à tous les dirigeants de tous types de sociétés en matière de responsabilité civile. Il s'agit de l'article 24 de la loi 222 de 1995, qui modifia l'article 200 du Code de commerce.

440.- Selon cet article, *“Les dirigeants seront solidairement responsables pour les dommages causés par leur faute ou dol à la société, aux associés ou aux tiers. Ne seront pas soumis à cette responsabilité ceux qui, n'ayant pas eu connaissance de l'action ou l'omission fautive, ou ayant voté contre, ne l'auraient pas appliquée. La faute du dirigeant sera présumée en cas de manquement ou extra limitation des fonctions, violation de la loi ou des statuts. Elle sera aussi présumée si les dirigeants proposent ou exécutent une décision de distribution d'utilités en violation de l'article 151 de Code de commerce et des autres dispositions légales en matière de distribution d'utilités. Dans ce cas, le dirigeant sera responsable des sommes non distribuées ou distribuées en excès ainsi que des préjudices causés.”*⁴⁶¹

441.- Cette disposition donne plusieurs précisions dans un seul texte. D'un côté elle signale le type de responsabilité à laquelle sont soumis les dirigeants colombiens. Ainsi, la responsabilité sera solidaire. Cela ne veut pas dire que dans certains cas elle ne puisse pas être individuelle. La règle générale est en droit colombien la solidarité quand plusieurs dirigeants participent du même fait dommageable. L'article vise en priorité les administrateurs qui exercent leurs fonctions à l'intérieur d'un organe collégial.

⁴⁶¹ *“Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros. No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten. En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.”*

442.- A la différence du régime français, cet article 24 de la loi colombienne 222 de 1995 ne parle pas de responsabilité individuelle et ne précise pas, comme le fait le droit français, que dans certains cas la responsabilité pourra être individuelle. Ceci est sous entendu et s'appliquerait au représentant légal et aux administrateurs des sociétés dépourvues d'un organe collégial. Le droit colombien a ainsi voulu s'aligner sur la tendance du droit étranger, tendance qui s'est développée dans des pays comme l'Espagne, le Portugal, le Brésil ou l'Argentine, selon laquelle il existe une responsabilité solidaire et illimitée des dirigeants de sociétés commerciales⁴⁶².

443.- Quand les décisions sont prises à l'intérieur d'un organe collégial il y aura solidarité. Le demandeur pourra alors se tourner contre n'importe quel administrateur pour la totalité de l'obligation. Cette tendance à la solidarité en droit de la responsabilité des dirigeants sociaux rompt avec le principe du droit commun qui veut que la responsabilité de toute personne soit individuelle (article 1382 du code civil français, équivalent au 2341 du Code civil colombien : « *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* »). Elle conteste aussi la position d'un secteur de la doctrine colombienne existant avant l'expédition de la loi 222 de 1995, qui affirmait la responsabilité individuelle des administrateurs membres d'un organe collégial en raison de la nécessité d'une norme expresse qui établisse la solidarité⁴⁶³. Les partisans de la solidarité répondaient qu'il n'était pas besoin d'une telle norme, puisque le principe général est que dans les affaires commerciales la solidarité est présumée d'après l'article 825 du Code de commerce⁴⁶⁴. Cet article affirme en effet que « *dans les affaires commerciales, lorsqu'il y a plusieurs débiteurs, il est présumé que ceux-ci se sont obligés solidairement* ». La norme expresse exigeant la solidarité demandée par ceux qui militaient en faveur d'une responsabilité individuelle existe depuis

⁴⁶² REYES VILLAMIZAR (Francisco), *Derecho societario* T. I., *op.cit.*, p.600.

⁴⁶³ Gabino PINZON, cité par REYES VILLAMIZAR (Francisco), *Derecho societario* T. I., *op.cit.*, p.601.

⁴⁶⁴ Article 825 du Code de commerce colombien : « En los negocios mercantiles, cuando fueren varios los deudores se presumirá que se han obligado solidariamente. » José Ignacio NARVAEZ, cité par REYES VILLAMIZAR (Francisco), *Derecho societario* T. I., *op.cit.*, p.601.

l'expédition de la loi 222 de 1995. Il s'agit de l'article 24 de ladite loi, qui modifie l'article 200 du code de commerce colombien.

444.- Si plusieurs dirigeants ont coopéré aux mêmes faits, ils seront solidairement responsables envers la société ou envers les tiers. Mais dans les relations entre les dirigeants fautifs, le tribunal de commerce français ou le juge civil dans le cas colombien détermine la part contributive de chacun dans la répartition du dommage.

445.- Le principe de solidarité ne pourra pas être modifié par des stipulations contraires des statuts⁴⁶⁵. Il est en effet prévu dans l'article 24 mentionné qu'est «*réputée non écrite toute clause des statuts ayant pour effet de limiter la responsabilité au montant de la caution ou d'exonérer le dirigeant de toute responsabilité* » La souscription d'une assurance couvrant les risques professionnels de la gestion n'exonère pas le dirigeant de sa responsabilité, ni la limite au montant assuré. La responsabilité des dirigeants est en effet illimitée.

446.- D'un autre côté, l'article 24 de la loi colombienne n°222 de 1995 signale des cas de présomption de faute pour les dirigeants sociaux. La loi présume la faute du dirigeant quand celui-ci manque à ses devoirs ou ne respecte pas les limites de ses fonctions. De même, quand il y a violation des dispositions légales ou statutaires. La faute du dirigeant sera aussi présumée s'il propose ou exécute une décision en matière de distribution d'utilités en contravention de la loi. Une fois le dommage causé, la victime n'aura pas, dans ces cas, à prouver la faute du dirigeant. La charge de la preuve est inversée. Ce sera au dirigeant de démontrer qu'il n'a pas commis de faute pour se libérer de sa responsabilité.

447.- L'article 24 de la loi colombienne 222 de 1995 signale enfin dans quels cas le dirigeant pourra être exonéré de sa responsabilité. Il pourra lui échapper quand il n'aura pas eu connaissance de la décision collective qui est à l'origine du préjudice. Il pourra aussi échapper si, alors qu'il a eu connaissance de la décision collective, il a voté

⁴⁶⁵ Article 24 de la loi colombienne 222 de 1995, dernier alinéa : « Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos. »

contre celle-ci et ne l'a pas exécutée. Ces deux conditions sont cumulatives. Il ne suffit pas d'avoir voté contre. Le dirigeant devra aussi s'abstenir d'exécuter la décision collective. Pour ce faire, la démission sera l'expression la plus claire de sa volonté de ne pas exécuter la décision. Sans aller jusque là, le droit colombien accepte pour preuve de désaccord les procès verbaux des réunions et les documents liés à la gestion d'où il doit ressortir que le dirigeant n'a ni voté ni exécuté la décision. Dans tous les cas, le dirigeant devra rapporter la preuve de son ignorance de la décision collective, ou bien qu'il a voté contre et ne l'a pas exécutée. De cette façon la présomption légale simple pourra être renversée⁴⁶⁶.

448.- Ce mécanisme signalé par l'article 24 (qui modifie l'article 200 du code de commerce colombien) visant à permettre au dirigeant de démontrer son désaccord sur la décision fautive et le délier ainsi de sa responsabilité, a un écho dans la pratique du droit français. Le système français permet aussi à l'administrateur d'invoquer l'exonération de sa responsabilité, « *s'il parvient à faire état de son désaccord sur l'adoption de la mesure, caractérisée par une attitude positive et non par une simple abstention.* »⁴⁶⁷. Il pourrait s'agir de la consignation de ses protestations dans le procès verbal, ou la démission dans les cas les plus graves.

449.- Tant en France qu'en Colombie il y aura de solidarité quand la décision a été prise par plusieurs dirigeants. Il existe dans les deux régimes juridiques la même orientation sur ce type de responsabilité civile. La solidarité ressort du fait de la collégialité de l'organe de gestion, ou de la participation de plusieurs dirigeants dans le même fait dommageable. La possibilité d'une responsabilité individuelle est exprimée en droit français quand le dirigeant a agi seul ou quand il n'appartient pas à un organe collégial. En droit colombien, cette possibilité n'est pas exprimée par la loi commerciale. Elle reste sous entendue. L'exonération de la responsabilité est possible dans les deux régimes juridiques. Pour s'exonérer de responsabilité le dirigeant doit prouver son désaccord sur l'adoption de la décision fautive, soit par des procès verbaux d'où doit

⁴⁶⁶ La Cour constitutionnelle colombienne, Sentence C123 du 22 février 2006, a déclaré constitutionnelle la présomption légale simple de culpabilité contenue dans l'article 24 de la loi 222 de 1995. Corte Constitucional, 22 février 2006, Sent. C-123, M.P Clara Ines Vargas [en ligne], disponible sur <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-621-03.htm>>

⁴⁶⁷ Jurisclasseur Commercial Fasc.1053: Dirigeants Sociaux, responsabilité civile, op.cit.

ressortir qu'e le dirigeant n'a pas voté la décision (qu'en outre il doit s'abstenir d'appliquer) dans le cas colombien, ou qu'il s'est opposé à l'adoption de la mesure dans le cas français. Dans les deux cas l'hypothèse de la démission reste la plus catégorique des preuves visant à exonérer de responsabilité le dirigeant.

450.- Si le fondement de la responsabilité des dirigeants repose dans les deux pays dans les normes que nous venons d'évoquer, il n'en reste pas moins que les dirigeants des deux pays sont liés à la société par un contrat de mandant. L'inexécution ou la mauvaise exécution de ce contrat engagerait la responsabilité contractuelle des dirigeants face à la société. Mais les dirigeants sont aussi responsables face aux tiers. L'exercice du pouvoir de gestion peut produire des dommages. Les dirigeants seront extra contractuellement responsables face aux tiers. Il est donc nécessaire de voir quels sont les fondements de la responsabilité contractuelle et extra contractuelle des dirigeants. Voyons maintenant quels sont les fondements de fait de cette responsabilité.

1.2.1.2. Sous-section 2 - Les circonstances de fait

451.- La responsabilité des dirigeants a évolué, tant en France qu'en Colombie, dans le sens de la professionnalisation de l'activité de gestion et de direction des entreprises. Comme on a pu le constater dans la première partie de ce travail, le caractère professionnel des dirigeants sociaux justifie l'existence d'une série de devoirs qui leur sont particulièrement exigibles, et d'une responsabilité plus exigeante.

452.- Les dirigeants sont plus rigoureusement responsables en raison des intérêts qu'ils doivent protéger. La défense des intérêts de la société constitue le corps de leur métier. Le régime de leur responsabilité obéit tant à des devoirs de comportement spécifiques à ces agents qu'à un statut de détenteurs d'un pouvoir de droit privé qu'ils ne peuvent exercer que dans certaines limites⁴⁶⁸. « *L'évolution de la responsabilité civile des dirigeants sociaux est le reflet des évolutions conjuguées de la responsabilité civile*

⁴⁶⁸ Voir les numéros 68, 69 et 70 supra.

pour faute et des exigences du corps social envers tout détenteur d'un pouvoir économique (...) »⁴⁶⁹

453.- Les préjudices causés par la conduite défectueuse du dirigeant peuvent être d'ordre interne ou externe à la société. Tenant compte de cette dualité de préjudices, la doctrine et la jurisprudence française et colombienne considèrent que face aux associés et à la société, le fondement de la responsabilité est contractuel, et face aux tiers il est délictuel⁴⁷⁰.

454.- Sur le plan interne, la responsabilité est celle d'un mandataire à l'égard de son mandant⁴⁷¹.

455.- Le dirigeant qui agit au nom de la société est considéré comme mandataire « *par analogie ou emprunt, selon le contexte institutionnel ou contractuel que l'on préfère, et avec quelques adaptations légales destinées à favoriser l'exercice de l'action : inefficacité du quitus, action sociale ut singuli* »⁴⁷². C'est ainsi que le terme de « mandataires sociaux » leur est appliqué par les textes de loi et par la jurisprudence des deux pays⁴⁷³. Le dirigeant est lié à la société par un contrat de mandat⁴⁷⁴, fondement de leur devoir de loyauté face aux associés et face à la société⁴⁷⁵. Les obligations contractuelles à la charge de ces agents économiques découlent du contrat de mandat qui les unit à la société.

⁴⁶⁹ VIDAL (Dominique), *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, Cahiers Droit de l'Entreprise, 2001, n°3, pp. 16-21.

⁴⁷⁰ Cass. Com, 8 mars 1982, Rev. Soc, 1983, p.573 note Guyon.

⁴⁷¹ VIDAL (Dominique), *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, op.cit., spéc. p. 17.

⁴⁷² Idem.

⁴⁷³ Voir n°24 *supra*.

⁴⁷⁴ Voir les numéros 47 et 48 *supra*.

⁴⁷⁵ Voir n°66 *supra*.

456.- Sur le plan externe, l'exercice du pouvoir de gestion du dirigeant peut causer des dommages aux tiers. En principe, quand la société est solvable ou *in bonis*, sa responsabilité n'est que subsidiaire, vu son caractère de représentant de la société. Seule la société assume les obligations contractées par son représentant. Les tiers préféreront se retourner contre la personne morale, tenue pour seule responsable et plus solvable. C'est seulement de façon exceptionnelle qu'ils pourront engager la responsabilité du dirigeant.

457.- En principe, la société constitue, par le fait de sa personnalité morale, un voile protecteur du patrimoine de ses dirigeants. Elle sera la seule responsable des agissements de ses représentants. Les dommages causés aux tiers par les dirigeants ne compromettent pas leur patrimoine personnel, mais seulement celui de la société.

458.- Mais parfois le dirigeant pourra être appelé à indemniser les tiers victimes en cas d'impossibilité de dédommagement par la société. Par exemple en cas d'insuffisance d'actif social causé par la mauvaise gestion et apparu à la suite de la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou à la suite d'une liquidation judiciaire (article L 651-2 du Code de commerce français et article 82 de la Loi colombienne n°1116 de 2006 sur le nouveau régime d'insolvabilité)⁴⁷⁶. Cela peut aussi se produire en cas de faute détachable des fonctions.

459.- Par ailleurs, en Colombie la responsabilité personnelle des dirigeants envers les tiers est recherchée en cas « d'abus de la personnalité morale de la société », quand la société est utilisée dans l'intérêt personnel exclusif des dirigeants. Par exemple lorsque l'objet social cache une activité réellement exercée par la société. Dans ce cas la théorie nord-américaine dite de la « *desestimacion de la personalidad juridica de la compania* » (perforation du voile sociétaire) permet de déclarer les dirigeants comme seuls responsables en cas d'abus de la personnalité morale. Dans le système juridique nord-américain, où cette jurisprudence trouve son origine, il s'agit d'une perforation du

⁴⁷⁶ Jurisclasseur Commercial Fasc.1053, op. cit, spéc, n°27. Article 82 de la Loi colombienne 1116 de 2006: « Cuando la prenda común de los acreedores sea desmejorada con ocasión de conductas, dolosas o culposas de los socios, administradores, revisores fiscales y empleados, los mismos serán responsables civilmente del pago del faltante del pasivo externo. (...) ».

voile sociétaire qui cherche à atteindre la limitation de la responsabilité propre aux systèmes sociétaires de capitaux. Le juge ne prête pas attention à la limitation de responsabilité s'agissant de dirigeants ou associés fautifs, et les déclare personnellement responsables pour des obligations de la société, comme si ces obligations étaient propres au dirigeant ou associé. Cette théorie permet de rendre responsable un dirigeant ou associé, ou plusieurs, déterminés par le juge. A aucun moment, la personnification morale de la société n'est supprimée.⁴⁷⁷

460.- D'après cette théorie accueillie par le droit colombien, dans certains cas, la jurisprudence peut ignorer le principe de séparation patrimoniale entre la société et les associés ou actionnaires (ou dirigeants) afin de faire endosser à ces derniers la responsabilité pour des obligations sociales acquises envers des tiers.

461.- La théorie de la « *desestimacion de la personalidad juridica* » est appliquée par la jurisprudence colombienne en cas d'utilisation de la forme sociétaire pour développer des activités en violation de la loi, ou de confusion de patrimoines entre la société et le dirigeant ou un associé. Le législateur colombien l'a adoptée dans le cas de la société unipersonnelle à responsabilité limitée. L'article 71 de la loi 222 de 1995 précise que dans les cas où il y a utilisation illégale de la société unipersonnelle à responsabilité limitée, ou si celle-ci est utilisée en préjudice des tiers, le propriétaire du capital social et les administrateurs de la société seront solidairement responsables des obligations nées de tels actes et des préjudices causés⁴⁷⁸.

462.- Les circonstances extérieures de la responsabilité civile des dirigeants sont, comme pour la responsabilité civile d'ordre commun, l'existence d'une faute, d'un dommage et du lien de causalité. Sauf que le fait générateur, élément variable de la responsabilité pour Carbonnier, ne sera pas de n'importe quel type s'agissant des dirigeants. Si face à

⁴⁷⁷ Pour cette raison, des auteurs comme «Lewis Solomon préfèrent parler de « piercing the veil of limited liability » (« desestimacion de la limitacion de responsabilidad »). REYES VILLAMIZAR (Francisco), Derecho societario, Tome I, op.cit, p.262 n°9.

⁴⁷⁸ Loi colombienne n°222 de 1995 artículo 71, paragraphe: « Cuando se utilice la empresa unipersonal en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, el titular de las cuotas de capital y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.».

la société et aux associés il peut constituer une faute de gestion, face aux tiers il devra s'agir d'une faute détachable des fonctions. Ceci nous amène à examiner les conditions de la responsabilité des dirigeants.

1.2.2. Section 2 - Les conditions d'existence de la responsabilité civile

463.- Pour être déclarés responsables, il est nécessaire dans le régime juridique des deux pays que les dirigeants des sociétés commerciales aient commis une faute, qu'il existe un dommage et un lien de causalité entre eux.

1.2.2.1. Sous-section 1 - La faute

464.- Pour que les tribunaux des deux pays retiennent la responsabilité face à la société et aux associés et face aux tiers, il est nécessaire que le dirigeant ait commis une faute qui doit être prouvée. Dans le premier cas il peut s'agir de la violation de la loi ou des statuts, et d'une faute de gestion. Dans le deuxième cas il s'agira d'une faute séparable des fonctions.

1.2.2.1.1. Paragraphe 1 - La faute dans la responsabilité envers la société ou les associés

465.- Dans les deux régimes franco-colombien, le dirigeant sera responsable face à la société et face aux associés s'il commet des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires ou s'il viole le texte des statuts. Sa faute pourra revêtir des expressions très variées et se produire à des moments divers. En effet, elle pourra être commise dans les deux pays avant que la société n'existe en tant que personne morale, pendant la vie de la société et après la cessation des fonctions de gestion.

1.2.2.1.1.1. Le dirigeant pourra être déclaré responsable des irrégularités commises lors de la constitution de la société

466.- Le droit des deux pays traite différemment la responsabilité du dirigeant pour les fautes commises lors de la constitution de la société. Concernant les formalités de constitution, la loi française exige essentiellement la rédaction du contrat par écrit (les statuts) et des formalités de publicité, lesquelles comprennent d'une part une publicité par avis publié dans les journaux d'annonces légales et, d'autre part, des formalités à accomplir au registre du commerce et des sociétés. La publicité est indispensable pour permettre aux tiers de connaître l'existence de la société⁴⁷⁹.

467.- Le droit français distingue selon que les irrégularités de constitution sont ou ne sont pas à l'origine de la nullité de la société. Si ces irrégularités n'impliquent pas la nullité de la société, il y aura responsabilité solidaire entre les membres fondateurs et les premiers administrateurs. L'article L 210-8 du code de commerce français précise en effet que « *Les fondateurs de la société, ainsi que les premiers membres des organes de gestion, d'administration, de direction et de surveillance sont solidairement responsables du préjudice causé par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts ainsi que par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite par la loi et les règlements pour la constitution de la société. (...)* » Les membres fondateurs et les premiers administrateurs de la société sont responsables solidaires lors de la constitution de la société, si une formalité obligatoire n'est pas observée ou est mal observée. La faute par omission visée par cet article n'est cependant pas suffisamment grave pour mériter la nullité de tout l'acte de constitution de la société.

468.- Cette responsabilité est différente en droit colombien. Si elle est solidaire entre les membres fondateurs, ou entre les premiers administrateurs, il faut se situer au moment de commission de la faute. En droit colombien il existe deux étapes visant la constitution de la société : une étape constitutive et une autre déclarative. Dans chacune de ces étapes la responsabilité aura différents destinataires. D'abord, dans l'étape

⁴⁷⁹ MESTRE (Jacques) et PANCRAZI (Marie-Eve), *Droit commercial*, 28^e éd, Paris: LGDJ, 2009, 1196 pages, spéc. n°238.

constitutive, un contrat de promesse d'acte peut être passé entre les fondateurs. Ce contrat, qui contient les statuts de la société, devra ensuite faire l'objet d'une signature devant notaire (*escritura publica de constitucion*). Ce principe, propre au droit colombien, de constitution par document signé devant notaire connaît quelques exceptions. Les sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée, les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés par actions simplifiée et les sociétés de petite dimension appelées *microempresas* (qui sont celles dont le personnel n'est pas supérieur à 10 salariés ou les actifs ont une valeur inférieure à 500 salaires minimums mensuels) peuvent, quant à elles, se constituer sous seing privé. Ensuite, dans l'étape déclarative, l'acte doit faire l'objet d'un enregistrement pour des fins de publicité au registre du commerce de la chambre de commerce du domicile social.

469.- Quand il y a des irrégularités dans le contrat de promesse, la loi précise la responsabilité solidaire et illimitée des promettant associés pour les opérations passées avant la constitution de la société promise⁴⁸⁰. Il est en effet possible que les fondateurs passent des actes qui tendent à faciliter la constitution de la société, comme par exemple l'embauche de personnel ou la demande de crédits d'emprunt. Ils seront donc solidairement responsables pour les obligations dérivées de ces actes.

470.- Une fois l'acte notarié signé mais pas encore enregistré, les responsables ne seront plus les membres fondateurs mais ceux qui auront été identifiés par les statuts en qualité de premiers dirigeants. Ces administrateurs deviendront solidairement responsables face à la société et face aux tiers pour les obligations passées au nom de la société⁴⁸¹. L'article 116 du code de commerce colombien énonce en effet la responsabilité solidaire des administrateurs qui concluraient des actes liés à l'activité de la société sans que celle-ci ait été préalablement enregistrée.

⁴⁸⁰ Article 119 du code de commerce colombien, alinéa 2: "*Los promitentes responderán solidaria e ilimitadamente de las operaciones que celebren o ejecuten en desarrollo de los negocios de la sociedad prometida, antes de su constitución, cualquiera que sea la forma legal que se pacte para ella.*"

⁴⁸¹ Article 116 du code de commerce colombien, paragraphe « Los administradores que realicen actos dispositivos sin que se hayan llenado los requisitos exigidos en este articulo [registro de la escritura publica de constitucion], responderán solidariamente ante los asociados y ante terceros de las operaciones que celebren o ejecuten por cuenta de la sociedad, sin perjuicio de las demás sanciones legales. »:

471.- Le registre de l'acte de constitution a un caractère déclaratif. Il est prévu à des fins de publicité pour rendre l'existence de la société opposable aux tiers. L'enregistrement aura pour conséquence la responsabilité de la société face aux tiers.

472.- La responsabilité pour violation de la loi avant l'existence même de la société dépendra, en droit colombien, du moment où l'on se place. Avant la signature de l'acte notarié, elle correspondra aux promettant associés quand un contrat de promesse de société a été passé entre eux. Une fois l'acte de constitution signé devant notaire, la responsabilité sera des premiers dirigeants, comme en droit français. Cette responsabilité des premiers dirigeants disparaîtra en droit colombien une fois que l'acte soit enregistré, car à partir de ce moment c'est à la société qu'elle appartiendra. Pour les sociétés qui peuvent être constituées sous seing privé, les associés (ou actionnaires dans le cas de la société par actions simplifiée) cesseront d'être directement responsables une fois que l'acte privé de constitution soit enregistré. A partir de l'enregistrement, ce sera la société qui sera responsable face aux tiers.

1.2.2.1.1.2. Le dirigeant sera responsable du fait de l'annulation de la société

473.- La nullité étant un événement grave et dommageable, la loi pose en principe que cette sanction ne peut résulter que d'une disposition légale expresse (article L 235-1 du code de commerce français). Si les irrégularités de constitution ont pour conséquence la nullité de la société, le droit français précise qu'il y a responsabilité solidaire des premiers gérants, associés et membres fondateurs⁴⁸² pour les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée. Ces dispositions sont applicables aux membres du

⁴⁸² Article L 223-10 du code de commerce français pour les sociétés à responsabilité limitée: « Les premiers gérants et les associés auxquels la nullité de la société est imputable sont solidairement responsables, envers les autres associés et les tiers, du dommage résultant de l'annulation. L'action se prescrit par le délai prévu au premier alinéa de l'article L. 235-13. », c'est-à-dire trois ans à compter du jour où la décision d'annulation est passée en force de chose jugée. Article L 225-249 du code de commerce français pour les sociétés anonymes: « Les fondateurs de la société auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonction au moment où elle a été encourue peuvent être déclarés solidairement responsables du dommage résultant pour les actionnaires ou pour les tiers de l'annulation de la société. La même responsabilité solidaire peut être prononcée contre ceux des actionnaires dont les apports ou les avantages n'ont pas été vérifiés et approuvés. » Ces dispositions sont applicables aux membres du conseil de surveillance (article L226-12 du code de commerce français). Il n'existe pas de disposition en matière de société en nom collectif ou en commandite. Pour celles-ci le droit applicable sera le droit commun.

conseil de surveillance (article L226-12 du code de commerce français). Il n'existe pas de disposition en matière de société en nom collectif ou en commandite. Pour celles-ci le droit applicable sera le droit commun. La disparition de la cause de nullité ne met pas obstacle à l'exercice de l'action en dommages et intérêts tendant à la réparation du préjudice causé par le vice dont la société est entachée. Cette action se prescrit par trois ans à compter du jour où la nullité a été couverte (article L 235-13 du Code de commerce français).

474.- Le droit colombien distingue entre nullité absolue et nullité relative (conformément au droit commun). La nullité absolue du contrat de société survient plus particulièrement de l'illicéité de l'objet ou de la cause du contrat. La loi précise que les associés et administrateurs seront solidairement responsables du passif externe de la société et des préjudices en cas de nullité absolue du contrat social pour objet ou cause illicites⁴⁸³. Ces personnes seront par ailleurs écartées de la vie du commerce pendant une période de 10 ans. Ces nullités ne sont pas surmontables. La nullité relative sera elle surmontable par ratification ou par prescription de deux ans⁴⁸⁴. Ce type de nullité tient en cas de vice de consentement ou à l'incapacité d'un associé. Seulement la personne atteinte du vice de consentement ou de l'incapacité pourra l'invoquer. Cette personne ne sera pas responsable des conséquences de la nullité relative ; elle quittera la société et aura le remboursement de son apport.

1.2.2.1.1.3. Violation des dispositions légales ou réglementaires en droit des sociétés

475.- La violation des dispositions légales ou réglementaires constitue une faute commise durant la gestion de la société. Cette infraction est prévue dans les législations des deux pays. Les deux régimes juridiques traitent d'une manière très similaire ce type de faute. Ainsi, une décision de la Cour d'appel de Reims du 27 mai 2009⁴⁸⁵ a énoncé que

⁴⁸³ Article 105 du code de commerce colombien: "Los asociados y quienes actúen como administradores responderán ilimitada y solidariamente por el pasivo externo y por los perjuicios causados. Además quedarán inhabilitados para ejercer el comercio por el término de diez años desde la declaratoria de nulidad absoluta."

⁴⁸⁴ Article 108 du code de commerce colombien.

⁴⁸⁵ CA Reims, 27 mai 2009, Jurisdata 2009-02-2510, Droit des sociétés décembre 2010 n.12, comm.1238, R. Salomon

l'obstacle mis aux vérifications ou contrôles des commissaires aux comptes ou le refus de leur communiquer sur place toutes pièces utiles à l'exercice de leur mission, est une faute du dirigeant de l'entité contrôlée, constitutive du délit d'entrave aux fonctions du commissaire aux comptes. Dans l'espèce, le rapport de gestion qui, aux termes des articles L 232-1 et R 232-1 du Code de commerce doit être « *mis à disposition du commissaire aux comptes un mois au moins avant la convocation de l'assemblée des associés ou des actionnaires appelés à statuer sur les comptes annuels de la société* » n'avait pas été remis dans les délais prévus par ces textes. La violation des normes légales est avérée et constitue une faute du dirigeant. Le dirigeant peut commettre une faute en réalisant des agissements divers tendant à éluder ou empêcher le contrôle légal des comptes. Par exemple, il peut refuser l'entrée dans les locaux de la société au commissaire aux comptes (ou à l'expert de minorité)⁴⁸⁶, il peut mentir ou être réticent à fournir des explications, il peut encore fournir des documents incomplets⁴⁸⁷, ou chercher à tromper le commissaire aux comptes afin de dissimuler des pertes⁴⁸⁸.

476.- Les dirigeants doivent, pendant la durée de leur mandat, observer les statuts, les lois et les règlements, ainsi que respecter les obligations auxquelles ils sont tenus. Tout écart à ces devoirs de conduite sera sanctionné. Le droit français et le droit colombien expriment la responsabilité des dirigeants de toutes les sociétés, soit des infractions aux lois et règlements, soit de la violation des statuts, soit de leurs fautes de gestion. Par exemple, le défaut de convocation à l'assemblée annuelle, les irrégularités dans la tenue des comptes sociaux, le refus de communiquer des documents sociaux à un associé. L'obligation imposée aux sociétés par l'art. L225-37 du Code de commerce de se référer à un code de gouvernement d'entreprise (ou du moins à s'expliquer si tel n'est pas le cas) permettra d'apprécier la faute des dirigeants qui ne respectent pas les préconisations qui y figurent, de sorte que leur violation serait constitutive d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶ Cass. Crim. 8 juin 1993, n. 92 84 092, Bull. Joly Soc. 1993 p. 906 obs. Barbiéri, Rev. Soc. 1993 p. 860 obs. Bouloc.

⁴⁸⁷ T. corr. Paris, 30 mai 1990, Bull. CNCC 1990 p. 365 note Pontavice.

⁴⁸⁸ Cass. Crim, 6 mai 2009, Dt et Soc. 2009, comm. 212 obs. Salomon.

⁴⁸⁹ MARTIN (Didier) et TAT (Oun), La responsabilité civile des administrateurs des sociétés- évolutions jurisprudentielles, JCPG n.26, 28 juin 2010 p. 740

477.- L'infraction aux lois et règlements implique que le dirigeant soit conscient du caractère illicite de son comportement contraire à la loyauté dont il doit faire preuve. Mais les négligences et oublis lui sont aussi reprochables. Il sera ainsi tenu pour responsable dans les deux pays du fait de ne pas inclure dans les documents de la société l'expression « société en liquidation » qui a pour objet d'informer les tiers sur la situation patrimoniale compromise de la société⁴⁹⁰.

478.- Les obligations à charge des dirigeants sont diverses et nombreuses⁴⁹¹. La violation de l'une d'elles permet d'engager leur responsabilité. Mais il ne s'agit pas de la violation du seul droit des sociétés. Les obligations et devoirs des administrateurs découlent aussi du droit privé. Ainsi, le paiement tardif d'une dette de la société ayant généré un intérêt moratoire important pour celle-ci constitue une faute qui est à la charge du dirigeant⁴⁹².

1.2.2.1.1.4. *Violation des statuts*

479.- La deuxième irrégularité prévue dans les lois des deux pays pouvant être commise par le dirigeant pendant la durée de gestion de la société, concerne la violation des statuts. Comme toute convention, les statuts tiennent lieu de loi entre les parties. Mais les décisions sociétaires prises par l'organe social en violation de statuts ne sont pas nulles pour autant⁴⁹³. Une décision de la Cour de cassation, chambre commerciale, du 10 mai 2010 apporte une réponse claire –et négative– à la question de l'applicabilité de la nullité aux décisions sociétaires prises en violation des statuts ou du règlement

⁴⁹⁰ REYES VILLAMIZAR (Francisco), *Derecho societario*, 2ème édition, Tome II, Bogota: Temis, 2006, 597 pages, spéc. p.349; Cass. Com, 18 février 1997, *Société Voyages Point Bleu et M. Rivière c/ Société Voyages Verdié*, *Revue des Sociétés*, 1997, page 523, note Didier.

⁴⁹¹ Elles ont été traitées dans le chapitre sur les obligations particulières aux dirigeants sociaux, dans les numéros 46 et suivants *supra*.

⁴⁹² Cass. Com, 12 janvier 1993, Bull. Joly, 1993, page 336.

⁴⁹³ Cass. Com, 10 mai 2010, *Société Française de gastronomie c/ SAS Larzul*, JCPG n.37, 13 septembre 2010, note A. Couret.

intérieur de la société. L'espèce impliquait une SAS mais la solution concerne la « nullité des actes ou délibérations pris par les organes d'une société commerciale ».

480.- Les statuts doivent être respectés par les dirigeants, très particulièrement en matière de clauses limitatives des pouvoirs. Ce cas est traité de manière différente en France et en Colombie. Dans le régime français, les clauses limitatives de pouvoirs sont inopposables aux tiers. La société demeure tout de même engagée vis-à-vis des tiers de bonne foi, par le fait de son dirigeant même si celui-ci agit contrairement aux statuts. Si l'acte est préjudiciable à la personne morale, la société pourra toujours agir en réparation contre le dirigeant.

481.- En droit colombien, au contraire, les clauses limitatives de pouvoirs contenues dans les statuts seront inopposables au tiers seulement si les statuts ont fait l'objet d'un enregistrement. Si les statuts n'ont pas été enregistrés, les clauses limitatives pourront être opposables aux tiers : « *Les limitations ou restrictions aux facultés antérieurement décrites qui ne seraient expressément prévues dans le contrat social régulièrement inscrit au registre ne seront pas opposables aux tiers.* » (article 196 du Code de commerce colombien)⁴⁹⁴.

482.- La violation des statuts est invoquée en particulier dans le cas colombien, lorsque le dirigeant omet, sciemment ou non, de solliciter l'autorisation des associés ou des actionnaires avant de conclure un contrat avec des tiers. Normalement, une autorisation est statutairement prévue lorsque les contrats excèdent un certain montant.

483.- Ce type de faute ne pose pas de réels problèmes d'interprétation, car la norme transgressée est facilement repérable. Tel n'est pas le cas de la faute de gestion.⁴⁹⁵

1.2.2.1.1.5. Faute de gestion

⁴⁹⁴ Article 196 du code de commerce colombien: "(...) Las limitaciones o restricciones de las facultades anteriores que no consten expresamente en el contrato social inscrito en el registro mercantil no serán oponible a terceros."

⁴⁹⁵ Cass. Com, 18 février 1997, Société Voyages Point Bleu et M. Rivière c/ Société Voyages Verdié, Revue des Sociétés, 1997, page 523, spéc. n°258.

484.- La troisième irrégularité prévue par les lois des deux pays étudiés concerne la faute de gestion. Le dirigeant sera responsable face à la société et face aux tiers s'il n'agit pas en bon professionnel. Le modèle de conduite qu'il doit observer dans les deux pays (celui de l'homme de métier) lui impose le devoir d'être loyal vis-à-vis de la société et de ses associés⁴⁹⁶.

485.- La faute de gestion, comme nous avons eu l'occasion de l'évoquer précédemment, sera de type professionnel⁴⁹⁷. Les tribunaux des deux pays condamnent le dirigeant qui s'écarte du comportement de l'administrateur consciencieux, honnête et respectueux des règles normales de la gestion sociétaire⁴⁹⁸. Dans le cadre de la faute professionnelle il y a, comme on l'a vu, un alourdissement de la responsabilité de celui qui a causé le dommage, par rapport au droit commun: la faute légère pourra être qualifiée de lourde⁴⁹⁹, et la faute très légère, juridiquement neutre pour les particuliers, sera au minimum considérée comme une faute légère pour l'homme de métier⁵⁰⁰. La faute du dirigeant n'a pas à être dolosive ou lourde car, en raison de son caractère professionnel, même une faute légère suffira à le déclarer responsable. La loi colombienne commet ici une imprécision dans l'article 24 de la loi 222 de 1995, lorsqu'elle affirme que « *les dirigeants sont responsables de façon solidaire et illimitée pour les préjudices occasionnés à la société, les associés ou les tiers par leur faute ou leur dol.* » En matière de responsabilité civile professionnelle on n'a pas à parler de faute dolosive car le professionnel est responsable même d'une faute légère. L'étude de la responsabilité civile professionnelle s'avère être utile en droit colombien car il permet d'éclairer les juristes et interprètes colombiens sur le contenu de la faute professionnelle.

⁴⁹⁶ Voir n°57 et ss., supra.

⁴⁹⁷ Voir n°36 et ss., supra.

⁴⁹⁸ Le BARS (Benoît), Responsabilité civile des dirigeants sociaux, Répertoire Dalloz Droit des Sociétés, juin 2010, op. cit, spéc. p.9.

⁴⁹⁹ CARBONNIER, (Jean), Droit Civil, Les biens – les obligations, Paris : PUF Quadrige Manuels, 2004, Vol II, 2574 pages, spéc. n°1072.

⁵⁰⁰ Le TOURNEAU (Philippe), Responsabilité civile professionnelle, op.cit, p.21.

486.- Les hypothèses de faute de gestion sont très diverses. Les actes retenus comme fautifs par les tribunaux des deux pays seront certainement comparables dans les deux régimes juridiques. Il peut s'agir d'une prise de décision ou d'une simple abstention. D'une façon générale, les fautes du dirigeant vis-à-vis de la société consisteront dans des agissements ou abstentions contraires aux intérêts de celle-ci. En effet, les juges retiennent comme fautif tout comportement contraire à l'intérêt social⁵⁰¹. Par exemple, le fait de percevoir une rémunération importante ne correspondant pas à la charge effective de travail réalisé au profit de la société qui connaît par ailleurs d'importantes pertes⁵⁰², ou le fait de défavoriser la société dirigée au profit d'autres sociétés où le dirigeant a des intérêts plus importants⁵⁰³. Face aux associés, la faute de gestion se manifestera dans la conduite déloyale à leur égard. Dans les deux cas, c'est la loyauté du dirigeant qui sera mise en cause.

487.- La faute de gestion de la société solvable ou *in bonis* sera découverte dans le cas d'une liquidation éventuelle de la société⁵⁰⁴. Mais son appréciation sera différente selon l'état économique de la société: dans la société *in bonis* le dirigeant sera condamné par une faute de gestion caractérisée, tandis que dans la société mise en liquidation judiciaire, les tribunaux se contenteront de déceler une faute d'ordre général qui pourrait avoir contribué à créer le mauvais état financier de la société⁵⁰⁵.

1.2.2.1.1.5.1. L'appréciation de la faute de gestion

488.- Pour apprécier la faute de gestion, les tribunaux des deux pays doivent se situer en amont. Ils doivent remonter à la date des faits pour éviter que la connaissance du résultat final ne mette en cause une décision qui au départ semblait correcte. « *Il n'est*

⁵⁰¹ Cass. Com. 7 octobre 1997, JCPE 1997, I, p. 710 obs Caussain et Viandier ; Bull Joly 1997.1074 note Daigre.

⁵⁰² CA Bordeaux, 2^ech. 23 avril 2007, *Lalanne c/ SARL ECF CESRFP*, RJDA 2008, n°288.

⁵⁰³ Cass. Com. 11 juillet 2006, JCPE 2006, 2512.

⁵⁰⁴ SCHOLASTIQUE (Estelle), Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés, op.cit, n°258.

⁵⁰⁵ Idem.

donc possible de sanctionner que des décisions déraisonnables au moment où elles ont été prises »⁵⁰⁶.

489.- La gestion de toute société suppose la prise de risques. Ce n'est pas parce qu'un risque se réalise que le dirigeant sera forcément tenu pour responsable. Les magistrats laissent en effet une certaine marge d'erreur inhérente à toute prise de décision dans le monde des affaires. Ils apprécient si globalement la gestion a été correcte, si le dirigeant a agi de bonne foi et dans le respect des usages de sa profession⁵⁰⁷.

490.- Le comportement du dirigeant est apprécié *in abstracto*, en fonction de celui d'un dirigeant prudent, diligent et actif au regard des circonstances à l'époque de sa commission⁵⁰⁸. Des conditions « internes » à la personnalité du dirigeant, comme l'incompétence ou l'inexpérience, ne sauraient être exonératoires de responsabilité⁵⁰⁹. Par contre, des éléments plus concrets comme la taille de la société ou le caractère gratuit ou onéreux du mandat peuvent influencer dans l'appréciation du juge. On ne dirige pas, en effet, une entreprise de taille familiale comme on dirige une grande société cotée en bourse. On ne peut pas exiger les mêmes diligences des dirigeants de chacune de ces sociétés, de même que du dirigeant qui exerce gratuitement son activité⁵¹⁰.

491.- Ces solutions se retrouvent aussi en droit colombien. La loi colombienne n°222 de 1995 précise en effet le devoir d'agir avec la « diligence de l'homme de métier ». Elle précise par ailleurs que les administrateurs doivent agir dans l'intérêt de la société, en tenant compte des intérêts des associés. La *Superintendencia de Sociedades* précise qu'un niveau supérieur de prudence et diligence est exigible des administrateurs. Cette

⁵⁰⁶ Répertoire Sociétés Dalloz, Responsabilité civile des dirigeants sociaux, op.cit, spéc. n°38; GUYON (Yves), Droit des affaires, droit commercial général et sociétés, op. cit, spéc. n°459.

⁵⁰⁷ Idem.

⁵⁰⁸ RIPERT (Georges), ROBLOT (René), *Traité de Droit Commercial*, 17^{ème} édition, sous la direction de Michel Germain, Tome 2, Paris : LJDG, 2004, 1323 pages, spéc. n°1367 ; SCHOLASTIQUE (Estelle), *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés*, op.cit, spéc n°263 ; GUYON (Yves), *Droit des affaires, droit commercial général et sociétés*, op. cit, spéc. n°459.

⁵⁰⁹ SCHOLASTIQUE (Estelle), *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés*, op.cit, n°258.

⁵¹⁰ Idem, spéc n°263; GUYON, *op. cit*, n°459.

exigence légale existe depuis l'expédition de la loi 222 de 1995, loi qui a consacré le modèle de référence de l'homme de métier⁵¹¹. Cet organisme a ainsi affirmé que « *La nouvelle loi [la loi 222 de 1995] exige des administrateurs le devoir de diligence de l'homme de métier. C'est-à-dire la diligence que montrerait tout commerçant dans la gestion de ses propres affaires. Ceci suppose un effort plus important et un devoir de conduite plus exigeant des administrateurs dans la gestion sociale.* »

492.- On retrouve parmi ces deux dispositions du droit colombien, d'un côté le modèle de référence existant aussi en droit français, et de l'autre, le devoir de faire prévaloir l'intérêt de la société sur son intérêt personnel. Le contraire serait constitutif d'une faute de gestion. Il faut remarquer qu'en droit colombien, comme en droit français, la faute de gestion doit être prouvée. Ceci est mis en évidence par la norme colombienne qui précise les cas de présomption de faute. L'article 200 du Code de commerce colombien (réformé par l'article 24 de la loi 222 de 1995) énonce les cas de présomption de faute dans ces termes: « (...) *La faute du dirigeant sera présumée en cas de manquement ou extra limitation des fonctions, violation de la loi ou des statuts(...)* » Cette norme fait seulement référence à la violation des statuts ou de la loi et au manquement aux fonctions. Elle n'inclut pas la faute de gestion qui devra, elle, être prouvée.

493.- Par ailleurs, le droit colombien va encore plus loin que le français en estimant qu'il faut imposer aux dirigeants non seulement la recherche de l'intérêt social mais aussi celle de l'intérêt commun des associés⁵¹² : article 23 de la loi n°222 de 1995 : *Les administrateurs doivent agir en intérêt de la société, en tenant compte des intérêts des associés* ».

⁵¹¹ *Superintendencia de Sociedades colombiana, circ. ext. du 9 juillet 1997*: "La nueva ley exige a los administradores actuar con la diligencia propia de un buen hombre de negocios, es decir, con aquella que pondría un comerciante normal en sus propios asuntos, lo que supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia para los administradores en la conducción de los asuntos sociales".

⁵¹² C'est la position de D. SCHMITD dans *La responsabilité du conseil d'administration du fait de ses actes de gestion*, La Semaine Juridique entreprises et affaires, 28 septembre 1995, n°39, pp. 14-20.

494.- Le dirigeant étant soumis à une obligation de moyens, le demandeur doit apporter la preuve de la faute de gestion (sauf dans les cas susvisés où en droit colombien il y a présomption de faute. Car dans ces cas le demandeur n'a pas besoin de prouver la faute mais c'est l'administrateur qui devra prouver qu'il n'a pas commis de faute). La preuve de la faute de gestion pourra être faite par tous moyens. Le droit français permet dans les sociétés anonymes⁵¹³ et à responsabilité limitée⁵¹⁴ que les associés, souvent profanes dans les questions de gestion, utilisent l'*expertise de minorité*. La loi leur permet de demander par voie de justice la désignation d'un expert en gestion chargé de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion. Par ce biais ils pourront démontrer une faute de ce genre nécessaire à la réussite de leur action en responsabilité. Cette possibilité n'existe pas en droit colombien. Il serait nonobstant utile de prévoir une expertise de ce type en droit colombien, car il est souvent difficile pour les minoritaires d'apporter la preuve d'une éventuelle faute de gestion commise par le dirigeant.

495.- A l'égard des tiers, la responsabilité des dirigeants est engagée différemment. Dans chacun des deux pays, une faute séparable des fonctions sera nécessaire.

1.2.2.1.2. Paragraphe 2 - La faute dans la responsabilité envers les tiers. Exigence d'une faute séparable des fonctions.

496.- En ce qui concerne la responsabilité des dirigeants envers les tiers, les régimes juridiques de la responsabilité dans les pays étudiés sont similaires.

497.- En principe, la société fait écran à la responsabilité personnelle du dirigeant social face aux tiers. N'étant pas lié aux tiers par un contrat, le dirigeant s'efface derrière le seul maître de l'affaire qui est seul lié contractuellement envers les tiers (c'est-à-dire la société). Aussi longtemps que la société sera solvable ou *in bonis*, les tiers préféreront

⁵¹³ Code de commerce français, article L 225-231 alinéa premier.

⁵¹⁴ Code de commerce français, article L 223-37 alinéa premier.

s'adresser à elle plutôt qu'à son représentant. D'un point de vue pragmatique on suppose que la société a une meilleure solvabilité que son représentant. Or dans certains cas la responsabilité personnelle des dirigeants peut être engagée : il pourra être déclaré personnellement responsable s'il a commis une *faute séparable des fonctions*⁵¹⁵.

498.- L'évolution du droit français de la responsabilité a abouti à adopter la théorie de la faute séparable des fonctions. Les solutions retenant la responsabilité d'un dirigeant se sont inspirées du droit administratif. Le Tribunal des conflits a posé le principe de l'irresponsabilité de l'agent public agissant dans le cadre du service, dans un arrêt célèbre du 30 juillet 1873 connu comme *Arrêt Pelletier*⁵¹⁶. Pour la jurisprudence administrative, l'agent public n'est responsable que s'il a commis une faute personnelle ou détachable du service par opposition à la faute de service. A l'image du droit administratif, la chambre commerciale de la Cour de cassation affirma dans l'arrêt du 20 mai 2003 que « *La responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions ; qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales* »⁵¹⁷. Cet arrêt de principe définit (pour la première fois) la position qui avait été celle de la jurisprudence depuis plus de trente ans⁵¹⁸. En estimant dans un premier temps que le dirigeant n'est responsable que s'il a commis une faute « extérieure à la conclusion ou à l'exécution

⁵¹⁵ Elle peut aussi être engagée en vertu d'une législation spécifique en matière fiscale qui précise par exemple que le dirigeant doit payer personnellement les impôts que sa faute a empêché de recouvrer. Le dirigeant peut aussi être condamné à combler l'insuffisance d'actif en cas de procédure collective ouverte contre la société, car une disposition légale spécifique existe en ce sens.

⁵¹⁶ Arrêt *Pelletier* du 30 juillet 1873, Tribunal des Conflits, 30 juillet 1873, GAJA 2001 n°2) ; Collection Lamy Droit Civil, Droit de la responsabilité, Les responsabilités professionnelles étude 483, *La responsabilité des dirigeants de sociétés in bonis*, spéc. n°37.

⁵¹⁷ Cour de Cass, ch. Commerciale, 20 mai 2003 Mme Seusse v/s Société d'application de techniques de l'industrie (SATI), op. cit.

⁵¹⁸ Cass. Civile 31 mai 1978, Bull. Civ. I n°213; GROSSI (Isabelle), La responsabilité des dirigeants, Revue Droit et Patrimoine, septembre 2003, n°110, pp. 50-58; Cass. Com. 8 mars 1982, Rev. Soc. 1983 p.573 note GUYON op.cit : le gérant d'une SARL n'est responsable de la mauvaise exécution d'une convention passée entre la société et un tiers que s'il a commis une « faute extérieure à la conclusion ou à l'exécution du contrat ».

du contrat »⁵¹⁹, la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation a exigé ensuite une « faute personnelle »⁵²⁰. La jurisprudence a fini par retenir l'exigence d'une « faute séparable des fonctions » du dirigeant, ou une « faute personnelle détachable »⁵²¹.

499.- Mais cerner les contours de la notion de faute séparable n'a pas été aisé. On a longtemps déploré l'absence de définition de la faute séparable avant la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 20 mai 2003. Ce n'est plus le cas, même si le caractère « confus » ou « vague » de la définition a été dénoncé par certains auteurs⁵²² qui critiquent la définition de la faute séparable en la qualifiant de floue et restrictive : floue parce que des expressions « d'une particulière gravité » et « exercice normal des fonctions » sont imprécises, et restrictive car certaines attitudes resteront encore impunies, comme par exemple les fautes non intentionnelles. Mais Toute définition est par nature excluante et arbitraire. La difficulté commence même à partir de la notion de faute car la loi n'a pas défini cette notion. L'article 1382 du Code civil déclare, sans autre précision, qu'on est responsable de ses fautes. La doctrine a donné des limites à ce concept et différentes propositions ont été faites, parmi lesquelles la formule de Planiol reste très populaire (« violation d'une obligation préexistante »), de même que celle qui assimile la faute à un acte illicite⁵²³.

⁵¹⁹ Idem.

⁵²⁰ Cass. Com. 4 juin 1991, Revue des sociétés, 1992, page 55, note Chartier : « En retenant la responsabilité personnelle –du dirigeant-, sans relever aucune circonstance d'où il résulterait qu'il avait commis une faute qui soit séparable de ses fonctions de dirigeant et lui soit imputable personnellement, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

⁵²¹ Cass. Com. 17 décembre 2002, Bulletin mensuel d'information Joly Sociétés, 2003, page 423, note Godon. Pour certains, le fait que la Cour de cassation emploie le terme « *détachable* » à celui de « *séparable* » peut évoquer une intention de se rapprocher au droit administratif, qui ne distingue qu'exceptionnellement la faute personnelle de l'agent public de celle de son administration. (par exemple Barbiéri (J.F.), *Responsabilité de la personne morale ou responsabilité des dirigeants ? La responsabilité personnelle à la dérive*, Mélanges Guyon, Dalloz, 2003, page 41.)

⁵²² WESTER-OUISSE (Véronique), Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant de société séparable de ses fonctions, Dalloz Affaires, mai 1999, n°161, pp. 782-787.

⁵²³ STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), Obligations, Responsabilité délictuelle, cinquième éd., Paris : Litec, 1996, 582 pages. spéc. n°. 266.

500.- Il convient de signaler le contenu de la définition de la faute séparable apportée par l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 20 mai 2003. Cette définition concerne d'abord tous les dirigeants : les gérants de sociétés à responsabilité limitée ou des sociétés en nom collectif ; le président du conseil d'administration, le directeur général, le directeur général délégué, le président du directoire, le directeur général unique de la société anonyme ; le gérant de la société en commandite par actions ; le président de la société par actions simplifiée ; le président d'une association, le gérant de la société civile immobilière. En revanche, la faute séparable ne s'applique ni aux membres du conseil de surveillance ni aux dirigeants de fait. Les membres du conseil de surveillance sont tenus des fautes personnelles commises dans l'exécution de leur mandat (article L225-257 du Code de commerce) mais ne sont pas responsables en raison des actes de gestion ni de leur résultat. Ces personnes sont tenues de révéler les délits dont elles ont eu connaissance. A défaut, elles peuvent être déclarées civilement responsables de ces mêmes délits (article L225-257 du Code de commerce⁵²⁴. Le dirigeant de fait demeure quant à lui soumis au droit commun (article 1382 du Code civil. Ils supportent les effets négatifs du statut de dirigeant de droit mais en aucun cas se voient octroyer les bénéfices éventuels de ce statut⁵²⁵.

501.- La définition de la faute séparable apportée par la décision du 20 mai 2003 comporte trois critères qui ont été dégagés par la doctrine⁵²⁶: la faute doit être incompatible avec l'exercice normal des fonctions de dirigeant, elle doit être commise intentionnellement et elle doit être d'une particulière gravité.

a. La faute doit être incompatible avec l'exercice normal des fonctions de dirigeant en ce sens qu'elle doit être étrangère aux fonctions. Non dans un sens matériel

⁵²⁴ Collection Lamy droit civil, Lamy Droit de la responsabilité, *Les responsabilités professionnelles – Les dirigeants sociaux*, [mai 2008] étude 483, « La responsabilité des dirigeants de sociétés in bonis », spéc. n°39.

⁵²⁵ DEDESSUS-LE-MOUSTIER (Nathalie), La responsabilité du dirigeant de fait, *Revue des sociétés*, 1997, page 499.

⁵²⁶ CHAMPAUD (Claude) – DANET (Didier), Dirigeants Sociaux. Responsabilité à l'égard des tiers d'actes illicites commis au nom de la société dans l'exercice de leurs fonctions sociétaires. Acte séparable des fonctions. Nature et concept, sens et portée. Note sous Cass. Com. 20 mai 2003 (N. Seusse), *Revue Trimestrielle Droit Commercial*, 2003, n°4, pp. 741-746.

mais « intellectuel » : ainsi, un dirigeant peut rester dans l'exercice de ses fonctions mais peut les exercer anormalement dans certains cas. Les faits de l'arrêt de 2003 illustrent cette nuance : la gérante d'une société située à La Réunion avait cédé, deux fois de suite à deux établissements bancaires différents, une même créance que sa société détenait sur l'un de ses clients. Les juges du fond de Saint Denis de La Réunion l'avaient condamnée à régler personnellement le montant de la créance à l'un des deux établissements. Pour fonder cette condamnation, la Cour de saint Denis avait souligné qu'un « *gérant qui utilise sciemment des procédés malhonnêtes pour tromper les tiers ne peut prétendre avoir agi au nom de la société et ainsi espérer échapper à ses responsabilités ; que la faute commise par N. Seusse a été la cause directe du préjudice subi par la société SATI qui s'est trouvée confrontée à la liquidation judiciaire de la société SBTR prononcée quelques mois plus tard ; que c'est à bon droit que le tribunal a estimé que N. Seusse avait commis une faute de gestion séparable de ses fonctions de gérante et qu'elle devait en supporter les conséquences* ».

502.- Le dirigeant avait commis une faute en mobilisant deux fois une même créance auprès de deux cessionnaires différents. Sa responsabilité a été retenue pour avoir volontairement trompé une autre société sur la solvabilité de celle qu'il dirigeait, ce qui lui avait permis de bénéficier de livraisons que, sans de telles manœuvres, il n'aurait pu obtenir. Le fait de mobiliser des créances n'est pas matériellement incompatible avec la fonction du dirigeant. Il s'agit d'un acte de commerce duquel répond personnellement la personne morale. Mais le fait d'avoir cédé deux fois la même créance a été incompatible d'un point de vue intellectuel en vertu des circonstances de l'espèce : opération malhonnête visant à retarder le dépôt de bilan de la société dirigée et à tromper un contractant sur la solvabilité de celle-ci. Dans ce cas, l'acte « *ne peut entrer dans l'hypothèse de l'exercice des fonctions du dirigeant et qu'il relève, par essence, des actes dont seule une personne physique peut répondre* »⁵²⁷.

- b. La faute séparable est intentionnelle. Il y a faute intentionnelle dès lors que l'auteur du dommage sait qu'en agissant ainsi, il cause un dommage, même s'il n'a pas agi dans le seul but de nuire à la victime. Seule la volonté de

⁵²⁷ Idem.

causer le dommage est retenue, indépendamment de l'intention de nuire. Ainsi, lorsque le dirigeant mobilise deux fois la même créance, ce n'est pas dans le but de nuire à autrui, mais dans la croyance que le préjudice causé sera moindre par rapport au résultat attendu. Dans l'affaire « Seusse » la double mobilisation devait permettre d'obtenir la livraison de marchandises nécessaires à l'activité d'où il aurait résulté un retour à meilleure fortune.⁵²⁸

- c. Enfin, la faute séparable doit être d'une particulière gravité. Il en est ainsi du comportement malhonnête ou frauduleux à l'égard des tiers, voire une faute lourde. « *Seules les fautes commises pour des mobiles personnels (recherche de son propre intérêt, animosité à l'égard de la victime, vengeance...) ou peut être encore, d'une gravité exceptionnelle excluant l'exercice normal des fonctions, sont susceptibles d'engager la responsabilité personnelle du gérant ou de l'administrateur* »⁵²⁹.

503.- Pour être séparable des fonctions, la faute du dirigeant ne peut pas être une faute quelconque. Elle doit avoir comme fondement la recherche d'un intérêt personnel, de nuisance à l'égard du tiers lésé, ou bien être particulièrement grave. La Cour de cassation a réitéré la définition de la « faute séparable » comme celle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des fonctions, commise intentionnellement dans des arrêts postérieurs⁵³⁰. Des décisions récentes ont admis que le défaut volontaire de souscription d'une assurance obligatoire est une faute séparable des fonctions sociales. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 28 septembre 2010⁵³¹ a en effet énoncé que « *le gérant d'une société à responsabilité limitée qui commet une faute constitutive d'une infraction pénale intentionnelle,*

⁵²⁸ Lamy Droit Civil, Droit de la responsabilité, Les responsabilités professionnelles étude 483, La responsabilité des dirigeants de sociétés in bonis, op.cit, spéc. n° 41.

⁵²⁹ METIVET J.P, Les articles 52 alinéa premier et 244 de la loi du 24 juillet 1966 et la responsabilité du dirigeant social envers les tiers, Rapport C. cass. 1998 p.111, cité dans Lamy Droit Civil, *Droit de la responsabilité, Les responsabilités professionnelles – Les dirigeants sociaux ; étude 483, op. cit, spéc. n°41.*

⁵³⁰ Cass. com., 13 déc. 2005, Société civile Sofpag c/ Y. et autres, n° 04-11020, Bulletin mensuel d'information Joly Sociétés, 01 mai 2006, n° 5, page 636, note Barbiéri.

⁵³¹ Cass. com., 28 sept. 2010, op.cit.

séparable comme telle des fonctions sociales, engage sa responsabilité civile à l'égard des tiers à qui cette faute a porté préjudice ». Cette décision, prise dans un cas où la société avait été mise en liquidation judiciaire, permet d'apercevoir l'application de la théorie de la faute séparable dans une nouvelle hypothèse. On peut voir que le manquement à une obligation de type professionnel donne lieu à cette faute séparable des fonctions. En effet, les constructeurs sont assujettis à l'obligation de souscrire une assurance de responsabilité et le défaut de cette assurance constitue un délit prévu et réprimé par le Code de la construction et le code des assurances⁵³². Malgré les critiques apportées à la théorie de la faute séparable, qui soulignent le fait qu'elle garantit une certaine immunité aux dirigeants due à la rareté des cas dans lesquels les tribunaux reconnaissent l'existence d'une faute séparable des fonctions⁵³³, la théorie de la faute séparable a été reprise de fait par le droit colombien.

1.2.2.1.3. Paragraphe 3 - La théorie de la faute détachable des fonctions en droit colombien

504.- Dans le régime juridique colombien de la responsabilité civile des dirigeants sociaux, le principe est, comme dans le régime français, que la personne morale est responsable des actes commis dans l'exercice des fonctions par ses organes et représentants légaux. Exceptionnellement, pour que l'administrateur engage personnellement sa responsabilité face aux tiers, l'acte doit avoir été commis en dehors des fonctions⁵³⁴, c'est à dire doit être *détachable des fonctions*.

⁵³² Articles L.111-34 du code de la construction et de l'habitation et L 243-3 du code des assurances.

⁵³³ WESTER-OUISSE (Véronique), Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant de société séparable de ses fonctions » op. cit; GROSSI (Isabelle), La responsabilité des dirigeants, op.cit. Ces auteurs critiquent la définition de la faute séparable en la qualifiant de floue et restrictive. Mais quelle définition n'est pas par nature excluante et imprécise ? « La critique est sévère car toute définition par nature comporte des limites délicates à tracer » (Collection Lamy Droit Civil, Droit de la responsabilité, Les responsabilités professionnelles – Les dirigeants sociaux ; étude 483, op. cit, spéc. n°41). C'est l'application pratique de la théorie et non pas la définition proposée par elle, qui est mise en cause par les critiques. Le juge devrait être strict dans la responsabilisation des dirigeants s'il se voit confronté à la possibilité d'une faute séparable ou détachable des fonctions.

⁵³⁴ LONDOÑO ARANGO (Maximiliano), La responsabilidad civil de los administradores de las sociedades, op.cit, pp.61 et ss.

505.- Le principe de la responsabilité directe de la personne morale pour les dommages commis par ses organes ou représentants directement liés à l'exercice des fonctions a été précisé par la Cour Suprême de Justice colombienne, chambre civile, dans une jurisprudence de l'année 1962⁵³⁵. Cette position a été reprise dans des décisions postérieures⁵³⁶.

506.- Suivant cette orientation, la *Superintendencia de sociedades* permet à l'administrateur qui agit dans les limites de ses fonctions d'être exonéré de responsabilité. *A contrario*, s'il commet un acte qui n'entre pas dans ses fonctions, il sera personnellement responsable. La responsabilité incombe à la société si l'administrateur a agi dans les limites de ses fonctions et n'a pas commis de faute qui soit détachable de celles-ci. Il est possible de détacher la faute des fonctions en cas d'acte illicite. Dans ce cas, l'administrateur devrait s'abstenir d'exécuter l'acte illicite afin de ne pas engager sa responsabilité personnelle : « *Un événement d'où il ressort clairement qu'il existe une exonération de responsabilité de la part de l'administrateur serait la possibilité pour lui de démontrer que le préjudice souffert par la société, les associés ou les tiers, n'a pas été produit par une négligence, par une action ou par une omission de sa part, mais que ledit préjudice a été causé en exécution des instructions données par l'assemblée générale (si tel a été le cas). Par ailleurs l'administrateur doit avoir agi dans le cadre de ses fonctions et dans le respect de l'objet social. Les instructions données par l'assemblée ne doivent pas toutefois conduire l'administrateur à commettre un acte illicite. Dans cette éventualité l'administrateur devra s'abstenir d'agir.* » ⁵³⁷

⁵³⁵ Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, Sent. 30 juin de 1962, MP. José J. Gómez R.

⁵³⁶ Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, Sent. 6 juillet 2006, exp. n° 04733-01, MP. César Julio Valencia Copete [en ligne], disponible sur <www.ramajudicial.gov.co>

⁵³⁷ SuperSociedades, note 220 62783, du 15 août 2003: "Un evento claro en donde cabe la exoneración de la responsabilidad de un administrador, está en la posibilidad de demostrar que el perjuicio generado contra la sociedad, los socios o los terceros, no fue causado por su negligencia, acción u omisión, sino en cumplimiento de instrucciones precisas impartidas por el máximo órgano social, cuando quiera que ello hubiere sucedido así, y siempre y cuando las mismas estén dentro del marco de sus facultades y del objeto social, y además no comporten conductas ilícitas, pues frente a ellas si tiene el deber de abstenerse de ejecutarlas".

- 507.- Si la *Superintendencia* fait application de la théorie de l'acte détachable des fonctions, elle n'utilise pas l'expression « acte séparable ou détachable » comme le fait le droit français qui revendique l'utilisation d'une théorie venue du droit administratif. Elle signale les conditions qui doivent être réunies pour que l'acte ne puisse pas être considéré comme séparable. En ce sens, l'acte doit être compris dans les facultés du dirigeant et se retrouver dans le cadre de l'objet social. Un acte qui serait en dehors de l'objet social et qui ne serait pas compris dans les facultés de l'administrateur serait séparable de ses fonctions et constituerait la base de la responsabilité personnelle de ce dernier.
- 508.- La *Superintendencia* précise que pour ne pas compromettre la responsabilité personnelle, l'acte doit entrer dans l'objet social de la société. Il y a là une différence avec le droit français dans lequel le dirigeant de la société anonyme ou à responsabilité limitée oblige sa société même si l'acte n'est pas cohérent par rapport à l'objet social, sauf s'il prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances⁵³⁸.
- 509.- La faute détachable des fonctions en droit colombien relèverait plutôt de l'acte dommageable commis en dehors des fonctions et en dehors de l'objet social. Il n'existe pas en Colombie une définition plus précise de l'acte séparable des fonctions comme elle existe en France.
- 510.- La responsabilité des dirigeants envers les tiers est plutôt rare en France comme en Colombie. La doctrine a constaté une certaine réticence des tribunaux à déclarer qu'une faute est détachable des fonctions. Le principe reste celui de la responsabilité directe des sociétés.
- 511.- La théorie de la faute séparable des fonctions fait partie de l'évolution du droit des sociétés dans les deux pays et va dans le sens des règles de bonne gouvernance des entreprises sociales. La responsabilisation des dirigeants sur leur propre patrimoine serait en effet un mécanisme de professionnalisation de l'activité de gestion sociétaire.

⁵³⁸ Articles L225-64 pour société anonyme à directoire et conseil de surveillance; L225-56 pour la société anonyme à conseil d'administration, L 223-18 pour la SARL

Elle tenterait d'exclure de la fonction de direction les personnes incompetentes ou profanes, et inviterait ceux qui assument cette charge à être rigoureux dans l'accomplissement des devoirs de diligence et loyauté que leur fonction leur impose.

512.- La faute du dirigeant reste toutefois difficile à démontrer car il s'agit de prouver des faits qui se sont déjà produits dans un passé peu récent, dans un contexte économique différent, qui était celui existant au moment de la prise de décision ou de l'abstention. Le droit colombien permet un avantage au demandeur lorsqu'il permet des cas de présomption de faute. A la différence du droit français, le droit colombien prévoit quatre cas où la faute du dirigeant est présumée : quand il y a manquement ou exécution des fonctions, par violation de la loi ou des statuts, ou par distribution d'utilités en violation de ce qui a été décidé en assemblée générale (article 24 de la loi 222 de 1995).

513.- Si ces difficultés de preuve et de qualification sont surmontées, la société ou les tiers doivent encore démontrer le dommage consécutif à la faute et le lien de causalité.

1.2.2.2. Sous-section 2 - Le Dommage

514.- Les relations que le dirigeant développe avec la société, les associés ou les tiers en vue d'exercer l'activité sociale sont parfois source de préjudices. Ainsi, lorsque l'une de ces personnes cherchera la responsabilité du dirigeant, elle devra prouver le dommage.

515.- Mais conformément au droit commun, le dommage doit être direct, certain et personnel dans les deux pays. Il y a des cas où la faute du dirigeant n'est pas constitutive de dommage. Ainsi, la communication tardive d'informations qui n'a pas nuï aux actionnaires n'entraînerait pas la responsabilité du dirigeant défailant, tout comme l'erreur légère dans les comptes, restée sans influence sur la décision de l'assemblée⁵³⁹.

⁵³⁹ SCHOLASTIQUE (Estelle), Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés, op.cit, n°289.

516.- Quand une faute n'est pas constitutive de dommage, les actionnaires ou associés mécontents qui ne peuvent pas faire déclarer responsables leur dirigeants pourront toutefois les révoquer⁵⁴⁰.

517.- Comme en droit commun, le dommage peut consister en une perte ou un manque à gagner qui priverait la société des bénéfices qu'elle aurait pu escompter. La perte d'une chance peut constituer le dommage en matière de communications d'informations financières ou de résultats prévisionnels. Ainsi, lorsqu'une société émet un avis pessimiste dans un moyen de communication, et si cette information conduit un certain nombre d'actionnaires à céder immédiatement leurs actions alors que la valeur des titres va se maintenir, le préjudice des actionnaires est constitué par la perte d'une chance de céder les actions à un meilleur prix⁵⁴¹. Il sera difficile par ailleurs d'évaluer les répercussions d'une décision fautive, puisque les différents actes de gestion sont souvent imbriqués, de telle sorte qu'une perte se compense par un gain ultérieur. Les tribunaux tendent alors à ne tenir compte que du résultat global et ne condamner que si le solde est négatif⁵⁴².

1.2.2.3. Sous-section 3 - Le lien de causalité

518.- Le demandeur doit également prouver la relation de cause à effet entre la faute de gestion et le dommage. Ce qui peut s'avérer difficile car les faits sont parfois anciens et mêlés à des facteurs extérieurs, comme l'est par exemple la conjoncture économique⁵⁴³.

⁵⁴⁰ Idem.

⁵⁴¹ CA Paris 26 sept. 2003, Bull. Joly 2004, page 84 note Daigre, dans une affaire dans laquelle la valeur des titres sociaux allait se maintenir grâce à la mise en œuvre d'une garantie de cours. Répertoire Sociétés Dalloz, *Responsabilité civile des dirigeants sociaux*, op. cit, n°50.

⁵⁴² GUYON (Yves), Droit des affaires, droit commercial général et sociétés, op. cit, spéc. n°460.

⁵⁴³ Répertoire Sociétés Dalloz, *Responsabilité civile des dirigeants sociaux*, op. cit, n°52.

Dans certains cas, la décision elle-même a pu être correcte, mais son application défectueuse serait la cause des dommages⁵⁴⁴.

519.- La nature du préjudice influencera le régime de l'action. Le dommage produit par la faute du dirigeant peut être souffert par la société, par les associés ou par les tiers. Les deux régimes juridiques étudiés prévoient des actions en justice pouvant être présentées par ces catégories de personnes lésées.

1.3. Chapitre III - Les actions en responsabilité

1.3.1. Section 1 - Action sociale en responsabilité

520.- S'agissant d'un dommage souffert par la société, la mise en œuvre de la responsabilité sera à travers l'action sociale. Mais dans la mesure où cette action de la personne morale doit être exercée par ceux qui la représentent, la loi des deux pays permet aux associés de se substituer aux dirigeants récalcitrants à agir contre eux-mêmes. Le principe est posé par l'article L 225-252 du code de commerce français : « *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 responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général* ».

504. Généralement elle sera exercée par un nouvel administrateur. On dit qu'il l'exerce alors *ut universi*. Mais il peut se produire que le représentant légal de la société néglige d'intenter l'action contre les anciens dirigeants. Pour cette raison, le législateur a favorisé l'exercice de l'action sociale par les associés ou les actionnaires eux-mêmes. On parle alors d'action *ut singuli*. Une hypothèse fréquente dans laquelle l'action sociale exercée par la société ou par un associé agissant *ut singuli* est le fait pour un dirigeant d'avoir perçu un salaire disproportionné au vu du travail réalisé au profit de la

⁵⁴⁴GUYON (Yves), Droit des affaires, droit commercial général et sociétés, op. cit, spéc. n°460; SCHOLASTIQUE (Estelle), Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés, op.cit, n°290.

société. Ce fait est constitutif d'une faute de gestion qui cause un préjudice à l'entreprise et ouvre une action sociale en responsabilité.⁵⁴⁵

505. L'exercice de l'action est différent dans les deux pays. En France, les statuts ne peuvent subordonner l'exercice de cette action à un avis ou à une autorisation de l'assemblée générale des associés, ni prévoir une renonciation anticipée à cet exercice⁵⁴⁶. Aucune décision de l'assemblée générale ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les administrateurs ou contre le directeur général pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat⁵⁴⁷.

521.- Le droit colombien prévoit, au contraire, que c'est l'assemblée générale des actionnaires (ou des associés) qui décide de l'exercice de l'action sociale. Les associés ou actionnaires ne sont pas légitimés, en droit colombien, à exercer l'action sociale de façon individuelle (ou en groupe). Ceux-ci peuvent agir en réparation du préjudice subi personnellement (« *La disposition prévue dans cet article n'affecte pas les droits individuels des associés ou des tiers* »⁵⁴⁸), mais ils ne sont pas légitimés en principe à exercer directement l'action sociale. L'assemblée générale est la seule qui soit légitimée en droit colombien pour exercer l'action sociale contre les administrateurs. La proposition ne peut être faite en assemblée que par un nombre d'actionnaires ou d'associés représentant au moins 20% des actions ou parts sociales. La décision sera prise par la moitié plus une des actions ou parts sociales présentes ou représentées à la réunion⁵⁴⁹.

⁵⁴⁵ Dans ce sens, cour d'appel de Bordeaux, 2^{ème} chambre, 23 avril 2007, Lalanne c/ SARL ECF CESRFP, op.cit, dans un cas où la rémunération de 9300 euros par mois était disproportionnée au regard de la prestation accomplie, compte tenu du fait de l'absence du gérant dans la marche quotidienne de l'entreprise.

⁵⁴⁶ Code civil français, article 1845-5 alinéa 2 ; article L 225-253 du Code de commerce.

⁵⁴⁷ Alinéa 2 de l'article L 225-253 du Code de commerce.

⁵⁴⁸ Article 25 in fine, loi n°222 de 1995

⁵⁴⁹ Article 25 de la loi 222 de 1995: « La acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios, que podrá ser adoptada aunque no conste en el orden del día. En este caso, la convocatoria podrá realizarse por un número de socios que represente por lo menos el veinte por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés en que se halle dividido el capital social. La decisión se tomará por la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión e implicará la remoción del administrador.»

522.- Il y a une différence fondamentale entre les deux systèmes juridiques en ce qui concerne le rôle de l'assemblée générale des associés ou actionnaires. Si en droit français l'action sociale est présentée directement par le représentant de la société ou par les associés agissant *ut singuli*, en Colombie une décision préliminaire de l'assemblée est indispensable et doit être favorable à l'exercice de l'action par les représentants de la société.

523.- Il peut arriver qu'il ne soit pas donné suite à une décision favorable de l'assemblée générale sur l'exercice de l'action. Dans ce cas, la loi colombienne donne un délai de trois mois au cours desquels la décision doit être exécutée. Faute de quoi n'importe quel administrateur, commissaire aux comptes ou associé pourra directement l'exercer. On retrouve donc l'action exercée *ut singuli*. Mais uniquement en cas d'omission de l'organe compétent à exercer l'action sociale qui a été décidée en assemblée. De même, les créanciers représentant au moins le 50% du passif social pourront exercer l'action si le capital de la société ne suffit pas à couvrir leurs créances⁵⁵⁰. Cette possibilité d'exercer l'action sociale par les associés ou les créanciers n'existait pas avant l'expédition de la loi n°222 de 1995. Cette loi a introduit l'action sociale *ut singuli* en bénéfice des associés et des tiers. Le régime existant dans le code de commerce prévoyait que ces personnes, n'étant pas directement lésées par la faute du dirigeant, étaient exclues de l'exercice de cette action.

524.- Sans autorisation de l'assemblée générale il n'est pas possible d'exercer l'action sociale en droit colombien. Au contraire, le droit français interdit expressément que l'exercice de cette action soit subordonné à une autorisation de l'assemblée.

525.- L'objectif de l'action sociale est de reconstituer le fonds social, amoindri par la faute du dirigeant. Les dommages-intérêts seront par conséquent versés dans le patrimoine social. Ceci explique la rareté des actions dites *ut singuli*, dans lesquelles l'associé ou actionnaire avance des frais qui ne leur seront pas personnellement remboursés.

⁵⁵⁰ Article 25 de la loi 222 de 1995 alinéa 2.

526.- La loi colombienne prévoit une procédure en référé (*proceso verbal sumario*) devant la juridiction civile ordinaire pour traiter ce type d'actions⁵⁵¹. Cette procédure à instance unique n'admet pas d'appel. Le manque de jurisprudence à ce sujet est donc regrettable.

527.- Dans les deux pays, l'action présentée par l'associé ou l'actionnaire est une action qui appartient à la société. Par conséquent, la société doit en être informée⁵⁵². Si la société est régulièrement informée et qu'elle décide d'agir, alors l'action des associés deviendra sans objet⁵⁵³.

528.- Outre l'exercice de l'action sociale, les associés et les créanciers peuvent agir en réparation des dommages soufferts à titre individuel. Dans ce cas ils pourront exercer l'action individuelle en responsabilité.

1.3.2. Section 2 - Action individuelle en responsabilité

529.- Les associés peuvent, dans chacun des deux régimes juridiques étudiés, exercer une action individuelle en responsabilité. S'agissant de l'associé, le préjudice qu'il souffre doit être individuel, distinct de celui causé à la société⁵⁵⁴.

⁵⁵¹ Article 233 de la loi 222 de 1995: "Los conflictos que tengan origen en el contrato social o en la ley que lo rige, cuando no se hayan sometido a pacto arbitral o amigable composición, se sujetarán al trámite del proceso verbal sumario, salvo disposición legal en contrario."

⁵⁵² Article 201 Décret n°67-236 du 23 mars 1967, modifié par le décret n°2007-431 du 25 mars 2007, article 3 : « Lorsque l'action sociale est intentée par un ou plusieurs actionnaires, agissant soit individuellement, soit dans les conditions prévues à l'article précédent, le tribunal ne peut statuer que si la société a été régulièrement mise en cause par l'intermédiaire de ses représentants légaux. Le tribunal peut désigner un mandataire ad hoc pour représenter la société dans l'instance, lorsqu'il existe un conflit d'intérêt entre celle-ci et ses représentants légaux. »

⁵⁵³ Collection Lamy Droit Civil, Droit de la responsabilité, Les responsabilités professionnelles – Les dirigeants sociaux ; étude 483, op. cit, spéc. n°67.

⁵⁵⁴ Cass. Com. 4 juillet 2006, JCPE 2006, 2248 : le préjudice subi par l'associé ne doit pas être « le corollaire du dommage causé à la société ».

530.- L'actionnaire ou associé doit prouver le dommage, la violation à un devoir de conduite du dirigeant et le lien de causalité. Mais la preuve d'un tel préjudice est difficile à apporter. Il peut réclamer des dommages et intérêts à la suite du détournement ou le défaut de versement par le dirigeant de dividendes revenant à l'associé. En revanche, la jurisprudence a estimé que la dépréciation des titres sociaux consécutive à une mauvaise gestion de la société ne saurait donner lieu à une action individuelle⁵⁵⁵. De même, le détournement de clientèle dû à des manœuvres de concurrence déloyale est un préjudice subi par la société et non pas par les associés⁵⁵⁶. Un arrêt de la chambre commerciale du 9 mars 2010 fait évoluer la jurisprudence au bénéfice des associés. En l'occurrence, l'action présentée par 160 actionnaires agissant contre les dirigeants d'une société spécialisée dans la fourniture de services aux collectivités locales et aux industriels dans le domaine de l'environnement et de l'aménagement du territoire, a été reconnue viable par les juges qui ont admis un préjudice personnel aux actionnaires qui faisaient valoir « qu'ils avaient été incités à investir (...) et à conserver leurs actions en raison de fausses informations diffusées par les dirigeants, d'une rétention d'informations et d'une présentation aux actionnaires de comptes inexacts »⁵⁵⁷. Dans l'espèce les dirigeants se sont défendus en invoquant la solution classique selon laquelle l'actionnaire ne peut agir lorsque le préjudice qu'il invoque n'est que le corollaire du dommage causé à la société et n'a pas de caractère personnel. Pour la cour, ce préjudice est bien personnel.

531.- Contrairement à l'action sociale qui appartient à la société, l'action individuelle appartient exclusivement à l'associé lésé. Les dommages-intérêts seront versés au patrimoine de l'associé ou actionnaire.

⁵⁵⁵ Cass. Com, premier avril 1997, bull. Joly 1997 p.650 note Barbiéri.

⁵⁵⁶ CA Paris, 6 décembre 2002, Joly 2003, page 474.

⁵⁵⁷ Cass. Com, 9 mars 2010, Bull. Joly Bourse 2010 p. 316 note Rontchevsky, JCPG du 28 Juin 2010, 740 Martin-Tat.

532.- Enfin, les tiers (créanciers, fournisseurs, clients) seront demandeurs quand la faute du dirigeant leur a causé un préjudice direct et personnel. C'est-à-dire un préjudice « *qui ne soit pas dérivé de celui qui aurait pu souffrir le patrimoine de la société* »⁵⁵⁸.

1.4. Chapitre IV - Prescription de l'action

533.- Dans les deux pays il existe un terme de prescription court des actions en responsabilité contre les dirigeants sociaux.

534.- L'action en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général, tant sociale qu'individuelle, se prescrit en droit français au bout de trois ans à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation⁵⁵⁹ Par dérogation au délai de trois ans, l'action en responsabilité se prescrit après dix ans dans deux cas : quand le fait dommageable est qualifié de crime ; quand le préjudice résulte soit du défaut d'une mention obligatoire dans les statuts, soit de l'omission ou de l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite pour la constitution de la société⁵⁶⁰. Par ailleurs, faute d'un texte, la prescription de trois ans ne s'applique pas aux gérants de sociétés en nom collectif qui demeurent soumis à la prescription de droit commun, qui est de cinq ans à compter du jour où le titulaire du droit d'action a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer⁵⁶¹. Le droit colombien prévoit de son côté un terme de prescription de cinq ans⁵⁶².

⁵⁵⁸ ALCALA DIAZ (Maria Angeles), *Accion individual de responsabilidad frente a los administradores*, Rev. Soc. N°1, Madrid 1993 p. 169, citée par REYES V., I, *op.cit.*, p. 606.

⁵⁵⁹ Article 225-254 du code de commerce français.

⁵⁶⁰ Code civil, article 1840 et Code de commerce article L210-8.

⁵⁶¹ Article 2224 Code civil, modifié par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008.

⁵⁶² Article 235 de la loi 222 de 1995.

- 535.- Ce laps de prescription court à l'avantage, pour les dirigeants, de les soustraire à une longue période d'incertitude dans laquelle ils pourraient être exposés à une action de responsabilité introduite par la société, les associés ou les tiers. Il obéirait à une tendance inverse du droit de la responsabilité des dirigeants : d'un côté la responsabilité qu'ils encourent est sévère, comme on a pu le constater dans la première partie de ce travail. D'un autre côté, le délai dans lequel ils se trouvent confrontés à l'exercice d'une action contre eux est diminué. La raison est simple: limiter d'un point de vue temporel la responsabilité des dirigeants sociaux (qui sont des agents économiques conduits à prendre des risques) sert à encourager l'initiative d'entreprendre, malgré la sévérité des responsabilités encourues.
- 536.- C'est ainsi que le droit prend des mesures qui cherchent à protéger en quelque sorte les dirigeants en favorisant plutôt la responsabilité de la société et en fixant un délai de prescription court pour les actions en responsabilité. Cette réticence que montre le droit quand il s'agit de déclarer la responsabilité des dirigeants d'une société *in bonis* disparaît quand la société traverse des difficultés financières qui la conduisent à l'ouverture d'une procédure collective de sauvegarde ou de liquidation judiciaire.
- 537.- Nous avons vu jusqu'à présent l'état de la réglementation de la responsabilité civile des dirigeants des sociétés solvables en France et en Colombie. Si en cas de bonne santé financière de l'entreprise les créanciers recherchent plutôt la responsabilité de la personne morale, celle des dirigeants est malgré tout de plus en plus poursuivie en raison du caractère professionnel de leur activité. Mais lorsque l'entreprise traverse des difficultés économiques pouvant la conduire à la liquidation, la situation est différente. Lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre de la société, les droits des différents créanciers souffrent car ils seront traités d'une manière globale et n'auront que peu de chances d'être remboursés sur un patrimoine sociale compromis. Ils seront donc tentés de se retourner contre les dirigeants. Ces derniers ne bénéficieront plus de l'écran protecteur de la personne morale et leur patrimoine personnel s'en trouvera davantage exposé. Les commentateurs considèrent que la responsabilité des dirigeants devient dans ce cas une responsabilité de principe.

2. TITRE II - LE PRINCIPE DE LA RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS EN CAS DE CRISE FINANCIÈRE DE LA SOCIÉTÉ

538.- Quand une entreprise disparaît, c'est tout un système économique qui se voit affecté. L'ensemble de l'économie locale et nationale souffre de la perte des emplois liés à la fermeture des entreprises, l'altération du pouvoir d'achat subséquente, la détérioration du niveau de vie des citoyens. Le cas *Manufrance* a été un exemple de cette situation qui a éveillé une grande passion dans l'opinion publique. Entreprise productrice d'armes, vélos et machines à coudre créée à Saint Etienne en 1885, elle a été innovante par son recours à la vente par catalogue. Cette entreprise a été au cœur du développement de la région où elle s'est installée, de la croissance démographique par les emplois créés (de 1000 ouvriers à la fin du XIXe siècle à 3.800 en 1976). Après le décès de son fondateur, elle a subi la mauvaise gestion des dirigeants successeurs, et a fini par disparaître en 1986, en créant des situations dramatiques dus à la perte des emplois directs et indirects, et au conflit social issu de la situation des travailleurs qui cherchaient à défendre leur travail et le symbole de leur ville.

539.- Le législateur est loin d'être indifférent à cette situation de crise. Il tend, bien que mal, à rapprocher les différentes forces en conflit : d'un côté les créanciers qui voient disparaître la capacité financière de leur débiteur et leur espérance à être remboursés ; d'un autre les entreprises qui doivent être maintenues comme moyens de production et source d'emplois ; enfin, les salariés qui espèrent garder leurs emplois et leur capacité économique de consommateurs. Trop sacrifier les créanciers par des remises de dettes ou des délais de paiement affecterait le crédit nécessaire au soutien des entreprises. Et la sauvegarde systématique des « canards boiteux » serait aussi contraire à l'intérêt général que le maintien en survie artificielle des malades incurables⁵⁶³.

⁵⁶³ GUYON (Yves), *Droit des affaires, Entreprises en difficultés*, 9^{ème} édition, Paris : Economica, 2003, T. 2, 483 pages.

540.- Parmi les différentes mesures que le législateur édicte quand une entreprise traverse de graves difficultés, il y en a qui atteignent les chefs d'entreprise malhonnêtes ou notoirement incompetents, afin de les écarter de la vie des affaires. Sans en arriver jusque-là, le droit des entreprises en difficulté prévoit des mesures de responsabilité civile à l'encontre des dirigeants par la faute desquels l'entreprise est tombée en crise. Nous verrons dans ce dernier chapitre de notre travail quelle est l'influence de la crise de l'entreprise sur la responsabilité civile de ses dirigeants. Nous traiterons en particulier la responsabilité des dirigeants en cas de crise économique de l'entreprise dans le droit français (Section I), puis dans le droit colombien (Section II).

2.1. Chapitre I - La crise de l'entreprise et son influence sur la responsabilité des dirigeants

541.- Contrairement aux entreprises *in bonis*, le principe en droit des entreprises en difficultés est la responsabilité des dirigeants sur leur propre patrimoine. Historiquement, le droit est passé d'un système quasi-répressif à l'encontre des dirigeants sociaux, à un système fondé sur la dissociation du sort de l'entreprise et celui du dirigeant.

542.- Dans le régime antérieur à la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005, l'idée imprimée par le législateur fut celle qu'un dirigeant d'entreprise en redressement ou liquidation judiciaires pouvait voir engagé son patrimoine, soit en étant appelé à combler le passif de la société en faisant face à l'insuffisance d'actif révélée en cours de procédure, soit en étant lui-même mis en redressement ou liquidation judiciaires.

543.- Avec la loi de 2005, dite de « sauvegarde des entreprises », entrée en vigueur le 1er janvier 2006, le dirigeant d'une entreprise en redressement ou liquidation judiciaires peut toujours se voir infliger des sanctions patrimoniales importantes. Néanmoins, la loi assouplit le système de ce type de sanctions. D'abord, elle maintient les actions patrimoniales à l'encontre des dirigeants (action en comblement du passif devenue,

avec la réforme de 2005, action en responsabilité pour insuffisance d'actif, et action en obligation aux dettes sociales). Ensuite, elle adouci le sort du dirigeant en allégeant les sanctions patrimoniales susceptibles d'être intentées contre les dirigeants fautifs. Ainsi, le dirigeant malchanceux se voit octroyer une certaine clémence de la part du législateur. Ce qui est assez innovant et s'inscrit dans une « cohérence d'ensemble »⁵⁶⁴.

544.- L'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008⁵⁶⁵ et son décret d'application du 12 février 2009, sans changer la philosophie du droit des entreprises en difficultés

⁵⁶⁴ HANNOUN (Charley), Redressement et liquidation judiciaires, Dirigeant sociaux. Sanctions patrimoniales.- Responsabilité pour insuffisance d'actif. Obligation aux dettes sociales. Jurisclasseur Commercial, [Premier novembre 2006] Fasc. 2905, PATUREAU (Nathalie), Obligations et responsabilités du dirigeant dans la loi de sauvegarde des entreprises, op.cit.

⁵⁶⁵ Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, JORF n°0295 du 19 décembre 2008 page 19462, [en ligne]. Disponible sur <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=4DFDA843045ECF797DFB3F737DE7B524.tpdjo06v_1?cidTexte=JORFTEXT000019951175&dateTexte=&oldAction=rechJO&categorieLien=id>. Cette ordonnance intervient en application de la loi ° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et notamment de son article 74. En 2007, le rapport d'évaluation de la commission des lois de l'Assemblée nationale a souligné que la loi de sauvegarde n° 2005-845 a « déjà apporté la démonstration de son utilité ». Après trois années d'application, il est apparu nécessaire au Gouvernement de renforcer l'efficacité des dispositifs en tenant compte des difficultés rencontrées par les praticiens. En 2006 et 2007, seulement un peu plus de 1 000 sauvegardes ont été ouvertes. Pour rendre la procédure de sauvegarde plus attractive, l'ordonnance incite le dirigeant à y recourir davantage. Sur le plan de la responsabilité, elle précise et renforce la cohérence du régime des sanctions pécuniaires, professionnelles et pénales encourues par les dirigeants en cas de procédure collective. « **L'article 131** dissipe une ambiguïté en précisant qu'en cas d'action en responsabilité pour insuffisance d'actif le montant maximum de la condamnation est limité à l'insuffisance d'actif. En outre, il sera désormais impossible pour le dirigeant de la personne morale condamné au titre de l'insuffisance d'actif et qui serait par ailleurs créancier de cette personne morale de participer aux répartitions et ainsi de récupérer une partie des sommes au paiement desquelles il avait été condamné (art. L. 651-2). **L'article 133** abroge le chapitre II du titre V du livre VI et par conséquent supprime l'obligation aux dettes sociales, dont la pratique a démontré depuis 2006 qu'elle faisait double emploi avec la responsabilité pour insuffisance d'actif. En conséquence, **l'article 135** complète l'article L. 653-4 afin d'énumérer les fautes commises par le dirigeant d'une personne morale de nature à l'exposer à une condamnation à la faillite personnelle. Les **articles 139 à 145** actualisent, à droit constant, les dispositions de droit pénal applicables en procédure collective afin d'en améliorer la cohérence ou la lisibilité. » (Rapport au Président de la République, www.legifrance.gouv.fr). L'ordonnance abroge, par ailleurs, l'obligation aux dettes sociales. Les actions fondées sur l'obligation aux dettes sociales ne peuvent plus être engagées à compter de son entrée en vigueur (le 15 février 2009). En revanche, les actions déjà engagées au jour de cette entrée en vigueur se poursuivent.

Le décret n°2009-160 pris pour l'application de l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 précise les modalités d'application de l'ordonnance du 18 décembre 2008 et procède aux améliorations dont la pratique a révélé la nécessité. Ce décret d'application remplace à l'article R. 651-1, les mots : « la sauvegarde, le redressement ou la liquidation judiciaires » par les mots : « la liquidation judiciaire » (article 108 du décret). Cette ordonnance a été ratifiée par la loi du 12 mai 2009.

(priorité à la prévention des difficultés, incitation aux dirigeants à jouer le jeu de la prévention), affectent les règles de mise en cause de la responsabilité des dirigeants, ainsi que les sanctions encourues⁵⁶⁶. Cette réforme, intervenue trois ans après la promulgation de la loi de sauvegarde, incite le dirigeant à recourir à la sauvegarde en lui octroyant de nouvelles faveurs et garanties. Ses dispositions sont applicables aux procédures ouvertes à compter du 15 février 2009.

2.1.1. Section 1 - Le droit de sauvegarde des entreprises

545.- Sous le régime de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, trois types de sanctions étaient proposées à l'encontre des dirigeants: les responsabilités patrimoniales (Sous-section 1), la faillite personnelle, les autres mesures d'interdiction (Sous-section 2), la banqueroute et les autres infractions (Sous-section 3).

546.- Avec la réforme de 2008, les responsabilités patrimoniales ont été affectées.

2.1.1.1. Sous-section 1 - Les responsabilités patrimoniales

547.- A partir de la date d'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde des entreprises de 2005, la responsabilité civile du dirigeant ne pouvait être mise en cause qu'en cas de résolution du plan de sauvegarde (sorte de plan de continuation de l'entreprise) ou du plan de redressement à l'issue des périodes d'observation respectives, ou en cas de liquidation de l'entreprise.

548.- Il faut dire que le droit français met à disposition de la société débitrice trois procédures collectives de traitement judiciaire de ses difficultés : la sauvegarde, le redressement et la liquidation, au lieu des deux existantes auparavant (redressement et

⁵⁶⁶ ROUSSEL GALLE (Philippe), Le dirigeant de société et le « nouveau » droit des entreprises en difficulté issu de la réforme du 18 décembre 2008, op.cit.

liquidation). La sauvegarde étant destinée aux entreprises n'étant pas encore en état de cessation de paiements (encore *in bonis*), le dirigeant échappe à toute poursuite patrimoniale s'il agit rapidement (c'est-à-dire avant l'état de cessation des paiements).

549.- Deux types de responsabilités pécuniaires étaient envisagés contre les dirigeants des entreprises en difficultés: la responsabilité pour insuffisance d'actifs et l'obligation aux dettes sociales. La pratique a révélé des difficultés du fait de la coexistence de ces deux actions et de leur proximité. Ainsi, la réforme de 2008 a purement et simplement abrogé l'obligation au paiement des dettes.

2.1.1.1.1. Paragraphe 1 - Obligation au paiement des dettes sociales en cas de liquidation judiciaire

550.- Cette sanction patrimoniale avait été créée par la loi de 2005 afin de se substituer à l'ancienne extension-sanction de la procédure⁵⁶⁷ à l'encontre des dirigeants qui avaient eu des agissements particulièrement répréhensibles.

551.- Uniquement applicable en cas de liquidation judiciaire (et non en cas de redressement ni sauvegarde), elle était applicable dans cinq cas particuliers⁵⁶⁸. Ces cas constituaient des fautes de gestion pouvant aussi ouvrir l'action en insuffisance d'actif. Mais le législateur de 2005 avait précisé que si les conditions d'application de l'action

⁵⁶⁷ Ancien article L 624-5 du Code de commerce. « La loi du 26 juillet 2005 avait créé cette sanction en remplacement du prononcé de la procédure collective à titre personnel contre le dirigeant, laquelle avait été abrogée afin d'abolir tout cas d'ouverture de la procédure collective à titre de sanction. » SAINT-ALARY-HOUIN (Corinne), Entreprises en difficulté : un droit enfin arrivé à maturité, Revue Droit et Patrimoine n°179, mars 2009, p.32-45.

⁵⁶⁸ L'ancien article L 652-1 en donnait la liste suivante : avoir disposé des biens de la personne morale comme des siens propres ; sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements, avoir fait des actes de commerce dans un intérêt personnel ; avoir fait des biens ou du crédit de la personne morale un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement ; avoir poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation de paiements de la personne morale ; avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la personne morale. En contrepartie à cette suppression, l'article L653-4 dans sa nouvelle rédaction issue de l'ordonnance de 2009 prévoit que ces comportements sont sanctionnés par la faillite personnelle.

en obligation aux dettes sociales étaient réunies, il ne pouvait être fait application des dispositions prévoyant l'action en insuffisance d'actif⁵⁶⁹.

552.- Si la règle paraissait claire, son application pratique avait soulevé des difficultés⁵⁷⁰. C'est pourquoi le législateur a préféré laisser une seule sanction pécuniaire : l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif⁵⁷¹.

2.1.1.1.2. Paragraphe 2 - Responsabilité pour insuffisance d'actif

553.- Cette action vise les dirigeants de droit ou de fait ayant commis une faute de gestion qui a contribué à une insuffisance d'actif.

554.- La condamnation suppose une faute de gestion à l'origine de l'insuffisance d'actif. Il faut donc établir l'existence de la faute, du préjudice et du lien de causalité.

555.- Sous le régime de la loi de sauvegarde de 2005, cette responsabilité pouvait être recherchée en trois hypothèses : en cas de résolution du plan de sauvegarde, en cas de

⁵⁶⁹ A différence de l'action en insuffisance d'actif, pour l'obligation aux dettes sociales il devait être démontré l'existence de l'une des fautes visées par l'ancien article L 652-1, et aussi que cette faute ait contribué à la cessation de paiements.

⁵⁷⁰ Ainsi, il avait été observé qu'elle faisait double emploi avec l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. De même, la coexistence des deux actions pouvait aboutir à des résultats paradoxaux. Par exemple, lorsque certains dirigeants étaient poursuivis sur le terrain d'une action et les autres sur le terrain de l'autre, il paraissait impossible de prononcer une condamnation solidaire. En outre, après avoir engagé une action en insuffisance d'actif, la découverte d'un cas d'ouverture de l'action en obligation aux dettes sociales posait la question de savoir s'il fallait revenir sur cette action. Finalement, leur champ d'application étant exclusivement la liquidation judiciaire, les délais de prescription, qui étaient de même durée, étaient alignés mais les points de départ étaient différents. ROUSSEL GALLE (Philippe), *Le dirigeant de société et le « nouveau » droit des entreprises en difficulté issu de la réforme du 18 décembre 2008*, *op.cit*, spéc. n°30 et 31 ; SAINT-ALARY-HOUIN (Corinne), *Entreprises en difficulté : un droit enfin arrivé à maturité*, *op.cit*, spéc. p. 44.

⁵⁷¹ A partir du 15 février 2009 l'action en obligation aux dettes sociales n'est plus recevable. Si elle a été intentée avant cette date, elle sera poursuivie en application du droit antérieur.

résolution du plan de redressement judiciaire et en cas de liquidation judiciaire. Désormais, elle ne peut plus intervenir qu'en cas de liquidation judiciaire.

556.- Aux termes de l'article L 651-2 du Code de Commerce, modifié par l'ordonnance du 18 décembre 2008 (article 131), « *Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables.* »

557.- Cette modification répond à ce que dans la grande majorité des cas, la résolution du plan de sauvegarde ou de redressement entraîne la liquidation de la société. Quand la résolution devait être prononcée pour cessation de paiements survenue durant l'exécution du plan, le juge devait prononcer l'ouverture de la liquidation judiciaire.

558.- Ce n'était que dans le cas où la résolution du plan résultait de l'inexécution de ses engagements par le débiteur que le tribunal (s'il prononçait la résolution) n'était pas tenu d'ouvrir la liquidation judiciaire. C'était le seul cas où la résolution du plan ne coïncidait pas avec l'ouverture de la liquidation. Et où l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif pouvait être intentée en cas de résolution du plan. En pratique, les cas étaient plutôt rares. L'ordonnance a donc prévu que l'action ne peut désormais plus intervenir qu'en liquidation judiciaire⁵⁷².

559.- Par ailleurs, l'ordonnance du 18 décembre 2008 a prévu un cas supplémentaire dans lequel la résolution du plan n'entraîne pas automatiquement la liquidation judiciaire⁵⁷³: L'article L 626-27 dans sa nouvelle version⁵⁷⁴ précise que si la cessation de paiements

⁵⁷² ROUSSEL GALLE (Philippe), Le dirigeant de société et le « nouveau » droit des entreprises en difficulté issu de la réforme du 18 décembre 2008, op.cit, spéc. n°33 et 34.

⁵⁷³ Idem, spéc. n°36.

⁵⁷⁴ Applicable aux procédures en cours au 15 février 2009.

est constatée durant l'exécution du plan de sauvegarde, le tribunal en décide la résolution. Mais il peut ouvrir un redressement judiciaire si celui-ci n'est pas manifestement impossible. Dans le cas où le redressement serait manifestement impossible, il doit ouvrir la liquidation judiciaire. Cette disposition n'est applicable qu'au plan de sauvegarde. En redressement judiciaire lorsque la cessation de paiements du débiteur est constatée au cours de l'exécution du plan, le tribunal décide sa résolution et ouvre une procédure de liquidation judiciaire⁵⁷⁵. Ainsi, le dirigeant de la société en sauvegarde échapperait à toute poursuite en responsabilité pour insuffisance d'actif dans l'hypothèse où la liquidation ne serait pas ouverte si la cessation de paiements survient en cours d'exécution du plan⁵⁷⁶.

560.- Ecarter l'action en insuffisance d'actif en cas de résolution du plan pour la réserver à la liquidation judiciaire rend plus attractive la sauvegarde⁵⁷⁷. C'est le but recherché par l'ordonnance de 2008.

561.- Le régime de cette action est précisé par l'article L 651-2. Les sommes versées par les dirigeants entrent dans le patrimoine du débiteur. Elles sont réparties au marc le franc entre tous les créanciers. L'ordonnance précise que les dirigeants ne peuvent pas participer aux répartitions à concurrence des sommes au versement desquelles ils ont été condamnés. Ils doivent payer les dommages et intérêts dus. L'objectif est d'éviter qu'ils ne récupèrent ainsi une partie des sommes au versement desquelles ils avaient été condamnés⁵⁷⁸. Cela évite aussi que les dirigeants prétendent à une compensation avec les sommes qui leur sont dues par la société⁵⁷⁹. La condamnation susceptible d'être

⁵⁷⁵ Article L 631-20-1 du Code de commerce.

⁵⁷⁶ ROUSSEL GALLE (Philippe), *Le dirigeant de société et le « nouveau » droit des entreprises en difficulté issu de la réforme du 18 décembre 2008*, *op.cit*, spéc. n°36.

⁵⁷⁷ *Idem*.

⁵⁷⁸ Rapport du Président de la République, *op.cit*.

⁵⁷⁹ ROUSSEL GALLE (Philippe), *Le dirigeant de société et le « nouveau » droit des entreprises en difficulté issu de la réforme du 18 décembre 2008*, *op.cit*, spéc. n°41.

prononcée par le tribunal a été explicitement limitée au montant de l'insuffisance d'actif⁵⁸⁰.

562.- L'action se prescrit après trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire.

563.- L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est donc limitée à la liquidation judiciaire. Cette limitation, combinée à l'abrogation de l'obligation aux dettes sociales, a modifié la situation du dirigeant de société mise en procédure collective tout en donnant une certaine cohérence, comme nous l'avons vu, aux sanctions civiles à son encontre.

564.- Les sanctions pénales et professionnelles ont aussi connu des modifications.

2.1.1.2. Sous-section 2 - Les sanctions professionnelles : La faillite personnelle et les autres mesures d'interdiction

565.- Ce type de sanction a pour objectif d'assainir le monde des affaires. La faillite personnelle va ainsi « éliminer » le débiteur sanctionné de son milieu professionnel⁵⁸¹ pour un délai maximal de quinze ans⁵⁸². La tendance législative a été, depuis 1985, à

⁵⁸⁰ L'article L 651-2 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi de sauvegarde, contenait une ambiguïté en ce qu'il prévoyait la condamnation du dirigeant au paiement des « dettes de la personne morale ». N'étant pas définie par les textes, la notion de « dettes de la personne morale » intégrait, pour une partie de la doctrine, les dettes postérieures à l'ouverture de la procédure collective, tandis que pour d'autres, elle se limitait aux dettes antérieures au jugement d'ouverture. La jurisprudence avait admis que le montant maximum de la condamnation était limité à l'insuffisance d'actif, c'est-à-dire au montant du passif déclaré et admis, déduction faite des actifs réalisés au jour où le juge statue (ainsi, Cass. Com. 27 juin 2006, JCP E 2007 1117 p.28, note Delattre). La réforme clôt le débat en précisant que le dirigeant est condamné à l'insuffisance d'actif. Montéran (Thierry), *La réforme des responsabilités et sanctions*, Gazette du Palais n°67, 8 mars 2009, pp.57-60.

⁵⁸¹ ROUSSEL GALLE (Philippe), Réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, op. cit, n°473.

⁵⁸² Article L 653-11 du Code de Commerce. Désormais, le juge pénal qui prononce la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer à titre complémentaire d'une condamnation pour banqueroute doit fixer un terme qui ne peut pas être supérieur à quinze ans (article L 654-6 du Code de commerce). En outre, il peut prononcer la sanction professionnelle en se fondant sur des faits différents à ceux considérés par la juridiction civile.

atténuer la sévérité de ces sanctions. La loi de sauvegarde les avait ainsi exclues de la procédure de sauvegarde, en vue d'encourager le recours à cette procédure.

566.- Ces sanctions sont applicables en cas de redressement ou liquidation judiciaires (article L 653-1 du Code de commerce). Le champ d'application des sanctions professionnelles ne varie pas quant aux dirigeants concernés (dirigeants de droit ou de fait de personnes morales; représentants permanents de personnes morales). Ces sanctions ne sont pas applicables aux dirigeants de personnes morales exerçant une activité professionnelle indépendante et, à ce titre, soumises à des règles disciplinaires⁵⁸³.

567.- Quant aux fautes susceptibles de donner lieu au prononcé de la faillite personnelle par le tribunal, elles sont les mêmes que celles qui ouvraient l'action d'obligation aux dettes sociales (abrogée). La liste de ces fautes est reprise par l'article L 653-4 du Code de commerce.

568.- Le tribunal peut prononcer, à la place de la faillite personnelle, l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, soit toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole et toute personne morale, soit une ou plusieurs de celles-ci (article L 653-8 du Code de commerce)⁵⁸⁴. Elle peut également être prononcée à l'encontre du dirigeant qui a omis de demander l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire dans le délai de quarante-cinq jours à compter de la cessation de paiements, s'il n'a pas demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation.

⁵⁸³ Pour échapper à ces sanctions, le dirigeant doit exercer une activité indépendante soumise à des règles professionnelles disciplinaires. Echappant à la faillite personnelle, ce dirigeant échapperait à la reprise des poursuites individuelles de ses créanciers après clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif, conséquence automatique de la faillite personnelle (Code de commerce, article L 643-11, III, 1°). ROUSSEL GALLE (Philippe), *Réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*, *op. cit.*, n°35.

⁵⁸⁴ Dans sa version antérieure, l'article faisait référence à la déclaration de cessation des paiements, ce qui laissait penser que cette sanction était inapplicable au débiteur qui se trouve en état de cessation de paiements durant l'exécution du plan. *Idem*, spéc. n°47.

2.1.1.3. Sous-section 3 - Les sanctions pénales : la banqueroute et les autres infractions

569.- L'ordonnance du 18 décembre 2008 contient par ailleurs des retouches aux sanctions pénales (banqueroute et autres infractions) du droit des procédures collectives, sans les modifier en profondeur. L'objectif a été de donner plus de cohérence et de lisibilité au dispositif⁵⁸⁵.

570.- Concernant les dirigeants, le délit de banqueroute s'applique à toute personne qui a, directement ou indirectement, en droit ou en fait, dirigé une personne morale de droit privé, et aux personnes physiques représentants permanents de personnes morales dirigeants (article L 654-1 du Code de commerce).

571.- Concernant les faits pouvant donner lieu à une condamnation pour banqueroute, ils sont listés dans l'article L 654-2 du Code de commerce. Dans sa nouvelle version issue de l'ordonnance de 2008, cet article ajoute la liquidation judiciaire dans le cas d'achats en vue d'une revente dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure. L'ordonnance répare ainsi une maladresse de la loi de sauvegarde qui avait seulement prévu le redressement et non la liquidation. Désormais, le fait d'avoir, soit fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours, soit employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire constitue le premier cas sanctionné par le délit de banqueroute.

572.- Enfin, les proches du dirigeant ne peuvent plus être sanctionnés en cas de détournement ou de recel dépendant de l'actif dans une sauvegarde. Ils pourront l'être en cas de redressement ou liquidation, mais non en sauvegarde. Ce qui est logique, le dirigeant ne pouvant pas être sanctionné dans le cadre de cette procédure⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ SORDINO (Marie-Christine), Les sanctions pénales du droit des entreprises en difficulté après l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008, Gazette du Palais n°133-134 du 13 mai 2009, p.5-7.

⁵⁸⁶ ROUSSEL GALLE (Philippe), Le dirigeant de société et le « nouveau » droit des entreprises en difficulté issu de la réforme du 18 décembre 2008, op.cit, spéc. n°57.

573.- Le droit français a ainsi réussi un développement assez intégral des règles de responsabilité civile des dirigeants de sociétés en procédure collective. Le droit colombien, de son côté, connaît pour l'instant une extension plus réduite.

2.1.2. Section 2 - La loi colombienne de *insolvencia empresarial*

574.- En droit colombien, le régime des procédures collectives est contenu dans la loi n°1116 de 2006, dite de *insolvencia empresarial* (insolvabilité des sociétés). Cette loi réforme le système existant dans les lois numéros 222 de 1995⁵⁸⁷ et 550 de 1999⁵⁸⁸. La loi colombienne organise un régime qui tente de concilier, comme dans tous les droits de procédures collectives, trois finalités opposées : la protection du crédit, de l'entreprise et des emplois.

575.- Le cas colombien en matière de procédures collectives est atypique. En effet, la juridiction compétente dans le domaine de la procédure d'insolvabilité est une autorité administrative (la *Superintendencia de Sociedades*), et non une autorité judiciaire. La *Superintendencia de Sociedades* a des facultés juridictionnelles en vertu de l'article 116 de la Constitution Politique colombienne.

576.- Cette situation a pourtant donné jusqu'à présent de bons résultats. En vertu de l'inexistence d'une juridiction commerciale en droit colombien, la juridiction ordinaire n'a pas réellement démontré qu'elle avait des moyens suffisants pour conduire avec célérité les procédures collectives.⁵⁸⁹ La présence au sein même de l'autorité

⁵⁸⁷ En ce qu'elle prévoyait en matière de procédures collectives.

⁵⁸⁸ La loi 550 de 1999 a été adoptée à une époque de difficulté économique dans le pays. La crise économique des années 1997 et 1998 a été à l'origine d'une multiplicité des difficultés pour les entreprises et des liquidations judiciaires. De ce fait, les dispositions contenues dans la loi 222 de 1995, expédiée à une époque de normalité économique, furent insuffisantes. La loi 550 de 1999 a donc cherché à privilégier la récupération des entreprises d'une façon contractuelle (à travers un *acuerdo de recuperacion del deudor*) et non judiciaire, afin de promouvoir la réactivation économique et le maintien des emplois.

⁵⁸⁹ RODRIGUEZ ESPITIA (Juan José), *Nuevo régimen de Insolvencia*, Bogotá: 2007, Universidad Externado de Colombia, 699 pages, spéc. 21 et ss.

administrative chargée par la Constitution Politique colombienne de fonctions juridictionnelles, d'experts en matière économique et financière donne un important atout face au juge, généralement profane dans des aspects comptables spécifiques⁵⁹⁰.

577.- Cette situation ne prive pas pour autant les parties de la procédure collective des principes juridictionnels tels que la double instance. La jurisprudence constitutionnelle s'est prononcée à ce sujet. Elle décida dans une sentence C-415 de 2002⁵⁹¹ que le recours en appelation contre les décisions définitives émises par la *Superintendencia* en exercice de ses facultés juridictionnelles doit être présenté devant l'autorité judiciaire. Cette autorité judiciaire doit être le supérieur hiérarchique du juge qui aurait dû être compétent pour connaître de l'affaire dans le cas où la *Superintendencia* n'aurait pas été investie du pouvoir juridictionnel. En effet, si la *Superintendencia* remplace le juge (en raison des fonctions juridictionnelles qui lui sont octroyées par la constitution), elle devient juge à son tour en vertu du principe d'unité juridictionnelle. L'autorité compétente pour connaître des recours en appelation des décisions définitives émises par la *Superintendencia* doit être l'autorité hiérarchiquement supérieure de celle qui aurait été investie de la compétence pour connaître de l'affaire dans l'hypothèse où la *Superintendencia* n'aurait pas été investie de rôle juridictionnel. Le recours en appelation est donc possible.

578.- La *Superintendencia* s'est avérée être une véritable autorité en la matière. Par exemple, le statut des procédures collectives a été rédigé avec la participation de cette entité, en tenant compte de ses observations. Ses décisions et réponses écrites à des demandes d'interprétation du statut sont une référence sérieuse. Elles précisent la « jurisprudence » qu'en matière de procédures collectives est influente dans la mise en place des réformes législatives.

⁵⁹⁰ RODRIGUEZ ESPITIA (Juan José), *Aproximación al derecho concursal colombiano*, Revue colombienne E-Mercatoria [en ligne], 2007, Vol. 6, n°2. Disponible sur

<<http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN6/02.html#aproximacion>>

⁵⁹¹ Sentencia C - 415 de 2002 M.P Eduardo Montealegre Lynett [en ligne]. Disponible sur <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-415-02.htm>>

579.- Le régime contenu dans la loi n°1116 de 2006 évoque la doctrine mise en place par la *Superintendencia de Sociedades*, tout en s'inspirant du droit international contenu dans les travaux de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI). Particulièrement, le Guide Législatif sur le Droit d'insolvabilité de 2004⁵⁹² et la Loi Type sur l'Insolvabilité transnationale de 1997⁵⁹³.

580.- Le droit colombien met à disposition de la société débitrice deux procédures collectives de traitement judiciaire de ses difficultés (et non trois comme en France): le redressement et la liquidation. Il n'existe pas de procédure de sauvegarde en droit colombien. Comme en droit français, l'accent est mis sur la prévention qui se réalise à travers le *concordato preventivo*. L'une des avancées les plus remarquables de la loi colombienne n°222 de 1995 a été l'organisation d'une procédure collective ancrée sur l'aspect extra judiciaire. Ce système nommé *desjudicializacion de los procesos concursales* a connu un important développement compte tenu de l'expérience acquise depuis le Code de Commerce de 1971 par la *Superintendencia de Sociedades*. C'est ainsi que la mise en place de mécanismes alternatifs de solution des conflits ont été encouragés par la loi : conciliation, arbitrage. La frontière entre le règlement extra judiciaire et judiciaire des intérêts opposés du débiteur et ses créanciers reste toujours la cessation des paiements. Par ailleurs, le droit colombien n'a pas connu le développement du droit français en ce qui concerne les sanctions à l'encontre des dirigeants. En France, le dirigeant qui s'inscrit dans la voie de la sauvegarde reste à l'abri des sanctions patrimoniales. En Colombie, le dirigeant sera toujours soumis aux actions en responsabilité.

⁵⁹² Adopté par la CNUDCI le 25 juin 2004, le Guide législatif a pour objet d'aider à la mise en place d'un cadre juridique efficace et effectif permettant de résoudre les difficultés financières des débiteurs. Il est destiné à servir de référence aux autorités nationales et aux organes législatifs lorsqu'ils élaborent de nouvelles lois et règlements, ou lorsqu'ils examinent l'adéquation de la législation et réglementation existantes. Les conseils qu'il fournit visent à concilier les forces opposées dans toute procédure collective, c'est à dire la nécessité de remédier aux difficultés financières du débiteur aussi rapidement et efficacement que possible, les intérêts des différentes parties directement concernées par ces difficultés, principalement les créanciers et d'autres parties prenantes dans l'entreprise débitrice, ainsi qu'avec les préoccupations d'ordre public. (www.uncitral.org)

⁵⁹³ Adoptée par la CNUDCI le 30 mai 1997, la Loi type a pour objectif d'aider les États à donner à leur législation sur l'insolvabilité un cadre moderne, harmonisé et équitable, en vue de traiter plus efficacement les cas d'insolvabilité internationale, c'est-à-dire les cas où le débiteur insolvable dispose de biens dans plus d'un État ou lorsque certains des créanciers du débiteur ne sont pas de l'État où la procédure d'insolvabilité a été ouverte. (www.uncitral.org)

581.- La responsabilité civile des dirigeants des sociétés en difficultés est contenue dans l'article 82 de la loi n°1116 de 2006. Cet article prévoit que lorsque les actifs de la société sont diminués par la faute ou le dol des dirigeants, ceux-ci seront responsables du paiement du passif externe⁵⁹⁴. L'action en responsabilité contre les dirigeants des entreprises en difficultés sera, comme en droit français, une action en comblement du passif.

2.1.2.1. Sous-section 1 - La responsabilité pour insuffisance d'actif du droit colombien

582.- Comme la responsabilité pour insuffisance d'actif du droit français, la condamnation du dirigeant en droit colombien suppose qu'il ait commis une faute de gestion à l'origine de l'insuffisance d'actif. Il faut donc établir l'existence de la faute, du préjudice et du lien de causalité.

583.- De ce fait, l'action en responsabilité suppose deux éléments : un élément objectif, l'insuffisance d'actif, et un autre subjectif, la conduite fautive du dirigeant.

584.- Les dirigeants concernés par cette action en responsabilité sont les dirigeants de droit de personnes morales et les représentants permanents de personnes morales. A la différence du droit français, le dirigeant de fait n'est pas visé en raison de l'inexistence de cette catégorie en droit colombien.

⁵⁹⁴ Article 82 de la loi n°1116 de 2006: « Cuando la prenda común de los acreedores sea desmejorada con ocasión de conducta, dolosas o culposas de los socios, administradores, revisores fiscales y empleados, los mismos serán responsables civilmente del pago del faltante del pasivo externo. (...)»

585.- La responsabilité en comblement du passif du droit colombien est considérée comme une responsabilité subsidiaire. Elle n'intervient en effet que si le passif de la société n'a pu être payé intégralement. Le résultat est le même qu'en droit français. Le voile sociétaire tombe et laisse à découvert le patrimoine personnel du dirigeant par la faute duquel la société est arrivée à cette situation de mauvaise trésorerie.

586.- Bien que la loi ne le prévoit pas expressément comme l'a fait le droit français après la réforme de 2008, les commentateurs s'accordent à dire que la condamnation susceptible d'être prononcée à l'encontre des dirigeants fautifs est limitée au montant de l'insuffisance d'actif⁵⁹⁵.

587.- L'article 82 de la loi colombienne n°1116 de 2006 reprend la présomption de faute prévue dans la loi 222 de 1995 (article 24) qui a modifié l'article 200 du Code de commerce. Ainsi il dispose que la faute du dirigeant est présumée quand il manque à ses devoirs ou ne respecte pas les limites de ses fonctions. Egalement quand il y a violation des dispositions légales ou statutaires. Cette disposition donne une certaine cohérence d'ensemble au régime de responsabilité des dirigeants sociaux, en permettant que sa mise en cause soit facilitée au demandeur. S'il en est ainsi pour les sociétés solvables ou *in bonis*, la mise en cause du dirigeant par la faute duquel la société est arrivée à un état de cessation de paiements ne peut pas être moins sévère.

2.1.2.2. Sous-section 2 - Appréciation de la faute en droit colombien

588.- La faute de gestion n'a pas de définition légale. Le juge l'appréciera au cas par cas. Cette faute peut consister en des actes positifs, comme par exemple un mauvais investissement, ou des abstentions, comme le fait de ne pas avoir une comptabilité régulière. Le juge devra combiner une notion économique (l'acte de gestion) à une notion juridique (la faute). C'est une des raisons pour lesquelles l'intervention de la *Superintendencia de Sociedades* s'est avérée efficace, car cette autorité n'est pas

⁵⁹⁵ RODRIGUEZ ESPITIA (Juan José), *Nuevo régimen de Insolvencia, op. cit, spéc.* pp. 570-571.

exclusivement juridique. Elle est également constituée d'experts en économie et en comptabilité⁵⁹⁶.

589.- Certains actes de gestion sont « objectivement » fautifs. Il en est ainsi pour les actes qui sont contraires à la loi, au règlement ou aux statuts. Mais quand les faits ne constituent pas une violation à une loi ou à un texte réglementaire ou statutaire, l'analyse du juge ne peut pas se borner à l'acte de gestion en lui-même, mais aux circonstances qui l'ont entouré, ainsi qu'aux conséquences qui s'y sont dégagées. Une analyse *a posteriori* doit être faite, ce qui n'est pas toujours évident compte tenu qu'il s'agit de décisions éclairées à la lumière de conséquences négatives mais qui, au moment où elles avaient été prises, semblaient être raisonnables. Ce qui sera par conséquent reprochable sera la gestion imprudente, hasardeuse, trop audacieuse⁵⁹⁷.

590.- L'appréciation de la faute de gestion se réalisera conformément à ce qu'un dirigeant prudent et diligent eut fait dans le même cas, c'est-à-dire *in abstracto*. Une harmonisation existe à ce sujet avec l'article 23 de la loi n°222 de 1995, qui exige des dirigeants le modèle de conduite de « l'homme de métier ».

591.- Certaines fautes sont signalées dans la loi 1116 de 2006. Ainsi, l'article 17 de la loi défend aux administrateurs d'effectuer certains actes à partir de la date d'ouverture de la procédure collective, sans autorisation de l'autorité judiciaire. C'est le cas par exemple des actes tels que réaliser des réformes statutaires, des cautions sur le patrimoine de la société, effectuer des paiements à certains créanciers⁵⁹⁸. L'article 26 de

⁵⁹⁶ REYES VILLAMIZAR (Francisco), *Derecho societario*, Tome I, *op.cit.*, spéc. p. 666.

⁵⁹⁷ CAMPANA (Marie- Jeanne), *La responsabilité civile du dirigeant en cas de redressement judiciaire*, *Revue de Jurisprudence commerciale*, 1994, pp.133-140, spéc p.134. « Joueurs et amateurs s'abstenir »

⁵⁹⁸ Article 17 de la loi 1116 de 2006 : "A partir de la fecha de presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores la adopción de reformas estatutarias; la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad; efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo; ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculten al fiduciario en tal sentido; salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso."

la même loi indique la responsabilité du dirigeant qui a omis de déclarer une créance qui par ailleurs n'avait pas été signalée dans la comptabilité⁵⁹⁹. Enfin, l'article 78 en matière de transparence prescrit que la violation des obligations qui émanent des codes dits de « gestion éthique » auxquels a souscrit l'entreprise engage la responsabilité des dirigeants. Ceux-ci seront écartés de la fonction et/ ou obligés à payer une amende pouvant aller jusqu'à 200 smic.

2.1.3. Section 3 - Le Dommage et lien de causalité

592.- Le préjudice réparable sera l'insuffisance d'actif dans les deux pays. Cette insuffisance ressortira de la différence entre l'actif et le passif. Couvrir la totalité de celui-ci avec les actifs disponibles n'étant pas possible, l'insuffisance d'actif constituera la limite de la condamnation susceptible d'être prononcée à l'encontre des dirigeants fautifs.

593.- La faute de gestion doit avoir contribué à l'insuffisance d'actif. De ce fait, un lien de causalité même partiel est suffisant pour condamner les dirigeants des deux pays. Une faute de gestion qui n'a pas contribué à ce préjudice est indifférente. Le dirigeant pourra être condamné, même si sa faute est une des causes parmi d'autres de l'insuffisance d'actif, à partir du moment où elle a « contribué à ». Une faute de gestion quelconque ayant contribué à l'insuffisance d'actif suffira à le condamner. De ce fait, c'est la théorie de l'équivalence des conditions qui s'applique en droit des procédures collectives.

594.- Les normes en matière de procédure collective sont d'ordre public. Elles ont un caractère exceptionnel car elles ont vocation à être applicables uniquement en cas de crise de l'entreprise, lorsque des forces opposées et légitimes entrent en conflit. Le

⁵⁹⁹ Article 26 de la loi 1116 de 2006: "... Las acreencias que, a sabiendas, no hubieren sido relacionadas en el proyecto de reconocimiento y graduación de créditos y que no estuvieren registradas en la contabilidad, darán derecho al acreedor de perseguir solidariamente, en cualquier momento, a los administradores, contadores públicos y revisores fiscales, por los daños que le ocasionen, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar.(...)"

régime exceptionnel protège le débiteur de bonne foi. La bonne foi joue un rôle primordial dans la responsabilité civile du dirigeant de la société en crise. Si la conduite fautive du dirigeant est appréciée avec une sévérité plus importante qu'en droit commun, la sanction encourue peut être moindre car elle est limitée au passif impayé de la société, alors qu'en droit commun le principe est celui de la réparation intégrale.

CONCLUSION DU TITRE II

595.- Le droit français a beaucoup évolué en matière de sanctions contre le dirigeant de sociétés. Avant la réforme apportée par l'ordonnance de 2008 il y avait deux types de sanctions réservées au seul cas de la liquidation judiciaire (obligation au paiement des dettes sociales et responsabilité pour insuffisance d'actif). Après l'ordonnance de 2008 une seule sanction patrimoniale existe : la responsabilité pour insuffisance d'actif, réservée au seul cas de la liquidation judiciaire.

596.- Le droit colombien connaît seulement la responsabilité pour insuffisance d'actif pouvant intervenir en cas de faute ou dol du dirigeant ayant conduit à l'insuffisance d'actif, sans être limité au seul cas de la liquidation judiciaire. Même s'il s'agit d'une responsabilité de principe en cas de crise de l'entreprise, la responsabilité des dirigeants de sociétés en crise devient plutôt exceptionnelle.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

597.- D'une perspective de technique juridique, ce n'est pas rare de constater que, dans les deux ordres juridiques étudiés, les actions en responsabilité contre les dirigeants dépendent directement de l'état de solvabilité de la société dirigée. Car si la société est solvable, les créanciers préféreront se diriger contre celle-ci, considérée comme ayant

plus de moyens de les payer. Mais si la société rentre dans une procédure de sauvegarde ou de liquidation judiciaire (ou une procédure d'insolvabilité en droit colombien), les créanciers poursuivront le patrimoine des dirigeants, car la société n'aura plus rien à leur offrir.

598.- Pour que le mécanisme de la responsabilité puisse être mis en marche, le dirigeant doit avoir commis une faute et un dommage. Un lien de causalité entre la faute et le dommage devra être vérifié. Afin d'être déclaré responsable face à la société ou ses associés, la faute devra avoir un lien direct ou indirect avec la gestion sociale. Face aux tiers, la nature de la faute est différente. Le dirigeant doit dans ce cas avoir commis une faute séparable de ses fonctions.

Conclusion Générale

Grâce au travail que nous venons de réaliser, nous avons pu dégager certains principes communs aux régimes juridiques de la responsabilité civile des dirigeants sociaux. Nous avons remarqué que les similitudes entre les systèmes juridiques des deux pays sont bien plus fortes que les différences qui les séparent. Nous avons aussi remarqué que le phénomène de la mondialisation a irradié les ordres juridiques des deux pays avec l'instauration de principes de conduite initialement créés pour les dirigeants de sociétés transnationales. Nous observons que la Colombie reste largement influencée par le droit français, mais pas seulement par celui-ci. Le droit nord américain a injecté ses formulations principalement orientées à réglementer la conduite des dirigeants des sociétés transnationales. Il exerce de ce fait une grande influence dans l'ordre juridique colombien, mais aussi dans le français.

De manière générale, les orientations menées par les législations des deux ordres juridiques observés sont les mêmes. Les deux systèmes admettent en effet l'existence des devoirs professionnels à l'encontre des dirigeants sociaux ainsi qu'une responsabilité plus rigoureuse envers les professionnels que vis-à-vis de tout autre particulier. Les deux régimes ont ensuite accueilli favorablement les principes provenant de la mouvance étrangère connue sous le nom de gouvernance d'entreprise, qui renforce les devoirs et responsabilités des dirigeants de toutes sociétés et pas seulement des sociétés cotées en bourse.

Les différences qu'on a pu constater tiennent plus du développement législatif national qui obéit dans chaque pays à des besoins spécifiques, et de questions particulières auxquelles des réponses appropriées ont été données par les législateurs respectifs, qu'à une tendance juridique différente en la matière. Telle la mise en œuvre du devoir d'information. Il n'existe pas en droit colombien une disposition équivalente à celle du droit français donnant au conseil d'administration le pouvoir de faire les contrôles et vérifications qu'il juge opportuns. Le droit français, quant à lui,

ne contient pas le devoir prévu en droit colombien d'informer le juge sur l'existence de biens apportés aux sociétés et qui dérivent de pratiques illicites, dans une logique de lutte contre le blanchiment d'argent provenant du trafic de drogue.

Nous avons constaté dans un premier temps que les dirigeants sont des agents économiques de premier ordre, qui entrent dans la catégorie juridique des « professionnels ». En suivant un à un les critères proposés par la doctrine pour qualifier une personne de « professionnelle », nous avons remarqué que ces critères leur sont applicables dans les deux systèmes juridiques. A ce titre les dirigeants sont soumis à des devoirs spécifiques auxquels est attachée une responsabilité civile particulière. Une responsabilité civile professionnelle.

Les règles de conduite auxquelles le dirigeant est lié de par son caractère professionnel sont constituées des devoirs exigibles à tous les professionnels et en particulier à ceux de sa branche d'activité. Ces devoirs sont différents de ceux exigibles à toute personne. Leur construction a commencé à se mettre en place dans la jurisprudence française, qui a interprété l'obligation contractuelle aux « suites naturelles du contrat » de façon à y inclure des obligations dont la particularité est de ne pas avoir été expressément prévues par les parties. Ces obligations implicites engagent l'une des parties au contrat : celle qui a le caractère de professionnel. Par la suite, le législateur de chacun des deux pays a commencé à les inclure dans les textes de loi du droit des sociétés dans le cas des dirigeants.

Parmi ces devoirs nous avons pu voir que le plus important est celui de loyauté. Dérivé du principe général de bonne foi, il existait déjà de manière implicite dans des textes épars du droit privé des deux pays. C'est de lui que se détachent tous les autres comme on a bien pu le constater: information, transparence, efficacité, vigilance, persévérance.

Les contours de ces différentes obligations professionnelles (s'agissant des dirigeants sociaux) ont été analysés dans le présent travail.

Nous avons aussi analysé le fondement de ces devoirs et en particulier celui de loyauté. A ce titre, nous avons constaté que le contrat de mandat constitue le

fondement de l'obligation de loyauté du dirigeant face à la société. De ce contrat spécial se dégagent les suites naturelles qui lient les dirigeants à leur société. Face aux tiers, le fondement des devoirs professionnels est, comme on a pu le voir, le pouvoir qui découle de ce contrat de mandat. Et face aux associés, c'est le contrat de société lui-même qui constitue le fondement de ce devoir. De ce fait, le dirigeant est responsable face à la société, aux associés et aux tiers dans les deux pays.

A plusieurs reprises nous avons souligné le besoin de morale dans le milieu des affaires. Par conséquent, le devoir de loyauté garde une place primordiale dans notre étude car il constitue une obligation morale qui fonde l'éthique requise dans l'activité économique de tout dirigeant.

L'importance de la loyauté dans l'exercice du pouvoir octroyé au dirigeant est d'autant plus remarquable qu'il s'agit d'un principe proposé par la doctrine étrangère, plus particulièrement par la gouvernance d'entreprise.

On a pu constater comment l'état de développement du régime de la responsabilité civile dans les deux pays a produit un terrain favorable à l'adoption par eux des principes issus de cette doctrine anglo-saxonne. Les deux pays s'étaient en effet orientés vers l'exigence des devoirs professionnels. L'opportunité pour que la doctrine étrangère ait été adoptée en France et en Colombie a été, selon nous, l'admission d'une responsabilité civile de type professionnel des dirigeants sociaux. Encore fallait-il que l'occasion de la reprise par les législations internes des principes dérivés d'une doctrine étrangère se produise. L'occasion a été la révélation des scandales financiers qui ont mis en évidence face à l'opinion publique le mode de gestion des entreprises (tels Enron, Parmalat, ExxonValdez ou Deepwater Horizon). Celle-ci a exigé une intervention des pouvoirs publics pour mettre fin à certaines pratiques. Avec l'objectif de redonner confiance aux investisseurs nationaux mais aussi étrangers dans la gestion des entreprises, les deux pays ont commencé à mettre en place une réglementation plus rigoureuse des devoirs et responsabilités de ceux qui gèrent les sociétés.

De cette façon les principes qui découlent de cette mouvance ont su s'insérer naturellement dans les mécanismes de responsabilité civile des deux pays. Les

gouvernements respectifs ont réagi très positivement aux propositions de cette doctrine dont la responsabilité civile des dirigeants constitue l'un des instruments.

Parmi les principes essentiels proposés par le gouvernement corporatif figure le devoir de loyauté. Une nouvelle approche de celui-ci s'est faite grâce à cette mouvance idéologique venue des pays anglo-saxons.

Les principes de la gouvernance d'entreprise ont éclairé l'esprit des juges avant même d'avoir été expressément exigés par les législations internes. En France, la jurisprudence a attiré l'attention des dirigeants sur les responsabilités qu'ils encourent. Faute de consécration légale du devoir de loyauté, ceux-ci pouvaient en perdre conscience s'il n'était pas fait d'exigence expresse. Il a donc fallu élever à texte de loi expresse le devoir de loyauté, dans les deux pays.

Une étude approfondie de ce devoir a été faite dans ce travail. Il constitue par excellence le devoir sur lequel se fonde en droit colombien la construction législative de la loi de 1995 contenant la responsabilité des dirigeants. Et comme les autres devoirs professionnels découlent de celui-ci, exigence est faite au respect de ces autres devoirs spéciaux même en cas d'absence de disposition légale spécifique.

Les particularités de la responsabilité civile professionnelle des dirigeants sociaux que nous avons exposée dans la première partie de ce travail viennent donner à cette discipline une certaine autonomie face à la responsabilité civile de type classique applicable à toute personne. En effet, un alourdissement de la responsabilité du dirigeant se produit par rapport au droit commun. Sa faute sera plus sévèrement appréciée. La faute légère pourra être qualifiée de lourde, et la faute très légère, sera au minimum considérée comme une faute légère concernant ces professionnels de la gestion sociétaire.

Le modèle de conduite espéré de ces individus est différent de celui qui doit être suivi par toute autre personne. Le dirigeant ne doit plus se conduire en homme moyennement prudent et diligent, en d'autres termes comme un bon père de famille.

Il est au-delà de la notion de père de famille. C'est l'homme de métier qu'il incarne, le modèle qu'il doit suivre sans écart.

Un niveau supérieur de prudence et diligence lui est donc exigible. Le dirigeant doit se comporter en bon professionnel. Il doit par conséquent être plus diligent et avisé qu'un profane. Sa responsabilité professionnelle va au-delà de la distinction entre responsabilité contractuelle et extracontractuelle. A partir du moment où il commet une faute professionnelle il est responsable sans même qu'il soit nécessaire de qualifier sa responsabilité en contractuelle ou extracontractuelle. Ce développement est plus complet en droit français qu'en droit colombien, même si ce dernier suit une logique qui le conduit dans le même sens.

Dans les deux pays, la faute qui peut être commise par les professionnels de la gestion acquiert des contours particuliers grâce à l'existence de ces devoirs universels dont le dirigeant est débiteur. Le dirigeant qui adopte un comportement déloyal, qui dissimule l'information à laquelle ont droit d'accéder les administrateurs afin de prendre des décisions en toute connaissance de cause, ou l'information financière et comptable à laquelle ont droit les associés ou actionnaires, commet une faute de gestion.

C'est le contenu même de la faute de gestion qui se voit influencé par les propositions de la gouvernance d'entreprise. Dans les deux pays la faute de gestion sera, bien entendu, de type professionnel. Les actes retenus comme fautifs sont comparables. De même, son appréciation sera différente dans les sociétés *in bonis* et dans les sociétés mises en procédure collective.

Nous avons aussi étudié les conditions de la responsabilité. Dans ce cas nous avons constaté qu'il existe une similitude entre les deux pays. Dans les deux cas il est nécessaire que la faute de gestion soit prouvée. Le dommage et le lien de causalité doivent aussi être prouvés, sauf dans certains cas prévus par le droit colombien où il y a présomption de faute et où la charge de la preuve se voit par conséquent inversée.

La théorie de la faute séparable des fonctions est admise en Colombie, même si la France connaît un développement plus complet à ce sujet. La Colombie l'adopte ad-

hoc, sans entrer dans la polémique qu'une telle théorie ait pu faire surgir dans la doctrine française. Il n'en reste pas moins que l'orientation est la même dans les deux cas. De même, en cas de procédure collective, la faute de gestion doit être à l'origine de l'insuffisance d'actif.

Si les fondements idéologiques et les conditions de la responsabilité sont similaires dans les deux pays, la mise en œuvre de la responsabilité reste différente. L'exercice de l'action sociale est dissemblable. Si en France, les statuts ne peuvent subordonner l'exercice de cette action à un avis ou à une autorisation de l'assemblée générale des associés, en Colombie la situation est tout à fait différente. En droit colombien c'est l'assemblée générale des actionnaires (ou des associés) qui décide de l'exercice de l'action sociale. Cela tient au besoin du droit colombien de se prémunir contre la mauvaise foi des actionnaires ou des dirigeants individuellement considérés. S'il n'y a pas de raison sérieuse de mettre en cause les dirigeants, le droit colombien barre la route des associés ou actionnaires qui, poussés par la seule envie de nuire, chercheraient à engager la responsabilité de leurs dirigeants. Le traitement du droit français est différent et obéit, selon nous, plus à des raisons sociologiques qu'à une nécessité juridique d'encadrement de l'exercice de l'action. En Colombie, l'abus du droit n'est pas suffisant pour encadrer de telles pratiques. Le droit colombien reflète le manque de confiance généralisé entre les différents acteurs de la vie juridique. Serait-ce peut être un penchant latin que celui de vouloir toujours extraire un maximum de bénéfice au détriment de son partenaire, même si le devoir de loyauté est exigible? L'absence de jurisprudence en droit colombien à ce sujet est tout à fait regrettable, car la position des juges servirait à nous éclairer sur la justification d'une telle mesure.

La période d'incertitude au cours de laquelle les dirigeants pourraient être exposés à une action de responsabilité introduite par la société, les associés ou les tiers, est de cette façon limitée dans le temps. Le terme de prescription de l'action sociale est court dans les deux pays (trois ans en droit français, cinq ans en droit colombien). D'un côté leur responsabilité est plus sévère que celle de n'importe quel particulier, d'un autre côté, le terme de sujétion à cette responsabilité est plus court. Ceci vise à ne pas entraver la liberté d'entreprendre. Cette idée est la même dans les deux régimes juridiques.

Enfin, quand la société traverse des difficultés de trésorerie qui la mettent en état de procédure collective, le principe de responsabilité de la société n'opère plus. Il sera plus facile de poursuivre la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux quand la société n'est plus solvable. La responsabilité des dirigeants dans ce cas est strictement encadrée par la loi des deux pays.

Le droit colombien ne connaît pas le développement du droit français en ce qui concerne les sanctions à l'encontre des dirigeants des sociétés en procédure collective.

Le droit français est assez clair et méthodologique en ce qui concerne le type de sanction (patrimoniaire, professionnelle, pénale). Le droit colombien, s'il adopte les mêmes types de sanctions, reste moins ordonné dans leur présentation. Voici un point de repère qui pourrait être utile pour les praticants du droit dans ce pays latino-américain.

Par ailleurs, le législateur français part du principe que le dirigeant malchanceux doit rester à l'abri de toute poursuite, et que, au contraire, la sanction doit tomber de tout son poids sur le dirigeant malhonnête ou incompetent qui a mené sa société à l'état de crise. Le droit colombien ne distingue pas pour sa part entre dirigeant malchanceux et malhonnête. Le dirigeant sera toujours soumis aux actions en responsabilité. Suivant son penchant sociologique, la Colombie reste attachée à une idée de mauvaise foi du dirigeant qui conduit la société à la crise et elle lui accorde difficilement le bénéfice du doute.

L'objectif recherché par le législateur des deux pays est de prévenir les difficultés des sociétés. En ce sens, le législateur français traite de façon différente le dirigeant qui s'engage sur le chemin de la prévention de celui qui n'agit pas pour prévenir l'état de crise. Le dirigeant qui en droit français ouvre une procédure de sauvegarde, échappera à toute poursuite patrimoniale.

Ce n'est qu'en cas de liquidation de la société que le dirigeant qui a commis une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif sera sévèrement puni. L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est donc limitée à la liquidation judiciaire. En droit colombien, au contraire, le dirigeant sera toujours soumis aux actions en responsabilité pour les raisons évoquées.

La Colombie pourrait ici prendre l'exemple du droit français. Le droit colombien met à disposition de la société débitrice deux procédures collectives de traitement judiciaire de ses difficultés (et non trois comme en France): le redressement et la liquidation. Il n'existe pas de procédure de sauvegarde en droit colombien. Donc, tout le développement des sanctions qui se dégage de la procédure de sauvegarde est inconnu du droit colombien. Il a pourtant fait ses preuves en France. Le droit colombien pourrait s'inspirer d'une telle procédure pour affiner son propre droit des procédures collectives dans le sens de la prévention et de la responsabilisation de ses dirigeants.

L'action en responsabilité contre les dirigeants des entreprises en difficultés sera, comme en droit français, une action en comblement du passif. Il faut donc établir l'existence de la faute, du préjudice et du lien de causalité dans les deux cas. La condamnation susceptible d'être prononcée à l'encontre des dirigeants fautifs dans les deux cas est limitée au montant de l'insuffisance d'actif même si cette exigence est expressément prévue en droit français et ne l'est pas en droit colombien.

Cette étude nous a permis de constater des orientations très proches entre les deux régimes juridiques. La France est une source d'inspiration pour les penseurs du droit en Amérique Latine, et en particulier en Colombie. Elle devrait le rester. Nous estimons que dans le domaine de la responsabilité civile professionnelle des dirigeants sociaux, la Colombie pourrait continuer à s'alimenter de l'esprit juridique français.

Bibliographie

A. BIBLIOGRAPHIE EN FRANÇAIS

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS, DICTIONNAIRES

ATTALI (Jacques), *La crise, et après ?*, Paris : Fayard, 2008, 209 pages.

CALVEZ (Jean-Yves), *L'Eglise et l'Economie, la doctrine sociale de l'Eglise*, Paris: l'Harmattan, 1999, 119 pages.

CARBONNIER, (Jean), *Droit Civil, Les biens – les obligations*, Paris : PUF Quadrige Manuels, 2004, Vol II, 2574 pages.

CATALA (Pierre), *Avant Projet de Réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris: Ministère de la Justice, la documentation française, 2006, 208 pages.

Disponible sur http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf et sur

[http://www.lexinter.net/JF/avant_projet_de_reforme_du_droit_des_obligations_et_de_la_prescription_\(projet_catala\).htm](http://www.lexinter.net/JF/avant_projet_de_reforme_du_droit_des_obligations_et_de_la_prescription_(projet_catala).htm)

COZIAN (Maurice), VIANDIER (Alain), DEBOISSY (Florence), *Droit des Sociétés*, 22^{ème} édition, Paris: Litec 2009, 725 pages.

DELMAS-MARTY (Mireille), *Les forces imaginantes du droit, le relatif et l'universel*, Paris : Seuil, 2004, 439 pages.

DICTIONNAIRE Larousse Sélection, oct. 1987, Vol. I.

FLOUR (Jacques), AUBERT (Jean-Luc), SAVAUX (Eric), *Droit Civil- Les Obligations –Le fait juridique*, 12^{ème} édition, Paris : Sirey Dalloz 2007, 456 pages.

FRICERO (Natalie), *L'essentiel des institutions judiciaires*, 5^{ème} édition, Paris: Gualino, Lextenso 2010-2011, 131 pages.

GAILLARD (Emmanuel), *Le pouvoir en droit privé*, Paris : Economica, 1985, 250 pages, coll. droit civil.

GUYON (Yves), *Droit des affaires, Entreprises en difficultés*, 9^{ème} édition, Paris : Economica, 2003, T. 2, 483 pages.

GUYON (Yves), *Droit des affaires, droit commercial général et sociétés*, 12^{ème} édition, Paris: Economica, 2003, T. I., 1060 pages.

LAMBERT-FAIVRE (Yvonne), *Risques et assurances des entreprises*, 3^{ème} édition, Paris: Précis Dalloz, 1991, 920 pages.

LARROUMET (Christian), *Droit Civil, Les Obligations, Le contrat*, 1^{ère} partie, *Conditions de formation*, 6^{ème} édition, Paris: Economica 2007, T.III, 608 pages.

LARROUMET (Christian), *Droit Civil, Les Obligations, Le contrat*, 2^{ème} partie, *Effets*, 6^{ème} édition, Paris: Economica, 2007, T.III, 1033 pages.

MERLE (Philippe), *Droit commercial, sociétés commerciales*, 13^{ème} éd, Paris : Précis Dalloz Droit Privé, 2009, 939 pages.

MESTRE (Jacques) et PANCRAZI (Marie-Eve), *Droit commercial*, 28^è éd, Paris: LGDJ, 2009, 1196 pages.

PETIT (Bruno), *Droit des sociétés*, 4^è édition, Paris : Litec, 2008, 286 pages.

RIPERT (Georges), ROBLOT (René), *Traité de Droit Commercial*, 17^{ème} édition, sous la direction de Michel Germain, Tome 2, Paris : LJDG, 2004, 1323 pages.

RIPERT (Georges), *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} édition, LJDG, Paris 1949, 421 pages.

ROUSSEL GALLE (Philippe), *Réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*, 2^{ème} édition, Paris: Litec Lexis Nexis, 2007, 514 pages.

SCHMIDT (Dominique), *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, 2^{ème} éd., Paris : Joly, 2004, 565 pages.

SCHOLASTIQUE (Estelle), *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés, Droits français et anglais*, Paris: LGDJ 1998, 465 pages.

STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *Obligations, Responsabilité délictuelle*, 5^e. éd., Paris : Litec, 1996, 582 pages.

Le TOURNEAU (Philippe), *Responsabilité civile professionnelle*, 2^{ème} édition, Paris : Dalloz Référence, 2005, 166 pages

Le TOURNEAU (Philippe), *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle, Essai*, Paris : Dalloz Dunod, 2000, réimpression 2001, 269 pages.

VINEY (Geneviève), *Introduction à la responsabilité* 3^{ème} édition, Paris : LGDJ 2008, collection traité de droit civil, 693 pages.

VINEY (Geneviève), *De la responsabilité civile (articles 1340 à 1386). Avant Projet de Réforme du droit des obligations et de la prescription* / ed. par Pierre CATALA, Paris: Ministère de la Justice, la documentation française, 2006, pp141-168. Disponible

sur http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf>

VINEY (Geneviève), *Les conditions de la responsabilité*, 3^{ème} édition, Paris : LGDJ 2006, collection traité de droit civil, 1397 pages.

II. ARTICLES, CHRONIQUES, MELANGES ET COLLOQUES

AUZERO (Gilles), L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé, *Dalloz affaires*, 26 mars 1998, n°110, pp.502-508.

BAILLOD, (Raymonde), L'information des administrateurs de SA, *Revue Trimestrielle Droit Commercial*, 1990, page 1.

BARBIERI (Jean-François), Responsabilité civile des personnes morales et de leurs dirigeants : précisions sur les contours de la « faute séparable », *Revue des sociétés*, 2003, n°3, pp. 479-488.

BARBIERI (Jean-François), Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants ? La responsabilité personnelle à la dérive, *Mélanges Yves Guyon*, 2003, p.41.

BARBIERI (Jean-François), Responsabilité de la personne morale ou responsabilité des dirigeants ? La responsabilité personnelle à la dérive, *Mélanges Guyon*, Dalloz, 2003, page 41.

BESNARD GOUDET (Raphaëlle), La faute détachable commise par un dirigeant social engage sa responsabilité à l'égard des tiers, *Recueil Dalloz* 2002, chr. pp.1821-1825.

BISSARA (Philippe), Corporate governance, loi NRE et redéfinition de la faute civile des dirigeants : le point de vue du dirigeant d'entreprise, *Revue des Sociétés*, avril-juin 2003, pp. 210 - 218.

BISSARA (Philippe), Les véritables enjeux du débat sur « le gouvernement de l'entreprise, Revue des Sociétés, janvier-mars 1998, pp. 5- 20.

BOUERE (Jean Pierre), L'information du conseil d'administration, JCP.E, 1992 n°47, page 190.

BUREAU, Dominique, La loi relative aux nouvelles régulations économiques. Aspects de droit des sociétés, Bulletin Joly Sociétés, 1er juin 2001, pp. 553-591.

CAMPANA (Marie- Jeanne), La responsabilité civile du dirigeant en cas de redressement judiciaire, Revue de Jurisprudence Commerciale, 1994, pp.133-140.

CARAMALLI (Delphine), Le dernier épisode du feuilleton jurisprudentiel de la faute séparable, Recueil Dalloz 2004, n°27, pp.1961-1964.

CAUSSAIN (Jean-Jacques), « A propos du devoir de loyauté des dirigeants sociaux », in Mélanges Mercadal, Paris : F. Lefebvre, 2002 pp. 303-316.

CHAMPAUD (Claude) – DANET (Didier), Dirigeants Sociaux. Responsabilité à l'égard des tiers d'actes illicites commis au nom de la société dans l'exercice de leurs fonctions sociétaires. Acte séparable des fonctions. Nature et concept, sens et portée. Note sous Cass. Com. 20 mai 2003 (N. Seusse), Revue Trimestrielle Droit Commercial, 2003, n°4, pp. 741-746.

CHARREAUX (Gérard) et DESBRIERES (Philippe), « Gouvernement des entreprises: valeur partenariale contre valeur actionnariale », in CHARREAUX (Gérard) et WIRTZ (Peter), Gouvernance des Entreprises, nouvelles perspectives, Paris : Economica Recherche en Gestion, 2006, pp. 24-46.

COHEN-BRANCHE (Marielle), Les conflits d'intérêts, dans Une question majeure pour le droit des affaires du XXIe siècle, [en ligne] 1^{er} et 2 avril 2006, Deauville, colloque organisé par l'Association Droit et Commerce. Disponible sur <http://www.courdecassation.fr/institution_1/autres_publications_discours_2039/discours_2202/2_avril_8453.html> (consulté le 27.01.2007).

CONSTANTIN (Alexis), « L'intérêt social : quel intérêt ? », in *Mélanges Mercadal*, Paris : F. Lefebvre, 2002, pp. 317-338.

COURET (Alain), *Le Gouvernement d'entreprise, la corporate governance*, Recueil Dalloz Sirey 1995, 22^e cah., chronique pp.163-167.

COURET (Alain), *L'intérêt social*, *La Semaine Juridique entreprises et affaires*, 03 octobre 1996, n°40, pp. 1-12.

CUIF (Pierre- François), *Le conflit d'intérêts, essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé*, *Revue Trimestrielle Droit Commercial*, janvier- mars 2005 pp. 1-27.

DAILLE-DUCLOS (Brigitte), *Le devoir de loyauté du dirigeant*, *La Semaine Juridique entreprises et affaires*, 1998, II, n°39, pp. 1486-1490.

DAMY (Grégory), *Devoir de loyauté du dirigeant à l'égard des associés*, *La Semaine Juridique édition générale*, 6 octobre 2004, II, n°41, commentaire n°10153 sous Cass. Com. 12 mai 2004, pp. 1754-1757.

DEDESSUS-LE-MOUSTIER (Nathalie), *La responsabilité du dirigeant de fait*, *Revue des sociétés*, 1997, page 499.

DESCORPS DECLERE (Frédéric), *Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, janvier-mars 2003, pp. 25-41.

DIDIER (Philippe), *Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, *Revue des Sociétés*, avril-juin 2003, n°2, pp. 238-246.

FERRIER (Didier), « *Le droit de la consommation, élément d'un droit civil professionnel* », in *Liber Amicorum, Mélanges Jean Calais-Auloy*, Paris: Dalloz 2004, pp. 373-384.

FRISON-ROCHE (Marie-Anne), Le versant juridique de la mondialisation, *Revue des deux Mondes*, décembre 1997, pp.45-53, [en ligne]. Disponible sur <http://mafrisonroche.phpnet.org/IMG/pdf/7-2.3_versant_juridique_mondialisation_1997.pdf>

FRISON-ROCHE (Marie-Anne), Le droit, source et forme de régulation mondiale, in *Gouvernance mondiale*, Documentation Française, 2002, pp. 313 – 330 [en ligne]. Disponible sur <http://mafrisonroche.phpnet.org/IMG/pdf/7-2.7_Le_droit_comme_rgulation_mondiale_2002.pdf>

GUYON (Yves), « Actionnaires et consommateurs », in *Études de droit de la consommation : liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris: Dalloz 2004, pp. 481-493.

GROSSI (Isabelle), La responsabilité des dirigeants, *Revue Droit et Patrimoine*, septembre 2003, n°110, pp. 50-58.

HADJI-ARTINIAN (Serge), Critères de la faute séparable des fonctions déterminant la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux à l'égard des tiers, *La Semaine Juridique entreprise et affaires*, 2003, n°40, pp.1580-1583.

KRAJESKI (Didier), Les outils jurisprudentiels de la moralisation, in *Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris : Dalloz 2008, collection Libre Droit, page 563.

LAGARDE, Brèves réflexions sur l'attractivité économique du droit français des contrats, *Recueil Dalloz Sirey*, 2005, n°39, chronique n° 39, pp 2745-2747.

LECLERCQ (Xavier), Faute d'un acheteur professionnel pour les prestations intellectuelles, on obtient...l'affaire Enron ! », *Revue de Droit des Affaires Internationales (RDAI/IBLJ)*, 2002, n°6, pp. 620-628.

LYONNET (Bernard), Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, Colloque « Le devoir de loyauté », *Gazette du Palais*, 3 décembre 2000, n°338, pp.15-20.

MARTIN (Didier) et TAT (Oun), La responsabilité civile des administrateurs des sociétés- évolutions jurisprudentielles, JCPG n.26, 28 juin 2010 p. 740

MAZEAUD (Denis), Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux, huit ans après..., Revue des Contrats, octobre 2004, chroniques pp. 923-925.

MONTERAN (Thierry), La réforme des responsabilités et sanctions, Gazette du Palais n°67, 8 mars 2009, pp.57-60.

Le NABASQUE (Hervé), Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés, Revue Trimestrielle Droit Commercial, avril- juin 1999, n°52, pp.273-290.

NAVARRO (Jean-Louis), Introduction, colloque « Le gouvernement d'entreprise, cinq années de réforme en droit des sociétés, pour quel avenir ? » Lyon, 1er décembre 2006, Les Petites Affiches, 2 août 2007, n°154, pp. 4-5.

NAVARRO (Jean-Louis), Suggestions pour une amélioration des régimes de responsabilité civile des dirigeants sociaux, colloque « Le gouvernement d'entreprise, cinq années de réforme en droit des sociétés, pour quel avenir ? » Lyon, 1er décembre 2006, Les Petites Affiches, 2 août 2007, n°154, pp.39-45.

PATUREAU (Nathalie), Obligations et responsabilités du dirigeant dans la loi de sauvegarde des entreprises, Les Petites Affiches, 17 février 2006, dossier n°35, pp. 111-120.

PELTIER (Frédéric), La convergence du droit français avec les principes de la corporate governance américaine, La Semaine Juridique entreprise et affaires, 5 juin 1997, n°23, étude n°660, pp. 245-250 ; Revue de Droit Bancaire et de la Bourse, 11er mars 1997, n°60, pp. 49-54.

PIROVANO (Antoine), La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? Recueil Dalloz 1997, 24ème cah., chronique pp. 189-196.

REBEYROL (Vincent), La marée noire dans le Golfe du Mexique : le temps du droit, JCPG n° 6, 7 Février 2011, 157

RIGGS (John), Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux en droit américain, Colloque « Le devoir de loyauté », Gazette du Palais, 3 décembre 2000, n°338, pp. 62-65.

RONTCHEVSKY (Nicolas), Brèves observations sur le conflit d'intérêts dans le projet de réforme du droit des contrats, Bulletin Joly Bourse, novembre-décembre 2008, pp. 610-612.

ROUSSEL GALLE (Philippe), Le dirigeant de société et le « nouveau » droit des entreprises en difficulté issu de la réforme du 18 décembre 2008, Revue des Sociétés, 2009, n°2, pp. 249-272.

SAINT-ALARY-HOUIN (Corinne), Entreprises en difficulté : un droit enfin arrivé à maturité, Revue Droit et Patrimoine, mars 2009, n°179, pp. 32-45

SCHMIDT (Dominique), La responsabilité du conseil d'administration du fait de ses actes de gestion, La Semaine Juridique entreprises et affaires, 28 septembre 1995, n°39, pp. 14-20.

SCHMIDT (Dominique), De l'intérêt social, La Semaine Juridique entreprises et affaires, 1995, n°38, étude n° 488, pp. 361-362.

SERLOOTEN (Patrick), « Vers une responsabilité professionnelle ? », in Mélanges Pierre Hébraud, Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse : 1981, pp. 805-821.

SORDINO (Marie-Christine), Les sanctions pénales du droit des entreprises en difficulté après l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008, Gazette du Palais n°133-134, 13 mai 2009, pp. 5-7.

TCHOTOURIAN, (Ivan), La sanction des conflits d'intérêts à travers la déloyauté : approche française et nord-américaine du devoir de loyauté des dirigeants, *Bulletin Joly Bourse*, Novembre-Décembre 2008, numéro spécial, pp. 599-610.

TECHENE (Vincent), L'obligation d'information des actionnaires sur le régime de rémunération des mandataires sociaux, *Lexbase Hebdo Ed. privée Générale*, 13 avril 2006, n°210.

TRICOT (Daniel), Les critères de la gestion de fait, *Revue Droit et Patrimoine*, 1996, page 24.

VIDAL (Dominique), La responsabilité civile des dirigeants sociaux, *Cahiers Droit de l'Entreprise*, 2001, n°3, pp. 16-21.

VIDAL (Dominique), Responsabilité civile du gérant. Faute séparable de ses fonctions, *Droit des Sociétés*, juin 2001, pp.22-24.

VINEY (Geneviève), « Modernité ou obsolescence du Code Civil ? L'exemple de la responsabilité », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris : Dalloz 2008, collection *Libre Droit*, pp.1041-1057.

VINEY (Geneviève), Responsabilité des professionnels, Rapport de synthèse, Colloque « La responsabilité des professionnels », Rouen, 26 et 27 janvier 2001, Université de Rouen, *Petites Affiches*, 11 juillet 2001, n° 137, pp. 95-103.

WESTER-OUISSE (Véronique), Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant de société séparable de ses fonctions, *Dalloz Affaires*, mai 1999, n°161, pp. 782-787.

III. ARTICLES DE PERIODIQUES

AZARIAN (Helène), *Sociétés par Actions Simplifiées.- Fonctionnement*, *Jurisqueleur Commercial*, [30 novembre 2007] Fasc.1534, *Responsabilité civile*, n°30.

Le BARS (Benoît), *Responsabilité civile des dirigeants sociaux*, Répertoire Dalloz Droit des Sociétés, juin 2010.

Collection Lamy droit civil, Lamy Droit de la responsabilité, *Les responsabilités professionnelles – Les dirigeants sociaux*, [novembre 2006] étude 480 «Les dirigeants responsables».

Collection Lamy droit civil, Lamy Droit de la responsabilité, *Les responsabilités professionnelles – Les dirigeants sociaux*, [mai 2008] étude 483, «La responsabilité des dirigeants de sociétés in bonis».

Collection Lamy droit civil, Lamy Droit de la responsabilité, *Les responsabilités professionnelles – Les dirigeants sociaux*, [novembre 2006] étude 486 «La responsabilité des dirigeants de sociétés en difficulté».

Responsabilité civile des dirigeants, Lamy Sociétés Commerciales, Paris 2009, n°675-698, pp.332-343.

GERMAIN (Michel), VINCENT (Catherine), Réformes récentes du droit des sociétés, évolution de 2000 à 2007, Jurisclasseur Sociétés Traité, [Premier octobre 2007], Fasc.3-12

GIBIRILA (Deen), *Dirigeants Sociaux, responsabilité civile*, Jurisclasseur Commercial, [Premier avril 2010], Fasc.1053.

GIBIRILA (Deen), *Sociétés anonymes.- Direction générale*, Jurisclasseur Commercial, [Premier novembre 2004] Fasc. 1381.

HANNOUN (Charley), *Redressement et liquidation judiciaires, Dirigeant sociaux. Sanctions patrimoniales.- Responsabilité pour insuffisance d'actif. Obligation aux dettes sociales*. Jurisclasseur Commercial, [Premier novembre 2006] Fasc. 2905.

MESTRE et Al., Collection Lamy Sociétés commerciales, 2001, article n°1335.

TREBULLE (François Guy), *Responsabilité sociale des Entreprises (Entreprise et Ethique environnementale)*, Répertoire Dalloz Droit des Sociétés, mars 2010.

IV. JURISPRUDENCE, COMMENTAIRES ET NOTES SOUS ARRETS

BARBIERI (J-F.)

Note sous Cass. Com, premier avril 1997, Bulletin mensuel d'information des sociétés Joly, 1997, n°7, pp.650-653

CA. Paris, 6 décembre 2002, Bulletin mensuel d'information des sociétés Joly, 2003, page 474.

Cass. com., 13 déc. 2005, *Société civile Sofpag c/ Y. et autres*, n° 04-11020, Bulletin mensuel d'information Joly Sociétés, 2006, n° 5, page 636.

BILLAU (M.)

Comm. sous Ass. Plen. du 14 décembre 2001, *Cousin*, La Semaine Juridique éd. générale, 13 février 2002, n°7, II, 10026.

Comm. sous Ass. Plen. du 25 février 2000, *Costedoat*, La Semaine Juridique éd. générale, 26 avril 2000, n°17, II 10295.

LE CANNU (P.)

Note sous Cass. ch. soc, 11 juin 2008, *X c/Soc. KDI*, Bulletin mensuel d'information Joly Sociétés, 1^{er} janvier 2009, pp. 25-28.

Note sous CA Paris, 20 novembre 1998, Bulletin mensuel d'information des sociétés Joly, 1^{er} avril 1999, n°4, pp 476-482.

Cass. Com., 18 oct. 1994, Bulletin mensuel d'information Joly Sociétés, 1994, page 1311.

CAUSSAIN (J-J.) et VIANDIER (A.)

Note sous Cass.com. 12 février 2002, *Darrès et autres c/ Société Locam et autres*, La semaine juridique entreprise et affaires, 30 mai 2002, n°22, p.900.

Note sous Cass. Com. 7 octobre 1997, *M. Gérard Virgnon et autres c/ Soc. Hall Décor et autres*, La semaine juridique entreprise et affaires, 1997, I, page 710.

CHAZAL (J-P.) et REINHARD (Y)

Obs. sous Com., 20 mai 2003 *Mme Seusse v/s Société d'application de techniques de l'industrie (SATI)*, Revue trimestrielle droit commercial, juillet-septembre 2003, pp.523-526.

CHAMPAUD (C.) et DANET (D.)

Comm. sous Com., 20 mai 2003 *Mme Seusse v/s Société d'application de techniques de l'industrie (SATI)*, Revue trimestrielle droit commercial, octobre-décembre 2003, pp.741-746.

CHAPUT (Y.)

Cass. Com, 26 janvier 1988, *Soc. Culligan France c/ Ageorges, Astier et Delrieu*, Revue des Sociétés, 1988, page 284.

CA. Paris, 25 février 2000, *Laurence c/ Guillemouat*, Droit des Sociétés, 2000, commentaires, page 155.

CHARTIER (Y.)

Note sous Cass. Com. 4 juin 1991, Revue des sociétés, 1992, page 55.

CLAYMOUR (G.)

Note sous Cass. Com. 8 janvier 2002, AJDA, 23 septembre 2002, n°11 p.808.

DAIGRE (J.J.)

CA Paris, 25è Ch., 26 septembre 2003, *M. Soulier et autres c/ Flamarion et autres*, Bulletin mensuel d'information Joly Sociétés, 2004, page 84.

Cass. Com., 7 octobre 1997, Bulletin mensuel d'information Joly Sociétés, 1997, page 1074.

DAILLE-DUCLOS (B.)

Etude sous Cass. Com. 24 février 1998, *Sté. Protection individuelle et collective (PIC) c/ Kopcio*, La Semaine Juridique entreprise et affaires, 1998, n°39, pp.1486-1490.

DAMY (G.)

Note sous Cass. Com. 12 mai 2004, *Beley c /SA Former*, JCPG , octobre 2004, n°41, pp.1754-1757.

DELATTRE (Ch.)

Cass. Com. 27 juin 2006, *Bénichou c/ SERARL Soinne et ass.*, JCP E, 25 janvier 2007, pp.28-29.

DIDIER (P.)

Cass. Com, 18 février 1997, *Société Voyages Point Bleu et M. Rivière c/ Société Voyages Verdié*, Revue des Sociétés, 1997, page 523.

DION (N.) et SCHMIDT (D.)

Comm. sous Cass. Com. 27 février 1996, *Vilgrain. c/ Mme. Alary*, La Semaine Juridique entreprise et affaires, 4 juillet 1996, pp. 838-843.

DONDERO (B.)

Note sous Cass. Com., 20 mai 2003 *Mme Seusse v/s Société d'application de techniques de l'industrie (SATI)*, Recueil Dalloz, 2003, n°38, pp.2623-2627.

FERRIES (S.)

Comm. sous Cass. Com, 24 oct. 2000, *Mme Hugon c/ société l'Impeccable et autre*, Les Petits Affiches, 13 février 2001, n°31, pp.18-22.

GHESTIN (J.)

Cass. Com. 27 février 1996, *Vilgrain. c/ Mme. Alary*, La Semaine Juridique éd. Générale, 1996, n°26, II, Jurisprudence 22665, pp.283-288.

GODON (L.)

Cass. Com. 17 décembre 2002, Bulletin mensuel d'information Joly Sociétés, 2003, page 423 § 85.

GUYON (Y.)

Cass. Soc. 3 avril 1990, *Barnet et autres c/ Bihl et Soc. Montefibre*, Revue des Sociétés, 1990, page 625.

Cass. Com, 8 mars 1982, Revue des Sociétés, 1983, page 573.

Cass. Com, 18 oct. 1994, *J.C. Berbesson c/ Vaney*, Revue des Sociétés, 1995, page 56.

HALLOUIN (J.C.)

Obs. sous Com., 20 mai 2003 *Mme Seusse v/s Société d'application de techniques de l'industrie (SATI)*, Recueil Dalloz, 2004, n°4, Sommaires commentés, pp.266-267.

JOURDAIN (P.)

Note sous Cass. Com, 28 sept. 2010, RTD Civ. 2010 p.785.

LARROUMET (CH.)

Cass. Ass. Plen., 29 mars 1991, Arrêt *Blieck*, Recueil Dalloz 1991, Jurisprudence, page 324.

LIENHARD (A.)

Comm. sous Com., 20 mai 2003 *Mme Seusse v/s Société d'application de techniques de l'industrie (SATI)*, Recueil Dalloz, 2003, Sommaires commentés, pp.1502-1504.

MALAURIE (Ph.)

Cass. Com. 27 février 1996, *Vilgrain. c/ Mme. Alary*, Recueil Dalloz Sirey, 1996, 36è cah., pp. 518-520.

MASSART (Th.)

Note sous Cass. Com. 22 février 2005, *Consorts X c/ X*, Bulletin mensuel d'information Joly Sociétés, 1^{er} octobre 2005, pp.1105-1113

MAZEAUD (D.)

Note sous Cass. Com. 12 mai 2004, *Beley c /SA Former*, Revue des Contrats, octobre 2004, chroniques pp. 923-925.

MERLE (Ph.)

Note sous Tribunal de Commerce de Nanterre, 3 décembre 2008, *SA Valauret c/ N. et autres*, Bulletin mensuel d'information Joly Sociétés, 1er février 2009, n°2, pp.148-161.

MONNET (J.)

Comm. sous CA Bordeaux, 2è ch., 23 avril 2007, *Lalanne c/ SARL ECF CESRFP*, Revue Droit des Sociétés, 1er octobre 2007, n°10, pp. 30-31.

MONNET (J.) et HOVASSE (H.)

Obs. sous Cass. com., 6 mai 2008, *Häni c/ Pauchard*, Revue Droit des Sociétés, 1er juillet 2008, n°7, pp. 24-25.

PARIENTE (M.)

CA. Paris, 4 février 1994, Bulletin mensuel d'information des sociétés Joly, 1994, page 403.

PORACCHIA (D.)

CA Paris, 25è Ch., 26 septembre 2003, *M. Soulier et autres c/ Flamarion et autres*, Revue Droit et patrimoine, novembre 2004, n°131, pp.93-94.

REINHARD (Y)

Comm. sous CA Paris, 1^{er} ch., 1er avril 2003, *société Kalisto*, Recueil Dalloz 2004, Somm. Comm. pp.1802-1803.

SAINTOURENS (B.)

Note sous Cass. ch. soc, 16 sept 2008, *Sarflex c/ Denieau*, Bulletin mensuel d'information Joly Sociétés, 1^{er} février 2009, n°2, pp.132-135.

THOMASSET-PIERRE (S.)

Comm. sous CA Paris, 1^{er} ch., 1er avril 2003, *société Kalisto*, Recueil Dalloz 2004, Somm. Comm. pp.1801-1802.

VINEY (G.)

Cass. Com., 12 octobre 1993, Recueil Dalloz 1994, Jurisprudence pp.124-132.

JURISPRUDENCE

CA. Aix en Provence, 10 mars 2011, n. 0907483, Charles Georges B c/ Dominique R.

Cass. Com, 10 mai 2010, Société Française de gastronomie c/ SAS Larzul, JCPG n.37, 13 septembre 2010, note A. Couret

Cass. Com, 9 mars 2010, Bull. Joly Bourse 2010 p. 316 note Rontchevsky, JCPG du 28 Juin 2010, 740 Martin-Tat

CA. Reims, 27 mai 2009, Jurisdata 2009-02-2510, Dt. Des sociétés n.12 déc. 2010 comm. 1238 Salomon

Cass. Crim, 6 mai 2009, Dt et Soc. 2009, comm. 212 obs. Salomon

CA. Paris, 17 janvier 2008, *Mayaut c/ Bidet*, Bulletin mensuel d'information Joly Sociétés, n° 5, mai 2008 p.441

Cass. Com., 11 juillet 2006, La Semaine Juridique entreprise et affaires (JCPE), 2006, page 2512.

Cass. Com., 4 juillet 2006, La Semaine Juridique entreprise et affaires (JCPE), 2006, page 2248.

CA. Paris, 28 mai 2001, La Semaine Juridique entreprise et affaires (JCPE), 2002, n°12, page 501.

T. Corr. Paris, 30 mai 1990, Bull. CNCC 1990 p. 365 note Pontavice

Cass. Com., 18 octobre 1994, *J.C. Berbesson c/ Vaney* Dalloz 1994, IR 250

Cass. Crim. 8 juin 1993, n. 92 84 092, Bull. Joly Soc. 1993 p. 906 obs. Barbiéri, Rev. Soc. 1993 p. 860 obs. Bouloc

Cass. Com., 2 décembre 1986, Bulletin Civil IV, n°232

Cass. Civ., 31 mai 1978, Bulletin Civil I, n°213.

Cass. Com., 12 octobre 1993, Bulletin Civil IV, n°338, page 245.

Cass. Com, 24 oct. 2000, *Mme Hugon c/ société l'Impeccable et autre*, Bulletin Civil IV, n°166, page 148.

Cass. Com. 24 février 1998, *Sté. Protection individuelle et collective (PIC) c/ Kopicio*, La Semaine Juridique entreprise et affaires (JCPE), 23 avril 1998, n°17, panorama rapide, page 637.

Cass. Com, 25 janvier 1994, n° 91-20.007, Revue de Jurisprudence droit des affaires (RJDA), 1994, n°457.

Trib. Com. Paris, 1^{ère} Ch., 5 janvier 1994, *Rozemblum et autre c/ SA Elysées Invest. et autre*, Revue de Jurisprudence droit des affaires (RJDA) 1994, n°404 et 456.

Cass. Com 2 mai 1983, *société Comptoir Commercial de Caoutchouc, société de droit Belge c/Consorts Devos*, Lexbase n°81-12.717.

Cass. Com, 12 janvier 1993, Bulletin mensuel d'information des sociétés Joly, 1993, page 336.

Cass. Crim, 30 sept 1991, Revue de Jurisprudence droit des affaires (RJDA), 1992, n°1, n°44.

Cass. Com, 1^{er} décembre 1987, *M. Dennery c/ S.A. Ets Dennery*, Bull. IV, 1987, n°260, page 195.

Cass. Com, 2 juillet 1985, *Cointreau et autres c/ S.A Rémy Martin*, Bull. Joly inf.soc, 1985, page 919.

Civ. 1ere, 10 février 1981, BI. n.50

CA. Aix, 3 février 1966, *La Semaine Juridique entreprise et affaires (JCPE)*, 1967, Jurisprudence, page 169.

V. TEXTES JURIDIQUES

Loi n°2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire JORF n°0155 du 4 juillet 2008 page 10705, [en ligne]. Disponible sur http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=CBE81BDFBB3A77C5D7435C572CED74C7.tpdjo06v_1?cidTexte=JORFTEXT000019117371&dateTexte=&oldAction=rechJO&categorieLien=id

Loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 (en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat - TEPA).

Loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (L.M.E.), JORF n°0181 du 5 août 2008 page 12471 (modifiée le 23 juillet 2009).

Loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie (loi Breton), JORF n°173 du 27 juillet 2005, page 12160.

Loi n°2003-706 du 1 août 2003 de sécurité financière, [en ligne]. Disponible sur <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000428977&fastPos=1&fastReqId=1150548499&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte>

Loi n°2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages [en ligne]. Disponible sur <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000604335&astPos=1&fastReqId=553556500&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte>

Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (NRE), JORF n°113 du 16 mai 2001, page 7776.

Décret n° 2009-160 du 12 février 2009 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté et modifiant les procédures de saisie immobilière et de distribution du prix d'un immeuble, JORF n°0037 du 13 février 2009 page 2596, [en ligne]. Disponible sur http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=4DFDA843045ECF797DFB3F737DE7B524.tpdjo06v_1?cidTexte=JORFTEXT000020246953&dateTexte=20101103

Décret n°2007-431 du 25 mars 2007 relatif à la partie réglementaire du code de commerce.

Décret n° 2002-803 du 3 mai 2002 portant application de la troisième partie de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, JORF n°105 du 5 mai 2002, page 8718.

Ordonnance n° 2009-105 du 30 janvier 2009 relative aux rachats d'actions, aux déclarations de franchissement de seuils et aux déclarations d'intentions, JORF n°0026 du 31 janvier 2009 page 1835 (modifiée le Premier février 2009). [en ligne]. Disponible sur http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=4DFDA843045ECF797DFB3F737DE7B524.tpdjo06v_1?cidTexte=JORFTEXT000020176274&dateTexte=&oldAction=rechJO&categorieLien=id

Ordonnance n°2009-80 du 22 janvier 2009 relative à l'appel public à l'épargne et portant diverses dispositions en matière financière, JORF n°0019 du 23 janvier 2009 page 1431, [en ligne]. Disponible sur

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=4DFDA843045ECF797DFB3F737DE7B524.tpdjo06v_1?cidTexte=JORFTEXT000020137933&dateTexte=&oldAction=rechJO&categorieLien=id>

Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, JORF n°0295 du 19 décembre 2008 page 19462, [en ligne]. Disponible sur

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=4DFDA843045ECF797DFB3F737DE7B524.tpdjo06v_1?cidTexte=JORFTEXT000019951175&dateTexte=&oldAction=rechJO&categorieLien=id>

B. BIBLIOGRAPHIE EN ESPAGNOL

I. OUVRAGES GENERAUX, TRAITES, MANUELS

BARBOSA (Francisco), Justicia: rupturas y continuidades. El aparato judicial en el proceso de configuración del Estado-Nación en Colombia. 1821-1853. Bogotá: Pontificia Universidad javeriana, 2007, 266 pages.

CATALA (Pierre), Avant Projet de Réforme du droit des obligations et de la prescription, trad. par HINESTROSA (Fernando), Del Contrato, de las Obligaciones y de la Prescripción, Anteproyecto de reforma del Código Civil Francés, Libro III, Títulos III y XX, Première édition, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, 602 pages.

El derecho en el contexto de la globalización, ed. par RAMIREZ CLEVES (Gonzalo), Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2007, 499 pages.

MORELLI (Sandra), La revolución francesa y la administración territorial en Colombia, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1991, 348 pages.

REYES VILLAMIZAR (Francisco), Derecho societario, 2ème édition, Tome I, Bogota: Temis, 2006, 714 pages.

REYES VILLAMIZAR (Francisco), Derecho societario, 2ème édition, Tome II, Bogota: Temis, 2006, 597 pages.

RODRIGUEZ ESPITIA (Juan José), Nuevo régimen de Insolvencia, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, 669 pages.

TRIGO REPRESAS (F.A.) et MESA (L.), Responsabilidad de los profesionales, Buenos Aires: La Ley, 2005.

II. ARTICLES, CHRONIQUES ET COLLOQUES

BAQUERO HERRERA (Mauricio), “El gobierno societario y de la empresa en Colombia, una herramienta (contractual) o un requisito (normativo)”, in Globalización y derecho mercantil, Bogota: Diké, 2008, pp 127-166.

CELY RODRIGUEZ (Adriana María), El sistema concursal francés, Anticipación y prevención: la nueva ley francesa de salvaguarda empresarial del 26 de Julio de 2005, Revue argentine de Droit Comparé n°15, Buenos Aires: 2008, Rubinzal –Culzoni Editores, pp 95-107.

CELY RODRIGUEZ (Adriana María), El gobierno corporativo y los riesgos empresariales globales, in El derecho en el contexto de la globalización, ed. par RAMIREZ CLEVES (Gonzalo), Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp 404-421.

GARCIA VILLEGAS (Mauricio): Apuntes sobre codificación y costumbre en la historia del derecho colombiano, [en ligne], 2003, 30 pages. Disponible sur <http://www.icesi.edu.co/esn/contenido/pdfs/c2-Historiadelderecho.pdf> (consulté le 18.11.1009)

GOMEZ (Carlos José), Cuál es la responsabilidad de los administradores en los contratos para adquirir tecnología, *Revue colombienne Ámbito Jurídico*, Bogotá: Legis, 9–22 octobre 2006, page 20.

GOMEZ RODRIGUEZ (Susana) et autres, Situación actual del gobierno corporativo de las empresas emisoras en Colombia”, *Bolsa de Valores de Colombia*, *Revue colombienne Foro de Derecho Mercantil*, Bogota: Legis, avril-juin 2005, n°7, page 173.

LONDOÑO ARANGO (Maximiliano), La responsabilidad civil de los administradores de las sociedades, in *Globalización y Derecho Mercantil*, Bogotá: Díké, 2008, pp 61-123.

OCDE (Organisation pour la Coopération et le Développement Economiques), White Paper ou “Libro Blanco sobre Gobierno Corporativo en Latinoamérica, Bogota : Cámara de Comercio de Bogotá, 2004, disponible sur <<http://www.oecd.org/sge/ccnm>> (consulté le 08.05.2007)

OTS Y CAPDEQUI (José Maria), FUGIER (André), Las instituciones del Nuevo Reino de Granada al tiempo de la Independencia., *Bulletin Hispanique*, 1960, vol. 62, n° 3, pp. 341-342. [en ligne]. Disponible sur <http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/hispa_0007-4640_1960_num_62_3_3673_t1_0341_0000_1>

RODRIGUEZ AZUERO (Sergio), Responsabilidad civil de los administradores de sociedades, *Revue colombienne de l’Académie colombienne de Jurisprudence* n°312, Bogotá : Academia colombiana de Jurisprudencia, Nov. 1998, pp 40-93.

RODRIGUEZ ESPITIA (Juan José), Aproximación al derecho concursal colombiano, *Revue colombienne E-Mercatoria* [en ligne], 2007, Vol. 6, n°2. Disponible sur <<http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN6/02.html#aproximacion>>

III. TEXTES JURIDIQUES, JURISPRUDENCE, NOTES ET COMMUNICATIONS DE L'AUTORITE ADMINISTRATIVE COLOMBIENNE

1. Textes juridiques

Loi colombienne n°1258 de 2008 « Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada », Diario Oficial No. 47.194 du 5 décembre 2008, [en ligne]. Disponible sur <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2008/ley_1258_2008.html>

Loi colombienne n°1116 de 2006 du 27 décembre 2006 « Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones », Diario Oficial No. 46.494 de 27 de diciembre de 2006, <http://www.supersociedades.gov.co>

Loi colombienne n°793 de 2002 *de extincion de dominio*, JOF No 45.046 du 27 décembre 2002

Loi colombienne n°550 de 1999 du 30 décembre 1999 por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley, <http://www.supersociedades.gov.co> (normatividad)

Loi colombienne n°222 de 1995 du 20 décembre 1995 "por la cual se modifica el libro ii del código de comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones", <http://www.supersociedades.gov.co> (normatividad)

Loi Argentine des sociétés, article 59.

Loi espagnole sur les sociétés anonymes, article 127.1.

2. Jurisprudence

Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, Sent. 6 juillet 2006, exp. n° 04733-01, M.P. César Julio Valencia Copete [en ligne], disponible sur www.ramajudicial.gov.co

Corte Constitucional, 22 février 2006, Sent. C-123, M.P Clara Ines Vargas [en ligne], disponible sur <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-621-03.htm>

Corte Constitucional, sent C-621 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra [en ligne], disponible sur <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-621-03.htm>

Corte de Casacion, Ch. Soc., 22 nov. 2005, rad. 25141, M.P. José Genecco Mendoza. Sentencia C - 415 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett [en ligne]. Disponible sur <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-415-02.htm>

Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, Sent. 30 juin de 1962, M.P. José J. Gómez R.

3. Notes et communications de la Superintendencia de Sociedades

Note 220-071474 du 7 mai 2009 sur la fin de la responsabilité des dirigeants colombiens.

Note 220-62783, du 15 août 2003 sur la faute qui n'est pas détachable des fonctions.

Note 220-10201 du 14 mars 2002 sur le caractère professionnel du *revisor fiscal*.

Note 220-552 du 20 février 2002 sur la possibilité de fournir des photocopies des documents sociaux soumis au droit d'inspection.

Notes 220-00563 du 30 janvier 2002 et 220-38434 du 30 septembre 2001 faisant référence à l'article 43 de la loi 222 de 1995 sur des conduites délictueuses des dirigeants, implicitement dérogé par le Nouveau Code Pénal.

Note 220-38140 du 17 septembre 2001 sur définition d'honoraires et bonifications.

Note 220-23252 du 6 juin 2001 sur la liste des documents sociaux soumis à réserve.

Note 220-62416 du 22 septembre 2000 sur le droit d'inspection.

Note 220-49933 du 4 août 2000.

Note 220-38042 du 6 juin 2000 sur le représentant permanent.

Note 220-18869 du 10 mai 2000 sur les devoirs des dirigeants sociaux.

Note 220-30623 du 3 mai 2000 sur le droit d'inspection des associés et le droit d'information des administrateurs.

Note 220-109678 du 2 décembre 1999 sur les documents sociaux soumis au droit d'inspection.

Note 220-39036 du 6 mai 1999 sur les conventions réglementées.

Note 220-28943 du 14 avril 1999 sur la fin de la responsabilité des dirigeants colombiens.

Circular Externa du 4 novembre 1997 sur l'information privilégiée et conflit d'intérêts.

Circular Externa du 9 juillet 1997 sur le devoir des dirigeants d'observer une diligence supérieure de celle attendue de tout particulier contenu dans la loi 222 de 1995. Elle signale aussi quelles personnes sont considérées administrateurs.

Res.360-1498 du 31 juillet 1997 sur la théorie de la spécialité.

Res.320-2279 du 22 septembre 1995 sur la théorie des actes *ultra vires*.

4. Communications de la Superintendencia Financiera

Circulaire Externe numéro 28 de 2007 de la Superintendencia Financiera de Colombia a adopté le « Code Pays », disponible sur <<http://www.superfinanciera.gov.co/Codigopais/presentacion.htm>>

Documento Conceptual de Gobierno Corporativo, Superintendencia Financiera de Colombia, 20 novembre 2006, disponible sur <<http://www.superfinanciera.gov.co/GobiernoCorporativo/doccongb241106pub.pdf>>

C. JOURNAUX ET QUOTIDIENS

Le Monde, *Les patrons échappent à un strict encadrement de leurs revenus*, Le Monde, Paris : 31 mars 2009, Claire Guélaud et Anne Michel, page 1.

Le Monde, *Les rémunérations de patrons encadrées à minima*, Le Monde, Paris : 31 mars 2009, page 13.

Le Monde, *Le débat fait rage sur les méthodes pour mettre fin aux abus*, Le Monde, Paris : 31 mars 2009, Claire Gatinois et Patrick Roger, page 13.

Le Monde, *Les Etats Unis et l'Europe déterminés à « moraliser » les rémunérations abusives*, Le Monde, Paris : 31 mars 2009, supplément spécial Economie, Claire Gatinois, page 2.

Le Monde, *Bonus et traders*, Le Monde, Paris : 9 février 2009, éditorial page 2.

Le Monde, *L'Etat oblige les banques à réformer les bonus des traders*, Le Monde, Paris : dimanche-lundi 9 février 2009, Economie, Anne Michel, page 10.

Libération, *Airbag en or massif à Valéo et Parisot demande à l'ex PDG de Valéo de renoncer à son airbag doré*, Libération, 24 mars 2009 [en ligne], disponible sur <<http://www.liberation.fr>>

Le Figaro, *Exxon Valdez : les dommages « punitifs » revus à la baisse*, Le figaro, 26 juin 2008, A. Panizzo, [en ligne], disponible sur <<http://www.lefigaro.fr/societes-etrangeres/2008/06/25/04011-20080625ARTFIG00562-exxon-valdez-des-dommages-punitifs-revus-a-la-baisse.php>>

Le Monde Diplomatique, *Le Monde Diplomatique* [en ligne], France : Le Monde diplomatique, février 2004 ; disponible dans : <<http://www.monde-diplomatique.fr/>>

Arte.fr, *Le pari perdu du lyonnais*, Guillaume Duval, [en ligne], disponible sur <<http://archives.arte.tv/special/credit/ftext/ftext06e.htm>>

La Tribune, *Ne jetons pas l'autorégulation avec l'eau du bain*, Laurence Parisot, [en ligne], disponible sur <<http://www.latribune.fr/opinions/20081015trib000183845/ne-jetons-pas-lautoregulation-avec-leau-du-bain.html>>

Index

Articles cités

A. LEGISLATION FRANÇAISE

B. LEGISLATION COLOMBIENNE

1. Loi n° 222 de 1995

- Article 92. Ouverture de la procédure collective. « Une fois présentée la demande par le requérant, la Superintendencia devra se prononcer dans les trois jours suivants. »
- Article 98. Contenu de la décision d'ouverture de la procédure collective : « Dans la décision d'ouverture, la Superintendencia de sociedades devra : ... num.7 : Ordonner la saisie des actifs du débiteur qui ont été déclarés, dont le transfert de propriété est soumis à la formalité du registre, et demander immédiatement l'inscription de la saisie aux bureaux de registre respectifs. (...) »
- Article 138. « Dans son jugement définitif, la Superintendencia de sociedades décidera sur les la continuation ou la non continuation des mesures conservatoires ordonnées, ou sur leur modification, conformément au texte du plan de continuation. (...) »
- Article 144. « Dans chacune des étapes de la procédure collective, la Superintendencia de sociedades sera facultée pour se prononcer sur toutes les mesures conservatoires qu'elle estimera nécessaires (...) »
- Article 145. « La Superintendencia de sociedades pourra ordonner la levée des mesures conservatoires préalablement demandée par le débiteur, par le commissaire aux comptes ou par les créanciers »

Résumé :

Sans aborder une étude comparative qui amènerait à utiliser des méthodes strictes de comparaison, ce travail explique l'état actuel du système juridique français et fait des commentaires sur celui de l'actuel ordre juridique colombien. Quels avantages pourrait-il y avoir à aborder une étude du droit français touché par de commentaires en droit colombien ? L'objectif de cette approche est purement académique. Il s'agit d'informer le juriste colombien sur les aspects individuels existants dans un ordre juridique étranger qui est, depuis la fondation de l'Etat Nation colombien, un guide et une base d'inspiration. Les deux Nations sont proches sur le plan juridique. Le droit de la responsabilité civile des dirigeants de sociétés commerciales n'échappe pas à cette réalité. La responsabilité civile des dirigeants reste fondée sur la faute, mais elle a connu certaines adaptations. S'agissant des professionnels de la gestion sociétaire, la responsabilité civile est accrue, la gamme des fautes s'alourdit. Le professionnel est traité par le droit d'une façon plus stricte que le simple particulier. L'existence d'une responsabilité civile professionnelle est revendiquée dans le cadre de cette étude. Le système actuellement existant dans chacun des deux pays s'est vu par ailleurs complété par des nouvelles sources, justifiées par la mondialisation, telles que les principes proposés par la doctrine anglosaxonne du gouvernement d'entreprise. A côté des sources internes du droit de la responsabilité civile, les fondements théoriques de la responsabilité civile des dirigeants de sociétés est alimenté par des sources internationales, dont l'influence accrue prend ses marques dans un phénomène mondial qui veut que les échanges ne s'arrêtent plus à l'économie ou les finances mais touchent aussi le droit.

Descripteurs : Colombie, Dirigeants, Sociétés, Responsabilité civile, Responsabilité Professionnelle, Gouvernement d'entreprise.

Title and Abstract :

"THE BASIS OF THE LIABILITY OF BOARD MEMBERS AND SENIOR EXECUTIVES OF CORPORATIONS"

A French-Colombian study

Without addressing a full comparative approach that would lead to use stricter methods for comparison, this work explains the current state of the French legal system and comments on that of the current Colombian laws. What benefit is there to conduct a study of French law affected by Colombian law comments? The objective is purely academic. It has been done to inform the Colombian jurist on individual aspects existing in a foreign legal system which has been a guide and a base of inspiration for the Colombian nation-state since its foundation.

The two nations are close on the legal dimension. The law of civil liability of corporate directors does not escape this fact. The Civil liability of officers remains based on the fault, but it has experienced some adaptations. With regard to professionals of the management of companies, the liability is increased; the range of errors has gone up.

The professional is treated by the law in a manner more stringent than the common individual. The existence of professional indemnity is claimed in this study.

The current system existing in both countries was also complemented by new sources, justified by globalization, such as the principles proposed by the doctrine of Anglo-Saxon corporate governance. In addition to internal sources of civil liability law, the theoretical foundations of the civil liability for corporate executives is fed by international sources, thus the stronger influence makes its marks within a global phenomenon which seeks that the trade does not stop only at the economy or finance levels, but also at the Legal.

Keywords : Colombia, Civil Liability, professional Liability, Corporate, Directors, Corporate Governance.