

# La lettre

Juin 2010 - N° 21

## Contentieux Pénal et Commercial

### Actualité Contentieuse

#### Editorial... Les réformes à l'abandon ?

*Que sont les réformes devenues ?  
Ce sont fétus que vent emporte...*

(d'après la Complainte de Rutebeuf (1230-1285)  
contemporain de la création des ordres d'avocats)

Est-ce la crise économique, est-ce déjà l'approche d'une période électorale majeure, est-ce l'absence de moyens financiers ? Sans doute tout cela à la fois puisque, sans qu'aucun motif soit clairement allégué, la vague des réformes judiciaires vient mourir sur la plage des illusions perdues.

Oh, tous les acteurs (magistrats, avocats, avoués à la Cour surtout !) n'approuvaient pas ce vaste aggiornamento annoncé d'un monde encore ancien que la récente modification de la carte judiciaire - déjà enfantée dans la douleur - n'avait pas vraiment bouleversé. Des lignes de clivage assez nettes se distinguaient même dans les prises de position, révélant une fois encore par exemple, l'opposition entre le Barreau de Paris et le Conseil National des Barreaux. Mais, même parmi les opposants les plus résolus aux projets gouvernementaux, on trouvait des praticiens favorables aux progrès légers mais visibles, que portait le vent des réformes - par exemple pour la garde à vue.

Ce vent a tourné et a produit des mouvements divers : alors que le Président de la République semble avoir lui-même tourné - provisoirement bien sûr - la page du livre qu'il avait lui-même préfacé à la Cour de cassation, le Garde des Sceaux - récemment reçu au Conseil de l'Ordre des avocats de Paris, chose encore impensable il y a peu - a déclaré vouloir garder le cap... malgré le vent contraire.

Et de fait, la grande et vaste réforme de la procédure pénale incluant la suppression du juge d'instruction et le nouveau rôle du Parquet est arrêtée (même si, dans l'ombre, on y travaille encore à la Chancellerie). La disparition des avoués à la Cour (qui n'a jamais été une fusion avec les avocats, comme en 1971) a été reportée de 2010 à 2011 puis aux calendes grecques et il ne fait pas de doute que l'aspect financier a pesé. Le projet de transfert du Tribunal de Grande Instance de Paris aux Batignolles est certes confirmé, mais le coût (632 millions d'euros) annoncé - et qui sera inéluctablement dépassé - et les formalités administratives : concours d'architecture, puis appel d'offres aux entreprises, laisse encore du temps à passer.

.../...



Gide Loyrette Nouel

Abu Dhabi  
Tél. +971 (0)2 667 6972  
gln.abudhabi@gide.com

Algiers  
Tél. +213 (0)21 23 94 94  
gln.algiers@gide.com

Belgrade  
Tél. +381 (0)11 30 24 900  
gln.belgrade@gide.com

Bruxelles  
Tél. +32 (0)2 231 11 40  
gln.brussels@gide.com

Bucarest  
Tél. +40 21 223 03 10  
gln.bucharest@gide.com

Budapest  
Tél. +36 1 411 74 00  
gln.budapest@gide.com

Casablanca  
Tél. +212 (0)5 22 27 46 28  
gln.casablanca@gide.com

Dubai  
Tél. +971 (0)4 445 6500  
gln.dubai@gide.com

Hanoi  
Tél. +84 4 3946 2350  
gln.hanoi@gide.com

Hô Chi Minh Ville  
Tél. +84 8 3823 8599  
gln.hcmc@gide.com

Hong Kong  
Tél. +852 2536 9110  
gln.hongkong@gide.com

Istanbul  
Tél. +90 212 385 04 00  
gln.istanbul@gide.com

Kiev  
Tél. +380 44 206 0980  
gln.kyiv@gide.com

Londres  
Tél. +44 (0)20 7382 5500  
gln.london@gide.com

Moscou  
Tél. +7 495 258 31 00  
gln.moscow@gide.com

New York  
Tél. +1 212 403 6700  
gln.newyork@gide.com

Paris  
Tél. +33 (0)1 40 75 60 00  
info@gide.com

Pékin  
Tél. +86 10 6597 4511  
gln.beijing@gide.com

Prague  
Tél. +420 222 871 111  
gln.prague@gide.com

Riyad  
Tél. +966 1 217 77 54  
gln.riyadh@gide.com

Saint-Petersbourg  
Tél. +7 812 303 6900  
gln.saintpetersburg@gide.com

Shanghai  
Tél. +86 21 5306 8899  
gln.shanghai@gide.com

Tunis  
Tél. +216 71 891 993  
gln.tunis@gide.com

Varsovie  
Tél. +48 (0)22 344 00 00  
gln.warsaw@gide.com



Et puis de nouvelles réformes sont annoncées au gré des faits divers : la réforme du code de la nationalité (en cas de vraie ou fausse polygamie ?), la suppression du jury d'assises - au moins en première instance, sinon l'introduction de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) en matière criminelle...

En définitive, une seule réforme aura été menée tambour battant grâce à la diligence de celui qui aurait pu la voir comme très difficile à mettre en œuvre : celle de la question prioritaire de constitutionnalité à l'occasion de laquelle le Conseil d'Etat et la Cour de cassation rivalisent d'ingéniosité et pour laquelle le président Jean-Louis Debré a ouvert un nouveau champ d'activité aux avocats, à tous les avocats et pas seulement à ceux agréés devant ces deux juridictions.

Quant au rapprochement avec les notaires, le sujet est tellement délicat que les deux professions ne se parlent plus que par publicité interposée alors qu'un accord entre les avocats et les experts comptables n'a pu intervenir que sous la nouvelle lumière de l'acte d'avocat, réforme quasiment aboutie dont nous reparlerons.

Le 24 juin, le Barreau de Paris a célébré avec éclat le Bicentenaire de son rétablissement par Napoléon. Le Président de la République, dévoilant au Palais une inscription où son nom sera gravé pour l'éternité, et soulignant que l'acte d'avocat venait d'être adopté la nuit même par l'Assemblée nationale, a affirmé que, dans l'axe du rapport Darrois, le cap des réformes était maintenu.

**Bâtonnier Jean-Marie Burguburu**

### **Débat... Les points clés de l'Erika**

L'arrêt de la Cour d'appel statuant en matière correctionnelle est intervenu le 30 mars dernier. Un pourvoi en cassation est en cours. Sans être exhaustifs, voici 12 points clés sur les aspects pénal et civil au fil de cette décision.

- **Procédure pénale - respect du contradictoire - droits de la défense - note en délibéré - article 6 CEDH**

Le juge pénal peut accorder la possibilité aux parties de déposer des notes en délibéré, compte tenu de la complexité de l'affaire et du nombre important des pièces communiquées.

Ces notes en délibéré peuvent intervenir après les plaidoiries jusqu'au prononcé du délibéré en l'absence de clôture des débats en matière correctionnelle.

Combinant les exigences de la procédure pénale relatives à l'existence d'un débat public et au respect des droits de la défense, la Cour a estimé toute réouverture des débats inutile, le principe du contradictoire ayant été assuré.

Elle a souligné que toute réouverture des débats engendrerait une logistique lourde contraire au principe du délai raisonnable prévu par l'article 6 de la CEDH.

- **Exception de procédure - immunité de juridiction**

La société de classification italienne RINA a revendiqué l'immunité de juridiction de l'Etat de Malte, Etat du pavillon.

Elle a dit intervenir sur délégation de ce même Etat pour la délivrance des certificats statutaires et de ce fait disposer d'une mission de service public.

La Cour a tout d'abord rappelé qu'une telle immunité constitue une fin de non-recevoir et non une nullité et peut être soulevée devant le juge du fond.

Rappelant la différence entre un acte de puissance publique et un acte de gestion, elle a considéré que la délivrance des certificats, indépendamment de leur nature, relève d'une prérogative de puissance publique.

Mais selon la Cour, le RINA a renoncé implicitement à cette immunité par sa présence dans la procédure devant "*deux juridictions différentes*" (juge d'instruction et juge du fond).

Revendiquer l'immunité à ce stade de la procédure opère un changement de stratégie, ce qui est contraire à la loyauté des débats et au principe de l'estoppel.

- **Compétence du juge français**

Le juge français est compétent de plein droit pour toute infraction de pollution commise dans sa mer territoriale.

Il l'est également au-delà lorsque les conventions internationales le prévoient.

La Convention de Montego Bay donne cette compétence au juge français en la limitant à des sanctions pécuniaires pour les infractions commises par des navires étrangers au-delà de sa mer territoriale.

Enfin, la loi nationale du 5 juillet 1983 édicte également qu'elle est applicable à tous les navires étrangers dans la ZEE.

- **Elément légal du délit de pollution - Conformité d'une loi nationale plus sévère**

#### **Convention MARPOL :**

- Prohibition de tous les rejets volontaires ou involontaires
- Auteurs : le capitaine et le propriétaire du navire
- Un fait justificatif : que toutes les précautions raisonnables aient été prises, sauf si le capitaine ou le propriétaire a agi avec l'intention de provoquer le dommage ou agi témérairement avec conscience qu'un dommage en résulterait.

Le rejet résultant d'une avarie demeure punissable quand bien même toutes les précautions raisonnables ont été prises, si les auteurs ont agi avec l'intention de provoquer le dommage ou témérairement avec conscience qu'un dommage en résulterait.



### Dispositif interne - Loi de 1983 :

- Auteurs : le capitaine, mais aussi le propriétaire et l'exploitant et toute autre personne que le capitaine ou le responsable à bord exerçant, en droit ou en fait, un pouvoir de contrôle ou de direction dans la gestion ou la marche du navire ou de la plate-forme ;
- Une faute d'imprudence qui a provoqué un tel accident ou un auteur qui n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'éviter ;
- Un seul fait justificatif : un rejet consécutif à des mesures ayant pour objet d'éviter un danger grave et imminent menaçant la sécurité des navires, la vie humaine ou l'environnement.

Pour la Cour, bien que plus sévère concernant l'identification des auteurs et les faits justificatifs applicables, la loi nationale n'en demeure pas moins conforme à la convention internationale.

Interprétant la Convention Marpol, la Cour conclut que la sévérité de la loi française s'accorde avec l'objet et le but de ladite Convention, y compris pour la ZEE, d'autant que les conditions du fait justificatif visé dans la Convention ne sont pas réunies à l'égard des prévenus concernés.

- **Délit de pollution (Loi 1983) - Infraction non intentionnelle**

Le délit de pollution est soumis à l'article 121-3 du Code pénal.

Il est constitué en cas de faute d'imprudence, négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement s'il est établi que l'auteur n'a pas accompli les diligences normales.

La responsabilité d'une personne morale ne peut être engagée qu'au travers d'une faute commise par un organe ou l'un de ses représentants.

S'agissant des personnes physiques, celles qui n'ont pas causé directement le dommage mais qui ont créé ou contribué à la situation qui a permis le dommage, sont responsables lorsqu'elles ont soit violé de façon manifestement délibérée une obligation de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée.

- **Application de la loi pénale dans le temps**

Le délit de pollution a été modifié par la loi du 1<sup>er</sup> août 2008.

La Cour a vérifié que le délit de pollution, tel qu'il était défini à la date des faits, était toujours réprimé à la date de l'arrêt.

Après une comparaison des textes, la Cour considère les éléments constitutifs du délit inchangés.

Elle relève que le législateur s'est borné à réorganiser les textes et à instituer des circonstances aggravantes qui, de par leur sévérité accrue, ne sont pas applicables à la date des faits.

- **Éléments constitutifs du délit - fautes d'imprudence - responsabilité de l'affréteur**

Le pouvoir de contrôle ou de direction dans la gestion ou la marche du navire est un des éléments constitutifs du délit prévu par la loi de 1983.

La Cour a jugé que les représentants, personnes physiques, de l'armateur et de l'exploitant technique, qui disposaient d'un pouvoir de direction sur la gestion ou la marche de l'Erika, avaient commis plusieurs fautes caractérisées en ayant minimisé les travaux d'entretien.

Concernant Total, la Cour a estimé que les clauses de la charte partie et les instructions au voyage donnaient en soi un pouvoir de contrôle sur la marche du navire.

Elle relève que la mise en place d'un vetting est une règle de prudence, qui selon la Cour imposerait une inspection annuelle. Un affrètement sans cette inspection est une faute d'imprudence, imputable au représentant de l'entreprise qui aurait dû signer la charte partie.

Concernant la société de classification, il a été jugé qu'elle disposait d'un pouvoir de contrôle sur la gestion du navire.

Son inspecteur, ayant la qualité de représentant, a commis une faute d'imprudence inexcusable en renouvelant le certificat du navire en novembre 1999, faute en relation directe avec le naufrage.

- **Causes du naufrage**

La Cour a écarté les différentes expertises judiciaires, qu'elles soient civiles ou pénales. De même, elle a également écarté les nombreux rapports et avis techniques communiqués par les prévenus considérés comme "*suspects de partialité*".

Elle a procédé à sa propre analyse en partant "*des conséquences pour trouver les causes*" et établi que le processus de ruine du navire était la conséquence directe d'une grave corrosion du navire, directement en relation avec l'insuffisance d'entretien.

- **Recevabilité des parties civiles - Intérêt à agir - Qualité à agir**

Les associations doivent être représentées par une personne habilitée conformément aux statuts et justifier d'un préjudice direct et personnel. En outre, les associations pour la protection de l'environnement doivent disposer d'un agrément ou être régulièrement déclarées en préfecture depuis au moins cinq ans à la date des faits et avoir pour objet statutaire la protection des intérêts qu'elles prétendent défendre.

Les syndicats professionnels doivent exister à la date des faits, être représentés par une personne habilitée conformément aux statuts et avoir pour objet la défense d'intérêts professionnels.



Les collectivités territoriales doivent être expressément habilitées à se constituer partie civile, tout comme pour interjeter appel, par leur organe délibérant (conseils municipaux, généraux ou régionaux). Ces habilitations doivent être renouvelées à chaque renouvellement de mandat.

Une constitution de partie civile qui était irrecevable en première instance ne peut pas être régularisée en cause d'appel.

#### • Indemnisation - Effets des transactions

A l'issue du jugement, Total SA a réglé aux parties civiles qui le souhaitaient les condamnations prononcées solidairement.

Concernant la portée de ces transactions, la Cour précise que si elles n'ont d'effet qu'entre les parties, les tiers peuvent toutefois invoquer la renonciation à un droit que renferme cette transaction.

Les parties à la transaction et indemnisées à ce titre conservent, en leur qualité d'intimées, le droit de se défendre sur l'appel des tiers et sont recevables à solliciter la confirmation des condamnations prononcées aux termes du jugement et l'obtention d'une somme concernant leurs frais de défense.

La Cour a aussi jugé que les renoncements contenus dans les transactions convenues avec le FIPOL étaient spécifiques, ces transactions n'ayant pas pour objet de régler la totalité des préjudices de quelque nature qu'ils soient.

Pour les préjudices indemnisés, la charge de la preuve incombe à celui qui se prétend libéré de l'obligation en application de l'article 1315 du Code civil, ce qui est difficile pour un tiers à la transaction.

Pour les autres, la Cour considère que les parties civiles indemnisées par le FIPOL ont un intérêt à agir "résiduel".

#### • "Convention CLC" - régime spécial et conséquences

La Convention internationale CLC, ratifiée par la France, régit la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures.

Elle instaure un régime spécifique et exclusif de responsabilité et d'indemnisation en cas de pollution.

Il s'agit d'une responsabilité canalisée et objective pesant sur des personnes désignées, qui doivent être obligatoirement assurées.

Il s'agit d'une indemnisation plafonnée, sauf hypothèse où les mêmes personnes ont commis une faute avec l'intention de provoquer un dommage ou témérairement avec la conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement.

Cette canalisation exclut toute action, quel que soit son fondement, à l'encontre des personnes visées par la Convention.

Ces personnes sont notamment celles qui s'acquittent de services pour le navire ou encore les affrêteurs du navire.

En ce qui concerne le navire, la Cour a considéré que la société au nom de laquelle le navire était immatriculé, ainsi que son représentant en qualité de mandataire du propriétaire, entraînent dans le champ de la CLC. Mais la Cour prive ce dernier de son bénéfice en raison de la nature de la faute commise dans l'entretien du navire.

En ce qui concerne l'affrèteur, la Cour a jugé que Total relève du champ d'application de la CLC et par voie de conséquence a déclaré toutes actions en dommages et intérêts irrecevables à son encontre.

En revanche, la Cour a considéré que le représentant du gérant technique et le RINA ne faisaient pas parties des personnes visées par la Convention CLC et que leur responsabilité civile est engagée sur le fondement du droit commun.

#### • Préjudice écologique - Définition - Intérêt à agir - Réparation - CLC

La Cour en donne une définition :

*"Ce préjudice objectif, autonome, s'entend de toute atteinte non négligeable à l'environnement naturel, à savoir, notamment, à l'air, l'atmosphère, l'eau, les sols, les terres, les paysages, les sites naturels, la biodiversité et l'interaction entre ces éléments, qui est sans répercussions sur un intérêt humain particulier mais affecte un intérêt collectif légitime."*

La Cour précise que cet intérêt se distingue de celui de la Nation et correspond à l'atteinte au bien-être que la collectivité tente d'apporter à l'ensemble de ses habitants ou encore l'atteinte aux efforts fournis pour améliorer le cadre de vie de ces mêmes habitants.

Selon la Cour, l'aspect collectif et dépersonnalisé de cet intérêt n'empêche pas que les associations agréées mais également les collectivités territoriales en aient personnellement souffert et demandent une réparation.

L'intérêt à agir des collectivités territoriales est donc admis de manière large, hors compétence spéciale en matière environnementale.

S'agissant de la réparation, la Cour n'a pas retenu les diverses méthodes avancées par les parties civiles mais a pris en considération des paramètres plus concrets :

- pour les communes, la surface d'estran touchée, l'importance de la marée noire sur les lieux, sa vocation maritime et sa population,
- pour les autres collectivités territoriales, l'importance de la pollution subie par leurs rivages ou encore l'orientation plus ou moins maritime de leur activité et leur population,
- pour les associations, le nombre d'adhérents, leur notoriété et la spécificité de leur action "pour apprécier l'atteinte portée à leur "animus societatis", cette partie d'elles-mêmes qui est leur raison d'être".



5.

La Cour a retenu que la Convention CLC prévoit déjà l'indemnisation de l'altération de l'environnement, tout en limitant le montant aux mesures raisonnables de remise en état.

Ainsi l'"*effet utile*" de la convention CLC conduit à considérer que la canalisation de responsabilité dont bénéficient les personnes désignées porte sur tous les types de préjudice, y compris le préjudice écologique.

**Nathalie Franck et Jean-François Denis**

### **Jurisprudence... L'arrêt du 9 mars 2010 : une petite révolution pour les actionnaires ?**

Jusqu'à présent, les actionnaires trompés par les dirigeants étaient dans une position inconfortable : dépendants des informations divulguées par ces derniers, ils semblaient dépourvus judiciairement à leur égard en cas de tromperie ou d'inexactitude, au point que leur action était qualifiée par certains de "*chemin de croix*"<sup>(1)</sup>.

Les enjeux ne sont pourtant pas négligeables, en raison notamment du nombre de plaignants potentiels. En atteste par exemple l'affaire *Vivendi* : la justice française chiffre à un million le nombre d'investisseurs potentiellement victimes de la diffusion alléguée de fausses informations par les dirigeants de cette société.

Un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 9 mars 2010<sup>(2)</sup> vient éclairer ce débat en facilitant l'exercice par les actionnaires d'une action individuelle contre les dirigeants en cas de diffusion de fausses informations.

En l'espèce, les actionnaires d'une société cotée mise en redressement judiciaire puis radiée de la cote, recherchaient la responsabilité de ses dirigeants, leur reprochant de les avoir incités à investir dans la société puis conserver leurs actions en diffusant de fausses informations et en omettant volontairement d'en divulguer d'autres.

La Cour de cassation accueille les demandes des actionnaires trompés et condamne les administrateurs fautifs à réparer leur préjudice, au terme d'un raisonnement convaincant :

- l'actionnaire n'est pas un tiers à la société, il n'a donc pas à démontrer la commission, par le dirigeant, d'une faute détachable pour engager sa responsabilité sur le fondement de l'article L. 225-252 du Code de commerce (I) ;
- l'action individuelle des actionnaires contre le dirigeant coupable de fautes de gestion commises avant l'ouverture d'une procédure collective est recevable (II),
- le préjudice consistant dans la perte de valeur des titres de la société peut constituer un préjudice personnel de l'actionnaire (III).

### **I. La faute de gestion engage la responsabilité du dirigeant à l'égard des actionnaires**

**1.1** Au cas d'espèce, les actionnaires reprochaient aux administrateurs d'avoir laissé paraître des communiqués donnant une image florissante de l'entreprise, alors même que les commissaires aux comptes avaient émis des réserves quant à la sincérité de ses comptes. Pour leur défense, les administrateurs soutenaient que leur responsabilité ne pouvait être retenue, la faute qui leur était reprochée n'étant pas une "*faute détachable*" de leurs fonctions.

L'argument était habile. En effet, la nature de la faute susceptible d'engager la responsabilité d'un dirigeant dépend du statut de la victime. Lorsque la victime est la société, celle-ci peut engager la responsabilité civile de son dirigeant notamment pour faute de gestion.

En revanche, à l'égard des tiers, auxquels ont été assimilés les actionnaires subissant un préjudice personnel<sup>(3)</sup>, la responsabilité civile des dirigeants ne peut être engagée que s'ils ont commis une faute séparable de leurs fonctions, définie comme une "*faute intentionnelle, d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales*"<sup>(4)</sup>.

Cette notion prétorienne de "*faute séparable*", fondée sur des critères objectifs tirés du comportement du dirigeant, n'a fait l'objet que de rares illustrations jurisprudentielles, toutes aussi nébuleuses, si bien que la doctrine a pu la qualifier de "*faute introuvable*"<sup>(5)</sup>.

Seraient ainsi des "*fautes séparables*" susceptibles d'engager la responsabilité d'un dirigeant sur le fondement de l'article L. 225-252 du Code de commerce, l'acte de corruption<sup>(6)</sup>, ou encore l'émission par un dirigeant de chèques au nom de la société pour son compte personnel<sup>(7)</sup>.

**1.2** La Cour de cassation prend à revers cette jurisprudence et affirme sans équivoque : "*la responsabilité des administrateurs et du directeur général à l'égard des actionnaires n'est pas soumise à la condition que les fautes imputées soient intentionnelles, d'une particulière gravité et incompatibles avec l'exercice normal des fonctions sociales*".

La Cour ne motivant pas sa position, les auteurs rivalisent aujourd'hui de commentaires.

L'explication qui nous semble la plus convaincante est celle fondée sur la théorie de la représentation<sup>(8)</sup> : à l'égard des tiers, le dirigeant agit au nom et dans l'intérêt de la société. C'est donc elle qui supporte les fautes commises par le dirigeant dans l'exercice de ses fonctions. Ce dernier ne reste responsable que des seules fautes détachables de ses fonctions.

En revanche, dans les relations internes entre la société et le dirigeant, ce dernier est responsable de toutes les fautes qu'il a commises, qu'elles soient ou non détachables de ses fonctions.

<sup>(3)</sup> Versailles, 17 janvier 2002.

<sup>(4)</sup> Com., 20 mai 2003, n° 99-17092.

<sup>(5)</sup> Daniel Ohl, JCP G 1998, II 10177.

<sup>(6)</sup> Civ. 1ère, 6 octobre 1998, n° 95-12519.

<sup>(7)</sup> Grenoble, 20 mars 2001, Juris-Data n° 151463.

<sup>(8)</sup> Marie-Laure Coquelet, Rev. sociétés, juin 2010, page 18.

<sup>(1)</sup> Marie-Laure Coquelet, Rev. sociétés, juin 2010, page 18.

<sup>(2)</sup> Com., 9 mars 2010, n° 08-21547 et 08-21793.



Or, l'actionnaire participe de cet ordre interne de la société. Il ne peut donc être considéré comme un simple tiers et doit pouvoir invoquer la faute de gestion pour engager la responsabilité du dirigeant.

## II. La responsabilité du dirigeant d'une société en redressement judiciaire peut être recherchée sur le fondement de l'article L. 225-252 du Code de commerce

Avant l'arrêt du 9 mars 2010, le régime de la responsabilité des dirigeants sociaux auteurs de fautes de gestion variait selon que la société était ou non *in bonis*.

Lorsque la société était soumise à une procédure collective, la responsabilité des dirigeants pour faute de gestion, même commise antérieurement à l'ouverture de cette procédure, ne pouvait être recherchée que sur le fondement de l'action en comblement de passif de l'article L. 651-2 du Code de commerce. L'action individuelle fondée sur les dispositions du droit des sociétés était exclue<sup>(9)</sup>.

La Cour de cassation remet aujourd'hui en cause ce principe du non-cumul de responsabilité, en jugeant recevable l'action individuelle exercée par les actionnaires sur le fondement de l'article L. 225-252 du Code de commerce, alors même qu'une procédure collective est ouverte contre la société.

Cette solution n'est pas surprenante. En effet, en 2006 déjà, la Cour de cassation avait jugé recevable l'action d'un créancier contre le dirigeant d'une société en procédure collective<sup>(10)</sup>. Dans une telle hypothèse, et si le créancier démontrait la commission, par le dirigeant, d'une "faute séparable", la responsabilité de ce dernier pouvait être recherchée simultanément sur le terrain de l'action en comblement de passif pour une faute de gestion, et sur celui de l'action individuelle pour une "faute séparable".

En l'espèce, la Cour de cassation va plus loin : la seule faute de gestion est susceptible d'engager la responsabilité du dirigeant sur le fondement de l'action individuelle de l'article L. 225-252 du Code de commerce, et non plus seulement sur celui de l'action en comblement de passif.

## III. La perte de valeur des actions peut constituer un préjudice personnel à l'actionnaire

Les deux premiers obstacles franchis, demeurait une ultime difficulté pour les actionnaires demandeurs : en vertu de la jurisprudence quasi-constante, la perte de valeur des titres d'une société n'est pas un préjudice personnel des actionnaires<sup>(11)</sup>, mais le corollaire du dommage causé à la société.

Rappelons, en effet, que les actionnaires ne peuvent agir individuellement en responsabilité contre les dirigeants que s'ils prouvent que la faute commise par ces derniers leur a causé un préjudice personnel, direct et distinct de celui subi par la société, ce qui ne serait pas le cas de la perte de valeur de leurs titres.

En l'espèce, la Cour de cassation revient sur sa jurisprudence antérieure et juge que le préjudice des actionnaires revêt un caractère personnel car "ils avaient été incités à investir dans les titres émis par [la société] et à les conserver en raison de fausses informations diffusées par les dirigeants, d'une rétention d'information et d'une présentation aux actionnaires de comptes inexacts".

La Cour ne s'explique pas sur les motifs qui la conduisent à retenir une telle solution. Pour notre part, nous relevons simplement que cet arrêt illustre la démarche de la Haute juridiction qui avait rappelé dans son rapport annuel pour l'année 2005 qu'"il ne suffit pas, en effet, pour écarter l'action individuelle, de constater que le préjudice allégué consiste dans une dépréciation des titres ; encore faut-il que cette dépréciation ne soit elle-même que la traduction du préjudice social".

Après avoir jugé le 28 juin 2005<sup>(12)</sup> que tel n'était pas le cas du préjudice lié à la dilution de la participation de l'actionnaire, la Cour de cassation affirme aujourd'hui que tel n'est pas non plus le cas du préjudice lié à une prise de participation dans une société au vu de fausses informations<sup>(13)</sup>.



Cette évolution favorable aux actionnaires est toutefois contrebalancée par une évaluation réaliste du préjudice.

En effet, la Chambre commerciale casse l'arrêt d'appel qui avait retenu une méthode d'évaluation fondée sur le montant investi par les actionnaires et non sur leur perte de chance d'investir dans un autre placement ou de renoncer à celui réalisé.

Reste alors aux juges du fond la délicate tâche de chiffrer cette perte de chance<sup>(14)</sup>.

**Isabelle Rouche et Audrey Kukulski**

## Quelques décisions intéressantes...

- La banque Banesto se voyait réclamer la somme de 150 millions d'euros par les liquidateurs d'une société au motif qu'elle aurait "soutenu abusivement cette société alors qu'elle était dans une situation irrémédiablement compromise". Le 12 mai 2010, le Tribunal de commerce de Marseille a considéré que la loi espagnole était applicable au litige eu égard au liens contractuels existant entre les parties et que l'action intentée contre la banque était prescrite au regard de cette législation. La banque Banesto était représentée par **Michel Pitron et Audrey Kukulski** qui intervenaient aux côtés d'avocats du Barreau de Marseille.

<sup>(12)</sup> Com., 28 juin 2005, n° 03-13112.

<sup>(13)</sup> Voir également T.C. Paris, 24 juin 1974, R.J.Com, n° 801 ; Versailles, 18 octobre 2007, RG n° 05/06929.

<sup>(14)</sup> Ce travail d'évaluation aboutit souvent au versement d'une indemnisation forfaitaire par action. Voir en ce sens Paris, 31 octobre 2008, Bulletin Joly Bourse 2009, n° 1 page 28.

<sup>(9)</sup> Com., 28 février 1995, n° 90-16437 ; Com., 26 mai 1999, n° 96-21054.

<sup>(10)</sup> Com., 7 mars 2006, n° 04-16536.

<sup>(11)</sup> Com., 28 juin 2005, n° 04-13586.



7.

Par arrêt du 22 avril 2010, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a ordonné la restitution aux ayants-droit de Francis Bacon d'un tableau évalué à 25 millions de dollars US, prêté par l'artiste à une association arlésienne depuis la fin des années 80. L'Association soutenait que Francis Bacon avait réalisé ce tableau pour qu'il fasse partie de sa collection et qu'il avait fait l'objet d'un apport en jouissance ou à tout le moins d'un prêt l'autorisant à le conserver indéfiniment. Infirmant le jugement du Tribunal de grande instance de Tarascon, la Cour d'appel a jugé que l'œuvre faisait bien l'objet d'un prêt à durée indéterminée résiliable à tout moment unilatéralement par les ayants-droit, sous réserve de respecter un préavis raisonnable, et a ordonné sa restitution sans délai. Les ayants-droit de Francis Bacon étaient représentés par **Michel Pitron** et **Aurore Tagliana**.

- Le 26 mars 2010, **Michel Pitron** et **Aurélien Chardeau** qui intervenaient aux côtés de confrères monégasques ont obtenu pour un résident monégasque l'annulation du réquisitoire supplétif émis par le Procureur de la République de Monaco qui étendait la saisine d'un juge d'instruction à des faits de blanchiment. La Cour d'appel de Monaco a considéré que ce réquisitoire ne faisait

référence à aucun élément matériel de nature à fonder l'extension de la saisine du juge et en a logiquement déduit la nullité de l'ensemble des mesures conservatoires prises par le juge d'instruction dans le cadre de la commission rogatoire émise par lui en conséquence de sa saisine.

- Selon arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 6 mai 2010, **Aurélien Chardeau** a obtenu la relaxe de la société Iton Seine qui était poursuivie du chef du délit de blessures involontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail de plus de trois mois sur l'un de ses salariés.

### Conférences, colloques, informations...

- **Aurélien Chardeau** est intervenu en mai dernier en qualité de chargé d'enseignement au sein du module de droit pénal des affaires de l'ESSEC. Son enseignement a concerné cette année les accidents industriels et la responsabilité pénale.



Si vous souhaitez recevoir cette newsletter par e-mail ou nous indiquer un changement d'adresse, merci de contacter Dorra Gharbi (gharbi@gide.com - Tél. 01 40 75 37 63 - Fax 01 40 75 69 23).

## Gide Loyrette Nouel

Association d'avocats à responsabilité professionnelle individuelle

26, cours Albert 1er  
75008 Paris - France  
Tél. +33 (0)1 40 75 60 00  
Fax +33 (0)1 43 59 37 79  
E-mail: info@gide.com

### Associés contacts

**Bâtonnier Jean-Marie Burguburu** ▪ burguburu@gide.com  
**Gilles Duquet** ▪ duquet@gide.com  
**Michel Pitron** ▪ pitron@gide.com  
**Aurélien Boulanger** ▪ boulanger@gide.com  
**Bruno Quentin** ▪ quentin@gide.com

Pour plus d'informations :

[www.gide.com](http://www.gide.com)



Gide Loyrette Nouel

**Vous pouvez également consulter cette Lettre, ainsi que nos autres lettres d'information, sur notre site Internet, rubrique Actualités/Publications.**

La lettre d'information du Département Contentieux Pénal et Commercial (la "Lettre d'information") est une publication électronique périodique éditée par le cabinet Gide Loyrette Nouel (le "Cabinet") diffusée gratuitement auprès d'un nombre limité de personnes ayant une relation directe ou indirecte avec le Cabinet. La Lettre d'information est réservée à l'usage privé de son destinataire et n'a qu'une vocation d'information générale non exhaustive. Elle ne saurait constituer ou être interprétée comme un acte de conseil juridique. Le destinataire est seul responsable de l'usage qu'il fait des informations fournies dans la Lettre d'information et le Cabinet ne pourra être tenu responsable envers le destinataire de quelconques dommages directs ou indirects découlant de l'utilisation de ces informations.

Conformément à la loi "informatique et libertés" n° 78-17 modifiée, vous pouvez demander à accéder, faire rectifier ou supprimer les informations vous concernant traitées par notre service Communication ([privacy@gide.com](mailto:privacy@gide.com)).