



HAL
open science

Le dirigeant de fait en droit privé français

Jean-Richard Nze Ndong Dit Mbele

► **To cite this version:**

Jean-Richard Nze Ndong Dit Mbele. Le dirigeant de fait en droit privé français. Droit. Université Nancy 2, 2008. Français. NNT : 2008NAN20004 . tel-01777305

HAL Id: tel-01777305

<https://hal.univ-lorraine.fr/tel-01777305v1>

Submitted on 24 Apr 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10

http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>

UNIVERSITE NANCY 2

FACULTE DE DROIT, SCIENCES ECONOMIQUES ET GESTION

LE DIRIGEANT DE FAIT EN DROIT PRIVE FRANÇAIS

THESE

En vue de l'obtention du grade de

DOCTEUR EN DROIT PRIVE

(Nouveau régime)

Présentée et soutenue publiquement

Le 9 juillet 2008 par

NZE NDONG DIT MBELE Jean-Richard

MEMBRES DU JURY

M. François JACQUOT, Professeur à l'Université Nancy 2 (Directeur de Recherche)

Mme Christine LEBEL, Maître de Conférences, Habilitée à Diriger des Recherches à l'Université Nancy 2 ;

M. Jean-Pierre LEGROS, Professeur à l'Université de Franche-Comté ;

M. Didier PORACCHIA, Professeur à l'Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III.

L'université Nancy 2 n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse, celles-ci devant être considérées comme propres à leur auteur.

DEDICACE

A mon Père OGNANE BIYANG Eloi Rostant qui m'a appris le goût de l'effort et montré le bon exemple.

A ma Mère Mme OGNANE Philomène née ZANG MBELE qui a contribué à régler nos difficultés quotidiennes au prix de sa santé.

A mon épouse pour la patience dont tu as fait preuve durant ces longues années d'exil, loin de notre terre natale.

A mes enfants OGNANE NZE Stephen Eloi Simon et OLLOMO NZE Elian Nelson. Votre naissance m'a offert un gage d'éternité et donné l'opportunité d'honorer les miens. Elle a donné un sens à mon séjour en France en attendant l'aboutissement de mes recherches et a adouci ma peine d'être loin de la terre qui m'a vu naître.

A mon oncle MINKO MBELE Charles dont les études ont été interrompues en 1972 à la Faculté des Lettres de l'Université de Nancy par des problèmes de santé.

A tous mes parents.

REMERCIEMENTS

Ce travail n'a pu être réalisé que grâce au précieux soutien de plusieurs personnes. Qu'il nous soit permis d'adresser nos remerciements :

A Monsieur le Professeur François JACQUOT, notre Directeur de thèse qui nous a fait l'honneur d'accepter de nous encadrer, sans ménager aucun effort et sans se lasser, pour que cette recherche aboutisse. Ses précieux conseils et orientations, sa disponibilité, sa patience ainsi que sa rigueur nous ont été d'une grande utilité.

A tous les Enseignants de l'Université Nancy 2 qui nous ont souvent apporté leurs conseils lorsque nous sollicitons leur aide.

Ces remerciements vont également à tous ceux qui, à divers niveaux, ont participé à la réalisation de ce modeste travail. Qu'ils trouvent ici l'expression de notre parfaite reconnaissance.

LE CORPS ENSEIGNANT
de la Faculté de Droit, Sciences Economiques et Gestion

DOYEN M. Olivier CACHARD

DOYENS HONORAIRES MM. TALLON, GROSS, JAQUET, CRIQUI

PROFESSEURS ÉMÉRITES M. VITU, Professeur de Droit Pénal

M. CHARPENTIER, Professeur de Droit Public

M. JAQUET, Professeur de Droit Public

M. COUDERT, Professeur d'Histoire du Droit

Mme GAY, Professeur d'Histoire du Droit

M. BORELLA, Professeur de Droit Public

Mme MARRAUD, Professeur de Droit Privé

M. GROSS Bernard, Professeur de Droit Privé

PROFESSEURS

M. RAY Jean-Claude Professeur de Sciences Économiques

M. SEUROT François Professeur de Sciences Économiques

M. DUGAS DE LA BOISSONNY Christian Professeur d'Histoire du Droit

M. SEUVIC Jean-François Professeur de Droit Privé

M. MOUTON Jean-Denis Professeur de Droit Public

M. BUZELAY Alain Professeur de Sciences Économiques

M. JACQUOT François Professeur de Droit Privé

M. ARNOULD Daniel Professeur de Sciences Économiques

M. CRIQUI Etienne Professeur de Science Politique

M. BILLORET Jean-Louis Professeur de Sciences Économiques

M. PIERRÉ-CAPS Stéphane Professeur de Droit Public

M. GOSSEREZ Christian Professeur de Droit Public

M. GARTNER Fabrice Professeur de Droit Public

M. EBOUE Chicot Professeur de Sciences Economiques

M. DEFFAINS Bruno Professeur de Sciences Economiques

M. MAZIAU Nicolas Professeur de Droit Public

M. DEREU Yves Professeur de Droit Privé

M. BISMANS Francis Professeur de Sciences Economiques

M. ASTAING Antoine Professeur d'Histoire du Droit

Mme DORIAT-DUBAN Myriam Professeur de Sciences Economiques

M. STASIAK Frédéric Professeur de Droit Privé
M. CACHARD Olivier Professeur de Droit Privé
M. GRY Yves Professeur de Droit Public
M. LAMBERT Thierry Professeur de Droit Privé
M. HENRY Xavier Professeur de Droit Privé
M. PLESSIX Benoît Professeur de Droit Public
Mme TISSERAND-MARTIN Alice Professeur de Droit Privé
Mme LEMONNIER-LESAGE Virginie Professeur d'Histoire du Droit
Mme SPAETER-LOEHRER Sandrine Professeur de Sciences Economiques
Mme UBAUD-BERGERON Marion Professeur de Droit Public
M. MAMPUYA Auguste Professeur "invité" de Droit Public

MAÎTRES DE CONFERENCES

M. BOURGAUX Claude Maître de Conférences de Droit Privé
M. BEAUFORT Jean-Louis Maître de Conférences de Droit Privé
M. PELLISSIER Dominique Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mme CHARDIN France Maître de Conférences de Droit Privé
M. GERMAIN Eric Maître de Conférences de Droit Public
M. LUISIN Bernard Maître de Conférences de Droit Public
Mme MANSUY Francine Maître de Conférences de Droit Privé
M. VENANDET Guy Maître de Conférences de Droit Privé
Mme TILLEMENT Geneviève Maître de Conférences de Droit Privé
Mme GANZER Annette Maître de Conférences de Droit Privé
M. OLIVIER Laurent Maître de Conférences de Science Politique
M. DIELLER Bernard Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. GUIGOU Jean-Daniel Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. GASSER Jean-Michel Maître de Conférences de Droit Privé
Mme JANKELIOWITCH-LAVAL Eliane Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. AIMAR Thierry Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mme KUHN Nicole Maître de Conférences de Droit Public
Mme DAVID-BALESTRIERO Véronique Maître de Conférences de Droit Privé
Mme ETIENNOT Pascale Maître de Conférences de Droit Privé
Mme DANTONEL-COR Nadine Maître de Conférences de Droit Public
Mlle BARBIER Madeleine Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. FOURMENT François Maître de Conférences de Droit Privé

M. ANDOLFATTO Dominique Maître de Conférences de Science Politique
Mme DEFFAINS Nathalie Maître de Conférences de Droit Public
Mme SIERPINSKI Batyah Maître de Conférences de Droit Public
M. MOINE André Maître de Conférences de Droit Public
Mlle LEBEL Christine Maître de Conférences de Droit Privé
Mlle LE GUELLAFF Florence Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. PY Bruno Maître de Conférences de Droit Privé
M. BERNI Daniel Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. EVRARD Sébastien Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. FENOGLIO Philippe Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mme BOURREAU DUBOIS Cécile Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mlle GARDIN Alexia Maître de Conférences de Droit Privé
M. KLOTGEN Paul Maître de Conférences de Droit Privé
Mme DERDAELE Elodie Maître de Conférences de Droit Public
M. DAMAS Nicolas Maître de Conférences de Droit Privé
M. GICQUEL Jean-François Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. PFISTER Etienne Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mme LELIEVRE Valérie Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. PREVOT Jean-Luc Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. WEBER Jean-Paul Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mme CHAUPAIN-GUILLOT Sabine Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. CHOPARD Bertrand Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mlle PIERRE Nathalie Maître de Conférences de Droit Privé
M. PIERRARD Didier Maître de Conférences de Droit Public
Mme HOUIN-BRESSAND Caroline Maître de Conférences de Droit Privé
M. ZIANE Ydriss Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. GABUTHY Yannick Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mlle BLAIRON Katia Maître de Conférences de Droit Public
M. FERREY Samuel Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. MULLER François Maître de Conférences de Droit Public
M. FERRY Frédéric Maître de Conférences associé de Droit Privé
Mme MOUKHA Stéphanie Maître de Conférences associé de Droit Privé
M. GAUDEL Pierre-Jean Maître de Conférences associé de Droit Public
M. GUENOT Jacques Maître de Conférences associé de Droit Privé

M. GREGOIRE Christian Maître de Conférences associé de Sciences
Economiques

M. BERNARDEAU Ludovic Maître de Conférences associé de Droit Privé

ASSISTANTS - PRAG

Mlle ABALLEA Armelle Assistant de Droit Public

M. ECKERSLEY David Assistant d'Anglais

M. LOVAT Bruno PRAG de Mathématiques

Mme DIEHL Christel PRAG d'Anglais

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

Aff. :	Affaire
AUSC:	Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique
Al. :	Alinéa
Art. :	Article
Biblio. :	Bibliothèque
Bull. :	Bulletin
Bull. civ. :	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre civile)
Bull. crim :	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
Bull. Joly :	Bulletin Joly Sociétés
BRDA :	Bulletin rapide de droit des affaires
C/ :	Contre
CA. :	Cour d'Appel
Cass. :	Cour de Cassation
Cass. civ. :	Cour de Cassation, chambre civile
Cass. com. :	Cour de Cassation, chambre commerciale.
Cass. crim. :	Cour de Cassation, chambre criminelle.
Cass. Soc. :	Cour de Cassation, chambre sociale.
C. civ. :	Code civil
C. com. :	Code de commerce
CE :	Conseil d'État
CEDH :	Cour européenne des droits de l'homme
Cf. :	Confère
Ch. :	Chambre
Chap. :	Chapitre
Ch. mixte :	Chambre mixte de la Cour de cassation
Chron. :	Chronique
Circ. min.	Circulaire ministérielle
Civ. 1^{ère} :	Cour de cassation, 1ère chambre civile.
Civ. 2^e :	Cour de Cassation, 2ème chambre civile.
Civ. 3^e :	Cour de Cassation, 3ere chambre civile.
CJCE. :	Cour de justice des communautés européennes

Coll. :	Collection
Com. :	Cour de Cassation, chambre commerciale
Comm. :	Commentaire
Comp. :	Comparer
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
C. org. Jud. :	Code de l'organisation judiciaire
Crim. :	Cour de Cassation, chambre criminelle.
C. séc. soc. :	Code de la sécurité sociale
CUJAS :	Bibliothèque Inter universitaire Cujas de droit et de sciences économiques
D. :	Recueil Dalloz
D. affaires :	Recueil Dalloz affaires
Defrénois :	Répertoire du notariat Defrénois
DG :	Directeur Général
Doctr. :	Doctrine
Dr. soc. :	Droit social
Dr. Fisc. :	Droit Fiscal
Dr. Pénal :	Revue de droit pénal
Droit des sociétés :	Revue de droit des sociétés
éd. :	Edition
Ex. :	Exemple
Fasc. :	Fascicule.
Gaz. Pal. :	Gazette du Palais
GIE :	Groupement d'intérêt économique
Ibid. ou Ibidem :	Au même endroit, dans le même texte.
Idem :	Le même, la même chose
In. :	Dans
Infra :	Ci-dessous
I.R. :	Informations Rapides
J.C.P. :	Juris-classeur périodique
J.C.P. éd. E. :	Juris-classeur périodique, édition entreprise (Semaine juridique)
J.C.P. éd. G. :	Juris-classeur périodique, édition générale
J.O. :	Journal officiel
Jurispr. :	Jurisprudence

JSL. :	Jurisprudence Lamy social
Litec :	Librairie technique.
LGDJ:	Librairie générale de droit et de jurisprudence
L.P.F. :	Livre des procédures fiscales
n° ou n°s :	Numéro / numéros
Not. :	Notamment
Obs. :	Observations
OHADA :	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
Op. cit. :	Opere citato (dans l'ouvrage cité plus haut).
Ord. :	Ordonnance
p. :	Page
pp. :	Pages
PCA :	Président du conseil d'administration
P.-DG :	Président- Directeur Général
Préc. :	Précité
Préf. :	Préface
PUF :	Presses Universitaires de France.
Réf. :	Référé
Req. :	Requête.
Rép. Civ. Dalloz :	Répertoire civil Dalloz
Rev. :	Revue.
RJCom. :	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA. :	Revue de jurisprudence de droit des affaires.
RJF :	Revue de jurisprudence fiscale.
Rev. Gén. Proc. :	Revue générale des procédures
Rep. proc. civ. :	Répertoire de procédure civile, Dalloz
Rév. sc. crim. :	Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé
Rev. sociétés. :	Revue de droit des sociétés
R.T.D. act. :	Revue trimestrielle de droit des activités économiques
RTD civ. :	Revue trimestrielle de droit civil.
RTD com. :	Revue trimestrielle de droit commercial.
Sirey :	Recueil Sirey
SA. :	Société anonyme
SARL :	Société à responsabilité limitée

SCS :	Société en commandite simple
SNC :	Société en nom collectif
Somm. :	Sommaire
Spéc. :	Spécialement.
Suppl. :	supplément.
s ou sv. :	Et suivants
T. :	Tome.
Trib. :	Tribunal.
Trib. Com. :	Tribunal de commerce.
TGI :	Tribunal de grande instance
TPI :	Tribunal de première instance
Vr. :	Voir
Vol. :	Volume.
§ :	Paragraphe

SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE	7
PREMIERE PARTIE	29
LA QUALIFICATION DE DIRIGEANT DE FAIT.....	29
Titre I – L'EXERCICE ILLICITE DE LA GESTION DE LA SOCIETE.....	33
Chapitre I- L'exercice du pouvoir reconnu au dirigeant de droit	35
Section I – La substance du pouvoir de gestion	36
Section II- La finalité du pouvoir de gestion	53
Chapitre II- L'irrégularité du pouvoir de gestion exercé par le dirigeant de fait	69
Section I – L'élément formel de l'irrégularité du pouvoir de gestion du dirigeant de fait.....	71
Section II – L'élément matériel de l'irrégularité du pouvoir de gestion du dirigeant de fait.....	90
TITRE II - L'EXERCICE EFFECTIF DE LA GESTION DE LA SOCIETE.....	117
Chapitre I- L'activité autonome de gestion de la société.....	120
Section I- L'indépendance de l'activité de gestion de fait.....	121
Section II- L'autorité de l'auteur de la gestion	145
Chapitre II- L'importance de l'activité de direction de fait	163
Section I- La permanence de l'activité de gestion de fait	164
Section II- L'influence de l'activité de gestion de fait de la société.....	182

SECONDE PARTIE :	207
LE STATUT DU DIRIGEANT DE FAIT	207
TITRE I- LE REGIME JURIDIQUE DU DIRIGEANT DE FAIT	210
Chapitre I- Les obligations du dirigeant de fait	213
Section I- Les obligations fonctionnelles du dirigeant de fait	214
Section II- Les obligations institutionnelles du pouvoir de direction	229
Chapitre II- La responsabilité du dirigeant de fait	246
Section I- La responsabilité civile de droit commun de tout sujet de droit	248
Section II- La responsabilité fonctionnelle d'un dirigeant social	270
TITRE II- LE FONDEMENT DU REGIME JURIDIQUE DU DIRIGEANT DE FAIT ..	298
Chapitre I- La direction de fait : une application de la théorie de l'apparence ?	301
Section I- La concordance des conditions d'existence de la direction de fait et du mandat apparent	302
Section II – La justification du régime juridique de la direction de fait	321
Chapitre II- La direction de fait : une application de la théorie du quasi-contrat ? ..	335
Section I- La qualification de la direction de fait en quasi-contrat	337
Section II- La justification du régime juridique de la direction de fait par le mécanisme du quasi-contrat	360
CONCLUSION GENERALE	376

INTRODUCTION GENERALE

1- Le droit organise la protection des multiples intérêts que la direction d'une société¹ peut mettre en péril. Il aménage le pouvoir de gestion de la société, définit ses principes d'attribution et d'exercice et veille à la préservation des intérêts juridiques, économiques, financiers et sociaux de la société, des associés et des tiers. Dans la société², l'action au nom et pour le compte de la société incombe aux personnes ou organes désignés par la communauté des associés³. Il s'agit, selon le type de société, du gérant, du directeur général, du conseil d'administration, du président de ce conseil, du directoire et du président du directoire⁴. La société peut aussi être dirigée par des personnes désignées judiciairement. Toutes les personnes choisies régulièrement pour conduire les affaires

¹ La société peut être civile ou commerciale en raison soit de sa forme, soit de son objet ; le premier critère primant sur le second. A l'origine, seul le critère de l'objet permettait de déterminer la nature civile ou commerciale de la société. C'est seulement avec la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 *sur les sociétés commerciales*, J. O. 26 juillet 1966, p. 6402, qu'apparaît le critère de la forme. Désormais, l'article L. 210-1 du Code de commerce issu de l'article 1^{er} de cette loi dispose : « *Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions* ». Seules peuvent donc être civiles à raison de leur objet, les sociétés civiles proprement dites, les sociétés en participation, les sociétés créées de fait, les GIE et les GEIE. Le caractère civil ou commercial de la société détermine les règles applicables à celle-ci.

² Art. 1832 al. 1 du C. civ. issu de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 *modifiant le titre IX du livre III du code civil*, J. O. 5 janvier, p. 179, rect. J. O. 15 janv., p. 378 : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue d'en partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ». Auparavant, l'art. 1832 définissait la société comme « *un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter* ». Depuis la loi n° 85-697 du 11 juillet 1985, *relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée*, J. O. 12 juill. 1985, p. 7862 ; Rect. J. O. 13 juill. 1985, p. 7922, suivie de la loi n° 99-587 du 12 juillet 1999, *sur l'innovation et la recherche*, art. 3, J. O. 13 juill. 1999, p. 10396, la société peut aussi être créée par l'acte de volonté d'une seule personne alors appelée associé unique.

³ L'associé est une personne qui a fait apport à la société en vue de participer aux bénéfices et aux pertes et qui est animée de l'*affectio societatis*, c'est à dire de la volonté d'être en société avec d'autres. L'*affectio societatis* désigne « tout à la fois l'élément intentionnel du contrat de société, l'expression d'une obligation de collaboration à la conduite des affaires sociales - ou, pour le dire autrement, de soumission au principe majoritaire » (C. RUELLAN, *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, thèse, Paris II, 1997, n^{os} 371 et 372, p. 218-219) - ou encore, la « simple conscience d'une union d'intérêts » (*Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant*, sous la dir. de G. CORNU, PUF, 2000, v. « affectio societatis »). Sur l'*affectio societatis*, voir, *Traité de droit commercial* de G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. Michel GERMAIN, t. 1, vol. 2, 18^e éd., L.G.D.J. 2002, n° 1056-34. P. PIC, *De l'élément intentionnel dans le contrat de société*, Annales 1906, p. 153 ; HAMEL, *L'affectio societatis*, *Rev. Trimestrielle*, 1925, p. 761 ; Y. GUYON, *La fraternité dans le droit des sociétés*, *Rev. Soc.*, 1989, 439 ; N. REBOUL, *Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis*, *Rev. Soc.*, 2000, 425. Sur l'associé, voir A VIANDIER, *La notion d'associé*, L.G.D.J., 1978.

⁴ Les administrateurs et les membres du directoire n'ont pas le pouvoir de représenter individuellement la société. Ils ne peuvent donc pas agir en son et pour son compte.

d'une société sont des « dirigeants de droit » ou « dirigeants légaux » ou encore des « mandataires sociaux » car elles expriment la volonté de la société, elles la représentent.

2- Mais d'autres personnes assurent parfois la conduite des affaires d'une société sans avoir été régulièrement choisies pour remplir ce rôle. Ces personnes sont appelées « dirigeants de fait » car elles s'attribuent des pouvoirs et exercent des fonctions reconnues par la loi et les statuts de la société aux dirigeants légaux. L'intervention du dirigeant de fait dans la société trouble l'organisation mise en place par les statuts de cette société et par la loi. L'étude du « dirigeant de fait en droit privé français » permet, d'une part, d'examiner l'attitude du droit positif à l'égard des personnes qui exercent les pouvoirs reconnus au dirigeant de droit d'une société alors qu'elles n'ont pas cette qualité et, d'autre part, de nourrir la doctrine relative à ce sujet.

Selon le professeur RIVES-LANGE, « est un dirigeant de fait celui qui, en toute souveraineté et indépendance, exerce une activité positive de gestion et de direction »¹ d'une société. Cette définition est reprise par la jurisprudence² et unanimement admise par la doctrine³. Elle lie la notion de dirigeant de fait à l'exercice de la gestion ou de la direction de la société. Plus généralement, le dirigeant de fait est la personne qui exerce la direction, la gestion ou l'administration de la société alors que ce pouvoir ne lui a pas été régulièrement attribué. La définition des termes « gestion », « direction » et administration permet de distinguer un tel dirigeant des autres personnes qui agissent au nom et pour le compte de la société ou qui interviennent dans la réalisation de l'activité sociale.

3- *Stricto sensu*, les termes de « direction », « gestion » et « administration » de la société recouvrent des réalités différentes. La direction est une fonction consistant à conduire une affaire en assumant les responsabilités de cette charge. Quant à la gestion, elle est l'intendance ou l'utilisation des ressources d'une organisation en vue d'atteindre des

¹ Cf. J.-L. RIVES-LANGE, *La notion de dirigeant de fait (au sens de l'art. 99 de la loi du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens)*, D. 1975, Chron. p. 41, n° 5.

² CA Nancy 15 déc. 1977, *JCP. éd. G.* 1978, II, n° 18912 ; CA Paris, 3^e ch. 17 mars 1978, *D.* 1978, I.R., p. 420 ; Cass. crim. 12 déc. 1989, *Bull. Joly*, 1989, 252, note STREIFF ; Cass. com. 26 juin 2001, *Dr. sociétés*, 2001, comm. 140, obs. J.-P. LEGROS ; Cass. crim., 20 oct. 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 249, p. 935.

³ G. NOTTE, *Les dirigeants de fait des personnes morales de droit privé*, Thèse, Paris, 1978 ; J.-M. MACQUERON, *La notion de dirigeant de fait : étude de la jurisprudence française de ses origines à 1981*, Thèse ROUEN, 1982 ; D. TRICOT, *Les critères de la gestion de fait, Dr. et patr.* janv. 1996, p. 24 ; J.-L. COURTIER, note sous Cass. com. 16 mars 1999, *Rev. huissiers* 2000, p. 353.

objectifs préalablement déterminés¹. Enfin, le terme « administration » désigne l'action de gérer un bien ou une masse de biens sans pouvoir exercer sur ces biens le pouvoir de disposition.

La doctrine a reconnu que les termes « direction », « gestion » et « administration » pouvaient avoir un sens différent dans l'organisation des sociétés. Certains auteurs, en s'appuyant sur l'origine du concept de direction qui, selon eux, traduisait une spécialisation des pouvoirs au sein des sociétés anonymes, ont séparé la direction de la gestion. De JUGLART et IPPOLITO affirmèrent, à propos des pouvoirs respectifs de la direction générale et du conseil d'administration de la société anonyme sous l'empire de la loi du 24 juillet 1966 *sur les sociétés commerciales*², qu'« il y a lieu de distinguer des fonctions bien différentes... **Gérer**, c'est choisir une politique de l'entreprise, **diriger** ou "contrôler" c'est voir si la politique choisie et décidée est bien exécutée »³. Quant au Professeur PAILLUSSEAU, il distingua entre l'administration et la direction. « **Administrer** une entreprise, c'est établir une politique générale, c'est approuver des budgets prévisionnels ; **diriger** l'entreprise, c'est essentiellement mettre en application la politique adoptée par l'organe d'administration »⁴. Pour ces différents auteurs, les termes « direction », « gestion » et « administration » spécifient des fonctions différentes dans la conduite des affaires d'une personne morale. Le Professeur RIVES-LANGE a également affirmé qu'il existait une différence entre la direction et la gestion au sens strict de ces termes. Pour cet auteur, « Le terme "gestion" désigne la nature des actes accomplis et exprime leur importance quant à la vie économique et financière de l'entreprise, le terme "direction" traduit le pouvoir de décision de celui qui accomplit de tels actes ». Ainsi, pour la doctrine, *stricto sensu*, les termes « direction », « gestion » et « administration »

¹ Il existe une science de la gestion qui a affirmé son autonomie depuis les années trente. Cf. H. FAYOL, *Administration industrielle et générale*, Paris 1931. Cette science définit les normes et les techniques d'utilisation, d'affectation des ressources de l'entreprise dans le but d'atteindre un meilleur rendement. Cf. *Lexique Gestion*, 4^e éd. Dalloz.

² Loi n° 66-537, 24 juillet 1966, *J.O.* 26 juillet 1966, p. 6402. La direction générale était chargée de la gestion de la S.A. alors que le conseil d'administration était chargé de diriger la société et de contrôler l'activité de la direction générale.

³ Cf. *Cours de droit commercial, les sociétés commerciales*, Montchrestien, 8^e éd. 1988, p. 487.

⁴ Cf. J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, thèse Rennes, Sirey 1967, biblio. dr. com. t. 18, p. 245.

traduisent chacun, une réalité différente, des fonctions ou des pouvoirs spécifiques reconnus à une personne ou à un organe pour mener les affaires d'une société¹.

La loi du 15 mai 2001 relative *aux nouvelles régulations économiques*² a voulu clarifier la distinction entre la direction, la gestion et l'administration, dans les sociétés anonymes³, en dissociant les fonctions de président et de directeur général⁴. Aux termes de cette loi, l'article L. 225-56 du Code de commerce dispose que « Le directeur général est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances 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. Il représente la société dans ses rapports avec les tiers ». Ainsi, la **direction** est la conduite des affaires d'une société et la représentation de celle-ci auprès des tiers. Quant à l'administration, elle comprend, conformément à l'article L. 225-35 relatif au conseil d'administration de la société anonyme, la détermination des orientations de l'activité sociale, la surveillance de leur mise en oeuvre et le règlement « de toute question intéressant la bonne marche de la société ».

4- Mais même si la dissociation des fonctions de président et de directeur général devait entraîner, dans la société anonyme, une distinction entre les fonctions respectives de la direction et de l'administration, cette séparation n'est pas stricte. En effet, il est reconnu au conseil d'administration la faculté de « se saisir de toute question intéressant la bonne marche de la société » et de régler par ses délibérations les affaires qui concernent cette société. Cette faculté confère au conseil le pouvoir de participer à la gestion de la société alors que ce pouvoir est aussi attribué à l'organe de direction. Ainsi, même dans la société anonyme, certaines fonctions sont communes à la direction et à

¹ J.-L. RIVES-LANGE, *op. cit.*, p. 41 n° 10.

² Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 dite loi « NRE », *J.O.* n° 113 du 16 mai 2001, p. 7776.

³ Parce que c'est dans ces sociétés que ces pouvoirs sont attribués à des personnes ou des organes différents : le conseil d'administration, le Président de ce conseil, le directeur général (S.A. de type classique), le directoire et le président du directoire (S.A. avec directoire et conseil de surveillance).

⁴ Cf. *C. com.*, art. L. 225-51-1. L'article L. 225-51-1, al. 1 du *C. com.* ouvre une option quant au mode de direction générale. « La direction générale est assumée, sous sa responsabilité, soit par le président du conseil d'administration, soit par une autre personne physique nommée par le conseil d'administration et portant le titre de directeur général ». Le choix de la modalité d'exercice de la direction générale relève de la compétence du conseil d'administration.

l'administration de la société anonyme¹. Plus généralement, dans toutes les sociétés, la jurisprudence et la doctrine reconnaissent que les termes « direction », « gestion » et « administration » expriment, *lato sensu*, la même réalité, c'est-à-dire qu'ils désignent les pouvoirs reconnus aux personnes qui ont la qualité de dirigeant de droit.

Les Professeurs RIVES-LANGE et NOTTE affirment que les termes « direction », « gestion » et « administration » sont, *lato sensu*, équivalents² car ils désignent un ensemble de pouvoirs attribués par la loi et les statuts à une ou plusieurs personnes pour conduire l'activité d'une personne morale. Cette opinion est fondée, au regard de la terminologie utilisée par les tribunaux pour désigner l'exercice des pouvoirs des dirigeants sociaux. Pour établir qu'une personne a conduit les affaires d'une société, les tribunaux relèvent souvent qu'elle a assuré la « direction ou la gestion »³ de ce groupement. Ils accordent moins d'importance à la dénomination de la fonction exercée qu'à son rattachement à la compétence du dirigeant social. Ils utilisent indifféremment les termes « direction » et « gestion » pour désigner les pouvoirs reconnus au dirigeant social. Il en résulte que les termes « direction » et « gestion » expriment la même réalité⁴. Ils seront également employés indistinctement dans cette étude pour désigner le pouvoir de conduire les affaires d'une société civile ou commerciale. Corrélativement, le dirigeant de fait est la personne qui exerce la gestion ou la direction de la société alors que ce pouvoir ne lui a pas

¹ Sur ce point, voir D. BUREAU, « *La loi relative aux nouvelles régulations économiques ; aspects de droit des sociétés* », *Bull. Joly sociétés*, n° 6, 01 juin 2001, p. 553 et s.

² Cf. J.-L. RIVES-LANGE, *op. cit.*, p. 41 n° 10 ; G. NOTTE, *op. cit.*, p. 110 ; du même auteur, *La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives*, *JCP. CI.* 1980, 8560, n° 7.

³ L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 11 juin 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 719, n° 299 ; *Rev. sociétés* 1987, p. 629, constitue la parfaite illustration de cette assimilation. En l'espèce, la Cour refuse d'attribuer la qualité de gérante de fait d'une SARL à la personne poursuivie au motif qu'elle n'avait pas exercé en fait la *direction de la société*. Voir aussi, CA. Paris, 28 janv. 1997, *Petites affiches*, 09 janvier 1998 n° 4, p. 25, note D. GIBIRILA. Auparavant, la Cour de cassation avait déjà, à propos de la direction de fait, rappelé que « le dirigeant de fait s'entend de toute personne physique ou morale qui, assumant les mêmes fonctions qu'un dirigeant de droit, exerce, en fait, en toute souveraineté et indépendance, une activité positive *de gestion ou de direction* ». Cf. Cass. com. 24 avr. 1981, *Rev. sociétés* 1981, 637, note HONORAT. Cass. com. 6 oct. 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 1228, note DAIGRE ; CA Orléans, 8 mars 2001, *RJDA* 2001, n° 589 : « ...qu'enfin, le franchiseur ne déteint pas, par exemple, la signature bancaire, n'émet pas de titres de paiement, n'embauche ni ne licencie le personnel du franchisé, ... ne dirige pas en somme l'entreprise du franchisé à sa place, ni même s'immisce dans sa gestion ; » ; Cass. com. 6 janv. 1998, « Mais attendu que la cour d'appel a, par motifs propres et adoptés, relevé ... qu'il exerçait la direction et la gestion de la société » ; Cass. crim., 20 oct. 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 249, p. 935.

⁴ Le législateur établit déjà la confusion entre direction, gestion et administration dans la loi du 16 novembre 1940 *relative aux sociétés anonymes*, J. O. 26 novembre 1940. L'article 4, alinéa 6 de cette loi énonce : « ...Pour dégager leur responsabilité, le président et les administrateurs impliqués doivent faire la preuve qu'ils ont apporté à la *gestion* des affaires sociales toute l'activité et la diligence d'un mandataire salarié ». Cette disposition utilise le terme « *gestion* » et non pas « *administration* » pour évoquer l'activité des administrateurs. Cela prouve que le législateur assimilait déjà la gestion à l'administration d'une société.

été régulièrement attribué. Il se distingue donc du **dirigeant de droit** qui, au contraire, est une personne qui exerce une fonction et des pouvoirs qui lui ont été légalement attribués pour conduire les affaires sociales.

5- La personne qui a la qualité de dirigeant de fait se distingue également de celle qui exerce le **contrôle** d'une société car la direction se distingue du contrôle ou de la surveillance que les associés exercent sur le fonctionnement de la société. Le contrôle est un pouvoir en vertu duquel une personne apprécie la façon dont la société est dirigée par ceux qui en ont été chargés. Il s'exerce sur l'activité de direction de la société, avant ou après sa réalisation. Il n'entraîne pas l'exercice, par ses auteurs, des pouvoirs relatifs à la direction de la société c'est-à-dire l'accomplissement des actes au nom et pour le compte de la société et la représentation de celle-ci auprès des tiers. Les organes de contrôle se distinguent ainsi de ceux qui assurent la direction de la société. Corrélativement, la personne qui exerce le contrôle est distincte de celle qui dirige en fait une société. La première n'exerce pas les pouvoirs relatifs à la gestion de la société, à la différence du dirigeant de fait.

6- Le dirigeant de fait se distingue aussi de la personne interposée dans la gestion d'une société. L'interposition¹ est une simulation par laquelle une personne dirige en apparence une société, alors qu'en réalité elle sert de couverture à une autre personne qui, par exemple, ne peut faire du commerce ou ne désire pas s'exposer à ses créanciers. La personne interposée est un prête-nom. Elle a, à la différence du dirigeant de fait, des pouvoirs légaux de direction. En outre, la personne interposée ne dirige pas en réalité la société mais reçoit d'une personne dissimulée, les ordres qu'elle met en œuvre alors que le dirigeant de fait exerce lui-même le pouvoir de direction. Toutefois, dans l'hypothèse d'une interposition dans la gestion de la société, la personne qui donne des ordres peut être qualifiée de dirigeant de fait².

¹ Sur l'interposition, voir P. BOURGUIGNON, *Notion juridique de l'interposition de personne*, Thèse Paris 1906; B. VIAL-PEDROLETTI, *L'interposition de personnes dans les sociétés commerciales*, Thèse Aix-Marseille, 1986.

² Cass. com. 4 juin 1973, *Gaz. Pal.* II, *pan.*, p. 210 : la gestion par personne interposée constitue manifestement l'immixtion.

La spécificité de la qualité de dirigeant de fait est liée à la nature des fonctions exercées, *proprio motu*, de sa propre volonté, par une personne dans la gestion de la société. Mais la notion de dirigeant de fait n'est pas définie par le législateur.

7- L'expression « dirigeant de fait » n'apparaît pas dans le Code de commerce de 1807, pas plus que celle de « gérant de fait ». Pourtant, l'idée que des personnes autres que les dirigeants de droit puissent, en pratique, gérer une société est concomitante à "la défense d'immixtion du commanditaire dans la gestion de la société en commandite" consacrée par l'article 27 de ce Code. L'examen des circonstances historiques d'apparition de la notion de dirigeant de fait permet de le démontrer.

La commandite est une société dans laquelle coexistent deux catégories d'associés : les commandités et les commanditaires. Les commandités sont des associés indéfiniment et solidairement responsables du passif ; ils sont commerçants. En revanche, les commanditaires sont des associés dont la responsabilité est limitée au montant de leurs apports. Les commandités peuvent diriger la commandite alors qu'il est interdit à tout commanditaire de s'immiscer dans la gestion de cette personne morale, c'est-à-dire d'intervenir dans sa direction. Cette interdiction d'immixtion du commanditaire dans la gestion de la société en commandite est très ancienne.

La règle interdisant aux commanditaires de s'immiscer dans la gestion de la commandite a son origine dans une coutume qui, avant le 17^e siècle, limitait en Italie la responsabilité des commanditaires à leurs apports, à la condition « qu'ils s'abstinsent de paraître comme associés »¹. Cela signifie qu'« ils ne devaient ni administrer, ni laisser mettre leur nom dans la raison sociale »² car ces faits étaient caractéristiques de la qualité d'associé. A l'époque, la société était un « contrat entre commerçants »³ c'est-à-dire un groupement dont les membres, c'est-à-dire les associés, avaient tous la qualité de commerçant et pouvaient participer à la gestion. En qualité de commerçant, les associés

¹ A défaut de respecter cette interdiction, les commanditaires étaient « obligés au-delà de leur apport ». Cf. Ch. LESCOEUR, *Essai historique et critique sur la législation des sociétés commerciales en France et à l'étranger*, 1874, p. 10.

² Initialement, les sociétés étaient désignées sous une raison sociale qui reproduisait le nom des associés. Avec la précision de la personnalité morale, le nom des associés a été progressivement séparé de l'appellation sociale. Maintenant, seules les sociétés civiles professionnelles conservent une raison sociale. Cf. Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et sociétés*, 12^e éd., 2003, n° 176.

³ Cf. Ch. LESCOEUR, *op. cit.*

répondaient indéfiniment et solidairement des dettes de la société. Ainsi, la société en nom collectif représentait la *société générale*, la société commerciale de droit commun et l'associé s'entendait de l'associé en nom, c'est-à-dire, l'apporteur commerçant qui pouvait gérer la société.

Néanmoins il était admis que puissent exister dans la société commerciale, des bailleurs de fonds, commanditaires, qui n'étaient tenus que sur leur mise¹ parce que, quoique membres de la société, ils n'avaient pas la qualité de commerçant et ne pouvaient pas la gérer, la gestion étant considérée alors comme l'exercice des activités commerciales par des commerçants. De cette ouverture de la société à des personnes qui ne devenaient pas commerçantes est née la société en commandite. Cette dernière était alors considérée comme une *exception* à la société en nom collectif. Elle permettait de « faire participer aux bénéfices du commerce, ceux qui ne pouvaient ou ne voulaient pas avoir la qualité de commerçant »² soit par convenance personnelle, soit en raison de leur statut social³. La société en commandite regroupait donc deux sortes d'associés, les commandités, associés traditionnels et les commanditaires, associés qui n'avaient pas la qualité de commerçant et ne pouvaient, par conséquent, gérer la société, faire des actes de commerce, fut-ce pour le compte de la personne morale.

Le statut du commanditaire a été établi dans l'objectif d'assurer la protection, d'une part, des tiers et, d'autre part, de cet associé. Il a été défini par opposition à celui de l'associé en nom collectif avec comme particularités la limitation de la responsabilité du commanditaire et, pour ce qui est de la gestion de la société, l'interdiction de la gestion de la commandite au commanditaire et l'absence de solidarité de cet associé avec les commandités.

¹ Cf. G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ 1951, p. 57.

² Cf. SALEILLES, *Histoire des sociétés en commandite*, *Annales de droit commercial*, 1895, p. 10 et 49, 1897, p. 29.

³ Il était interdit aux nobles, aux membres du clergé et aux gens de robes de faire du commerce sous peine d'infamie. Cf. SALEILLES, *op. cit.* Pour H. LEVY-BRÜHL, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII^e et XVIII^e siècles*, 1938, p. 159 *in fine* et 160 *in limine*, la question de l'exclusion du commanditaire de la gestion de la commandite est, « comme toutes celles qui concernent la société en commandite dans notre ancien droit, obscurcie par des considérations d'ordre social bien plus que juridique. Les commanditaires qui sont souvent des nobles ou des personnes qui veulent vivre comme des personnes de qualité répugnent à voir publier leurs noms ou même à laisser supposer qu'ils s'occupent personnellement des affaires d'une société de commerce. Il en résulte une assez grande incertitude quant à leurs attributions... »

8- L'ordonnance de SAVARY du 23 mars 1673 sur *le commerce de terre*¹ ne formalisera pas la défense d'immixtion du commanditaire dans la gestion de la commandite. Elle énonce seulement que « *Les associés en commandite ne seront obligés que jusqu'à concurrence de leur part* »². Mais en considération de cette règle SAVARY définit la commandite³ comme la société qui se forme entre deux ou plusieurs personnes dont certaines ne font que mettre leur argent dans la société « *sans faire aucune fonction d'associé* »⁴, et les autres donnent quelquefois leur argent, mais toujours leur industrie pour faire « *sous leur nom* » le commerce des marchandises dont elles sont convenues ensemble. Cela amène TOUBEAU à affirmer que « *le commanditaire ne doit faire aucun acte d'associé* », il a seulement « *à entendre les comptes de la négociation* »⁵ c'est-à-dire le résultat de l'activité sociale. Un lien s'établit ainsi entre l'absence de qualité d'associé en nom et l'interdiction de gérer la société en commandite. Il sera consacré par le Code de commerce de 1807.

L'article 27 du Code de commerce de 1807 énonce ainsi expressément que « *l'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion ni être employé pour les affaires de la société, même en vertu de procuration* ». Cette disposition institue la défense d'immixtion du commanditaire dans la gestion de la commandite⁶. Elle interdit au commanditaire d'accomplir, *proprio motu*, un acte de gestion. L'acte de gestion est celui qui relève de la compétence des dirigeants sociaux et qui est conforme à l'objet social⁷. En

¹ Il s'agit d'un édit du roi Louis XIV. Il est appelée *ordonnance de SAVARY* ou *code SAVARY* à cause de la part prépondérante prise à sa rédaction par Jacques SAVARY, négociant, membre de la commission composée de magistrats et de commerçants, chargée par COLBERT de préparer la codification sur le commerce de terre. L'ordonnance de Savary regroupe dans un seul document, des règles jusque-là coutumières ou éparées, relatives aux sociétés. Sur l'ordonnance de Savary, cf. Ph. BORNIER, *Conférences des ordonnances de LOUIS XIV*, t. II, nouvelle éd. Paris 1737.

² Art. 8 du titre IV.

³ SAVARY, *Le parfait négociant*, II^e partie, p. 2.

⁴ Les fonctions d'associé sont ici considérées comme celles de l'associé en nom collectif, c'est-à-dire celles que peut remplir le commerçant. De même, les actes d'associé sont ceux que seuls l'associé en nom collectif peut accomplir. Il en est ainsi des actes touchant à la gestion considérée comme l'exercice des activités commerciales. Aussi, le commanditaire qui n'a pas la qualité de commerçant, ne peut-il gérer la commandite.

⁵ TOUBEAU, *Institutes consulaires*, t. II, p. 105 cité par LESCOEUR, *op. cit.* p. 10.

⁶ La violation de la défense faite au commanditaire de s'immiscer dans la gestion de la société était, dans l'ancien article 28 du Code de commerce, sanctionnée de façon sévère. Selon cet article, « en cas de contravention à la prohibition mentionnée à l'article précédent, l'associé commanditaire est obligé solidairement avec les associés en nom collectif pour toutes les dettes et engagements de la société ». Voir le commentaire de cet article dans l'ouvrage de LESCOEUR précité, p. 131 et s.

⁷ L'objet social est, de façon générale, le but de la société (Y. LAMBERT-FAIVRE, *L'entreprise et ses formes juridiques*, RTDcom. 1968, p. 974) ou encore sa raison d'être. L'objet de toute société est la recherche d'un bénéfice ou la réalisation d'une économie. Plus précisément, CORDONNIER a considéré

vertu de l'article 27 du Code de commerce de 1807, le commanditaire ne peut exercer des fonctions dans la commandite ni réaliser une activité pour cette société.

L'innovation de l'article 27 réside dans l'interdiction faite au commanditaire de gérer sous procuration. Sous le régime de l'ordonnance de 1673, l'usage d'une procuration permettait souvent au commanditaire de gérer la commandite sans tomber sous le coup de l'interdiction. DELANGLE affirme ainsi que « C'était sous l'ordonnance de 1673 un usage à peu près général de mêler aux associés gérants ceux des commanditaires quand il en pouvait résulter un accroissement de crédit pour la société. On abusait du silence de la loi pour en pervertir la pensée »¹. L'interdiction faite au commanditaire de gérer en vertu d'une procuration a pour objectif de mettre un terme à la pratique des mandats utilisée par les commanditaires pour contourner la règle coutumière qui les écartait de la gestion de la commandite. Elle renforce le caractère absolu de la défense d'immixtion du commanditaire dans la gestion de la commandite².

9- La loi du 6 mai 1863 a modifié l'article 27 du Code de commerce de 1807. Elle a amputé cet article de sa partie interdisant au commanditaire d'être employé par la commandite car cette interdiction aboutissait en pratique à empêcher toute participation du commanditaire à la réalisation de l'activité sociale. Au terme de cette modification, cet article disposera désormais : « *L'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de*

l'objet social comme « le genre d'activité de la personne morale, la nature des opérations où elle va chercher la source des bénéfices escomptés » (*L'objet social*, D. 1952, Chron. 172). Le professeur CHAPUT y a vu « l'ensemble des activités déterminées par le pacte social, que la société peut exercer » (*De l'objet des sociétés commerciales*, thèse dact. Clermont, 1973, p. 35). De façon unanime, la doctrine définit l'objet social comme « le genre d'activité que la société se propose d'exercer en vue de faire des bénéfices ou de réaliser des économies » (Ph. MERLE, *Sociétés commerciales*, Précis Dalloz, 11^e éd., 2007, n^o 52).

¹ Cf. DELANGLE, *Des sociétés de commerce*, 1835, t. I, p. 314. De nombreux exemples d'implication directe des commanditaires dans la gestion, parfois consacrée par des clauses de l'acte social lui-même, sont rapportés par H. LEVY-BRÜHL, dans, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII^e et XVIII^e siècles*, 1938, p. 168 et p. 177, § 2. Ainsi, dans l'acte de la société Pelletier du 5 janvier 1787 où les époux Tellier sont commanditaires, il est écrit : « la dame Tellier est autorisée à signer les billets, lettres de changes et effets nécessaires pour l'exercice dudit commerce de mercerie, et alors elle signera : Jean-Pierre Pelletier et Cie ». Cf. *Archives de Seine*, 3 B⁶ 88. De même, dans les statuts de la société constituée par Mortemart et Hallaire en 1772, il est noté que : « la raison dudit commerce et société sera Mortemart et compagnie, et ledit sieur Mortemart (le complimentaire) en aura seul la signature, mais vu la nécessité où il est de faire des voyages, il autorise irrévocablement ladite dame Hallaire à stipuler activement et passivement pour ladite raison, à condition que tout ce qu'elle fera à ce sujet ne pourra être souscrit d'elle que pour et en vertu de la présente autorisation, en sorte qu'elle ne sera ès faits et actes qu'elle passera, que simplement mandataire et procuratrice de ladite raison... » Cf. *Archives de Seine*, 3 B⁶ 73.

² A rapprocher de l'interdiction jurisprudentielle des délégations générales de pouvoirs. Cf. *infra* p. 88 s.

gestion, même en vertu de procuration ». La défense d'immixtion aura alors une portée limitée aux seuls actes de gestion. Elle ne visera plus les actes accomplis par le commanditaire en qualité de salarié de la commandite¹.

En principe, dans une conception purement contractuelle de la société, il n'y a pas de raison objective de sanctionner l'intervention d'un tiers dans la direction de la société au lieu et place des dirigeants de droit tant que les associés n'y trouvent rien à redire. L'article 27 du Code de commerce constitue la première expression législative de la défense d'immixtion du commanditaire dans la gestion de la commandite. Il est la première disposition légale qui interdit aux personnes qui ne sont pas des dirigeants de droit² d'accomplir des actes de gestion de la société. Même si elle est limitée aux sociétés en commandite et aux commanditaires, la défense d'immixtion du commanditaire est à l'origine des notions de « direction de fait » et de « dirigeant de fait » d'une société. Elle est la règle dont s'est inspirée la jurisprudence pour sanctionner, dans d'autres sociétés commerciales, la conduite des affaires sociales par une personne qui n'a pas été régulièrement investie de ce pouvoir.

10- Mais les juridictions administratives ont été les premières à faire apparaître la notion de « gérance de fait », en matière fiscale³. Dans cette matière, la gérance de fait⁴ désigne la conduite des affaires de la société par un associé alors que ce pouvoir ne lui a pas été régulièrement attribué dans cette personne morale. Sa détermination a répondu au besoin de la jurisprudence d'apprécier, dans la société à responsabilité limitée⁵, l'existence

¹ Cass. 16 août 1864, S. 65, 1, 33 ; Cass. crim. , 13 mai 1882, D. P. 1882, 1, 487 : le commanditaire qui s'est fréquemment immiscé dans la gestion et s'est livré, pour son compte personnel à des achats et reventes de marchandises qui, par leur importance et leur multiplicité et les chiffres qu'ils représentent étaient de véritables opérations de commerce doit être considéré comme un commerçant car, l'ensemble de ces constatations indique avec une suffisante clarté, non seulement qu'il se livrait à des opérations commerciales, mais encore qu'il en faisait habituellement profession. Nancy, 29 janv. 1887, sous Cass. 9 janv. 1888, S. 90, 1, 121.

² R. FAIDIDE, *L'immixtion dans la gestion des sociétés commerciales*, thèse Paris II, 1973.

³ Cf. C. E. 12 mai 1933, *Ministre des finances c. Soc. Y... et Cie*, G. P. 1933, 2, 199 (délégation de pouvoir). C. E. 19 juill. 1933, *SARL X*, G. P. 1933, 2, 739.

⁴ Sur la gérance de fait en droit fiscal, voir Maurice COZIAN, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Litec, 1999, p. 301, document 29 ; Gérard ZAQUIN, *La gérance de fait de la SARL en droit fiscal*, J. C. P. 1976, éd. C. I. , II, 12074.

⁵ La société à responsabilité limitée (SARL) a été créée en Allemagne par une loi du 29 avr. 1892, modifiée par la loi du 20 mai 1898. Elle a été introduite en France par la loi du 7 mars 1925 *tendant à instituer des sociétés à responsabilité limitée*. Au préalable, la SARL avait déjà été maintenue dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle par l'article 5 de la loi du 1^{er} juin 1924 *sur l'introduction des lois commerciales françaises* dans ces départements. La SARL comporte des associés dont la responsabilité est limitée au montant de leur apport à la société. Voir, CHERON, *Les sociétés à responsabilité limitée en*

d'une gérance majoritaire ou minoritaire¹ afin de déterminer le véritable régime fiscal du gérant qui aurait usé de fraude pour se placer sous un régime fiscal que lui interdisait la qualité de gérant de droit. Le concept de gérance majoritaire avait donc pour objectif d'empêcher la fraude en matière fiscale.

Le gérant majoritaire était assimilé à un exploitant individuel et imposable au régime des bénéfices non commerciaux parce que pesait sur lui la suspicion d'exercer le commerce en son nom, sous le couvert de la société masquant ses agissements. Il était donc considéré comme un commerçant de fait². Aussi, était-il, sur le plan fiscal, considéré comme une distribution de bénéfices réalisés et imposée en son nom. Le gérant majoritaire de la SARL payait donc l'impôt sur le total des sommes perçues, sans pouvoir bénéficier de la déduction forfaitaire pour les frais professionnels qu'il avait effectivement supportés, ni de l'abattement de 20% réservés aux salariés. En revanche, le gérant minoritaire était assimilé à un salarié. Il jouissait donc du traitement fiscal avantageux réservé aux salariés. Le régime fiscal du gérant minoritaire était donc plus avantageux que celui du gérant majoritaire³. De plus, seul le gérant minoritaire était affilié au régime général de la sécurité sociale⁴.

droit allemand et en droit français, Annales, 1925, p. 209 et 299. Pour une appréciation contemporaine de la SARL en droit allemand, voir Roger STORP, *La GmbH & Co. KG (Une forme hybride de société en droit allemand)*, *Gaz. Pal.*, 1989, 2, Doctr. 395.

¹ La gérance minoritaire ou égalitaire est celle dans laquelle le ou les gérants de la SARL détiennent au plus 50% du capital social. Quant à la gérance majoritaire, elle désigne la gestion de la société par le gérant détenant seul ou avec les autres gérants de la société plus de 50% du capital social.

² La qualité de commerçant de fait est attribuée aux personnes qui accomplissent des actes de commerce à titre habituel et professionnel sans avoir rempli les formalités relatives à l'exercice de cette activité. Cette qualité entraîne la soumission des intéressés aux responsabilités et obligations des commerçants. Cass. com. 5 oct. 1982, *Bull. civ. IV*, n° 295, p. 253 ; Cass. com. 27 avr. 1993, *Bull. civ. IV*, n° 158, p. 109 ; Cass. com. 4 janv. 1994, *Bull. civ. IV*, n° 1, p. 1. Mais, le commerçant de fait ne peut pas se prévaloir de cette qualité à l'égard des tiers. Cass. com. 30 janv. 1996, *Bull. civ. IV*, n° 30, p. 22 ; Cass. com. 25 mars 1997, *Rev. sociétés* 1997, 599, note A. HONORAT.

³ Pour justifier cette discrimination, l'administration a rappelé que : « Lorsqu'ils possèdent la majorité des parts sociales, les gérants sont les véritables maîtres de l'affaire et travaillent, en fait, pour leur propre compte et non pour le compte d'un employeur ; leur situation étant par suite assimilable à celle des exploitants individuels, les rémunérations de gérance sont soumises à l'impôt sur le revenu dans des conditions analogues à celles des exploitants et définies à l'article 62 du CGI. La situation des gérants minoritaires étant, en revanche, très proche de celles des gérants salariés en raison de la dépendance existant envers le collège des associés, leurs rémunérations de gérance ont été comprises dans la catégorie dont relèvent les salariés pour l'assiette de ce même impôt ». Cf. Rép. n° 23314 à M. Frédéric DUPONT, *J. O. déb. Ass. nat.* 12 déc. 1975, p. 9715; *Dr. fiscal* 1976, n° 31-37, com. 1180.

⁴ La sécurité sociale maintient cette distinction entre le gérant majoritaire et le gérant minoritaire. Cf. *C. séc. soc.* Art. 242-8.

La détermination du caractère majoritaire¹ ou minoritaire de la gérance revêtait donc une grande importance² car elle permettait d'établir le régime fiscal et social de l'associé-gérant. Mais il était nécessaire au préalable, de définir la qualité d'associé-gérant de la société à responsabilité limitée. Le Conseil d'Etat a décidé que l'associé qui, concurremment avec le gérant statutaire, s'occupait de toutes les opérations se rattachant à l'objet de la société devait être considéré, « en fait », comme un véritable associé-gérant³. La gérance de fait était donc considérée comme une fraude de la personne qui exerçait la gestion de la société tout en ayant pris la précaution de ne pas être régulièrement désigné comme dirigeant social afin de ne pas être assujéti à un régime fiscal moins avantageux que celui des salariés et des non gérants.

11- En matière commerciale, la jurisprudence s'est inspirée de cette approche réaliste du juge administratif pour définir la qualité de gérant afin de combler les lacunes des règles relatives à détermination des personnes susceptible de répondre de la gestion des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés anonymes. Dans ces types de sociétés, seuls les dirigeants légaux répondaient de la gestion de la société, en vertu de leur désignation régulière en qualité de dirigeant. Cette responsabilité était fondée sur les principes généraux du droit⁴. En outre, les dirigeants encouraient une responsabilité en qualité de

¹ Le caractère majoritaire était établi dès lors que le gérant détenait seul ou avec les autres gérants de la société plus de 50% du capital social. Le calcul de la fraction du capital social détenu prenait en compte les parts détenues tant par les gérants que par leur conjoint ou leurs enfants non émancipés.

² Aujourd'hui, la suspicion qui pesait sur le gérant majoritaire a disparu car le législateur encourage la création des sociétés. De plus, l'EURL a été instituée. Il n'y a donc plus de disparité fiscale liée au caractère majoritaire ou minoritaire de la gérance. Même majoritaire, les gérants de SARL bénéficient désormais du même régime fiscal que les salariés (déduction forfaitaire de 10% pour frais professionnels et abattement de 20% comme les salariés. En revanche, le régime social reste différent car les gérants visés à l'article 62 du CGI relèvent du régime social des non salariés. V. P. SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, Précis Dalloz, 6^e éd., 2007, n° 522 et s.

³ Cf. C. E. 19 juill. 1933, *SARL X*, *G. P.* 1933, 2, 739. « Considérant ... que cependant, en vertu de cet acte, il dispose, avec le sieur B..., associé gérant statutaire, de la signature sociale et s'occupe, concurremment avec lui, de toutes les opérations se rattachant à l'objet de la société ; qu'il doit donc être considéré en fait comme un véritable associé gérant ». L'arrêt du 19 juillet 1933 est intervenu en complément d'une jurisprudence établie qui conférait la qualité de gérant à l'associé de la SARL auquel le gérant de droit avait confié la signature sociale et les autres pouvoirs de gestion. Cf. C. E. 12 mai 1933, *Ministre des finances c. Soc. Y... et Cie*, *G. P.* 1933, 2, 199. Mais, alors que dans cette dernière décision, l'attribution de la qualité de gérant s'appuyait sur le constat d'une délégation de pouvoirs par le gérant légal et sur l'exercice de la gérance par le délégué, l'arrêt du 19 juillet 1933 innove en ce qu'il reconnaît la qualité de gérant à un associé qui a géré la société sans aucune délégation de pouvoir. C'est plus tard que le législateur a suivi le juge en adaptant les articles 62, 211 et 212 du *C.G.I.*

⁴ Art. 44 de la loi n° 15,328 du 24 juill. 1867 (S. A.) et art. 25 de la loi du 7 mars 1925 (SARL). Pour être retenue, cette responsabilité exigeait la preuve de la faute du dirigeant et un lien de causalité entre cette faute et le dommage causé à la victime.

commerçant¹ de fait, lorsqu'il était établi qu'ils avaient, sous le couvert de la société, réalisé des actes de commerce pour leur propre compte².

Par analogie avec la jurisprudence qui soumettait le commerçant de fait³ aux règles de responsabilité du commerçant de droit, la jurisprudence a, en matière de sociétés, appliqué la notion de dirigeant de fait aux personnes qui avaient joué un rôle prépondérant dans la gestion de la société afin de les assujettir aux mêmes règles de responsabilité que le dirigeant de droit. L'objectif visé était de ne pas laisser les personnes qui intervenaient indûment dans la gestion de la société échapper à la responsabilité de leurs actes, notamment lorsque survenaient des difficultés dans cette société. La qualité de dirigeant de fait a donc été attribuée à la personne qui se comportait en « maître » d'une société alors que ces pouvoirs ne lui avaient pas été régulièrement reconnus ou encore à la personne qui avait la haute main sur les administrateurs et les choisissait⁴. Un glissement s'est ainsi opéré de la notion de commerçant de fait à celle de dirigeant de fait⁵.

12- Ultérieurement, le décret du 9 août 1953 *modifiant la loi du 7 mars 1925 tendant à instituer des sociétés à responsabilité limitée*⁶ a prévu dans son article 2 que le

¹ C. com. 1807, art. 437 (responsabilité des commerçants).

² Req. 29 juin 1908, *D.* 1910, 1, 233, note PERCEROU, confirmation de la déclaration de faillite d'un directeur de société anonyme au motif que l'intéressé « ne s'était pas borné à remplir les fonctions de directeur de cette société, mais qu'en réalité, les opérations commerciales masquaient ses opérations personnelles, qu'il résumait en sa seule personne la société sous le couvert de laquelle il se livrait à des opérations de commerce et de bourse pour son propre compte ». Req. 9 févr. 1932, (arrêt Vidal), *S.* 1932, 1, 177, note M. H. ROUSSEAU (extension de la faillite à l'associé majoritaire commerçant de fait). Il s'agit donc de la sanction du commerçant qui se cache derrière une société fictive.

³ Le même raisonnement entraîne l'application au dirigeant de fait des règles répressives qui sanctionnent le dirigeant de droit. Cf. *La responsabilité fonctionnelle d'un dirigeant social*, *infra* p. 267 s.

⁴ Req. 9 fév. 1935, *D.* 1935, 1, 38. Cet arrêt est la première décision par laquelle la jurisprudence commerciale reconnaît qu'un individu qui n'était pas le dirigeant de droit a pu diriger une société (S.A.) autre que la société en commandite et dont l'existence n'était pas fictive. En faveur de cette opinion, voir R. FAIDIDE, *L'immixtion dans la gestion des sociétés commerciales*, thèse Paris II, 1973, p. 17. L'origine de la notion de dirigeant de fait ne se trouve donc pas dans l'arrêt du 29 juin 1908, *op. cit.* contrairement à l'affirmation de J.-M. MACQUERON (*La notion de dirigeant de fait : étude de la jurisprudence française de ses origines à 1981*, Thèse Rouen, 1982, p. 20 s). En effet, ce dernier arrêt avait confirmé la déclaration de faillite du dirigeant légal d'une société fictive au motif qu'il était en réalité un commerçant dissimulé et non pas un dirigeant de fait. Pour l'apparition de la notion de dirigeant de fait en matière pénale, cf. Trib. correct. de la Seine, 21 mai 1949, *D.* 1949, Somm. 32 ; 4 déc. 1954, R.C. D.I.P. 1957, 778, note M. SIMON DE PITRE ; Cass. crim. 2 juill. 1958, *Gaz. Pal.* 1958. II. 217 ; CA Paris, 7 oct. 1967, *JCP. éd. G.* 1968. II. 15525, note M. SIMON DE PITRE ; *D.S.* 1968, Somm. 43.

⁵ Pour plus de précisions sur la création de la notion de dirigeant de fait dans les différentes juridictions de l'ordre judiciaire, voir J.-M. MACQUERON, *op. cit.* p. 11 et s.

⁶ Décret n° 53-706, *J. O.* 10 août 1953, p. 7050. Il a été pris dans le cadre d'une délégation du pouvoir législatif à l'exécutif. Ce texte vise deux objectifs principaux : 1°) éviter que les associés ne puissent restreindre en bloc leur responsabilité à l'égard des dettes sociales à une somme infime représentée par le capital social minimum exigé; 2°) empêcher que les dirigeants d'une SARL ne se conduisent avec moins de

tribunal peut, en cas d'insuffisance d'actif, décider que les dettes sociales seront supportées en tout ou en partie, soit par les gérants associés ou non, soit par les associés, soit par certains des uns ou des autres, avec ou sans solidarité, « à condition pour les associés qu'ils aient effectivement participé à la gestion de la société ». Cette disposition adopte une approche réaliste de la gestion sociale pour imposer aux associés qui ne sont pas des gérants de droit la responsabilité des dettes sociales en cas d'insuffisance d'actif.

Le décret du 9 août 1953 soumet les associés de la société à responsabilité limitée qui ont géré la société sans mandat régulier aux règles de responsabilité applicables aux dirigeants de droit. Il constitue la première disposition législative qui sanctionne l'activité de gestion de fait dans une société autre que la commandite, sans pour autant utiliser expressément le concept de direction de fait ou de dirigeant de fait. Il faut attendre 1966 pour que le législateur sanctionne, dans d'autres types de sociétés, la conduite des affaires sociales par des personnes qui n'ont pas la qualité de dirigeant de droit.

La loi du 24 juillet 1966 *sur les sociétés commerciales*¹ introduit dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions des sanctions pénales applicables à « toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion des dites sociétés sous le couvert ou aux lieu et place de leurs représentants légaux »². Ces dispositions répriment toute personne qui conduit les affaires sociales de l'une de ces sociétés sans avoir la qualité de dirigeant de droit. Elles établissent une règle de caractère générale, un droit commun applicable au dirigeant de fait. Elles sont fondées sur la conception institutionnelle³ de la société,

diligence et moins de prudence que ceux des autres sociétés commerciales du fait que leur responsabilité personnelle est moindre en cas de faillite. Cf. P. AZARD, *commentaire annoté du décret du 9 août 1953*, S. *Lois annotées*, 1953, p. 1327 et s.

¹ Loi n° 66-537, 24 juill. 1966, *J.O.* 26 juillet 1966, p. 6402.

² Cf. loi du 24 juill. 1966, art. 431 (gérant de fait de la SARL) devenu l'art. L. 241-9 du *C. com.* ; art. 463 et 478 (dirigeant de fait de la S.A. et de la SCA) devenus les art. L. 246-2 et L. 245-16 du *C. com.* ; art. 464-1 (dirigeant de fait de la SAS) devenu l'art. L. 244-1 du *C. com.*

³ Dans cette conception, la société est une institution créée au terme d'une procédure de constitution déterminée par la loi. Elle a une existence autonome détachée de ses membres. Elle est une personne morale dotée des attributs de la personnalité juridique et soumise à un régime juridique dont les caractères ne sont pas fixés par les associés mais plutôt par le législateur. C'est la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, *J.O.* 26 juill. 1966 qui a introduit en France, le modèle allemand de la société-institution. Cependant, le droit allemand n'a pas reconnu le même régime à toutes les sociétés. Seules les sociétés de capitaux sont des institutions alors que les sociétés de personnes sont toujours régies par la loi du contrat. Cf. Cl. DUCOULOUX-FAVARD, *Notes de leçon sur le contrat social*, D. S., 1997, Chr. 319. Sur la théorie institutionnelle, voir RENARD, *L'institution*, 1923; *La philosophie de l'institution*, 1925; HAURIOU, *Théorie de l'institution*, 1935; Cl. DUCOULOUX-FAVARD, *Trente années d'influence du*

conception selon laquelle des dispositions légales se substituent à la volonté initiale des associés pour régir la constitution, le fonctionnement et la disparition de la société. En application des dispositions pénales précitées contenues dans la loi du 24 juillet 1966, les tribunaux ont qualifié de dirigeant de fait, dans des hypothèses où la société était *in bonis*, les personnes qui avaient dirigé cette société alors qu'elles n'en avaient pas le pouvoir légal¹.

La loi du 24 juillet 1966 réaffirme aussi la défense d'immixtion du commanditaire dans la gestion de la commandite² en la limitant à la gestion externe. Désormais, l'article L. 222-6, alinéa 1 du Code de commerce énonce que « *l'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion externe, même en vertu d'une procuration* ». Cette disposition est fondée sur le souci de permettre au commanditaire de participer pleinement ses droits d'associé, sans craindre d'être poursuivi pour avoir violé la défense d'immixtion dans la gestion de la société.

La notion de dirigeant de fait réapparaît dans la loi du 13 juillet 1967 *sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes*³. Cette loi impose au dirigeant de fait les contraintes qui pèsent sur le dirigeant de droit lorsque la société est soumise à une procédure collective. Les articles 21, 75, 99 et 101 de ce texte utilisent expressément l'expression « dirigeants de fait »⁴, indépendamment de la forme de la société, contrairement à la loi du 24 juillet 1966 qui n'employait la notion de dirigeant de fait que dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions. L'expression "dirigeant de fait" qualifie alors, dans toutes les sociétés, la personne qui, sans

droit communautaire sur le droit français des sociétés, Congrès Camerino, 25-29 sept. 1995, *Rev. soc.* 1995, p. 649 et l'article précité du même auteur. La théorie institutionnelle a été confortée par la loi du 11 juillet 1985 qui, à propos de la constitution de la société, affirme que la société peut être *instituée*.

¹ Cf. Cass. com. 6 oct. 1981, *D.* 1983, p. 134. Cass. crim., 12 septembre 2000, *Bull. crim.*, n° 268 p. 791, *Droit pénal* 2001 comm. n° 3 ; *Dr. soc.* 2000, p. 1079 ; Cass. com. 16 janv. 2001, n° 98-12766, *legifrance.gouv.fr*; J.-P. LE GALL et G. BLAULNET, *La responsabilité fiscale des dirigeants d'entreprise*, *Rev. soc.* 1992, 669 ; M.-C. BERGERES, *Responsabilité fiscale des dirigeants sociaux*, *D.* 1993, chron. 199 ; Ph. MERLE, *Sociétés commerciales*, *op. cit.* n° 201 et 202 *in fine*.

² - Art. 28 et 251 de la loi du 24 juill. 1966 devenu les art. L. 222-6 et L. 226-1 du *C. com.*

³ - Loi n° 67-563, J.O. 14 juillet 1967.

⁴ - Loi n° 67-563, J.O. 14 juillet 1967. L'article 21 est relatif à l'incessibilité des parts et actions des dirigeants d'une personne morale à partir du jugement qui prononce le règlement judiciaire ou la liquidation des biens. L'article 75 porte sur la résolution du concordat. Quant à l'article 99, il concerne la responsabilité des dirigeants sociaux à l'égard du passif social en cas d'insuffisance d'actif, alors que l'article 101 ouvre la possibilité d'un règlement judiciaire ou d'une liquidation des biens de tout dirigeant d'une personne morale soumise elle-même à une procédure collective.

avoir été régulièrement désignée en qualité de dirigeant de droit, a assuré la gestion d'une personne morale qui est soumise à une procédure collective d'apurement du passif.

La loi du 13 juillet 1967 étant limitée aux procédures collectives, il est permis de croire que pour le législateur, l'intérêt de la notion de dirigeant de fait est de permettre la sanction de la personne à laquelle cette qualité est attribuée parce que cette personne est soupçonnée d'avoir contribué à l'émergence des difficultés de la société. La loi du 25 janvier 1985 *sur le redressement judiciaire et la liquidation des biens*¹ modifiée par la loi du 10 juin 1994 *relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises*² prend en considération les dirigeants de fait dans toutes les personnes morales de droit privé³. Mais, comme la loi du 13 juillet 1967, elle est limitée au cadre strict des procédures collectives d'apurement du passif.

Ainsi, la jurisprudence et le législateur ne tiraient les conséquences de la direction de fait que lorsque la société était en difficulté car l'objectif recherché était de sanctionner le dirigeant de fait en lui appliquant les règles auxquelles le dirigeant de droit est soumis dans cette hypothèse. En l'absence de définition légale de la notion de dirigeant de fait, l'effort de la doctrine a permis de remédier à cette insuffisance et de conceptualiser cette notion à partir de l'observation de la jurisprudence.

13- Le professeur RIVES-LANGE⁴, en définissant le dirigeant de fait, a restreint cette définition à l'hypothèse de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 relatif à l'action en comblement du passif, au motif que la notion de dirigeant de fait peut varier d'un texte à un autre. Selon l'auteur, cette notion aurait un caractère protéiforme. Cette approche n'est pas celle de monsieur NOTTE qui affirme que la notion de dirigeant de fait a un caractère unitaire⁵ car tous les textes relatifs aux procédures collectives ont une conception large et unitaire de cette notion¹. Mais, la recherche menée par M. NOTTE est, comme celle du professeur RIVES-LANGE, restreinte au droit des procédures collectives même si nombreux sont ses enseignements qui restent valables à l'égard des dirigeants de

¹ Loi n° 85-98, J.O. 26 janvier 1985, p. 1097 et s., art. 180.

² Loi n° 94-475, J.O. 11 juin 1994, p. 8440.

³ Cf. art. 180, 182 et 185 de la loi du 25 janvier 1985 devenu l'art. L. 624-3, al. 1^{er} du *C. com.*

⁴ - Cf. J.-L. RIVES-LANGE, *La notion de dirigeant de fait (au sens de l'art. 99 de la loi du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens)*, D. 1975, *Chron. p.* 41, n° 5.

⁵ G. NOTTE, *Les dirigeants de fait de personnes morales de droit privé*, thèse, Paris I 1978, n° 93.

fait des sociétés *in bonis*. La contribution de ces auteurs à la précision de la notion de dirigeant de fait est donc limitée à l'hypothèse où la société est soumise à une procédure collective d'apurement du passif. Elle ne concerne pas le statut de dirigeant de fait. Ce constat est valable pour toutes les études relatives au dirigeant de fait.

Monsieur MACQUERON a analysé la jurisprudence française relative à la notion de dirigeant de fait, de ses origines à 1981². Cette étude a porté sur l'apparition de la notion de dirigeant de fait dans les différents ordres de juridictions et dans les différentes disciplines juridiques en France. De nombreuses autres études ont été réalisées par d'éminents auteurs sur des aspects particuliers relatifs à l'attribution de la qualité de dirigeant de fait, à sa responsabilité ou à son régime fiscal³.

D'une manière générale, l'approche doctrinale de la notion de dirigeant de fait offre peu d'indications sur le statut de ce dirigeant en droit positif. La doctrine, d'ailleurs très ancienne, n'aborde pas de façon globale la question du statut d'un tel dirigeant alors que se pose des questions sur les conditions d'attribution de la qualité de dirigeant de fait d'une société à une personne et sur les règles qui sont applicables à un tel dirigeant en droit français. De plus, le législateur ayant soumis les dirigeants de droit et de fait aux mêmes règles de responsabilité lorsque la société est soumise à une procédure collective d'apurement du passif⁴, la question du fondement de ces règles se pose. Il apparaît donc indispensable d'examiner la situation du dirigeant de fait en droit privé afin de saisir, de manière globale les critères de qualification de ce dirigeant, les règles qui lui sont applicables ainsi que leur fondement et participer, par la même occasion, au renouvellement de la doctrine en cette matière.

14- Sur le plan sociologique, l'idée qu'une personne qui n'a pas été régulièrement pourvue des pouvoirs de direction puisse diriger la société n'est pas

¹ *Ibis*.

² Cf. J.-M. MACQUERON, *La notion de dirigeant de fait : étude de la jurisprudence française de ses origines à 1981*, Thèse ROUEN, 1982.

³ A titre d'exemples : R. FAIDIDE, *L'immixtion dans la gestion des sociétés commerciales*, Paris II, 1973 ; G. ZAQUIN, *La gérance de fait de la SARL en droit fiscal*, JCP. 1976, éd. C. I. II, 12074 ; G. NOTTE, *La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives*, JCP. C.I. 1980, 8560 ; D. TRICOT, *Les critères de la gestion de fait*, Dr. et patr. janv. 1996, p. 24 ; J.-F. BARBIERI, *Immixtion dans la gestion d'une filiale et responsabilité de la société mère*, Rev. sociétés 2004, p. 418.

⁴ V. loi n° 2005-845, du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises, J.O. 27 juill. 2005, p. 12187 s., entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006. V. le texte consolidé de cette loi in *Gaz. Pal.* 31 août 2005, p. 5.

compatible avec la nature institutionnelle de cette personne morale. En effet, dans chaque type de société, les associés organisent le fonctionnement de la société et choisissent les dirigeants sociaux en application des statuts et des textes relatifs à cette société. Ainsi, sur le plan sociologique, la société est une technique d'organisation du partenariat entre différentes personnes. Or, l'intervention d'un dirigeant de fait dans la gestion de la société perturbe cette organisation car elle s'effectue au mépris des règles qui régissent cette personne morale. Elle peut, sauf accord tacite des associés, conduire à une remise en cause de l'autorité du dirigeant de droit, à une rupture de la confiance entre les associés ou à un discrédit de la société et menacer, à terme, l'existence même de cette personne morale.

Sur le plan juridique, la société est une technique d'organisation et de gestion de l'entreprise¹. Elle est une institution dont la création est soumise à la réunion de nombreux éléments dont l'*affectio societatis* constitue l'élément juridique le plus important. L'*affectio societatis* démontre que les associés sont mus par le désir de se traiter comme des égaux et de poursuivre ensemble l'œuvre commune². Il correspond à la volonté de s'associer. La société est un cadre juridique d'organisation et d'exercice des activités économiques d'une part, de préservation des intérêts des associés, des dirigeants et des tiers, d'autre part, alors que l'entreprise est une organisation économique et humaine³.

Les règles de création, de fonctionnement et de dissolution de la société sont définies par le législateur et les associés. Elles s'imposent à tous. La société est dotée de la personnalité morale qui permet de la détacher de ses créateurs en lui conférant une existence autonome. Dans toutes les sociétés régulièrement constituées, les dirigeants de

1- L'entreprise est une « unité économique et juridique dans laquelle sont groupés et coordonnés les facteurs humains et matériels de l'activité économique ». Cf. TRUCHY, *Cours d'économie politique*, 4^e éd., 1936, t. 1, p. 154.

2 - « D'après une tradition qui remonte au droit romain, les associés doivent se présenter au contrat non comme des adversaires discutant leurs intérêts, mais comme des collaborateurs, animés d'un esprit de fraternité ». Cf. *Traité de droit commercial* de G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. Michel GERMAIN, t. 1, vol. 2, 18^e éd., 2002, n° 1056-34. Pour une étude approfondie de la notion d'*affectio societatis*, voir P. PIC, *De l'élément intentionnel dans le contrat de société*, *Annales* 1906, p. 153; HAMEL, *L'affectio societatis*, *Rev. Trimestrielle*, 1925, p. 761; Y. GUYON, *La fraternité dans le droit des sociétés*, *Rev. Soc.*, 1989, 439; N. REBOUL, *Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis*, *Rev. Soc.*, 2000, 425.

3 - Cf. J. PAILLUSSEAU, *Le droit est aussi une science d'organisation*, *RTD com.* 1989, p. 1. Selon le Pr. PAILLUSSEAU, l'entreprise est appelée exploitation ; c'est-à-dire l'outil avec lequel la société exerce ses activités économiques. Elle apparaît à cet égard comme une émanation de la société. *Op. cit.* p. 168. L'entreprise n'a pas la personnalité morale alors que cette dernière est reconnue à la société dès son immatriculation au registre du commerce et des sociétés. L'entreprise n'accède donc pas à la vie juridique. Cf. J. HAMEL, *La personnalité morale et ses limites*, *D.* 1949, chron. 141.

droit sont habilités à conduire les affaires de la société et à la représenter. L'intervention du dirigeant de fait viole les règles d'attribution de compétences et d'exercice du pouvoir de direction dans la société¹. Elle crée une confusion dans l'identification des personnes qui ont le pouvoir d'agir au nom de la société alors que la loi du 24 juillet 1966 s'est efforcée de préciser que les dirigeants sociaux de droit jouissaient d'un pouvoir légal pour conduire les affaires sociales. En effet, en ce qui concerne l'exercice du pouvoir de gestion, le dirigeant de fait entre en concurrence avec les dirigeants dont la désignation a été régulièrement publiée. Son intervention peut, par conséquent, déposséder le dirigeant de droit de son pouvoir et conduire à des incertitudes sur la responsabilité de la gestion sociale.

Les conséquences sociologiques et juridiques liées à l'intervention d'un dirigeant de fait peuvent avoir des répercussions sur les plans économique et financier.

15- L'intervention d'un dirigeant de fait dans la gestion de la société peut avoir, pour cette société, des conséquences néfastes ou, au contraire, bénéfiques dans les domaines économique et financier. Le dirigeant de fait, en se juxtaposant ou en se substituant au dirigeant de droit, brouille souvent la chaîne de commandement et déstabilise l'autorité légale dans la société. Il peut compromettre le déroulement de l'activité sociale et la création de richesses par la société. Par ailleurs, la gestion par un dirigeant de fait crée dans l'esprit des clients et des partenaires économiques et financiers de la société, une confusion sur l'identité du titulaire du pouvoir de direction de la société. Cette situation peut éventuellement nuire à la crédibilité que les organes légaux doivent avoir pour permettre à la société d'atteindre les objectifs économiques et financiers déterminés par les associés. L'intervention d'un dirigeant de fait dans une société peut donc constituer un risque pour les multiples intérêts juridiques, économiques et financiers de cette personne morale.

16- Mais l'étude du dirigeant de fait n'est pas facilitée par la disparité des textes qui définissent les règles qui lui sont applicables et la diversité de leur fondement. Pour les

1 - Il s'agit là de la remise en cause du principe d'organisation de la société dans une économie de marché. En effet, les associés, dans ce modèle économique, sont les maîtres de la société car, c'est sur eux que pèse le risque économique et financier. Aussi, ont-ils, en contrepartie, le droit de choisir les dirigeants de leur

besoins de cette étude, il convient de prendre deux hypothèses. Le statut de dirigeant de fait peut être déterminé en fonction de la conception institutionnelle ou en fonction de la conception fonctionnelle de la notion de dirigeant social.

Dans la conception institutionnelle, le dirigeant de fait est défini en considération de sa nature juridique. Il est alors, non pas un dirigeant social, mais une personne qui usurpe les pouvoirs que le droit reconnaît au dirigeant de droit. Son statut ne saurait donc être identique à celui du dirigeant de droit, le dirigeant de fait étant une personne qui viole les règles d'organisation de la société alors que le dirigeant de droit exerce un pouvoir qui lui a été régulièrement attribué. Dans la conception fonctionnelle en revanche, le dirigeant de fait est appréhendé en fonction du pouvoir, du rôle qu'il exerce dans la société. Dans cette conception, les dirigeants de droit et de fait sont tous considérés comme des dirigeants sociaux car ils exercent les mêmes pouvoirs. Les règles applicables au dirigeant de fait peuvent donc être identiques à celles qui ont été élaborées en droit privé pour le dirigeant de droit. Selon la conception adoptée, le statut de dirigeant de fait peut être soit distinct, soit semblable à celui du dirigeant de droit.

17- Deux aspects majeurs serviront à aborder l'étude du dirigeant de fait en droit privé français : les éléments qui permettent aux tribunaux d'attribuer la qualité de dirigeant de fait à une personne et les effets que le droit positif déduit de cette qualification.

La question de l'attribution de la qualité de dirigeant de fait offre l'occasion de vérifier si la reconnaissance légale de la direction de fait a conduit à une précision légale des éléments qui permettent, d'une part, d'établir la réalité de cette gestion et, d'autre part, d'identifier son auteur et de le distinguer des autres acteurs de la société ou si, au contraire, la résolution de ces préoccupations est laissée à l'appréciation des juges. La reconnaissance de la direction de fait produit des effets sur la conception de la notion de dirigeant de fait qui prévaut en droit positif, d'autant plus que la question du caractère pluriel ou unitaire de cette notion s'étant posée¹. En d'autres termes, pour établir le caractère uniforme ou protéiforme de la notion de dirigeant de fait, il convient de vérifier si cette notion varie en fonction des règles de droit applicables à la société, c'est à dire s'il existe une notion de

société. Karl MARX combattait cette répartition des pouvoirs dans la société, cf. *Le capital*, Paris, Alfred COSTES, 1950, t. IV.

¹ Cf. J.-L. RIVES-LANGE et G. NOTTE, *op. cit. Supra* p. 23 in fine et 24.

dirigeant de fait spécifique à la société *in bonis* et une autre spécifique à la société en difficulté. D'une manière générale, tous ces aspects peuvent être examinés à travers l'étude de la **qualification de dirigeant de fait (première partie)**.

L'étude consacrée au dirigeant de fait permet également de rechercher et d'apprécier les conséquences qui sont, en droit privé, liées à la qualité de dirigeant de fait d'une société. Concrètement, il s'agit d'examiner les conséquences que produit la qualité de dirigeant de fait sur la personne à laquelle elle est attribuée ainsi que leurs fondements juridiques. La portée de ces effets doit aussi être appréciée à l'égard de la société, de la personne qui l'a dirigé en fait et des tiers. Ces éléments relatifs au **statut du dirigeant de fait (seconde partie)** complètent l'étude de la situation du dirigeant de fait en droit privé français.

Première partie

LA QUALIFICATION DE DIRIGEANT DE FAIT

18- En l'absence de définition légale de la direction de fait, la question se pose de savoir quels sont les critères qui permettent d'attribuer à une personne la qualité de dirigeant de fait. La personne qui dirige en fait une société peut être une personne physique ou morale¹, placée à l'intérieur ou à l'extérieur de la société dirigée. Elle se substitue totalement ou partiellement au dirigeant légal.

A partir de l'étude de la jurisprudence relative à la notion de dirigeant de fait, la doctrine a tenté de préciser les éléments par lesquels les tribunaux justifient l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à une personne. Après la définition du dirigeant de fait proposée par le professeur RIVES-LANGE et selon laquelle « est un dirigeant de fait celui qui, en toute souveraineté et indépendance, exerce une activité positive de gestion et de direction » de la société, les auteurs ont, de façon unanime, relevé que dans les décisions relatives à la qualification de dirigeant de fait, les motifs des juges tendent à démontrer l'existence ou non de comportements qui établissent que la personne concernée a exercé, sans en avoir le droit, une activité positive de direction en toute indépendance et souveraineté.

Monsieur NOTTE a cherché à délimiter la notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives², en s'appuyant sur la définition du professeur RIVES-LANGE. Après avoir précisé que pour les tribunaux, les termes direction et gestion étaient équivalents³, il a indiqué que la condition de souveraineté et d'indépendance constituait un « critère décisif » dans la caractérisation de la direction de fait. L'auteur évoque quelques hypothèses dans lesquelles cette condition est remplie. Quant à Monsieur MACQUERON, il a présenté les actes matériels qui révèlent la direction de fait d'une société par une personne. Cet auteur distingue entre les critères de la gestion interne et les critères de la gestion externe⁴. Cette classification divise les actes d'immixtion dans la gestion de la société entre, d'une part, les actes de gestion interne et, d'autre part, les actes de gestion externe. Ce classement établit une hiérarchie entre les différents critères matériels en

¹ La jurisprudence a pendant longtemps hésité à attribuer la qualité de dirigeant de fait aux personnes morales. Cf. J.-M. MACQUERON, *La notion de dirigeant de fait : étude de la jurisprudence française de ses origines à 1981*, Thèse ROUEN, 1982, p. 82 et s.

² G. NOTTE, *La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives*, *JCP. C.I.* 1980, 8560.

³ L'auteur cite Paris, 7 mai 1975, *D.S.* 1975, *Somm.* 121, Aix, 30 sept. 1975, *D.S.* 1975, *somm.* 2.

⁴ J.-M. MACQUERON, *op. cit.* p. 110 et s.

accordant, en ce qui concerne la réalité de la direction de fait, une plus grande force probatoire aux actes de gestion externes.

De manière plus synthétique et au regard du contrôle exercé par la Cour de Cassation sur les motifs propres à caractériser la direction de fait d'une société par une personne physique ou morale, le Président TRICOT a constaté la variété des critères de la gestion de fait aussi bien en droit pénal qu'en droit commercial¹. Il a classé ces critères par ordre d'importance afin de dégager une typologie du dirigeant de fait. L'auteur distingue ainsi les critères déterminants des critères indifférents.

Généralement, pour ces auteurs comme pour toute la doctrine, il ressort des motifs des juges du fond une variété de critères d'identification du dirigeant de fait qui n'ont pas tous la même pertinence mais qui ressortent de la définition du dirigeant de fait proposée par le professeur RIVES-LANGE. Ces critères de qualification du dirigeant de fait sont l'indépendance et l'activité de gestion de la société. La doctrine relève, à travers des exemples concrets, que les termes « indépendance » et « activité de gestion » de la société signifient que le dirigeant de fait est une personne qui accomplit des actes de gestion sans être subordonnée au dirigeant de droit.

19- Cependant, les études réalisées peuvent être complétées et améliorées sur différents aspects. Il convient de préciser les éléments susceptibles de favoriser la détermination de critères objectifs et permanents de l'indépendance et de la souveraineté. De plus, la qualification juridique des actes par lesquels s'établit cette activité de gestion indépendante et souveraine présente un intérêt. En effet, il est important de préciser, au regard de la loi, la nature juridique de l'activité de gestion indépendante et souveraine dont l'exercice par une personne entraîne l'attribution à cette dernière de la qualité de dirigeant de fait. Cette indication permet de situer la direction de fait dans la classification des sources d'obligations. Elle peut également faciliter la justification des effets que le droit positif attache à la direction de fait et à la qualité de dirigeant de fait. Par conséquent, une étude approfondie des éléments qui fondent la qualification de dirigeant de fait s'impose pour répondre à ces exigences en précisant les critères qui président à la qualification de dirigeant de fait.

¹ D. TRICOT, *Les critères de la gestion de fait, Dr. et patrim.* janv. 1996, p. 24.

Deux critères généraux permettent aux tribunaux de justifier l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à une personne. Le premier, sous-entendu dans la définition du dirigeant de fait proposée par le professeur RIVES-LANGE, est l'absence de droit à exercer l'activité de gestion de la société. Quant au second, il est expressément contenu dans cette définition et se résume à l'exigence d'une activité positive de gestion de la société. Il apparaît donc que la qualification d'une personne en dirigeant de fait est justifiée dès lors qu'est rapporté à la charge de cette personne, **l'exercice illicite (titre I) et effectif (titre II) de la gestion de la société.**

Titre I – L'EXERCICE ILLICITE DE LA GESTION DE LA SOCIETE

20- Quels sont les éléments qui établissent que la personne qui est considérée comme un dirigeant de fait exerce de manière illicite la direction d'une société ?

La société est dirigée par une ou plusieurs personnes appelées dirigeants sociaux. Les termes qui désignent ces personnes varient en fonction de la société concernée et suivant la dénomination de l'organe de direction dont ces personnes relèvent : gérant, directeur, directeur général, administrateur ou président du conseil d'administration. En principe, suivant des règles propres à chaque type de société, les associés choisissent les personnes auxquelles ils attribuent le pouvoir de direction. En raison de cet aspect institutionnel de la société, seuls les dirigeants de droit doivent diriger la société car ce pouvoir leur a été attribué conformément aux dispositions légales et statutaires applicables à la société concernée. Ainsi, la direction de la société par des dirigeants de droit est licite légale ou régulière parce qu'elle est exercée par une personne qui jouit régulièrement du pouvoir de conduire les affaires sociales.

En revanche, la gestion de la société par un dirigeant de fait est illicite car elle est réalisée par une personne à laquelle le pouvoir de gestion n'a pas été régulièrement attribué. La direction de fait est illicite dans la mesure où elle constitue une violation du caractère institutionnel de la société. Cette illicéité résulte de deux éléments. Le premier est lié à la nature de l'activité du dirigeant de fait alors que le second est relatif aux conditions de réalisation de la direction de fait. Le dirigeant de fait est une personne qui exerce des prérogatives inhérentes à la gestion de la société alors que celles-ci ne lui ont pas été régulièrement attribuées. Autrement dit, **il exerce le pouvoir reconnu au dirigeant de droit (chapitre I)**. Il est une personne dont l'activité viole le caractère institutionnel de la société. **L'irrégularité de son pouvoir de gestion (chapitre II)** doit être démontrée.

Chapitre I- L'exercice du pouvoir reconnu au dirigeant de droit

21- La société commerciale est une personne morale dont la direction est assurée par une personne appelée dirigeant social. La qualité de dirigeant est attribuée à des personnes dont l'appellation varie suivant la société concernée : gérant, directeur, directeur général, administrateur ou président du conseil d'administration. Ces personnes appelées « dirigeant de droit » sont désignées conformément aux règles de droit applicables à la société visée. En vertu de cette désignation régulière, elles conduisent les affaires de la société. Mais, lorsque cette tâche est réalisée par des personnes qui n'ont pas la qualité de dirigeant de droit, celles-ci sont appelées « dirigeant de fait ». Ainsi, la qualité de dirigeant de fait est attribuée à la personne qui exerce le pouvoir normalement attribué au dirigeant de droit par le législateur et les statuts de la société. Dès lors, deux questions se posent. D'une part, quel est ce pouvoir ? En d'autres termes, quel pouvoir du dirigeant de droit, justifie, lorsqu'il est exercé par une autre personne, l'attribution à cette dernière de la qualité de dirigeant de fait d'une société ? D'autre part, quelle est la finalité de ce pouvoir ?

Le pouvoir reconnu au dirigeant social de droit est un ensemble de prérogatives qui permettent à une personne de conduire les affaires d'une société. Il désigne, au plan fonctionnel, l'ensemble des activités qui constituent les fonctions du « management »¹. Le dirigeant de fait est la personne qui met en œuvre ce pouvoir alors qu'il ne lui a pas été régulièrement attribué. Il exerce des prérogatives et remplit des fonctions que le droit positif reconnaît au dirigeant légal. D'une manière générale, le dirigeant de fait a un « pouvoir de gestion », c'est à dire une aptitude générale à conduire les affaires de la personne morale dans laquelle il intervient. Dès lors, deux précisions doivent être apportées. L'une est relative à la détermination de **la substance du pouvoir de gestion (section I)** que le dirigeant de fait exerce, l'autre concerne **la finalité de ce pouvoir (section II)**.

¹ Le « management » est l'ensemble des activités qui assurent, par l'utilisation optimale des ressources disponibles, par des moyens raisonnés, des techniques et des méthodes de plus en plus élaborées, la conduite des affaires d'un particulier, d'une collectivité, d'une société, d'une entreprise ou d'un secteur d'activité d'une entreprise. Cf. *Lexique Gestion*, 4^e éd. Dalloz.

Section I – La substance du pouvoir de gestion

22- Le pouvoir de gestion d'une société est une aptitude générale à conduire les affaires de cette personne morale. Il désigne l'ensemble des compétences que le droit positif reconnaît à une personne ou à un organe pour exprimer la volonté d'une personne morale. Ses conditions d'attribution et d'exercice varient selon la nature de la société concernée¹. Son exercice est individuel ou collégial. Mais quelle que soit la forme de la société ou le caractère individuel ou collégial de l'organe de gestion, le contenu de ce pouvoir est déterminé par le législateur dans le Code civil² et le Code de commerce³ qui précisent les prérogatives reconnues au dirigeant social dans les différentes sociétés. C'est « le principe du pouvoir légal des dirigeants sociaux »⁴. En vertu de ce principe, le pouvoir de direction se compose de prérogatives qui s'exercent dans la conduite des affaires sociales, à l'intérieur et à l'extérieur de la dite société. La qualité de dirigeant de fait caractérise donc la personne qui exerce un **pouvoir de gestion interne (§1)** et **externe (§2)** à la société.

§1- La gestion interne de la société

23- La gestion interne désigne l'ensemble des prérogatives mises en œuvre par une personne dans la conduite des affaires internes à la société. Il s'agit des actes qui ne mettent pas la société en rapport avec des personnes qui lui sont extérieures. Afin de mieux l'apprécier, le pouvoir de gestion interne **doit être distingué des autres pouvoirs internes (A)** qui participent aussi au bon fonctionnement de la société. **Son exercice influence l'attribution de la qualité de dirigeant de fait (B).**

¹ Par exemple, les conditions d'exercice du pouvoir de direction sont librement définies par les associés dans la société par actions simplifiées (art. L. 227-5 *C. com.* : « Les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée ») alors qu'elles sont strictement réglementées par le législateur dans les autres sociétés.

² Cf. *C. civ.* art. 1846 à 1854.

³ Ce sont, selon la forme de la société, les articles L. 221-4, pour la SNC, L. 222-2, pour la SCS, L. 223-18, pour la SARL, L. 225-35, L. 225-51, pour la SA avec conseil d'administration, L. 225-64 pour la SA avec directoire et L. 227-6 du Code de commerce pour la SAS.

⁴ Cf. M. de JUGLART et B. IPPOLITO, *Les sociétés commerciales*, 10^e éd. n° 123-2.

A- La distinction entre la direction interne et les autres pouvoirs internes à la société

24- La personne qui exerce la gestion interne de la société met en œuvre **un pouvoir général de décision** pour organiser le fonctionnement juridique et économique de cette société. En matière juridique, le dirigeant accomplit les actes se rattachant à des fonctions d'autorité. Il engage les salariés de la société, détermine leur rémunération, exerce un contrôle sur eux et les licencie. Il accomplit aussi les actes relatifs à *l'administration du patrimoine social*¹. Le dirigeant social est aussi chargé du fonctionnement économique de la société, c'est-à-dire de la direction de l'entreprise. A cette fin, il détermine les mécanismes qui doivent permettre la réalisation de l'activité économique de la société et l'optimisation de son rendement. Il définit les horaires de travail et les règles d'exercice de l'activité sociale et décide de l'utilisation des ressources de la société. Le pouvoir de direction interne se distingue de deux autres pouvoirs internes à la société : **le pouvoir de contrôle** et **le pouvoir d'exécution**.

Les pouvoirs de direction interne et de contrôle coexistent dans la société où leurs actions conjuguées doivent garantir son bon fonctionnement. Mais ces deux pouvoirs se distinguent respectivement quant à leur **consistance**, leurs **objectifs** et quant aux **personnes** qui doivent les exercer. L'étude de la jurisprudence permettra de préciser la frontière entre le contrôle et la direction et de démontrer que **le pouvoir de contrôle peut parfois dégénérer en direction de fait** de la société.

25- Diriger une société consiste à exercer un pouvoir général de décision sur des aspects juridiques, économiques, financiers, et sociaux de cette personne morale. La direction interne correspond à l'administration interne de la société, c'est-à-dire à l'ensemble des prérogatives étendues que la loi et les statuts d'une société reconnaissent à une personne dans le but de lui permettre d'organiser la réalisation de l'activité sociale. En revanche, le pouvoir de contrôle est un ensemble de prérogatives que la loi attribue à une ou plusieurs personnes pour surveiller le fonctionnement de la société et la conduite des affaires sociales par les dirigeants sociaux. Le pouvoir de contrôle est exercé par les

¹ Il s'agit des actes de nature conservatoire, destinés à préserver l'intégrité du patrimoine de la société ou des actes de gestion destinés à fructifier le patrimoine social.

associés, individuellement ou collectivement, par les commissaires aux comptes¹ ou par tout autre organe, professionnel ou non, prévu par les textes spécifiques à la société ou par les statuts alors que le pouvoir de direction est exercé par des dirigeants sociaux. Pour chaque société, le législateur et les associés précisent, les différents organes de contrôle².

Le pouvoir de contrôle veille à la régularité des actes des dirigeants et au respect de la volonté des associés. Il s'exerce³ sur tous les actes de direction de la société mais aussi sur des actes tels que la nomination⁴ ou la révocation des dirigeants sociaux. Il porte aussi sur la situation économique, financière, administrative et morale de la société. La loi confère même d'autres pouvoirs aux organes de contrôle. Par exemple, les articles L. 234-1 et L. 234-2 du Code de commerce confient aux commissaires aux comptes le soin de déclencher « une procédure d'alerte » lorsqu'ils relèvent, à l'occasion de l'exercice de leur mission, des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

26- L'exercice du contrôle peut aboutir à des sanctions infligées aux dirigeants sociaux¹. Cette possibilité atteste de l'indépendance entre le pouvoir de contrôle et le pouvoir de direction. Mais la frontière entre le contrôle et la gestion interne de la société n'est pas étanche. Il est difficile de distinguer les deux pouvoirs lorsque l'organe de contrôle, par exemple le conseil de surveillance, jouit de prérogatives légales ou statutaires qui confinent au domaine d'activité des dirigeants sociaux. Comment alors établir la frontière entre le contrôle et la direction de la société ?

¹ Dans les sociétés de personnes et les SARL, le contrôle de l'activité sociale est principalement exercé par l'assemblée générale des associés et par le commissaire aux comptes qui est un professionnel du contrôle, extérieur à la société. Dans les sociétés de capitaux, il est réalisé par l'assemblée générale des actionnaires. A cet organe s'ajoute, dans la société anonyme avec directoire, le conseil de surveillance qui exerce, selon l'article L. 225-68 al 2 et L. 225-257 *C. com.* « le contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire ». Sur cette dualité des organes de contrôle, voir M. D. CRUEGE, *La dualité des organes de contrôle dans les sociétés anonymes à directoire*, *Rev. sociétés*, 1975, p. 421

² Certains organes de contrôle sont obligatoires ou facultatifs. Par exemple, l'article L. 227-9 *C. com.* impose la désignation d'un commissaire aux comptes dans les *sociétés par actions simplifiée*. Dans la SNC, l'article L. 223-35 al. 2. *C. com.* rend obligatoire la désignation d'un commissaire aux comptes dès lors que l'activité sociale dépasse au moins deux des seuils suivants : 1 555 000 € de total hors bilan ; 3 100 000 € de chiffre d'affaires hors taxes ; 50 salariés (art. D. 12 al. 1 modifié par D. 27 avr. 2001). Les associés peuvent prévoir dans les statuts de toute société, d'autres organes de contrôle.

³ Le pouvoir de contrôle de la société s'exerce, d'une part, *a priori*, c'est-à-dire avant l'accomplissement de l'acte ou avant que celui-ci ne produise ses effets juridiques. Il consiste à fixer aux dirigeants les grandes orientations en fonctions desquelles ils doivent conduire la société. Le contrôle peut aussi, d'autre part, intervenir *a posteriori*. Il s'exerce alors après réalisation de la direction.

⁴ Exemples : art. L. 225-59 et L. 225-68 *C. com.*, désignation du directoire et contrôle permanent de sa gestion de la société par le conseil de surveillance, dans la société anonyme.

La position jurisprudentielle est clairement d'écarter que l'on puisse assimiler à des dirigeants sociaux, les personnes qui exercent strictement leur pouvoir légal de contrôle d'une société, même si la mise en œuvre de ce pouvoir révèle une influence de l'organe de contrôle sur la direction sociale. Dans un arrêt du 18 avril 1989 intervenu en matière fiscale, la Cour de cassation² a défini la nature juridique des fonctions des membres du conseil de surveillance d'une société anonyme. Selon cet arrêt « l'influence que les membres du conseil de surveillance peuvent exercer sur les décisions de l'assemblée générale, ne relève que de l'exercice de leur pouvoir d'actionnaire et non des fonctions de direction, de gestion ou d'administration... » Ainsi, le conseil de surveillance est exclusivement un organe de contrôle. Ses membres ne sont pas, en principe, des dirigeants de droit ou de fait, même si les pouvoirs qui leur sont attribués confinent à ceux des dirigeants sociaux.

Pour la doctrine³, cette solution est fondée au regard de la répartition des pouvoirs dans la société anonyme avec directoire et conseil de surveillance. En effet, aux termes de l'article L. 225-68 du Code de commerce, le conseil de surveillance exerce le contrôle permanent de la gestion de ce type de société et sa fonction ne peut être assimilée à celle de direction et d'administration même lorsque ses membres sont dotés par les statuts de pouvoirs propres de décision qui leur permettent d'avoir une influence sur certaines résolutions de l'assemblée générale. Dans cette société et dans celles où existe un conseil de surveillance, une distinction est donc établie entre le pouvoir de contrôle et le pouvoir de direction, entre les membres du conseil de surveillance et les dirigeants sociaux. Pour le professeur LE CANNU, la séparation des fonctions de contrôle et de direction interdit de considérer les membres du conseil de surveillance comme des dirigeants de droit⁴.

¹ Exemple : art. L. 225-61 *C. com.* Les membres du directoire ou le directeur général unique peuvent être révoqués par l'assemblée générale, ainsi que, si les statuts le prévoient, par le conseil de surveillance.

² Cass. com. 18 avr. 1989, *Bull. Joly Sociétés*, 1989, p. 568, § 210, note en chronique P. LE CANNU, *La nature juridique des fonctions des membres du conseil de surveillance d'une société anonyme*, *Bull. Joly* 1989, p. 479, § 174.

³ P. LE CANNU, *Droit des sociétés*, Précis Domat, 2^e éd., n° 118 ; Y. Guyon, *Remarques critiques sur la terminologie du droit français des sociétés*, in *Mélanges SORTAIS*, BRUYLANT, 2003, spéc. n° 9 ; *J.-Cl. Sociétés*, Traité, fasc. n°s 41 à 45, par A. MARTIN-SERF.

⁴ P. LE CANNU, *Droit des sociétés*, Précis Domat, 2^e éd., n° 118. Le Pr. F.-X. LUCAS ajoute : « Si le législateur a imposé une séparation organique entre la direction et le contrôle de la société, c'est bien qu'il faut réserver à l'organe de direction le titre de dirigeant de droit ». Cf. note sous Cass. com. 12 juill. 2005, *Rev. sociétés* 2006, n° 1, p. 162.

La logique de la distinction des pouvoirs se prolonge dans le régime de responsabilité tel qu'il figure par exemple à l'article L. 225-257 du Code de commerce. En effet, selon cet article, « Les membres du conseil de surveillance n'encourent aucune responsabilité en raison des actes de gestion et de leur résultat ». Cela implique qu'ils ne sont pas des dirigeants de droit¹. Il en est de même des autres organes de contrôle ou de surveillance tels les assemblées générales d'associés, les conseils de sages, les comités de contrôle ... Leur rôle se limite à la surveillance et au contrôle des organes de direction. Les membres de ces organes de contrôle ne peuvent donc pas, en principe, être considérés comme des dirigeants sociaux.

La direction interne de la société se distingue aussi de l'exécution.

27- Alors que la direction interne suppose un pouvoir général de décision, l'exécution, elle, est l'accomplissement d'une tâche préalablement définie par une autre personne. L'exécution implique que la personne qui la réalise est placée dans un lien de subordination avec une autre qui lui donne des ordres. Il en est ainsi lorsqu'une personne, par exemple un salarié de la société, exerce ses fonctions sous l'autorité d'un dirigeant social qui lui donne des directives et en contrôle l'exécution. L'exécution désigne l'exercice, sans autonomie, de fonctions restreintes, dans un domaine précis du fonctionnement de l'exploitation alors que la gestion interne suppose un pouvoir général de décision sur tous les aspects touchant à l'administration interne de la société. Le pouvoir de l'exécutant est un pouvoir technique, limité et affecté à un aspect particulier de l'exploitation et consistant à appliquer les décisions des dirigeants sociaux dans le domaine concerné.

Pour les tribunaux, la direction et l'exécution se distinguent l'une de l'autre². L'exécutant applique les ordres qui lui sont donnés par une autre personne. Il n'exerce pas un pouvoir de décision et ne peut donc pas être considérée comme un dirigeant de fait. La Cour de cassation a ainsi confirmé l'arrêt d'une Cour d'appel qui avait décidé que le fait pour un directeur technique d'embaucher du personnel d'exécution et de consentir des

¹ J.-F. MARTIN, *Les membres du conseil de surveillance sont-ils des dirigeants sociaux au sens de la loi du 25 janvier 1985 ?* *Gaz. Pal.* 1991, 1, doct. 24.

² Cass. soc. 11 oct. 1961, *Bull. civ.* IV, p. 670 ; Cass. soc. 13 nov. 1996, *Bull. civ.* V, n° 386 ; Cass. com. 28 juin 2000, *Bull. civ.* V, n° 256, p. 201.

remises à certains clients ne pouvait constituer un élément déterminant de la gestion – de fait – de la société¹ car ce directeur n'avait pas, dans l'accomplissement de ces actes, l'autonomie² dont jouit le dirigeant social. De même, la Cour d'appel de Paris a considéré que le directeur administratif qui établissait les chèques pour le compte de la société et signait « *pour le gérant* » des lettres de licenciement et des certificats de travail assurait simplement l'exécution des instructions du dirigeant légal³. D'une manière générale, les tribunaux refusent d'attribuer la qualité de dirigeant de fait aux personnes qui ont accompli de simples actes d'exécution car ces personnes n'ont pas exercé un pouvoir de direction de la société.

Dans la société, l'exécution est l'œuvre des cadres, techniciens et autres cocontractants qui concourent au fonctionnement quotidien de cette personne morale. Ces personnes mettent en œuvre les décisions prises par les dirigeants sociaux. Elles n'ont pas, comme telles, la qualité de dirigeant social car l'accomplissement de leurs fonctions ne constitue pas l'exercice d'un pouvoir de direction. Ainsi, le salarié qui exécute les ordres d'un dirigeant social ou qui, du fait de sa compétence, traite directement avec les tiers en se limitant à son rôle technique, n'exerce pas des fonctions de direction ou de gestion de la société. Il ne peut pas être qualifié de dirigeant de fait.

28- Mais en pratique, il est parfois difficile de dissocier le pouvoir d'exécution du pouvoir de décision parce que les deux pouvoirs coexistent dans la direction.

La direction d'une société comporte effectivement des fonctions d'exécution. Selon Madame MARTEAU-PETIT, il n'y a pas lieu d'opposer le pouvoir de décision au pouvoir d'exécution car « l'opposition entre la décision et l'exécution ne rend compte que de deux stades de l'élaboration d'un même acte juridique, celui de la personne morale, acte dont la perfection peut supposer la participation de plusieurs intervenants »¹. Cette position est fondée car dans une société, les mêmes personnes peuvent, d'une part, exercer le pouvoir de décision et, d'autre part, être chargées de l'exécution de ces décisions. Par exemple, dans les sociétés où le pouvoir de direction est attribué à une seule personne ou

¹ Cass. com. 19 mars 1996, n° 93-16. 527, Sérigraphie industrie c/ Boyeldien.

² Sur l'autonomie, cf. *L'activité autonome de gestion de la société*, *infra* p. 119 s.

³ C. A. Paris, 25 sept. 1997, *RJDA* 1998, n° 54, p. 34.

un seul organe, les dirigeants, lorsqu'ils sont plusieurs, prennent les actes d'application des orientations qu'ils ont eux-mêmes préalablement définies.

Mais, lorsque la société est dirigée par plusieurs organes de niveaux hiérarchiques différents, les uns mettent en application les décisions prises par les autres. Ainsi, dans la société anonyme avec conseil d'administration, les directeurs généraux, qui sont des dirigeants sociaux², assurent la réalisation des orientations définies par ledit conseil³. Le pouvoir de direction englobe donc non seulement la détermination des directives relatives à la conduite de l'activité sociale mais aussi l'exécution de ces directives. Toutefois, le dirigeant social jouit d'une grande liberté dans le choix des actes d'exécution à réaliser et dans l'appréciation de leur opportunité. Cette liberté lui confère une autonomie qui le distingue de la personne qui exécute simplement des missions ou des tâches définies par d'autres personnes auxquelles elle est subordonnée. Mais, l'exécutant ou la personne chargée du contrôle d'une société peut empiéter sur les fonctions spécifiques à la gestion interne. La qualité de dirigeant de fait peut-elle lui être alors attribuée ?

B- L'influence de la direction interne sur la qualification de dirigeant de fait

29- L'exercice du pouvoir de gestion interne de la société n'entraîne pas, en principe, l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à la personne qui a exercé un tel pouvoir alors qu'il ne lui a pas été régulièrement attribué. Mais, dans certaines hypothèses, la direction interne de la société justifie l'attribution de la qualité de dirigeant de fait. L'examen de la jurisprudence permet d'illustrer ce propos avant de présenter les observations qu'elle suscite.

30- Généralement, les tribunaux ne qualifient pas souvent de dirigeant de fait la personne qui a exercé indûment la gestion interne de la société. Dans une affaire jugée le 5 février 1999 par la Cour d'appel de Paris¹, le syndic d'une SARL soumise à une procédure collective d'apurement du passif demandait au juges du fond d'attribuer la qualité de gérant

¹ Cf. M. MARTEAU-PETIT qui soutient « l'inopportunité d'opposer le pouvoir de décision au pouvoir d'exécution ». Cf. *La notion d'acte de gestion et le droit des sociétés*, thèse Paris II, 1992, n° 167, p. 130.

² C. com. art. L. 225-56 al 1 : « Le directeur général est 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 ».

³ Art. L. 225-35 C. com. : « Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité sociale... »

de fait au directeur administratif qui détenait 50 % des parts de la dite société, au motif que l'intéressé avait personnellement participé aux décisions relatives aux délégations de pouvoir et au choix d'un expert-comptable et était intervenu directement dans la gestion quotidienne des stocks de la société. En dépit de ces éléments qui démontraient l'exercice d'une gestion interne de la société par ledit directeur administratif, la qualité de dirigeant de fait ne lui pas été reconnue par les juges du fond au motif que les actes litigieux n'établissaient pas l'exercice, par l'intéressé, d'un pouvoir de gestion de la société. La même décision a été prise dans une affaire où le concédant examinait périodiquement les locaux d'activité du concessionnaire, contrôlait les équipements et installations et vérifiait le respect des normes comptables appliquées dans le réseau².

Dans ces arrêts, la qualité de dirigeant de fait n'a pas été attribuée aux personnes visées parce que pour les magistrats, la direction interne de la société ne correspond pas à l'exercice du pouvoir de gestion interne. Les tribunaux qui adoptent cette position utilisent la notion de dirigeant de fait pour qualifier l'activité de gestion qui constitue la projection, à l'extérieur de la société, du pouvoir d'une personne qui n'a pas été régulièrement désignée pour diriger la société.

31- Mais, dans certaines affaires, les tribunaux reconnaissent la qualité de dirigeant de fait de la personne qui exerce, sans en avoir le droit, la direction interne de la société. Dans un arrêt rendu le 20 décembre 1988, la Cour de cassation a confirmé un arrêt d'appel qui avait attribué la qualité de dirigeant de fait au président et aux membres du conseil de surveillance d'une société anonyme qui s'étaient livrés à des activités de gestion en orientant la stratégie de l'entreprise³. De même, la qualité de dirigeant de fait a été attribuée à la personne qui effectuait le choix des investissements, contrôlait les ressources de la société et décidait de leur affectation⁴. Ces fonctions relèvent de la gestion interne de la société. Mais leur exercice par une personne qui n'avait pas la qualité de dirigeant de

¹ C.A. Paris, 3^e ch. 5 févr. 1999, *RTD com.* 2000, p. 373, note C. CHAMPAUD et D. DANET.

² C.A. Toulouse, 2^e ch. 1^{ère} sect., 30 juin 1997, n° 97/011997, *Bull. Joly*, janv. 1998, p. 5 et 53, note P. LE CANNU.

³ Cass. com. 20 décembre 1988, *Rev. pr. Coll.* 1989, p. 244, obs. Y. CHAPUT ; C.A. Bordeaux, 16 janv. 1984, *JCP.* 1985, *éd. E. I.* 14004, obs. CABRILLAC et VIVANT.

⁴ Cf. C.A. Aix, 30 septembre 1975, *D.* 1976, somm., p. 2 : intervention avec le dirigeant de droit pour décider de l'emploi des fonds sociaux afin de prendre le contrôle d'une autre société et de fournir un soutien financier à une autre société dans laquelle l'intervenant avait des intérêts personnels.

droit a entraîné la qualification de cette personne en dirigeant de fait car ces fonctions sont considérées comme des prérogatives inhérentes au pouvoir du dirigeant social.

La jurisprudence qui attribue la qualité dirigeant de fait à une personne qui exerce indûment des fonctions de gestion interne de la société doit être approuvée. En effet, la gestion interne de la société peut produire sur celle-ci des conséquences bénéfiques ou néfastes de nature à influencer le sort de l'entreprise. Les effets des fonctions relatives à la gestion interne de la société touchent différentes personnes internes et externes à la société. Ainsi, le choix des investissements peut avoir des conséquences sur les salariés, les associés, ou les fournisseurs. Or, si la direction de fait est une notion développée pour protéger les intérêts¹ que regroupe l'entreprise, il convient de reconnaître que la direction interne de la société doit entraîner la qualification de dirigeant de fait de la personne qui l'exerce sans mandat régulier.

Actuellement, sous la pression de l'Ecole de Rennes, le droit des sociétés est progressivement supplanté par le droit des entreprises. Dès lors que ce dernier assure la protection des différents intérêts catégoriels qui coexistent dans l'entreprise, il est nécessaire de reconnaître que les tribunaux doivent, en raison des conséquences que peut produire la gestion interne de la société, attribuer la qualité de dirigeant de fait à la personne qui a simplement géré la société sans apparaître comme un dirigeant social aux yeux des tiers. Il faudrait donc que les tribunaux tirent, plus que par le passé, toutes les conséquences des effets de la direction interne de la société dans l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à une personne.

Le dirigeant de fait est toute personne qui prend, en lieu et place du dirigeant de droit, les décisions stratégiques dans les domaines relatifs à la gestion interne de la société. Il peut s'agir d'un associé, d'un organe de contrôle, d'un salarié ou d'une personne externe à la société. Mais la qualité de dirigeant de fait peut aussi être attribuée à la personne qui exerce indûment la gestion externe de la société.

¹ Sur les intérêts de la société, cf. *La définition de l'intérêt social*, *infra* p. 54.

§2- La gestion externe de la société

33- L'expression « gestion externe » de la société désigne la mise en œuvre, par une personne, de pouvoirs dont le but est d'extérioriser la volonté de cette société, de l'exprimer auprès des tiers. En principe, la gestion externe incombe aux dirigeants de droit. Mais en pratique, elle peut être réalisée par des personnes qui n'ont pas cette qualité. Tel est le cas du dirigeant de fait, personne qui **assure** une prérogative essentielle de la gestion externe qui est **le pouvoir de représentation de la société (A)**. L'accomplissement des actes de gestion externe par une personne est déterminant pour l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à cette personne. Un lien existe en effet entre l'exercice irrégulier de **la gestion externe de la société et la qualité de dirigeant de fait (B)**.

A- L'exercice du pouvoir de représentation de la société

34- La représentation¹ est un mécanisme juridique par lequel une personne, le représentant, agit en lieu et place d'une autre personne, le représenté, en vertu des pouvoirs qu'elle tient de la loi, du juge ou d'une convention. Le pouvoir de représentation de la société est l'aptitude reconnue à une personne de s'exprimer et d'agir auprès des tiers, au nom et pour le compte de cette société. La question est de savoir si le pouvoir de représentation peut légalement être exercé par tous les dirigeants ou si, au contraire, il est limité à certains d'entre eux. La réponse à cette question permet d'établir l'existence ou non d'une distinction entre la qualité de représentant et celle de dirigeant social. Elle se déduit de la distinction entre pouvoir de représentation et pouvoir de direction.

35- La représentation et la direction de la société induisent le pouvoir d'agir au nom et pour le compte d'autrui. Elles consistent en l'accomplissement des actes et des faits juridiques au nom et pour le compte d'une personne. *In globo*, le pouvoir de représentation de la société constitue l'expression, par une autre personne, de la volonté de cette société auprès des tiers alors que le pouvoir de direction induit un pouvoir général de décision dans la conduite des affaires d'une société. Mais *stricto sensu*, représentation et direction de la

¹ Sur la représentation : CHUNG-WU CHEN, *Apparence et représentation en droit positif français*, L.G.D.J., 2000, préf. J. GHESTIN ; E. GAILLARD, *La représentation et ses idéologies en droit privé français* ; Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, thèse multigr. Paris II, 1997. Concrètement, le dirigeant social engage la société par sa signature apposée sur des documents destinés à être présentés à l'extérieur

société constituent aussi deux aspects du pouvoir de gestion. **Elles forment ensemble le pouvoir que le législateur reconnaît généralement à la personne appelée dirigeant social.** Des dispositions du Code de commerce relatives aux dirigeants sociaux¹ accréditent l'idée que tous sont aptes à réaliser tous les actes de direction, même les actes de représentation de la société². Aussi, une partie de la doctrine a-t-elle contesté la séparation entre le pouvoir de direction et le pouvoir de représentation.

36- M. MARTIN a considéré que la distinction établie entre la gestion et la représentation était inexacte et rendait mal compte de l'organisation des pouvoirs dans les sociétés³. Selon cet auteur, « la formation des liens juridiques entre la société et les tiers ne procède pas de l'exercice d'un pouvoir unique, mais résulte de la mise en œuvre de deux pouvoirs différents, complémentaires et susceptibles d'être cumulés par certains dirigeants sociaux ». Le pouvoir de représentation au sens strict « présente un aspect purement formel, puisqu'il permet d'exécuter les décisions prises par les organes de gestion »⁴. L'auteur a donc proposé de ne pas distinguer le pouvoir de gestion du pouvoir de représentation, mais de considérer que les deux pouvoirs constituent un dualisme qui existe au profit des représentants légaux⁵.

M. STORCK a repris cette position en insistant sur la difficulté de séparer direction - interne - et représentation de la société. Selon cet auteur, « l'organe ne revêt pas une seule qualité, il n'intervient pas toujours uniquement par représentation de la personne morale » ; les pouvoirs des dirigeants sociaux « se dédoublent en un pouvoir propre de décision relatif à l'élaboration de la volonté sociale et un pouvoir de représentation qui concerne l'exécution de l'opération dans les rapports avec les tiers »⁶. Ainsi, pour MM.

de la société ou des documents extérieurs à la société tels la signature des comptes bancaires de la société et des contrats dont la société est partie.

¹ Exemples : les art. L. 223-18, alinéa 5 (pour le gérant de la SARL) et L. 225-35 alinéa 1^{er} C. com. (pour le président du conseil d'administration de la S.A.).

² V. *Lamy société commerciales* 2008, n° 594 : sont des « représentants légaux » : les gérants, P-DG, directeurs généraux, administrateur provisoire délégué, président du directoire, directeur général unique, président de la SAS, liquidateurs.

³ Cf. G. MARTIN, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, thèse Nancy, 1977, p. 8 à 11.

⁴ *Ibis*.

⁵ Cf. G. MARTIN, *op. cit.* p. 245.

⁶ Cf. M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, L.G.D.J. 1982, p. 215, n° 284.

STORCK et MARTIN, le pouvoir de représentation est une composante du pouvoir de direction de la société. Il est reconnu à toute personne qui a la qualité de dirigeant social.

37- En réalité, l'examen des prérogatives que le législateur reconnaît aux dirigeants permet de démontrer que tous n'ont pas légalement le pouvoir de représenter la société. L'étendue des pouvoirs des dirigeants varie en fonction du type de société et des dispositions statutaires qui régissent son fonctionnement.

Dans la société à responsabilité limitée, l'article L. 223-18, alinéa 5 du Code de commerce énonce que « *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* ». Dans la société en nom collectif, l'article L. 221-5 du même Code dispose que « *Dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social* »¹. Le dernier alinéa du même article précise que « *Les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants, qui résulte du présent article sont inopposables aux tiers* ». Cette disposition s'applique aussi aux autres sociétés de personnes. Ainsi, dans la société à responsabilité limitée et les sociétés de personnes, tout gérant ou toute personne à laquelle les statuts ont reconnu les pouvoirs d'un gérant est compétent pour représenter la société auprès des tiers.

Dans la société anonyme de type classique, depuis la loi du 15 mai 2001 *relative aux nouvelles régulations économiques*, le président du conseil d'administration exerce le pouvoir de représentation² de la société s'il a également la qualité de directeur général. En revanche, lorsque les fonctions de président et de directeur général sont dissociées³, seul ce dernier jouit du pouvoir légal d'engager la société auprès des tiers⁴. Les pouvoirs du président sont internes à la société. Dans les sociétés anonymes avec directoire et conseil de surveillance, le pouvoir légal de représenter la société à l'égard des tiers

¹ Art. L.221-5 al.1. *C. com.*

² Sous la loi du 24 juillet 1966, le président du conseil d'administration assumait les fonctions de la direction générale de la société. Il était investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société et la représentait auprès des tiers. Cf. art. 113 L. 1966.

³ Le C.A. a le choix entre la dissociation des fonctions de P.C.A. et de D.G. de la société anonyme et le cumul de ces fonctions sur la tête d'une personne alors appelée P.D.G. Lorsque la dissociation est réalisée, le rôle du président, brièvement indiqué dans l'article L. 225-51 *C. com.* est limité.

⁴ Dans la société anonyme, c'est le directeur général qui est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. Cf. *C. com.* art. L.225-56 al. 1^{er}.

appartient au président du directoire¹ ou au directeur général unique². Tous les dirigeants sociaux n'ont donc pas légalement le pouvoir de représenter cette société. L'attribution du pouvoir de représentation de la société à certains dirigeants oblige à reconnaître qu'il existe en réalité, dans ce type de société, une distinction entre la direction et la représentation, entre les dirigeants sociaux et les représentants légaux. Cette distinction doit, en principe, conduire à qualifier de dirigeant de fait, le président de conseil d'administration de la société anonyme qui, sans avoir la qualité de directeur général, a accomplis des actes de représentation de la société, alors que celle-ci ne lui en a pas donné pouvoir.

38- *Stricto sensu*, la direction est l'exercice des prérogatives qui visent à réaliser l'objet social sans se traduire par un acte ou un fait juridique engageant la société auprès des tiers. En ce sens, les dirigeants sociaux sont des personnes régulièrement désignées par les associés pour exercer ce pouvoir. En revanche, les représentants légaux sont « toutes les personnes ayant légalement le pouvoir d'engager la société à l'égard des tiers »³. Ils incarnent la catégorie des « dirigeants de plein exercice », ceux dont les pouvoirs sont les plus étendus même si, ni la gestion externe, ni la direction au sens large du terme ne se limite à la représentation de la société. Ainsi, la notion de représentant légal vise les personnes dont le pouvoir présente un caractère général incluant la direction interne et externe de la société. Elle ne saurait être étendue aux personnes qui n'ont que le pouvoir légal de gestion interne de la société. Il en résulte que tous les dirigeants sociaux ne sont pas des représentants légaux. Cette dernière qualité est limitée aux dirigeants qui exercent la direction interne et externe de la société, par exemple aux gérants de société à responsabilité limitée ou de sociétés de personnes et aux présidents de sociétés anonymes de type classique qui ont également la qualité de directeur général des dites sociétés.

39- Cependant, même s'il est possible de distinguer *stricto sensu* direction interne et gestion externe, dirigeant social et représentant social, la certitude demeure que la notion de dirigeant évoque habituellement un pouvoir général de décision sur la conduite des affaires sociales. La direction de la société correspond à la plénitude du pouvoir de

¹ Dans ce cas, le président exerce les pouvoirs reconnus au directoire. Cf. art. L. 225-64 al. 1^{er} C. com. : le directoire est « investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société »

² Art. L. 225-64 al. 1^{er} C. com. et art. L. 225-66 al 1^{er} C. com.

³ Cf. Rép. M. COLETTE qui ajoute que la notion de représentants légaux « ne saurait être étendue aux personnes auxquelles les associés ou les dirigeants sociaux ont conféré le pouvoir d'accomplir un acte

direction car elle intègre la gestion interne et externe de la société. Ainsi, au sens large et commun, l'expression « dirigeant social » désigne la personne qui exerce ces pouvoirs. Il en résulte que l'exclusion du pouvoir de représentation des prérogatives du dirigeant social apparaît exceptionnelle, car généralement, le dirigeant social est une personne qui a aussi le pouvoir de gestion externe de la société. L'exercice d'un tel pouvoir par une personne autre que le représentant légal entraîne l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à celle-ci.

B- La gestion externe de la société et la qualité de dirigeant de fait

40- Les tribunaux qualifient quasi-systématiquement de dirigeant de fait la personne qui a exercé indûment des pouvoirs de gestion externe de la société alors qu'ils refusent quelquefois cette qualification à la personne qui a accompli, sans mandat régulier, des actes de gestion interne de la société¹. Des **exemples concrets** vont illustrer cette attitude dont il convient également d'indiquer la **portée** au regard de la notion de dirigeant de fait.

41- La qualité de dirigeant de fait est attribuée à des personnes qui exercent le pouvoir de représentation ou d'autres prérogatives relevant du pouvoir de gestion externe de la société. Ainsi, dans un arrêt rendu le 12 juin 1972, la Cour de cassation² a confirmé la qualité de dirigeant de fait de l'associé qui avait demandé l'ouverture d'une procédure collective au nom de la société. Les tribunaux ont attribué la même qualité à l'associé qui assurait l'administration de la société et les relations avec les banques, les fournisseurs et les clients au moyen d'une procuration³. Dans ces affaires, la qualification de dirigeant de fait est fondée exclusivement sur l'exercice par une personne, d'un pouvoir de représentation de la société auprès des tiers. La qualité de dirigeant de fait peut aussi résulter de la mise en œuvre, par une personne, de diverses prérogatives de gestion externe de la société. Ainsi un arrêt rendu le 6 juillet 1999 par la Cour de cassation approuve une Cour d'appel d'avoir retenu la qualité de gérant de fait du fils de la gérante de droit d'une

déterminé pour le compte de la société ». Cf. *J. O. Déb. AN*. 15 mars 1969, p. 649. Cette définition a été reprise une année plus tard. V. Rép. M. LEBAS, *J. O. Déb. AN*. 3 décembre 1970, p. 6095.

¹ Cf. *L'influence de la direction interne sur la qualification de dirigeant de fait*, *supra* p. 42 s.

² Cass. com. 12 juin 1972, *Bull. civ. IV*, n° 187, p. 182. Cass. crim. 12 sept. 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 268 p. 791 : qualité de dirigeant de fait reconnue au directeur technique salarié, ancien dirigeant social, qui a continué d'engager le personnel et de négocier les chantiers au nom de la société.

³ Cf. C.A. Paris, 23 mai 1997, *BRDA* 1997, n° 18, p. 2. Cass. crim. 12 oct. 1995, *Bull. crim.* n° 305 ; *Rev. sociétés* 1996, p. 319, note B. BOULOC.

société en se fondant sur la conclusion, par l'intéressé, du contrat de location-gérance du fonds de commerce exploité par la société, la signature des correspondances commerciales et des chèques¹.

Les tribunaux attribuent souvent la qualité de dirigeant de fait à une personne en se fondant sur la gestion interne et externe de la société par cette personne alors que de tels pouvoirs ne lui ont pas été régulièrement attribués. La Cour de cassation a ainsi confirmé, par arrêt du 22 janvier 2002², la décision des juges du fond qui avait qualifié de dirigeant de fait, l'associé d'une société de construction dont le siège se trouvait au domicile de l'intéressé, conducteur de travaux de cette société, qui avait participé aux réunions au cours desquelles la stratégie de l'entreprise avait été définie. L'intéressé avait, en outre, reçu du gérant légal, une délégation des pouvoirs bancaires, signait parfois les documents sous l'intitulé de « directeur commercial ». Le cabinet comptable de la société lui avait aussi transmis tous les renseignements comptables en cours d'exercice³. Cet arrêt montre, comme les précédents, que la personne qui n'a pas la qualité de dirigeant de droit est qualifiée de dirigeante de fait dès lors qu'elle a exercé un pouvoir de gestion externe de la société.

Inversement, la gestion interne de la société par une personne qui n'a pas de mandat régulier pour exercer un tel pouvoir n'est pas souvent qualifiée de direction de fait par les tribunaux. Elle n'entraîne donc pas souvent l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à son auteur¹. La gestion interne et la gestion externe de la société ne produisent donc pas le même effet quant à la qualification de dirigeant de fait. Seule la seconde a une influence déterminante dans cette qualification. Il existe donc, en ce qui concerne la jurisprudence, une relation entre l'exercice de la gestion externe de la société par une personne qui n'a pas ce pouvoir légal et la qualité de dirigeant de fait de cette personne.

¹ Cass. com. 6 juill. 1999, n° 1373 D, *inédit*. Voir aussi, Cass. com. 3 janv. 1991, *Dr. sociétés* 1991, n° 181 : salarié qui exerçait des fonctions de direction en matière commerciale et financière et qui embauchait le personnel de la société ; Cass. com. 19 févr. 2002, *RJDA* 2002, n° 763.

² Cass. com. 22 janv. 2002, *RJDA* 2002, n° 502, p. 426.

³ V. aussi Cass. com. 13 nov. 2002, *RJDA* 2003, n° 386, p. 352, 1^{ère} espèce : approuvant les juges du fond d'avoir reconnu la qualité de dirigeant de fait de la société qui avait pris le contrôle d'une autre société. Le directeur financier de la première société avait reçu le pouvoir d'effectuer toutes opérations sur un compte bancaire de la seconde et de faire approuver par l'assemblée générale de celle-ci, la cession de son fonds de commerce et de son stock. C.A. Lyon, 2 juill. 1999, *Juris-Data* n°1999-104630 : qualité de gérant de fait attribuée à une SARL, associée majoritaire d'une autre SARL au motif que la première société avait servi d'intermédiaire entre la seconde et le groupe de sociétés auquel elle appartenait. Les juges ont ajouté que la première société tenait à son siège les assemblées générales de la seconde dont elle avait fait vendre le fonds de commerce dans des conditions précipitées et dommageables aux créanciers.

Aussi, Monsieur TRICOT affirme-t-il que « Le gérant de fait est celui qui dirige une société, sans avoir été régulièrement investi, par les organes de la société, du pouvoir de la représenter »². La question se pose de savoir quelle est la justification de ce lien entre la gestion externe de la société et la qualité de dirigeant de fait.

42- La réalisation de la gestion externe d'une société démontre que la personne qui en est l'auteur jouit d'un pouvoir général de décision dans la conduite des affaires sociales, qu'elle dispose de l'ensemble des prérogatives qui forment le pouvoir de direction au sens large. La gestion externe constitue donc un critère déterminant de l'existence du pouvoir de direction car elle ne peut être réalisée que par des personnes qui sont des « dirigeants de plein exercice »³, celles qui ont les pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. Son exercice par une personne qui n'a pas la qualité de dirigeant de droit prouve que cette personne a la plénitude des pouvoirs de direction de cette société. Aussi, la qualité de dirigeant de fait peut-elle lui être reconnue⁴.

43- Un autre fondement de la relation que la jurisprudence établit entre la gestion externe de la société et la qualité de dirigeant social apparaît dans la défense d'immixtion du commanditaire dans la gestion de la commandite. L'article L. 222-6, alinéa 1 du Code de commerce qui fixe cette règle énonce que « *L'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion externe, même en vertu d'une procuration* ». Cette règle est fondée sur le souci d'éviter que les tiers ne croient que le commanditaire répond indéfiniment et solidairement du passif social, même si elle vise aussi à préserver le statut du commanditaire dont la finalité est de permettre à ce dernier d'investir, en qualité d'associé, dans des activités économiques, sans diriger lui-même la société qui réalise ces activités. Dès lors, la limitation de l'interdiction à la gestion externe démontre que cette dernière constitue, selon le législateur, la prérogative qui établit véritablement l'exercice d'un pouvoir de direction de la commandite. Le lien entre la gestion externe et la direction

¹ *Supra* p. 42 s.

² D. TRICOT, *op. cit.* Cette définition restreint la qualité de dirigeant de fait aux personnes qui ont accompli des actes de gestion de la société auprès des tiers. Cf. *La gestion externe et la qualité de dirigeant de fait*, *supra* p 49.

³ *Supra*, p. 48.

⁴ Cass. com. 18 mai 1981, *Bull. civ. IV*, n° 240, p. 189 : signature des contrats au nom et pour le compte de la société ; Paris, 21 mai 1991, n° 90/14341, inédit : associé qui disposait des cartes bancaires de la société, de la signature sur les comptes bancaires, était destinataire de la comptabilité et s'était porté caution solidaire avec le dirigeant de droit ; Paris 9 mars 1999, n° 1997/05437, *Juris Data* n° 022821.

de fait est donc fondé sur l'influence que l'exercice du pouvoir de gestion externe produit à l'extérieur de la société.

44- L'importance que les magistrats accordent à l'exercice de la gestion externe de la société dans la qualification de la direction de fait incite à croire que la jurisprudence vise, grâce à la notion de dirigeant de fait, la protection des intérêts des personnes externes à la société. Or, il est important que les intérêts de la personne morale elle-même et des associés soient également pris en considération. D'ailleurs, la consécration de la notion de dirigeant de fait dans le droit des entreprises en difficulté démontre que le souci du législateur est d'assurer, à travers la notion de dirigeant de fait, la protection de tous les intérêts de l'entreprise. Le sort de ces intérêts peut aussi être compromis par l'exercice du pouvoir de gestion interne. Dès lors, il convient de considérer comme direction de fait, la gestion interne de la société par une personne qui n'a pas la qualité de dirigeant de droit. Il est donc souhaitable que les tribunaux reconnaissent à la gestion interne de la société, une influence identique à celle qu'ils accordent à la gestion externe, afin d'assurer, grâce à la qualification de dirigeant de fait, la protection de la société, des associés et des personnes tierces.

Gestions interne et externe sont les deux aspects du pouvoir de direction. Un pouvoir dont le contenu et les conditions générales d'attribution sont déterminés par le législateur¹. Cependant, il n'existe pas de frontière intangible entre, d'un côté, le pouvoir de direction et, de l'autre, le pouvoir de contrôle et le pouvoir d'exécution. Ces derniers peuvent se muer en direction² lorsque les personnes chargées de les exercer remplissent des fonctions qui relèvent de la compétence des dirigeants sociaux ou encore, selon certains auteurs, du pouvoir « exécutif »³. Ainsi, le dirigeant de fait est une personne qui usurpe le pouvoir de gestion interne ou externe que la loi et les statuts d'une société reconnaissent au

¹ « Le principe du pouvoir légal », cf. M. de JUGLART et B. IPPOLITO, *Les sociétés commerciales*, 10^e éd. n° 123-2. *Supra*, p. 24 s.

² Cass. com., 6 févr. 2001, *Bull. civ.*, IV, n° 33 ; *Bull. Joly Sociétés*, 2001, p. 593, § 150, note J.-F. BARBIERI ; *D.*, 2002, p. 81, obs. F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS. Voir *infra*, p. 101 : *L'immixtion des organes de contrôle dans la gestion de la société*. Cass. Com. 17 mars 1998, pourvoi n° 95-21.508, confirmant l'arrêt d'appel qui avait attribué la qualité de dirigeant de fait à un directeur salarié, au motif qu'il prenait toutes les décisions importantes de la société en lieu et place du P.D-G. qu'il avait lui-même embauché à un salaire inférieur de moitié au sien propre.

³ Certains auteurs n'hésitent pas à utiliser le terme « exécutif » pour parler, dans la société anonyme, du conseil d'administration ou du directeur général. Cf. D. BUREAU, *La loi relative aux nouvelles*

dirigeant de droit. Il exerce des prérogatives reconnues au dirigeant de droit et dont la finalité est d'assurer la promotion de l'intérêt social.

Section II- La finalité du pouvoir de gestion

45- Le pouvoir de direction est un ensemble de prérogatives dont l'exercice doit permettre à la société de réaliser des bénéfices ou de procurer une économie à ses associés. La raison d'être du pouvoir de direction est donc la poursuite des objectifs de la société. Les actes par lesquels les dirigeants sociaux mettent en œuvre leurs prérogatives dans la conduite des affaires sociales doivent tendre vers la réalisation de ces objectifs. La question se pose de savoir si l'exercice du pouvoir de direction suffit à établir la qualité de dirigeant de fait de la personne à laquelle ce pouvoir n'a pas été régulièrement attribué ou si, au contraire, cette qualification suppose également que cette personne a poursuivi la finalité de ce pouvoir.

La réalisation de l'intérêt social (§1) est la finalité du pouvoir de gestion. L'intérêt social détermine les actes de gestion de la société. Sa promotion par une personne qui n'a pas la qualité de dirigeant de droit entraîne l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à cette personne. L'intérêt social est pris en considération par les juges pour déterminer la nature et la qualité des actes réalisés par une personne dans la gestion de la société. Il exerce donc une influence dans **la qualification de dirigeant de fait (§2).**

régulations économiques. Aspects de droit des sociétés, Bull. Jolly 2001, p. 553 et s. ; J.-P. BOUERE, P-DG ou président et directeur général ? Bull. Joly 2001, p. 695.

§1- La réalisation de l'intérêt social

46- La finalité du pouvoir de gestion est d'assurer la promotion de l'intérêt social. La notion d'intérêt social¹ n'a pas été définie par le législateur. La jurisprudence et la doctrine ont essayé, non sans difficulté, de remédier à cette carence. Cette difficile **définition de l'intérêt social (A)** doit être rappelée avant d'apporter des précisions sur les personnes qui peuvent intervenir dans **la détermination de ce concept (B)**.

A- La définition de l'intérêt social

La définition de l'intérêt social est importante pour les dirigeants sociaux qui peuvent ainsi y trouver une « boussole »² qui guidera leur action. Mais les dispositions du Code civil et du Code de commerce qui évoquent l'intérêt social³ laissent subsister de grandes incertitudes qui sont sources de division quant à sa définition.

La tentative de définition de l'intérêt social par la doctrine a conduit à la confrontation de deux théories dont la jurisprudence récente rejette l'absolutisme.

47- Une partie de la doctrine, appuyée sur la théorie selon laquelle la société est un contrat entre différentes personnes appelées associés, affirme que l'intérêt social est celui des associés⁴. Les tenants de cette thèse justifient cette position en renvoyant aux

¹ Cf. A. VIANDIER, « l'intérêt social est le concept majeur du droit des sociétés », cf. *Bull. Joly. Bourse*, 1993, p. 4. V. aussi Claude BAILLY-MASSON, *L'intérêt social, une notion fondamentale, Petites affiches*, 09 novembre 2000, n° 224 ; A. CONSTANTIN, *L'intérêt social, quel intérêt ? : Etudes B. MERCADAL* éd. Francis Lefebvre 2002, p. 317 et s. spéc. n° 28 et s.

² Cf. A. COZIAN et A. VIANDIER, *Droit des sociétés*, 20^e éd., Litec, 2007, n° 465 s. La détermination de l'intérêt social guide aussi les investisseurs. Par exemple, dans les sociétés cotées en bourse où les investisseurs recherchent surtout la rentabilité à cours ou moyen terme.

³ L'article 1848 du Code civil dispose : « Dans les rapports entre associés, le gérant peut accomplir tous les actes de gestion que demande l'intérêt de la société ». Quant au Code de commerce, ses articles L. 221-4 et L. 223-18 issus des articles 13 et 49 de la loi du 24 juillet 1966 indiquent respectivement à propos des sociétés de personnes et des sociétés à responsabilité limitée que « Dans les rapports entre associés, et en l'absence de la détermination de ses pouvoirs par les statuts, le gérant peut faire tous actes de gestion dans l'intérêt de la société ». L'intérêt social réapparaît dans les articles L. 241-3, 4^o et L. 242-6, 4^o C. com. (ancien art. 425 et 437, loi du 24 juillet 1966) relatifs à la sanction pénale des dirigeants de sociétés par actions et de SARL qui, dans leur intérêt personnel, auront fait, de mauvaise foi, « des biens ou du crédit de la société un usage qui serait contraire à l'intérêt de celle-ci ».

⁴ Le Pr. D. SCHMIDT est le membre représentatif de cette thèse, cf. *De l'intérêt commun des associés*, *Rev. Dr. Banc. Et Bourse*, 1994, p. 204 ; *De l'intérêt social*, *Rev. Dr. Banc. Et Bourse*, 1995, p. 130. Le Pr. SCHMIDT considère la société comme un contrat de partage, cf. *Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés*, *Rev. sociétés* 1984, p. 10. V. aussi, A. COURET, *Le gouvernement d'entreprise, la « corporate governance »*, *D.* 1995, chr. p. 163. Le Pr. A. COURET évoque « la tendance inexorable du droit des obligations à envahir le droit des sociétés », notamment « la

dispositions des articles 1832 et 1833 du code Civil. Le premier texte définit la société comme « *un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter* » ; le second ajoute que « *Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés* ». Aussi, cette partie de la doctrine soutient-elle que le seul intérêt que la société doit poursuivre est celui des associés car cet intérêt comprend l'intérêt individuel de chaque associé, l'intérêt de la majorité des associés et l'intérêt collectif. Il ressort de cette thèse que l'intérêt social se confond et se réduit à l'intérêt des associés. Cette position méconnaît les conséquences attachées à l'existence de la personnalité morale de la société, notamment son autonomie.

48- Une autre partie de la doctrine conteste la thèse précédemment exposée en prônant une analyse fonctionnelle et institutionnelle de la société¹. Elle prend en considération la personnalité morale de la société qui en fait une personne indépendante et autonome, distincte de ses associés. Les tenants de cette thèse prennent en considération les différents intérêts qui coexistent dans l'entreprise pour déterminer l'intérêt social. Ils affirment que la société est une organisation qui recouvre de multiples intérêts, parfois divergents, dont ceux de la personne morale elle-même, des associés, des salariés, des créanciers, des fournisseurs, des clients, voire de l'Etat. Pour cette opinion, l'intérêt social s'étend « *au-delà de l'intérêt des seuls associés* » et de la personne morale elle-même car il englobe les autres intérêts précités, c'est-à-dire ceux de l'entreprise.

Cette thèse défendue par la « doctrine de l'entreprise » est très proche de la « *Stakeholders theory* », théorie par laquelle la doctrine anglo-saxonne vise « à redéfinir l'entreprise dans une perspective non plus fermée sur l'actionnariat des sociétés mais ouverte, élargie à l'ensemble des interactions dont elle est l'occasion »². La *Stakeholders*

multiplication des *pactes d'actionnaires* » et leur reconnaissance par le législateur. Cette tendance, justifie, à ses yeux la renaissance de la conception contractuelle de la société.

¹ Cette analyse fonctionnelle et institutionnelle de la société a été principalement défendue en France par les Pr. C. CHAMPAUD et J. PAILLUSSEAU. Cf. C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey 1962 ; *Le contrat de société existe-t-il encore ?* in *Le droit contemporain des contrats*, Travaux de la faculté des sciences juridiques de Rennes, Economica, 1987 ; J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, thèse Rennes 1967 ; *Les fondements du droit moderne des sociétés*, JCP. Ed. G. 1984, n° 3148 ; *Le droit moderne et la personnalité morale*, RTD civ. 1993, n° 4, p. 705.

² Cf. F.-G. TREBULLE, *Stakeholders Theory et droit des sociétés*, (1^{ère} partie), Bull. Joly 2006, n° 12, p. 1337.

theory « invite à s'intéresser à toute personne qui subit les conséquences de l'activité de l'entreprise et dont l'action peut avoir un effet sur elle »¹. En application de cette théorie, l'intérêt social regroupe les intérêts des *Stakeholders* ou « porteurs d'intérêts », c'est à dire, des diverses personnes qui sont en relation avec la société, celles qui tirent profit de l'existence de l'entreprise ou celles sur lesquelles l'activité sociale exerce une influence.

49- Mais, la diversité des intérêts qui coexistent dans la société rend difficile leur conciliation. Cela accroît la difficulté d'une définition de l'intérêt social. Aussi, la thèse défendue par la « doctrine de l'entreprise » a-t-elle été légèrement corrigée par des auteurs² qui ont perçu l'intérêt social non seulement comme un intérêt collectif aux personnes intéressées par l'existence de la société mais aussi comme un intérêt supérieur qui les domine. Ainsi, à l'intérêt social formé par les divers intérêts de la personne morale et de l'entreprise a été substitué « *l'intérêt supérieur de la société* », c'est-à-dire l'intérêt des salariés, des créanciers, des associés, des fournisseurs, du fisc...

Malgré la rectification, cette théorie n'est pas entièrement satisfaisante car elle accorde plus d'importance à l'intérêt propre de la personne morale au détriment de celui des associés. Or, ce dernier est le moteur de l'économie libérale, la motivation des fondateurs et de tous les associés de la société. Il se confond avec le profit que doit leur procurer cette personne morale. Le reléguer au second plan aboutirait nécessairement à compromettre l'existence même des sociétés. Aussi, une troisième thèse apparaît-elle. Elle résulte de l'observation de la jurisprudence relative à la sanction de la violation de l'intérêt social.

50- Il faut rappeler que la violation de l'intérêt social par les dirigeants sociaux, de droit ou de fait, est souvent incriminée et sanctionnée par les juges sous le délit d'abus de pouvoir³ ou de biens sociaux. L'examen de cette jurisprudence démontre que dans les

¹ - Sur cette théorie, v. l'ouvrage fondateur de Freeman, *Strategic Management, a Stakeholder Approach*, 1984. Pour une bibliographie plus fournie, voir F.-G. TREBULLE, *op. cit.*

² Cf. M. COZIAN et A. VIANDIER, *Droit des sociétés*, 20^e éd., Litec, 2007, n° 448.

³ L'abus de pouvoir se définit comme l'attitude par laquelle le dirigeant a, de mauvaise foi, fait des pouvoirs qu'il possédait un usage qu'il savait contraire aux intérêts de la société à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement. Cf. art. L. 241-3-5°, L. 242-30, al. 1^{er} du *C. com.* et L. 231-11-4° du *Code monétaire et financier*. Quant à l'abus de biens sociaux, il correspond au fait pour un dirigeant de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'il sait contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour

affaires qui leur sont soumises, les juges confèrent à la notion d'intérêt social deux significations alternatives. L'intérêt social est soit l'intérêt des associés, soit l'intérêt général, c'est à dire celui de l'entreprise. Ces intérêts peuvent être concordants ou discordants.

Souvent, les juges font concorder l'intérêt général avec celui des associés. Cela ressort des arrêts qui sanctionnent l'usage des biens sociaux ou des pouvoirs à des fins illicites au motif qu'il transgresse l'intérêt social¹. Dans ces arrêts, l'intérêt social est perçu, par les juges comme le point de convergence des divers intérêts au sein et autour de la société². L'objectif du droit pénal qui est d'assurer la protection de l'ordre public justifie certainement une appréciation large de l'intérêt social. Parfois, l'intérêt des associés et l'intérêt général sont discordants. Cette situation est illustrée par l'action en responsabilité exercée contre le gérant de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée pour abus de biens sociaux alors qu'il est aussi associé unique³. Il en est de même lorsque la jurisprudence admet, en matière pénale, la constitution de partie civile des associés et la refuse aux tiers victimes des abus de pouvoirs ou de biens sociaux réalisés par les dirigeants de la société¹. En résumé, au regard de la jurisprudence, la notion d'intérêt social a un caractère protéiforme.

51- En vérité, il convient d'adopter une conception mixte de l'intérêt social. Parce que la société est à la fois contrat et institution, l'intérêt social ne peut être qu'un

favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il est intéressé directement ou indirectement. Cf. *C. com.* art. L. 242-6, 3°.

¹ Cass. crim., 22 avr. 1992 (arrêt Carpaye), *Rev. Soc.* 199, p. 124 et *B.R.D.A.* 1992, no 19, p. 7 : « l'usage des biens d'une société est nécessairement abusif lorsqu'il est fait dans un but illicite », en l'occurrence le versement de pots-de-vin pour obtenir un marché. Cass. crim. 11 janv. 1996 (arrêt Rosemarin), *Petites affiches*, n° 41, avr. 1996, p. 23.

² Cass. crim. 26 mai 1994, *JCP éd. E.* 1994, n° 1014 ; *Bull. Joly* 1994, p. 1295; Cass. crim. 14 juin 1993, *Bull. crim.* n° 208. I. VEZINET, *La position des juges sur l'intérêt social, Dr. et Patr.* Avr. 1997, p. 50.

³ Cf. Cass. crim. 14 juin 1993, *Bull. crim.* n° 208 ; *Rev. sociétés* 1994, p. 90, note B. BOULOC, *Bull. Joly* 1993, p. 1139, note SAINTOURENS. Les atteintes au patrimoine de la société, cas de l'abus de biens sociaux, sont contraires à l'intérêt social, même avec le consentement des associés, cf. Cass. crim. 12 déc. 1994, *Bull. Joly* 1995, p. 427. Cass. crim. 22 sept. 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 45, note J.-F. BARBIERI. Voir aussi le célèbre arrêt Fruehauf, CA Paris, 22 mai 1965 relatif à la nomination d'un administrateur provisoire de la filiale française de cette société pour poursuivre, l'exécution d'un important contrat signé avec la République de Chine populaire, en dépit de la décision de la société-mère américaine Fruehauf International d'arrêter ce contrat en raison du contexte politique. Selon cet arrêt, « pour nommer un administrateur provisoire, le juge des référés doit s'inspirer des intérêts sociaux par préférence aux intérêts personnels de certains associés, fussent-ils majoritaires ». Cf. *JCP.* 1965, 14274 bis, concl. NEPVEU ; *D.* 1968, p. 147, note R. CONTIN.

« juste milieu »² entre l'individualisme libéral et la prise en compte de l'intérêt général. L'intérêt social doit mêler les divers intérêts que recouvre la société. Sa définition doit intégrer un élément de licéité de façon à en exclure les actes de gestion contraires aux règles de droit en vigueur même s'ils procurent des avantages à la société, aux associés ou à toute autre personne³. En effet, une activité de gestion illicite fait courir à la société des conséquences susceptibles de compromettre sa continuité⁴. L'intérêt social, concept à contenu variable, indique ce qui est bon pour la société sans être injustement nuisible pour d'autres personnes ou pour l'Etat. Mais qui doit le déterminer ?

B- La détermination de l'intérêt social⁵

52- Il est important de savoir qui doit déterminer l'intérêt social car la réponse à cette question permet d'appréhender l'étendue des pouvoirs du dirigeant social dans la société ainsi que le degré de liberté dont il jouit dans l'exercice de ces pouvoirs. En effet, selon que l'intérêt social correspondra ou non à l'intérêt des associés, les pouvoirs du dirigeant social dans la détermination de cet intérêt seront différents.

Les divisions de la doctrine observées sur la définition de l'intérêt social se répercutent sur la question de savoir qui doit définir l'intérêt social et veiller à son respect.

53- Les réponses à cette question varient donc en fonction des différentes théories qui ont tenté de définir l'intérêt social. Pour les auteurs⁶ qui assimilent l'intérêt social à l'intérêt des associés, seuls ces derniers sont aptes à définir l'intérêt social alors que les auteurs qui défendent la thèse de l'intérêt social englobant les intérêts des associés, de la personne morale et de l'entreprise affirment que cette tâche incombe aux dirigeants sociaux. Quant à la doctrine⁷ qui considère le caractère institutionnel de la société et

¹ Cass. crim. 24 avr. 1971, *JCP* 1971, II, n° 16890, *Rev. sociétés* 1971, p. 608, note BOULOC ; Cass. crim. 9 nov. 1992, *Rev. sociétés*, 1993, p. 433, note BOULOC.

² Sur cette théorie « du juste milieu », cf.. J.-P. BERTREL, *Liberté contractuelle et sociétés : essai d'une théorie du juste milieu en droit des sociétés*, *RTD com.* 1996, p. 595.

³ *La limitation du pouvoir du dirigeant de fait par l'intérêt social infra* p. 64 s.

⁴ *Infra* p. 66.

⁵ Sur ce point, voir Jean-Pierre BERTREL, Dossier *L'intérêt social, Dr. et patr.* avr. 1997, p. 42.

⁶ Le Pr. D. SCHMIDT, *De l'intérêt commun des associés*, *Rev. Dr. Banc. Et Bourse*, 1994, p. 204 ; *De l'intérêt social*, *Rev. Dr. Banc. Et Bourse*, 1995, p. 130 ; A. COURET, *Le gouvernement d'entreprise, la « corporate governance »*, *D.* 1995, chr. p. 163. *Supra* p. 54.

⁷ C. CHAMPAUD et J. PAILLUSSEAU. Cf. C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey 1962 ; *Le contrat de société existe-t-il encore ?* in *Le droit contemporain des contrats*,

définit, par conséquent, l'intérêt social comme « *l'intérêt supérieur de la société* », elle affirme que ni les associés, ni les dirigeants n'ont à déterminer l'intérêt social car il s'impose à eux tous et ils doivent juste le respecter¹. Pour cette doctrine, il appartient au juge de définir les contours du standard² que constitue l'intérêt social.

Les deux positions doctrinales sont erronées car elles confondent entre la détermination de l'intérêt social et le contrôle de la conformité de l'activité du dirigeant à cet intérêt alors qu'il s'agit de deux problèmes différents. Les tenants de la thèse contractuelle de la société méconnaissent le rôle du juge alors que ceux qui rattachent l'intérêt social à la thèse institutionnelle de la société dénie tout pouvoir aux associés et en confèrent trop au juge.

54- En réalité, il convient de distinguer entre la détermination de l'intérêt social et le contrôle de la conformité de l'activité du dirigeant à l'intérêt social. Cette différenciation n'est manifestement pas prise en considération par les auteurs qui attribuent au juge le pouvoir de déterminer l'intérêt social³.

Sur la détermination de l'intérêt social, deux hypothèses doivent être envisagées. Dans la première, le pouvoir de déterminer l'intérêt social est reconnu aux associés. Le rôle du dirigeant se limite alors à exercer la direction de la société en justifiant de la conformité de ses actes à cet intérêt fixé par les associés. Dans cette hypothèse, le pouvoir du dirigeant est véritablement soumis au contrôle des associés. « Sa marge de manoeuvre se rétrécit, son objectif devient plus précis et sa responsabilité est également plus ciblée »⁴. Cette solution permet aux associés de conserver véritablement le pouvoir de surveiller les dirigeants sociaux.

Travaux de la faculté des sciences juridiques de Rennes, *Economica*, 1987 ; J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, thèse Rennes 1967 ; *Les fondements du droit moderne des sociétés*, JCP. Ed. G. 1984, n° 3148 ; *Le droit moderne et la personnalité morale*, RTD civ. 1993, n° 4, p. 705. *Supra*, p. 56.

¹ Cf. M. COZIAN et A. VIANDIER, *op. cit.* n° 466 ; J.-P. BERTREL, Dossier *L'intérêt social*, *Dr. et patr.* Avr. 1997, p. 42.

² Un standard est une norme à contenu variable, qui par son indétermination, met à nu une crise interne du système juridique. Cf. J.-P. BERTREL, *op. cit.* note n° 36.

³ Cf. M. COZIAN et A. VIANDIER, *op. cit.* ; J.-P. BERTREL, *op. cit.*

⁴ Cf. D. SCHMIDT, *Considération des intérêts des actionnaires dans les prises de décision et le contrôle du juge*, *Petites affiches*, 19 nov. 1997, n° 139, Dossier : Pratique des affaires et contrôle judiciaire.

A l'inverse, s'il est permis aux dirigeants de déterminer l'intérêt social, ils risquent de jouir d'une trop grande liberté car, eux seuls définiraient le critère de conformité de leurs actes à l'intérêt social. Dans cette hypothèse, le rôle des associés serait réduit car ces derniers ne pourraient pas intervenir dans la définition de la finalité du pouvoir qu'ils attribuent au dirigeant social. Leur contrôle sur la direction serait amoindri car les dirigeants définiraient eux-mêmes les critères sur lesquels ils doivent être contrôlés. Cette solution n'est pas acceptable car elle confère trop de pouvoir et de liberté aux dirigeants sociaux, au détriment des associés. Aussi, convient-il de reconnaître aux associés¹ le droit de déterminer l'intérêt social.

Les associés doivent définir l'intérêt social en arbitrant entre leurs intérêts personnels et l'intérêt général, sous le contrôle éventuel du juge. Il leur appartient, d'une part, de veiller à ce que la société leur procure des bénéfices ou des économies et, d'autre part, de s'assurer de sa continuité en prenant en considération les exigences relatives à sa pérennité et au respect des règles de droit en vigueur.

55- Quant au contrôle de la conformité des actes du dirigeant à cet intérêt, il revient également aux organes de contrôle et de surveillance de la société. Mais, dans sa phase contentieuse, ce contrôle doit relever de la compétence du juge. En effet, sans nier le rôle croissant que le législateur² confère au juge dans la vie des sociétés, il importe de relever que ce rôle s'exerce principalement à la demande des personnes ayant, selon la formule de la Cour de cassation, « un lien de droit avec la société »³.

Le rôle du juge ne peut pas être de déterminer l'intérêt social car le juge n'a pas le pouvoir de créer les droits et obligations des justiciables. Il n'a pas pour fonction de s'immiscer dans le fonctionnement des sociétés. Aussi, ne lui appartient-il pas de définir l'intérêt que tous les acteurs de la société devront respecter, ni même de choisir les moyens à mettre en œuvre pour protéger cet intérêt. Le rôle du juge est de rétablir, à la demande des intéressés, un équilibre brisé par un comportement illicite. Par conséquent, le juge a une

¹ Solution adoptée par le Pr. SCHMIDT qui méconnaît cependant le rôle du juge. Cf. *De l'intérêt social, Rev. Dr. Banc. Et Bourse*, 1995, p. 130.

² Exemple : lorsque les dirigeants de la société anonyme n'exécutent pas totalement leur obligation d'information à l'égard des associés, le président du tribunal de commerce statuant en référé peut ordonner la communication de ces informations sous astreinte. Cf. art. L. 238-1 *C. com.*

³ Cass. com. 16 fév. 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 270, n° 68.

compétence limitée au contrôle de la conformité de l'activité des dirigeants ou des associés à l'intérêt social que ces derniers ont préalablement définis. Dans le cadre de ce contrôle, il peut sanctionner les actes des dirigeants de droit qui ne sont pas conformes à l'intérêt social.

Mais l'intérêt social est-il une norme spécifique à l'exercice du pouvoir de gestion par un dirigeant de droit ou, au contraire, s'agit-il aussi de la finalité du pouvoir exercée indûment par une personne ?

§2- L'influence de l'intérêt social dans la qualification de dirigeant de fait

56- Le dirigeant de fait est une personne qui usurpe le pouvoir du dirigeant de droit. Mais la qualité de dirigeant de fait suppose-t-elle que la personne à laquelle elle est attribuée poursuit également la finalité que le droit assigne au pouvoir de gestion ? La réponse à cette question est importante car elle permet d'établir l'existence ou non d'une influence de l'intérêt social dans la détermination de la qualité de dirigeant de fait.

L'exercice du pouvoir de gestion, qu'il soit de droit ou de fait, a pour finalité la promotion de l'intérêt social. Celui-ci **détermine donc les actes de gestion de fait (A)**. L'intérêt social **limite aussi le pouvoir du dirigeant de fait (B)**.

A- La détermination des actes de gestion de fait

57- La direction de fait d'une société est l'exercice indu du pouvoir général de décision dans la conduite des affaires de cette société. Le dirigeant de fait accomplit des actes qui présentent un **lien avec la finalité du pouvoir de gestion**. Ces actes sont appelés actes de gestion de fait. Après les avoir définis, il convient d'examiner leur domaine d'intervention et leur finalité afin d'établir l'existence d'un lien entre leur accomplissement indu et la qualité de dirigeant de fait.

58- La qualification d'acte de gestion¹ ou de direction est appliquée par les tribunaux aux actes qui relèvent de la compétence des dirigeants sociaux² et qui sont conformes à l'objet social³, c'est à dire qui ont été accomplis pour la réalisation de l'activité que les associés ont assignée à la société. L'acte de gestion ou de direction est composé de deux aspects. Sous l'angle formel, il est une décision prise par une personne et qui matérialise un pouvoir général de décision dans la conduite des affaires sociales. Il est donc un *instrumentum*. En ce qui concerne son contenu, l'acte de gestion est une décision prise par une personne, au nom et pour le compte de la société, pour conduire les affaires de cette société. Il est un *negocium*. Il résulte de ces deux aspects que l'acte de gestion est tout acte par lequel une personne exprime un pouvoir général de décision dans la conduite des affaires d'une société. Les actes de gestion de fait sont ceux par lesquels une personne exerce, en fait, les fonctions inhérentes à la direction de la société.

Le domaine des actes de direction de fait correspond à celui du pouvoir de gestion régulièrement attribué car, dans les deux hypothèses, il s'agit du même pouvoir. Ces actes interviennent dans **la gestion interne** de la société. Par exemples, le dirigeant social de fait, prend des actes qui organisent le déroulement de l'activité sociale, définissent le rôle des différents employés, leur assignent des missions particulières, décident de l'emploi des ressources de la société. Les actes de gestion de fait sont aussi ceux par lesquels une personne exerce indûment la **gestion externe** de la société. Ainsi, la signature de contrat au nom et pour le compte de la société, la représentation de la société auprès des tiers, l'établissement des déclarations fiscales de la société sont des actes de gestion de fait externe, lorsqu'ils ont été accomplis par une personne alors qu'un tel pouvoir n'a pas été régulièrement attribué à l'intéressée. Les actes de gestion de fait

¹ Sur l'acte de gestion, voir *Mémento pratique* Francis Lefebvre, *Sociétés commerciales*, 2001, n° 1903 et s. ; M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3^e éd., 1994, n° 268 ; M. MARTEAU-PETIT, *La notion d'acte de gestion et le droit des sociétés*, thèse Paris II, 1992.

² Cass. com., 12 janvier 1993, *JCP*. 1993. II. 22029, note Y. GUYON ; *Rev. sociétés* 1993, p. 426, note B. SAINTOURENS.

³ L'objet social est, de façon générale, le but de la société (LAMBERT-FAIVRE, *L'entreprise et ses formes juridiques*, *RTD com.* 1968, p. 974) ou encore sa raison d'être. L'objet de toute société est la recherche d'un bénéfice ou la réalisation d'une économie. Plus précisément, CORDONNIER a considéré l'objet social comme « le genre d'activité de la personne morale, la nature des opérations où elle va chercher la source des bénéfices escomptés » (*L'objet social*, *D.* 1952, Chron. 172). Le professeur CHAPUT y a vu « l'ensemble des activités déterminées par le pacte social, que la société peut exercer » (*De l'objet des sociétés commerciales*, thèse dact. Clermont, 1973, p. 35). De façon unanime, la doctrine définit l'objet social comme « le genre d'activité que la société se propose d'exercer en vue de faire des bénéfices ou de réaliser des économies » (Ph. MERLE, *Sociétés commerciales*, Précis Dalloz, 11^e éd., 2007, n° 52).

remplissent donc les fonctions de gestion interne et externe de la société. Ils constituent l'expression du pouvoir de direction. Aussi présentent-ils un lien avec l'intérêt social car celui-ci est la finalité de ce pouvoir.

L'acte de gestion, comme son nom l'indique, est l'émanation du pouvoir de gestion. Or, « La gestion est marquée du sceau du service »¹. Elle signifie qu'une personne agit, non pas dans son unique intérêt personnel, mais dans un autre intérêt qui lui a été défini. Dans la société, la finalité assignée au pouvoir de gestion² d'une société est la promotion de l'intérêt social. Même lorsque ce pouvoir est exercé indûment, cette circonstance ne modifie pas sa finalité. Dès lors, les actes de gestion de fait doivent nécessairement être accomplis dans le but d'assurer la protection de l'intérêt social. Ils caractérisent l'usage du pouvoir de direction au profit de la société. Ainsi, la qualité de dirigeant de fait a été reconnue au directeur technique salarié, ancien dirigeant social, qui a continué d'engager le personnel et de négocier les chantiers au nom de la société³.

59- L'attribution de la qualité de dirigeant de fait à une personne démontre donc que cette personne a réalisé, sans en avoir le droit, des actes dont la finalité était de poursuivre l'intérêt social. Il peut s'agir d'un acte portant organisation du travail dans la société, ou d'un acte relatif à l'utilisation des ressources de l'entreprise ou encore de la signature d'un contrat avec un tiers, au nom et pour le compte de la société. En toute hypothèse, l'acte de gestion vise à remplir une fonction inhérente à la conduite des affaires d'une société, c'est-à-dire, à prendre une décision qui permet de favoriser le déroulement normal de l'activité sociale, de participer à la promotion des intérêts de la société ou d'assurer la pérennité de cette personne morale. Les actes de gestion présentent donc des liens avec l'intérêt social. Par conséquent, le pouvoir de gestion ne poursuit pas une autre finalité lorsqu'il est exercé indûment. Il a pour objectif de garantir la promotion de l'intérêt social.

¹ ALIBERT Bernard, *La gestion : essai de définition juridique, Petites affiches*, 26 févr. 1997, n° 25, p. 10.

² Sur l'obligation du dirigeant de fait de poursuivre la finalité du pouvoir de gestion, voir *La promotion de l'intérêt social, infra* p. 228 et s.

³ Cass. crim. 12 sept. 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 268 p. 791 : qualité de dirigeant de fait reconnue au directeur technique salarié, ancien dirigeant social, qui a continué d'engager le personnel et de négocier les chantiers au nom de la société.

L'acte de gestion peut se définir par le critère de l'intérêt social. Il s'agit d'un acte qui est exercé dans l'intérêt de la société, c'est-à-dire qui remplit une fonction inhérente au pouvoir du dirigeant de fait, même s'il ne permet pas, en pratique, d'assurer la promotion de l'intérêt social. Ainsi, tous les actes accomplis par une personne qui jouit d'un pouvoir de décision dans la conduite des affaires de la société ne constituent pas des actes de gestion. La décision qui organise le transfert, sans motif valable, des ressources de la société dans une autre société constitue un détournement des biens sociaux¹ et non pas un acte de gestion au sens strict du terme, même si un tel acte démontre que son auteur a un grand pouvoir dans la société. Seuls les actes accomplis au nom et pour le compte de la société et dans l'intérêt de cette dernière peuvent être considérés comme des actes de gestion. L'intérêt social participe donc à la détermination de la nature du pouvoir du dirigeant de fait. Par conséquent, la personne qui exerce un pouvoir général de décision dans la société mais dont les actes ne constituent pas l'exercice de fonctions inhérentes au pouvoir de gestion ne peut pas être considérée comme un dirigeant de droit ou de fait. La qualité de dirigeant de fait suppose que la personne à laquelle elle est attribuée usurpe le pouvoir du dirigeant de droit en vue d'atteindre la finalité que le droit assigne à ce pouvoir.

Il ne suffit pas qu'une personne exerce indûment des prérogatives que le droit reconnaît au dirigeant de droit pour que cette personne soit considérée comme un dirigeant de fait. Il faut en outre qu'elle poursuive, grâce à l'exercice de ces prérogatives, la finalité assignée au pouvoir de gestion. La qualification de dirigeant de fait d'une société suppose donc établi le lien entre le pouvoir de décision exercé indûment et l'intérêt de cette société. Il en résulte que l'intérêt social influence l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à la personne qui exerce indûment le pouvoir de gestion d'une société. Mais l'intérêt social marque également la limite du pouvoir du dirigeant de droit comme de fait.

¹ Cass. crim. 5 sept. 2007, pourvoi n°06-85902, *Legifrance.gouv.fr* : condamnation du dirigeant de fait pour détournement d'actif social.

B- La limitation du pouvoir du dirigeant de fait par l'intérêt social

60- Le pouvoir de direction doit être exercé, en droit ou en fait, dans l'intérêt de la société. L'intérêt social participe à la définition du dirigeant de fait car il contribue à la détermination des actes qu'un tel dirigeant ne doit pas entreprendre. Il régule les relations entre la société et le dirigeant de fait en délimitant les pouvoirs de ce dirigeant. Ces **limites** doivent être précisées en même temps que la **sanction de leur violation**.

61- La direction est un pouvoir décisionnel ayant pour finalité la satisfaction des objectifs sociaux. Son existence est donc liée au respect, par son organe, de l'intérêt de la société¹. Il en résulte une limitation du pouvoir du dirigeant, de droit ou de fait², dont le but est d'assurer la protection de la société contre les détournements de ce pouvoir à des fins personnelles au dirigeant³, voire nuisibles à la société. Dans les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée, le législateur sanctionne l'exercice du pouvoir de gestion dans un intérêt « contraire à celui de la société »⁴. Ainsi, l'incrimination du délit d'abus de biens⁵, du crédit ou du pouvoir de la société réprime les dirigeants qui ont mis en œuvre leurs prérogatives dans le but d'atteindre ou de protéger un intérêt personnel « contraire à celui de la société ». Par ailleurs, de nombreuses dispositions⁶ du Code de commerce applicables lorsque la société est en difficulté répriment, dans tous les types de société, les actes de gestion par lesquels les dirigeants, de droit ou de fait, ont poursuivi un intérêt

¹ Par exemple dans les sociétés en nom collectif et les sociétés à responsabilité limitée, l'intérêt social fixe l'étendue du pouvoir des dirigeants de droit. Cf. *C. com.* art. L. 221-4 *C. com.* (SNC) et L. 223-18 (SARL) : « *le gérant peut faire tous actes de gestion dans l'intérêt de la société* ».

² Sur l'obligation du dirigeant de fait de respecter ces obligations, voir: *Le respect des restrictions imposées par l'intérêt social au pouvoir de direction*, *infra* p. 230.

³ Cass. Com. 6 oct. 1992, *JCP éd. G.* 1992, IV, p. 325, n° 2983. Condamnation du dirigeant de fait qui, d'une part, a fait entrer dans la société un membre de sa famille comme salarié en évinçant l'un des gérants de droit, dans le but de préparer le détournement de la clientèle de la société en vue de la constitution d'une autre société concurrente et, d'autre part, s'est abstenu de prendre un engagement de caution en faveur de la société et de donner suite à des propositions d'augmentation de capital envisagées pour redresser la situation financière de l'entreprise.

⁴ Art. L. 241-3, 4° et L. 242-6, 4 *C. com.* La jurisprudence considère qu'un acte de direction est contraire à l'intérêt social lorsqu'il porte atteinte au patrimoine de la société (Cass. crim. 16 déc. 1975, *JCP éd. G.* 1976, II, n° 18476 ; Cass. crim. 26 juin 1978, *JCP éd. G.* 1978, IV, p. 273 ; Cass. crim. 14 déc. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 488), ou conduit à un manque à gagner pour la personne morale ou encore lorsqu'il expose cette dernière à un risque anormal sans contrepartie. Cf. Cass. com. 13 oct. 1998, n° 96-13.393, inédit : usage de l'actif social à des fins personnelles et transfert à la société d'une activité déficitaire, contrairement à l'intérêt des celle-ci, en vue de favoriser une autre société dans laquelle le dirigeant de fait avait la majorité du capital.

⁵ Cass. Crim. 10 mai 2007, pourvoi n° 06-86173, *Legifrance.gouv.fr* : abus de biens sociaux par les dirigeants de droit et de fait.

⁶ Cf. *C. com.* art. L. 652-1, L. 653-5, 2°, 3°, 5° et 6°, L. 653-8, et L. 654-2.

contraire à celui de la société. Toutes ces règles démontrent que la contrariété avec l'intérêt social est un critère de limitation du pouvoir de gestion dans toute société.

62- L'intérêt social marque également la limite du pouvoir du dirigeant de fait en matière fiscale, notamment grâce au concept de « l'acte anormal de gestion ». « L'acte anormal de gestion » se définit comme toute opération juridique non conforme à l'intérêt de la société au nom de laquelle elle a été réalisée¹. Ce concept d'origine jurisprudentielle² permet à l'administration fiscale, dans des hypothèses nettement circonscrites, de refuser à la société le bénéfice des avantages fiscaux attachés aux actes de gestion qui ont été accomplis dans l'intérêt d'une personne autre que la société elle-même. Le caractère anormal d'un acte de gestion s'apprécie au regard des intérêts économiques et financiers propres de la société considérée³. Il est établi chaque fois que le dirigeant agit dans l'intérêt plus ou moins exclusif d'un tiers et que la société ne retire de cette action qu'un avantage insignifiant, au regard de la dépense qu'elle a supportée. Habituellement, il importe peu que l'acte concerné constitue ou non une illicéité⁴. Mais en matière pénale, la Cour de cassation considère qu'un acte du dirigeant social constitutif d'une infraction pénale est un acte anormal de gestion lorsqu'il fait courir un risque pénal certain à la société visée. La Cour retient la constitution du délit d'abus de biens sociaux lorsque le dirigeant de droit ou de fait a poursuivi l'intérêt de la société par des moyens illicites⁵.

La conception de l'anormalité retenue par le juge pénal sera probablement élargie en matière fiscale. En effet, dans cette matière, le critère de l'anormalité ne saurait être longtemps cantonné à l'absence d'intérêt social économique ou financier car

¹ Sur la définition de l'acte anormal de gestion, voir R. GOUYET, *Acte anormal de gestion : vers une évolution des critères de l'anormalité*, *Petites affiches*, 13 juill. 1998, n° 83, p. 4 ; *La théorie de l'acte anormal de gestion*, *Petites affiches*, 10 nov. 2000, n° 225, p. 4 ; voir aussi M. COZIAN, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Litec, 4^e éd., 1999, doc. 6 ; P. SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, Précis Dalloz, 6^e éd. 2007, n° 79 ; Th. LAMORLETTE, *Les actes anormaux de gestion*, *Économica*, 2^e éd., 1985, p. 1.

² C.E. 10 janvier 1973, req. 79-312, *D.F.* 1974, n° 8, p. 223 ; C.E., plén., 27 juillet 1984, req. 34-588, *R.J.F.* 1984, n° 10, p. 562.

³ C.E. 28 avr. 2006, n° 277572, *Bull. Joly*, 1^{er} août 2006, p. 1019-1024, note S. REEB-BLANLUET : « La normalité d'une décision de gestion prise par une société membre d'un groupe intégré doit être appréciée uniquement au regard de l'intérêt propre de cette société ».

⁴ C.E. 11 juillet 1983, req. 33-942, *Rev. sociétés* 1984, n° 3, p. 556 : admission de la déduction des cadeaux qu'un commerçant offrait régulièrement à sa clientèle en infraction aux règles économiques qui prohibent les ventes avec prime.

⁵ Cass. crim. 22 avr. 1992, *Rev. sociétés* 1993, p. 124, note crit. B. BOULOC ; Cass. crim. 27 oct. 1997, *Bull. crim.* n° 352, p. 1166 ; *Petites affiches*, 7 nov. 1997, p. 6, note DUCOULOUX-FAVARD ; *Rev. sociétés* 1997, p. 869, note B. BOULOC.

l'accomplissement d'actes illicites ne relève pas de l'exercice normal du pouvoir de gestion. En outre, cette illicéité fait courir un risque excessif à la société au regard des avantages qu'elle peut en tirer. Vraisemblablement, le caractère illicite d'un acte de gestion peut être considéré comme un critère de l'anormalité, c'est à dire comme la violation de l'intérêt social perçu non seulement comme l'intérêt de la personne morale, mais aussi comme celui de l'Etat. En définitive, l'intérêt social garantit la protection des droits de l'Etat en matière fiscale en empêchant le dirigeant de droit, comme de fait, de réduire frauduleusement la dette fiscale de la société. Il restreint la liberté du dirigeant de droit et du dirigeant de fait.

En matière commerciale, les tribunaux retiennent déjà le concept de l'acte anormal de gestion. Dans une affaire jugée par la Cour de cassation¹ le 14 octobre 1997, un ancien gérant devenu dirigeant de fait à la suite de son remplacement par sa fille à la tête de la société, avait cédé à prix coûtant, des véhicules de la société à des membres de sa famille et fait payé, sur les fonds sociaux, des dépenses personnelles. Ces faits qualifiés d'actes anormaux de gestion par l'administration fiscale ont justifié, sur le fondement de l'article 182 de la loi du 25 janvier 1985, l'extension par la Cour d'appel, de la procédure de redressement judiciaire à leur auteur au motif qu'ils révélaient la poursuite d'un intérêt contraire à celui de la société. La Cour de cassation a confirmé cette décision en reprenant les motifs des juges du fond².

63- En définitive, l'intérêt social détermine la licéité d'un acte de gestion ou d'une gestion grâce aux notions d'acte anormal de gestion et d'acte de gestion contraire à l'intérêt social. Il exerce une influence dans la détermination du pouvoir du dirigeant de fait comme dans l'attribution même de cette qualité à une personne. La conformité des actes de gestion à l'intérêt social est une exigence que toute personne qui exerce, en droit ou en fait, la gestion de la société doit observer. Elle assure la protection non seulement de la société et de ses associés, mais aussi des créanciers, des salariés, des cocontractants et de toutes les autres personnes intéressées à la survie de la société. L'intérêt social impose une orientation déterminée au pouvoir de direction, même lorsqu'il est exercé indûment par une

¹ Cass. com. 14 oct. 1997, n° 94-14146, inédit.

² V. aussi, Cass. com. 8 oct. 2003, pourvoi n° 01-00236, inédit : dirigeant d'une SARL qui avait octroyé à une société, un prêt sans intérêt qualifié par l'administration fiscale d'acte anormal de gestion et justifiant l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire à l'encontre de ce dirigeant, au motif qu'il avait fait des biens de la SARL un usage contraire à l'intérêt de celle-ci pour favoriser une autre personne morale dans laquelle il était directement intéressé.

personne. Ainsi, le pouvoir de gestion n'est pas sans limite, même s'il se caractérise par de larges prérogatives et même lorsqu'il est exercé par une personne à laquelle il n'a pas été régulièrement attribué.

Le dirigeant de fait est, comme le dirigeant de droit, une personne qui exerce les prérogatives inhérentes à la gestion de la société. Le pouvoir du dirigeant de fait est, comme celui du dirigeant de droit, soumis au respect de « l'intérêt social » parce que cette norme est la finalité de tout pouvoir de gestion. Ainsi, non seulement le dirigeant de fait est une personne qui usurpe le pouvoir que le droit reconnaît au dirigeant de droit, mais aussi, il exerce ce pouvoir dans le même but que le dirigeant de droit. Il existe donc, au plan fonctionnel, une identité entre le pouvoir de gestion du dirigeant de droit et celui du dirigeant de fait. En ce sens, le dirigeant de fait est, au même titre que le dirigeant de droit, un acteur de la société car il a le pouvoir d'influencer, par la mise en œuvre des prérogatives de gestion, le sort juridique, administratif, social, économique et financier de la société.

Mais alors que le pouvoir du dirigeant de droit lui a été régulièrement attribué, celui du dirigeant de fait est exercé indûment en lieu et place du dirigeant de droit ou avec ce dernier. La personne qui est qualifiée de dirigeante de fait d'une société exerce un pouvoir de gestion qui n'est pas formellement licite. Elle remplit les fonctions qui relèvent de la compétence du dirigeant de droit, alors que ce pouvoir ne lui a pas été régulièrement attribué. Sa gestion de la société est donc irrégulière.

Chapitre II- L'irrégularité du pouvoir de gestion exercé par le dirigeant de fait

64- La société est une personne morale dont les règles d'organisation et de fonctionnement sont définies par le législateur et les associés. Le pouvoir de la diriger est attribué à une ou plusieurs personnes par la loi ou les associés. Ces personnes ont la qualité de dirigeant social de droit car elles bénéficient d'un mandat de gestion social. En principe, elles seules doivent diriger la société. Le pouvoir de gestion qu'elles exercent est régulier. En revanche, toutes les autres personnes qui interviennent dans la gestion de la société alors que ce pouvoir ne leur a pas été régulièrement attribué exercent un pouvoir de gestion irrégulier. Ainsi, le dirigeant de fait est une personne qui exerce irrégulièrement ou indûment le pouvoir de gestion de la société. La question se pose de savoir quels sont les éléments qui établissent l'irrégularité ou l'illicéité du pouvoir de gestion exercé par le dirigeant de fait. Cette irrégularité est-elle appréciée en fonction des mêmes critères ou de façon identique lorsque la société est *in bonis* et lorsqu'elle est en difficulté ?

65- La doctrine relative à la notion de dirigeant de fait n'apporte pas beaucoup de précisions sur l'irrégularité du pouvoir exercé par le dirigeant de fait. Une partie de cette doctrine relève implicitement que le dirigeant de fait est une personne qui intervient irrégulièrement dans la gestion d'une société. Ainsi, selon le professeur RIVES-LANGE, « est un dirigeant de fait celui qui, en toute souveraineté et indépendance, exerce une activité positive de gestion et de direction »¹ d'une société, sous-entendu, « alors que le pouvoir de diriger la société ne lui a pas été régulièrement attribué ». M. NOTTE reprend cette définition en précisant toutefois que « le dirigeant de fait est soit nommé irrégulièrement, soit exerce simplement une activité de direction de sa propre initiative, souvent à la suite d'une interdiction ou d'une déchéance du droit de diriger »². Il ajoute que « l'illégitimité de la direction de fait est d'abord d'ordre purement formel : absence de nomination régulière »³.

¹ Cf. J.-L. RIVES-LANGE, *La notion de dirigeant de fait (au sens de l'art. 99 de la loi du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens)*, D. 1975, Chron. p. 41, n° 5.

² G. NOTTE, *Les dirigeants de fait des personnes morales de droit privé*, Thèse, Paris, 1978, p. 62, n° 59.

³ *Ibis*.

D'autres auteurs, dans leur définition du dirigeant de fait, insistent sur le caractère irrégulier de son intervention dans la gestion de la société. M. GERSCHEL souligne que « La qualité de dirigeant de fait est attribuée à la personne qui s'est immiscée dans la gestion »¹, l'immixtion étant le fait de se mêler de quelque chose sans en avoir le droit. Pour M. TRICOT, « Le gérant de fait est celui qui dirige une société, sans avoir été régulièrement investi, par les organes de la société, du pouvoir de la représenter »². De même, M GIBIRILA note que la notion de dirigeant de fait « suppose que la personne concernée, physique ou morale dépourvue de mandat social, se soit effectivement immiscée dans l'administration, la gestion ou la direction de la société et ait, en toute indépendance et liberté, exercé une action positive de cette nature »³.

Mais, qu'elle affirme expressément ou tacitement la nature illicite ou indue de la direction de fait, la doctrine dans sa grande majorité n'accorde pas beaucoup d'intérêt à la précision des éléments qui établissent l'irrégularité du pouvoir de gestion exercé par le dirigeant de fait. Or, cette précision est importante car elle participe de la qualification de dirigeant de fait.

66- Il est possible, à partir de la jurisprudence, de dégager les éléments qui établissent que le pouvoir de gestion exercé par une personne qui a la qualité de dirigeant de fait d'une société n'est pas régulier. D'une manière générale, la jurisprudence attribue la qualité de dirigeant de fait à la personne qui a exercé la gestion d'une société alors qu'elle n'en avait pas légalement le pouvoir. L'absence de pouvoir régulier de gestion et l'exercice de ce pouvoir constituent les deux éléments de l'illicéité de la gestion de fait. L'irrégularité du pouvoir de gestion exercé par le dirigeant de fait se compose donc d'un **élément formel (section I)** et d'un **élément matériel (section II)**.

¹ Christophe GERSCHEL, *Le principe de non-immixtion en droit des affaires*, (1^{ère} partie), *Petites affiches* 30 août 1995, n° 104, p. 8.

² D. TRICOT, *Les critères de la gestion de fait, Dr. et patrim.* janv. 1996, p. 24. Cette définition restreint la qualité de dirigeant de fait aux personnes qui ont accompli des actes de gestion de la société auprès des tiers. Cf. *La gestion externe et la qualité de dirigeant de fait*, *supra* p. 49 s.

³ Deen GIBIRILA, *Les responsabilités et les sanctions du dirigeant dans la loi de sauvegarde des entreprises*, *Répertoire du Notariat Deffrénois*, 30 juin 2006 n° 12, p. 989.

Section I – L'élément formel de l'irrégularité du pouvoir de gestion du dirigeant de fait

67- L'élément formel de l'irrégularité du pouvoir exercé par le dirigeant de fait est le fondement juridique de l'absence de droit de cette personne à participer à la gestion de la société. Le dirigeant de fait est une personne qui n'a pas été régulièrement désignée en qualité de dirigeant d'une société mais qui, en dépit de cette carence, conduit les affaires de cette société. Il est une personne qui s'immisce dans la gestion d'une société. Le pouvoir de gestion du dirigeant de fait est par nature irrégulier car, la société étant une institution, toutes les personnes qui s'immiscent dans sa gestion réalisent une activité illicite. L'irrégularité du pouvoir de gestion du dirigeant de fait se déduit donc de l'illicéité de l'immixtion.

« L'immixtion est le fait de s'ingérer mal à propos dans quelque affaire, se mêler de quelque chose sans avoir l'autorisation, le droit »¹. L'immixtion dans la gestion de la société signifie qu'une personne a réalisé une intrusion dans la direction de cette société, qu'elle a agi dans la sphère d'activité qui ne lui est pas reconnue par le droit². Le concept d'immixtion dans la direction renferme un élément d'illicéité en son sein car il suppose la violation des limites dans lesquelles une personne a régulièrement le pouvoir d'agir. Il désigne, en droit des sociétés, toute participation à la direction de la société d'une personne qui n'a pas la qualité de dirigeant légal. L'illicéité de l'immixtion du dirigeant de fait dans la gestion de la société se déduit d'abord de **l'interdiction expresse de l'immixtion dans la gestion de la société (§1)**. Mais cette interdiction ne vise pas toutes les sociétés ni toutes les personnes auxquelles le pouvoir de gestion n'a pas été régulièrement attribué. Dans ces hypothèses, **l'interdiction de l'immixtion est implicite (§2)**.

¹ Cf. G. NOTTE, thèse précitée, p. 112, n° 113.

² *Ibis*. L'auteur note que le concept d'immixtion a une connotation négative, « un sens dépréciatif ».

§1- L'interdiction expresse de l'immixtion dans la gestion d'une société

68- Historiquement, l'interdiction expresse de s'ingérer dans la gestion d'une société est fondée sur la défense d'immixtion. Deux dispositions législatives spéciales interdisent expressément l'immixtion d'une personne dans la gestion d'une société. La première, relative au commanditaire de la société en commandite, est très ancienne¹. Dans ce type de société, l'article L. 222-6 alinéa 1 du Code de commerce **interdit formellement au commanditaire de s'immiscer dans la gestion externe de la commandite (A)**. La seconde disposition vise le commissaire aux comptes. Dans l'article L. 823-10, alinéa 1 du Code de commerce², le législateur **prohibe formellement l'immixtion du commissaire aux comptes (B)** dans la gestion des sociétés qu'il contrôle.

A- La défense d'immixtion du commanditaire dans la gestion externe de la commandite

69- L'article L. 222-6 alinéa 1 du Code de commerce dispose : « *L'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion externe, même en vertu d'une procuration* »³. Cette règle interdit expressément à tout associé ayant la qualité de commanditaire de s'immiscer dans la gestion externe de la société en commandite⁴. Elle est l'élément formel de l'irrégularité du pouvoir de direction exercé par un commanditaire dans la gestion de la commandite. La **portée** et le **fondement** de cette règle doivent être précisés avant d'établir le lien qui peut exister entre **sa violation et l'attribution de la qualité de dirigeant de fait au commanditaire**.

¹ Elle a son origine dans une coutume italienne, avant le 17^e siècle. Cf. Ch. LESCOEUR, *Essai historique et critique sur la législation des sociétés commerciales en France et à l'étranger*, 1874, p. 10. Voir *supra* p.13 s.

² Inséré dans le C. com. par l'ord. n° 2005-1126 du 8 sept. 2005, art. 19, *J.O.* 9 sept 2005 ; anc. art. 228 de la loi du 24 juillet 1966.

³ Cette règle a son origine dans l'article 27 du Code commerce de 1807 modifié par l'article 28 alinéa 1 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 *sur les sociétés commerciales*, *J.O.* 26 juillet 1966, p. 6402. Sur l'historique de la défense d'immixtion du commanditaire dans la gestion de la commandite, *supra* p. 6 à 11 et la bibliographie en note, en bas de ces pages. V. aussi, P. PIC, *La défense d'immixtion des commanditaires dans la gestion des sociétés*, *D.H.* 1933, *Chron.* p. 21 ; Y. DESDEVISES, *L'immixtion dans la gestion d'une société*, *Rev. Eco. et comptabilité*, déc. 1980, p. 3.

⁴ La société en commandite est une société qui réunit deux catégories d'associés dont les droits et les obligations sont différents : les commandités qui sont des commerçants et se trouvent dans la situation des associés en nom collectif, donc indéfiniment responsables du passif social et les commanditaires, associés dont la responsabilité est limitée au montant de l'apport qu'ils ont fait à la société, comme dans une SARL ou une SA et qui n'ont donc pas la qualité de commerçant. Sur la société en commandite, cf. BASTIAN, *J.-Cl. Sociétés*, Fasc. 62. Sur l'historique de cette société, voir *supra* p. 13 s.

70- La défense d'immixtion dans la gestion de la commandite s'applique aussi bien dans la société en commandite simple que dans la société en commandite par actions. L'article L. 226-1 alinéa 2 du Code de commerce¹ étend à la société en commandite par actions, les dispositions relatives à la société en commandite simple qui sont compatibles avec ses règles spécifiques. En outre, aucune distinction ne doit être établie entre les commanditaires, personnes physiques ou personnes morales ; l'interdiction s'impose à tous. Ainsi, aucun associé commanditaire de la société en commandite ne doit s'immiscer dans la gestion de cette personne morale.

La prohibition concerne expressément² l'immixtion dans la gestion externe de la commandite. Il peut s'agir des achats ou des ventes de fournitures ou de produits au nom de la société³, des démarches entreprises auprès des banquiers pour obtenir un emprunt pour la société⁴ ou encore de la cession du fonds de commerce de la société et de la représentation de celle-ci par le commanditaire à l'audience du tribunal statuant sur l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire⁵. La défense d'immixtion est limitée aux actes par lesquels le commanditaire agit auprès des tiers, au nom et pour le compte de la société.

En revanche, l'associé commanditaire peut exercer la gestion interne⁶ de la commandite car cette activité ne le conduit pas à entrer en relation avec les tiers, au nom de la société. En outre, comme tout associé, le commanditaire a la faculté d'exercer les pouvoirs de contrôle et de surveillance de la société. Il peut aussi participer à l'activité de l'entreprise, en qualité d'employé. La défense d'immixtion n'entraîne donc pas l'exclusion totale du commanditaire du fonctionnement de la société en commandite mais vise

¹ - Cf. art. L. 226-1 al. 2 : « Dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par le présent chapitre, les règles concernant les sociétés en commandite simple et les sociétés anonymes, à l'exception des articles L. 225-17 à L. 225-93, sont applicables aux sociétés en commandite par actions ».

² Cf. art. L. 222-6 alinéa 1 du Code de commerce. Mais il n'en pas toujours été ainsi. Au départ, tous les actes de gestion interne et externe étaient interdits par l'art. 27 du Code de commerce de 1807 : « l'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion ni être employé pour les affaires de la société, même en vertu de procuration ». C'est la loi du 24 juillet 1966 qui a consacré la distinction jurisprudentielle entre la gestion interne et la gestion externe. Cf. *La substance du pouvoir de gestion*, supra p 36.

³ - Cass. Req. 7 août 1907, *D.P.* 1907, 1, p. 463.

⁴ - Cass. civ. 28 mai 1921, *S.* 1921, 1, p. 343 ; *D.P.* 1924, 1, p. 214.

⁵ - CA Poitiers 9 févr. 1999, *Juris-Data* n° 1999-115085.

⁶ Cette faculté est ouverte expressément depuis la loi du 24 juillet 1966, art. 28 al 1 (devenu l'art. L. 222-6 al. 1 du *C. com.*) alors que sous l'empire de l'article 27 du Code de commerce de 1807, même les actes de gestion interne étaient interdits au commanditaire.

simplement à laisser l'exclusivité de la gestion externe aux seules personnes auxquelles la loi a reconnu ce pouvoir.

71- La défense d'immixtion du commanditaire dans la gestion de la commandite repose sur deux fondements principaux. D'un côté, le souci de protéger les tiers qui, traitant avec le commanditaire, pourraient se méprendre sur la qualité de ce dernier et croire qu'il est un associé commandité, obligé au passif social. Aussi, la prohibition est-elle limitée aux actes de gestion par lesquels le commanditaire agit auprès des tiers, au nom et pour le compte de la commandite. Elle ne vaut que pour la société à l'égard de laquelle cette qualité existe. L'associé commanditaire peut donc gérer, d'une part, une autre société en commandite dans laquelle il aurait la qualité de commandité et, d'autre part, tout autre type de société. Il en résulte que la défense d'immixtion du commanditaire est fondée sur la volonté du législateur d'assurer la protection des personnes tierces qui traitent avec la commandite. D'un autre côté, la défense d'immixtion du commanditaire dans la gestion de la commandite est fondée sur la volonté du législateur de préserver l'indépendance des commandités, associés qui ont le pouvoir de diriger la société, par rapport aux commanditaires, associés qui ont choisi de participer aux bénéfices de la société mais sans se mêler de sa gestion¹. En outre, dans la mesure où seuls les commandités répondent indéfiniment et solidairement du passif social, l'interdiction permet de préserver le patrimoine des commandités contre les conséquences néfastes auxquelles la gestion externe du commanditaire pourrait l'exposer.

En vertu de l'article L. 222-6 alinéa 1 du Code de commerce, aucun associé commanditaire de la société en commandite ne doit participer à la gestion externe de cette personne morale. Il en résulte que le pouvoir de gestion externe exercé par le commanditaire est irrégulier par nature car il constitue la violation d'une règle de droit expresse, peu importe que cette gestion produise ou non des effets bénéfiques pour la société.

72- L'immixtion du commanditaire caractérise l'exercice d'un pouvoir de direction² par le commanditaire car la gestion externe de la société est considérée par la

¹ Voir, SALEILLES, *Histoire des sociétés en commandite*, *Annales de droit commercial*, 1895, p. 10 et 49, 1897, p. 29.

² - Cf. *La gestion externe de la société et la qualité de dirigeant de fait*, *supra* p. 49 s.

jurisprudence comme l'activité qui démontre que la personne qui en est l'auteur jouit du pouvoir général de décision dans la conduite des affaires sociales¹. Est-il alors permis d'affirmer que la violation de la défense d'immixtion du commanditaire correspond en réalité à la direction de fait de cette société par le dit associé ?

L'article L. 222-6 alinéa 2 du Code de commerce dispose : « En cas de contravention à la prohibition prévue par l'alinéa précédent, l'associé commanditaire est tenu solidairement avec les associés commandités, des dettes et engagements de la société qui résultent des actes prohibés. Suivant le nombre ou l'importance de ceux-ci, il peut être déclaré solidairement obligé pour tous les engagements de la société ou pour quelques-uns seulement ». Il en résulte que même un seul acte de gestion externe réalisé par le commanditaire peut être considéré comme une immixtion dans la gestion de la commandite, dès lors qu'il a eu des conséquences importantes pour la société. La pluralité et l'importance des actes d'immixtion ne sont donc que des causes aggravantes de la responsabilité du commanditaire et non pas des conditions de reconnaissance de l'immixtion. Par conséquent, le législateur reconnaît deux types d'immixtion du commanditaire dans la gestion de la commandite et prévoit la sanction de leurs conséquences respectives² : l'immixtion ponctuelle et l'immixtion habituelle.

Mais les tribunaux refusent généralement de qualifier de direction de fait, l'immixtion ponctuelle d'une personne dans la gestion d'une société. De nombreux arrêts décident que la qualité de dirigeant de fait ne peut se déduire d'un acte d'immixtion isolé³ mais suppose l'accomplissement habituel des actes de gestion sociale. Il en résulte que la qualité de dirigeant de fait est liée à la réalisation d'une immixtion régulière ou habituelle dans la gestion de la société. Par conséquent, l'immixtion du commanditaire dans la gestion externe de la commandite ne correspond à la direction de fait que si elle est habituelle. Dans cette hypothèse, elle établit la qualité de dirigeant de fait de cet associé⁴.

¹ *Ibis*.

² Latitudo est laissée au juge de limiter la responsabilité du commanditaire aux conséquences néfastes de certains de ses actes d'immixtion.

³ C.A Paris, 6 oct. 2000, *Bull. Joly 2001*, p. 33 ; CA. Toulouse, 11 mars 1993, *JCP*. 1993, IV, n° 1625 ; C.A Paris, 10 mai 1989, *J. C. P. éd. E.* 1989, II, n° 15 558. Sur ces points, voir *La permanence de l'activité de gestion de fait, infra*, p. 163 s.

⁴ - Un seul arrêt rendu en matière pénale par la Cour de cassation retient la qualification de dirigeant de fait à l'égard de l'associé commanditaire qui avait, selon les termes de cet arrêt, exercé en toute indépendance la direction de fait de la société en commandite par actions. Mais, en l'espèce, la qualification de dirigeant de

L'habitude¹ est donc une condition essentielle de la reconnaissance de la qualité de dirigeant de fait.

73- Il existe entre l'approche jurisprudentielle de la direction de fait et l'immixtion prohibée par l'article L. 222-6 du Code de commerce, une distinction fondée sur l'ampleur de l'activité de gestion réalisée. L'immixtion du commanditaire n'établit pas systématiquement la qualité de dirigeant de fait de cet associé car, cette qualification exige que cette immixtion présente une certaine ampleur. En outre, le régime juridique de la défense d'immixtion du commanditaire est autonome. La violation de cette interdiction entraîne l'application, de règles de responsabilité expressément définies par le législateur, sans qu'il soit nécessaire de recourir à la notion de dirigeant de fait.

La défense d'immixtion du commanditaire constitue une interdiction spéciale car limitée à la gestion de la commandite simple ou par actions par un associé commanditaire. Mais elle a servi de modèle au législateur pour interdire expressément au commissaire aux comptes de s'ingérer dans la gestion des sociétés qu'il contrôle.

B- La défense d'immixtion du commissaire aux comptes dans la gestion de la société

74- L'alinéa 1 de l'article L. 823-10 du Code de commerce² dispose : « Les commissaires aux comptes ont pour **mission permanente**, à l'exclusion de toute immixtion dans la gestion, de vérifier les valeurs et les documents comptables de la personne ou de l'entité dont ils sont chargés de certifier les comptes et de contrôler la conformité de sa comptabilité aux règles en vigueur ». Ce texte prohibe formellement l'immixtion du commissaire aux comptes dans la gestion des sociétés auprès desquelles il exerce ses fonctions. Sa **portée** et son **objectif** doivent être précisés avant de démontrer que **l'immixtion du commissaire aux comptes dans la gestion de la société peut être considérée comme une direction de fait** de cette société et, par conséquent, que **le commissaire aux comptes** encourt alors le risque d'être qualifié de dirigeant de fait.

fait était une condition nécessaire à l'application, à l'intéressé, des sanctions du délit d'abus de biens sociaux. Cf. Cass. crim. 23 févr. 2005, pourvoi n° 04-82821, *inédit*.

¹ - Cf. *L'exercice habituel de l'activité de gestion de fait de la société*, *infra* p. 164 s.

² - Inséré dans le C. com. par l'ord. n° 2005-1126 du 8 sept. 2005, art. 19, *J.O.* 9 sept 2005 ; anc. art. 228 de la loi du 24 juillet 1966.

75- L'article L. 823-10 alinéa 1 du Code de commerce qui interdit au commissaire aux comptes de se mêler de la gestion de la société qu'il est chargé de contrôler a un double sens. D'une part, le commissaire aux comptes doit exercer son contrôle dans la limite des pouvoirs que le législateur lui attribue, sans usurper le rôle du dirigeant social¹. A cet effet, il doit indiquer dans son rapport, les irrégularités et inexactitudes qu'il a constatées dans les comptes sociaux mais ne peut pas lui-même proposer ou réaliser lui-même les actes pour corriger ces irrégularités². Le commissaire aux comptes « donne le diagnostic... [mais] il ne prescrit pas les remèdes »³, ni ne les applique. Toutefois, le commissaire aux comptes peut donner aux dirigeants sociaux des conseils en rapport avec les irrégularités qu'il a observées⁴. Dans les sociétés anonymes, l'article L. 234-1 du Code de commerce lui confère le droit d'attirer l'attention des dirigeants sociaux, voire des associés et du président du tribunal, sur les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation⁵. D'autre part, le commissaire aux comptes doit exercer son contrôle en toute impartialité. Il n'est pas le représentant des associés et encore moins celui des dirigeants sociaux. Il ne doit pas s'ingérer dans les relations entre ces personnes ni porter un jugement sur l'opportunité des actes de gestion.

La défense d'immixtion du commissaire aux comptes dans la gestion de la société qu'il contrôle a pour objectif d'assurer l'indépendance de cet organe dans l'accomplissement de sa mission. En effet, le commissaire aux comptes ne pourrait pas

¹ E. du PONTAVICE, *Le principe de non-immixtion des commissaires aux comptes dans la gestion à l'épreuve des faits* : *Rev. sociétés*, 1973, p. 599 ; Th. GRANIER et J. MONEGER, *Le commissaire aux comptes*, préface D. Kling, Dalloz, 1995, n° 444 ; *Joly Sociétés*, Traité, v° « Commissaire aux comptes », par J.-F. BARBIERI (1995), n° 112.

² V. *J.-Cl. Sociétés*, 2001, Traité, fasc. 134-20, « Commissaires aux comptes, Mission », n° 42, par D. LANGE.

³ Les dirigeants doivent eux-mêmes entreprendre les actions nécessaires à la correction irrégularités dénoncées par le commissaire aux comptes. L'expert comptable peut aussi prescrire les mesures pour corriger les dysfonctionnements de la direction. V. Y. CHAPUT, *Le commissaire aux comptes, partenaire de l'entreprise*, Presse de Sciences po/CREDA, 1999, p. 84. Toutefois, il est acquis que le commissaire aux comptes peut donner des conseils aux dirigeants sociaux en rapport avec les irrégularités qu'il a observées.

⁴ Cf. CA Paris, 25 avr. 1989 : *Bull. CNCC*, n° 77, mars 1990, p. 94, qui n'a pas retenu la responsabilité du commissaire aux comptes au motif, notamment, qu'il avait attiré l'attention des dirigeants sur les insuffisances de certains comptes et préconisé les améliorations à apporter.

⁵ Lorsque l'attitude des dirigeants sociaux ou leur réponse ne permettent pas au commissaire aux comptes d'être assuré de la continuité de l'exploitation, celui-ci invite le président du conseil d'administration ou le directoire à faire délibérer le conseil d'administration ou le conseil de surveillance sur les faits relevés. Lorsque ces dispositions ne sont respectées ou lorsque le commissaire aux comptes constate que la continuité de l'exploitation est toujours compromise, celui-ci établit un rapport spécial qu'il présente à l'assemblée générale convoquée à cet effet. C. com. art. L. 234-1 al 4 : « Si, à l'issue de la réunion de l'assemblée générale, le commissaire aux comptes constate que les décisions prises ne permettent pas

exercer librement et objectivement le contrôle de la gestion sociale à laquelle il aurait lui-même participé. Toutefois, le législateur lui reconnaît parfois le pouvoir d'accomplir certains actes qui relèvent, en principe, des fonctions du dirigeant social. Ainsi, dans la société à responsabilité limitée, l'article L. 223-27 alinéa 2 du Code de commerce prévoit que la convocation des associés aux assemblées est faite par le gérant de la société et, à défaut, par le commissaire aux comptes, si la société en a désigné. L'article L. 225-103 du même Code reprend cette disposition dans les sociétés anonymes. En dehors des missions que le législateur l'autorise à remplir, l'intervention du commissaire aux comptes dans la sphère d'activité du dirigeant légal peut constituer une violation de la défense d'immixtion¹.

76- Mais la difficulté est d'établir que le commissaire aux comptes s'est ingéré dans les affaires de la société, notamment lorsqu'il a exercé une mission qui relève en principe du rôle des dirigeants sociaux mais que le législateur l'autorise à accomplir. Il en est ainsi lorsque, pour palier la défaillance des organes de direction, le commissaire aux comptes convoque l'assemblée générale de la société, en se fondant, pour la société anonyme, sur l'article L. 225-103 du Code de commerce et pour la société à responsabilité limitée, sur l'article L. 223-27 alinéa 2 du même Code. Idem lorsque le commissaire aux comptes déclenche l'alerte en application de l'article L. 234-1. L'exercice de ces missions par le commissaire aux comptes peut-elle constituer une immixtion dans la gestion de la société qu'il contrôle et entraîner l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à cet organe de contrôle ? Si oui, à quelles conditions ?

Dans une affaire qui lui était soumise le 19 janvier 2006, la Cour d'appel de Versailles² était appelée à se prononcer sur la régularité de la convocation d'une assemblée générale par le commissaire aux comptes. En l'espèce, celui-ci avait, sous la pression d'un groupe majoritaire d'actionnaires qui souhaitaient faire révoquer rapidement deux dirigeants d'une société, convoquer une assemblée générale des actionnaires au cours de laquelle le président du conseil d'administration - dont l'absence justifiée et pourtant annoncée - avait été révoqué. Le tribunal avait déclaré irrégulière cette assemblée générale

d'assurer la continuité de l'exploitation, il informe de ses démarches le président du tribunal de commerce et lui en communique les résultats ». C'est l'alerte.

¹ - Cf. *L'immixtion des organes de contrôle dans la gestion de la société*, *infra*, p. 101.

² - CA Versailles, 19 janv. 2006, *Bull. Joly* juin 2006, n° 6, p. 705, note J.-F. BARBIERI.

et condamné la société de commissariat aux comptes à payer au président du conseil d'administration irrégulièrement révoqué, la somme de 10 000 euros au titre du préjudice résultant de l'atteinte à sa dignité et à sa réputation par l'effet de sa révocation précipitée et pour la privation brutale de sa rémunération qui en a résulté. La Cour d'appel de Versailles confirme ce jugement dans son arrêt du 19 janvier 2006.

Pour la Cour d'appel, la convocation de l'assemblée générale par le commissaire aux comptes est irrégulière car, en l'espèce, « il n'y avait aucune carence des organes de gestion ». Les juges du fond ont estimé que la simple constatation de l'existence d'un conflit d'actionnaires ne pouvait pas justifier la substitution de l'organe de contrôle au dirigeant social. En outre, le commissaire aux comptes avait manqué à son devoir d'indépendance et d'impartialité¹ en effectuant cette convocation de l'assemblée dans le seul intérêt d'un groupe d'associés majoritaire. Ces circonstances ne correspondaient pas à celles qui fondent son droit de convoquer l'assemblée générale de la société. Dès lors, l'activité du commissaire aux comptes pouvait être considérée comme une immixtion dans la gestion de la société contrôlée car elle n'avait pas pour objet de palier la carence des organes de direction mais visait la satisfaction d'un groupe d'actionnaires.

Inversement, un arrêt de la Cour d'appel de Paris a jugé que si le fait, pour un commissaire aux comptes, d'avoir pris l'initiative de convoquer l'assemblée générale d'une société peut constituer une immixtion dans la gestion, tel n'est pas le cas lorsque la convocation est justifiée par l'intérêt de la société « en présence des graves dissensions qui existaient entre les dirigeants et des irrégularités commises dans la gestion des biens sociaux » et qui nécessitaient l'information des associés et la prise de décisions².

Il apparaît donc que la reconnaissance au commissaire aux comptes de certains pouvoirs habituellement attribués aux dirigeants sociaux n'est qu'exceptionnelle puisque celui-ci ne doit exercer ces pouvoirs que pour suppléer la carence des organes de direction

¹ Sur le principe général : *C. com.*, art. L. 822-10 ; *C. déontologie*, art. 4 et 5. V. aussi, sur le Code de déontologie et l'indépendance des commissaires aux comptes, la chronique de J.-F. BARBIERI, *Bull. Joly Sociétés*, 2006, p. 409, § 89.

² CA Paris, 22 févr. 1980, *Gaz. Pal.*, 1980, 1, p. 359, concl. M. ECOUTIN ; *Rev. sociétés*, 1980, p. 489, note Y. GUYON ; *D.*, 1982, IR, p. 15, obs. J.-Cl. BOUSQUET. Comp. CA Paris, 25 avr. 1989 : *Bull. CNCC*, n° 77, mars 1990, p. 94, qui n'a pas retenu la responsabilité du commissaire aux comptes au motif, notamment, qu'il avait attiré l'attention des dirigeants sur les insuffisances de certains comptes et préconisé les améliorations à apporter.

normalement compétents. Par exemple, en ce qui concerne la convocation de l'assemblée générale, la doctrine estime que la faculté reconnue au commissaire aux comptes de convoquer l'assemblée des associés ne relève pas de la mission générale du contrôleur légal, elle est simplement subsidiaire¹. Il en est de même du droit reconnu au commissaire aux comptes de porter à la connaissance du président du tribunal, les faits de nature à compromettre la continuité de l'entreprise. Le commissaire ne doit user de ce pouvoir que pour suppléer la défaillance des dirigeants sociaux. Lorsqu'il exerce dans ces conditions, les prérogatives que le législateur lui reconnaît et qui relèvent normalement de la compétence du dirigeant social, le commissaire aux comptes ne commet pas une ingérence dans la gestion de la société. Par conséquent, l'exercice de certaines fonctions de direction que le législateur autorise au commissaire aux comptes doit rester exceptionnel de manière à ne pas établir une immixtion dans la gestion de la société.

77- Mais toute immixtion du commissaire aux comptes dans la gestion de la société qu'il contrôle constitue-t-elle une direction de fait de cette société ?

Il existe entre l'immixtion du commissaire aux comptes et la direction de fait, une différence relative à l'ampleur de l'activité de gestion exercée. L'ingérence du commissaire aux comptes dans la gestion de la société peut consister en la réalisation d'un seul acte relevant de la compétence des dirigeants sociaux. Elle peut être établie par une activité de gestion ponctuelle. Il n'est donc pas nécessaire que le commissaire aux comptes ait exercé la gestion de la société de manière habituelle ou qu'il ait accompli de nombreux actes de gestion, alors que la direction de fait suppose une immixtion habituelle ou l'accomplissement d'un acte qui, en raison de son influence dans la continuité de la société, démontre de façon certaine, l'existence d'un pouvoir de gestion en faveur de son auteur. Dans un arrêt rendu le 18 octobre 1994, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir décidé que s'était immiscé dans la gestion des affaires du groupe auquel appartenait la société qu'il était chargé de contrôler, le commissaire aux comptes qui se présentait comme le mandataire de l'associé principal, président du groupe, affirmait être le défenseur

¹ A. MERCIER, Ph. MERLE et Cl. FLAHAUT-JASSON, *Audit et commissariat aux comptes*, *Mémento Lefebvre* 2005-2006, n^{os} 62800 et s, cité par J.-F. BARBIERI dans la note précitée.

de ses intérêts, manœuvrait pour favoriser la nomination d'un membre de l'équipe de direction et la mésintelligence entre les associés¹.

L'immixtion du commissaire aux comptes et la direction de fait diffèrent aussi par leurs sanctions respectives. La première peut entraîner, comme dans l'affaire jugée le 18 octobre 1994 par la Cour de cassation, le relèvement du commissaire aux comptes de ses fonctions alors que la seconde entraîne la soumission du dirigeant de fait aux règles de responsabilité applicables au dirigeant de droit¹.

Toutefois, l'immixtion du commissaire aux comptes peut être qualifiée de direction de fait. Il en est ainsi lorsque cet organe de contrôle a réalisé, dans la gestion de la société, une activité qui révèle qu'il disposait d'un pouvoir général de décision dans la conduite des affaires sociales, c'est-à-dire une activité habituelle.

L'article L. 823-10 du Code de commerce constitue l'élément formel de l'irrégularité du pouvoir de gestion exercé par le commissaire aux comptes dans la société qu'il contrôle. Mais, la défense d'immixtion que prescrit cet article a, comme la défense d'immixtion du commanditaire, un champ d'application restreint. En réalité, la défense d'immixtion du commanditaire a, malgré son caractère restreint, une grande influence dans la détermination de l'élément formel de l'irrégularité du pouvoir de gestion exercé par le dirigeant de fait car, elle a servi de base à la formation d'un principe de non-immixtion dans la gestion des sociétés.

§2- L'interdiction implicite de l'immixtion dans la gestion des sociétés

78- Les différents pouvoirs qui participent au fonctionnement d'une société sont définis et attribués à des personnes déterminées selon des règles fixées par le législateur. Le

¹ Cass. com. 18 oct. 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 1305, note J.-F. BARBIERI, confirmant Paris, 1^{ère} ch. A, 24 juin 1992, *Bull. Joly* 1992, n° 388, p. 1195 ; *JCP*. 1993, E. I. 215, p. 54.

pouvoir de gestion est attribué à des personnes appelées dirigeants de droit. Les autres personnes qui n'ont pas été régulièrement choisies pour diriger la société doivent s'abstenir de toute immixtion dans sa gestion. C'est le principe de non-immixtion dans la gestion des sociétés. Ce principe ne résulte pas expressément d'un texte commun à toutes les sociétés. Ses **origines (A)** et sa **portée (B)** doivent être rappelées.

A- Les origines du principe de non-immixtion dans la gestion des sociétés

79- Le législateur n'interdit pas expressément et de façon générale à toute personne qui n'a pas la qualité de dirigeant de droit de diriger une société en commandite ou tout autre type de société. Pourtant, dans toute société, l'immixtion dans la gestion est considérée comme une irrégularité susceptible² d'entraîner l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à la personne qui l'a réalisée. Cette appréciation de l'immixtion doit être justifiée car aucun texte précis n'interdit, de manière générale, dans toutes les sociétés, la gestion de la société par des personnes qui n'ont pas la qualité de dirigeant de droit.

80- Dans toute société, des dispositions législatives et statutaires organisent la répartition des pouvoirs. La direction de la société est attribuée à des personnes strictement limitées et désignées par les textes ou par les statuts de cette société. *A contrario*, les autres personnes n'ont pas le pouvoir de diriger la société ; elles doivent s'abstenir d'intervenir dans sa gestion. Ainsi, dans toutes les sociétés, la participation induite à la gestion entraîne l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à la personne qui l'a réalisée. Cela est illustré par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu le 11 juin 1987 qui a été l'un des premiers à décider que « la qualité de dirigeant de fait (...) est caractérisée par l'immixtion dans les fonctions déterminantes pour la direction générale de l'entreprise, impliquant une participation continue à cette direction et un contrôle effectif et permanent de la marche de la société en cause »³. La Cour de cassation rappelle que la qualité de dirigeant de fait suppose une « véritable immixtion dans la gestion de la société »⁴ c'est-à-dire une

¹ Excepté lorsque la société est *in bonis* car dans cette hypothèse, la responsabilité civile du dirigeant de fait est soumise aux règles de droit commun. Cf. *La responsabilité du dirigeant de fait*, *infra* p. 244 s.

² Toute immixtion n'est pas reconnue comme une direction de fait. Sur les conditions de qualification de l'immixtion en direction de fait, voir *L'activité autonome de direction de la société*, *infra* p. 119 s.

³ CA Paris, 11 juin 1987 : *Bull. Joly*, 1987, p. 719, § 299. V. aussi, à propos de cet arrêt, M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 20^e éd., 2007, spéc., § 384.

⁴ Cass. civ., 25 févr. 2004 *Bull. Joly*, 2004, p. 666, § 129, note J.-Ph. DOM ; *RDC*, 2004, p. 740, obs. F.-X. LUCAS ; Cass. com., 12 mai 1998, *RTD com.* 1998, p. 862, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET ; *Rev. proc. Coll.*, 2001, p. 263, obs. A. MARTIN-SERF.

participation permanente à sa direction, par opposition avec l'immixtion simple ou légère précédemment examinée. Il résulte donc des dispositions législatives et de la jurisprudence relatives à l'organisation et à l'exercice des pouvoirs dans la société un principe de non immixtion¹ dans la gestion de la société. Ce principe **généralement implicite en droit des affaires** est l'élément juridique formel de l'irrégularité du pouvoir de gestion du dirigeant de fait. Il s'est imposé dans toutes les sociétés malgré l'absence de texte.

Dans les sociétés anonymes, la jurisprudence a commencé par appliquer les règles de la faillite aux associés non pas parce qu'ils avaient la qualité de commerçant de fait², mais parce qu'ils étaient immiscés dans la gestion de la société. Ces personnes qui avaient exercé indûment le pouvoir de gestion ont été qualifiées de dirigeant de fait et traitées comme des commerçants de fait³ lorsque la société était soumise à une procédure collective d'apurement du passif. Selon toute vraisemblance, les juges se sont inspirés de la défense d'immixtion du commanditaire dans la gestion de la commandite pour tirer de l'exercice indu du pouvoir de gestion, dans la société anonyme, l'existence d'une faute susceptible d'entraîner la soumission de l'auteur de cette gestion aux règles de la faillite applicables à la personne qui avait la qualité de commerçant.

Dans les sociétés à responsabilité limitée, l'immixtion est aussi apparue comme une faute dans le décret du 9 août 1953 *modifiant la loi du 7 mars 1925 tendant à instituer des sociétés à responsabilité limitée*¹. L'article 2 de ce texte prévoyait : « le tribunal peut, en cas d'insuffisance d'actif, décider que les dettes sociales seront supportées en tout ou en partie soit par les gérants associés ou non, salariés ou non, soit par les associés, soit par certains des uns ou des autres, avec ou sans solidarité, à condition pour les associés qu'ils aient effectivement participé à la gestion de la société ». Ce texte attachait des conséquences patrimoniales à l'immixtion des associés dans la gestion de la société,

¹ Voir sur ce principe, C. GERSCHEL, *Le principe de non-immixtion en droit des affaires*, *Petites affiches*, 30 août 1995, n° 104, p. 8 et 1^{er} sept. 1995, n° 105, p. 4.

² La qualité de commerçant de fait était attribuée aux personnes, dirigeants de droit ou simples associés de la S.A., qui se livraient à des opérations de commerce pour leur propre compte, sous le couvert de la société. Cette qualité entraînait la déclaration de faillite des intéressés. Req. 29 juin 1908, *D.* 1910, 1, 233, note PERCEROU : attribution de la qualité de commerçant de fait au directeur de la S.A. et condamnation de l'intéressé à la faillite. Req. 9 févr. 1932, (arrêt Vidal), *S.* 1932, 1, 177, note M. H. ROUSSEAU (extension de la faillite à l'actionnaire majoritaire en qualité de commerçant de fait).

³ Cf. Req. 9 fév. 1935, *D.* 1935, 1, 38 ; C. A. Amiens, 10 oct. 1961 (qualité d'administrateur de fait reconnue à l'associé qui s'immisçait dans la gestion de la société), *RTD com.* 1965, III, p. 177, obs. R. HOUIN; *J. C. P., Sem. Jur.*, 1964, II, 13943.

lorsque celle-ci était soumise à une procédure collective d'apurement du passif. Mais la responsabilité qui en résultait pour les associés n'était pas indéfinie et solidaire comme celle du commerçant de droit ou de fait. Elle était identique à celle du gérant de droit car l'associé qui s'était immiscé dans la gestion de cette société était perçu comme un gérant de fait et pouvait être condamné, à l'instar du gérant de droit, au paiement de tout ou partie des dettes sociales.

La jurisprudence et le législateur ont donc considéré respectivement dans la société anonyme et dans la société à responsabilité limitée que l'immixtion des associés dans la gestion était une faute car elle violait les dispositions impératives organisant l'exercice du pouvoir dans ces sociétés². Aussi, l'auteur de cette faute était-il sanctionné, notamment lorsque la société était en difficulté.

81- Alors que le principe de non immixtion dans la gestion des sociétés ne visait que les associés des sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée, dans l'hypothèse où ces sociétés étaient en difficulté, la loi du 24 juillet 1966 *sur les sociétés commerciales*³ a élargi ce principe aux situations où ces sociétés étaient *in bonis*. Les articles 431, 463 et 478 de cette loi ont soumis à des sanctions pénales, « toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion des dites sociétés sous le couvert ou aux lieu et place de leurs représentants légaux »⁴. Par ces dispositions, le législateur a consacré l'illicéité de la gestion par toute personne qui n'avait pas de pouvoir régulier de gestion. Le principe de non immixtion dans la gestion des sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée s'imposait désormais à toute personne afin de ne pas laisser les personnes qui n'avaient pas la qualité d'associé échapper aux condamnations qui sanctionnent l'immixtion dans la gestion de ces sociétés.

¹ Décret n° 53-706 du 9 août 1953, *J. O.* 10 août 1953, p. 7050.

² Sur le peu d'intérêt porté à l'immixtion dans les sociétés autres que les S.A. et les SARL, voir *supra*, p. 15 s.

³ Loi n° 66-537, 24 juillet 1966, *J.O.* 26 juillet 1966, p. 6402

⁴ Cf. loi du 24 juillet 1966, art. 431 (gérant de fait de la SARL), devenu l'art. L. 241-9 *C. com.* ; art. 463 et 478 (dirigeant de fait de la S.A. et de la SCA) devenus les art. L. 246-2 et L. 245-16 *C. com.* Les articles qui énoncent ces sanctions visent toute personne qui conduit les affaires sociales de l'une de ces sociétés alors qu'elle n'a pas la qualité de dirigeant de droit. Ils apportent même des précisions sur les types de gestion de fait à savoir la gestion indirecte ou par l'intermédiaire des dirigeants légaux et la gestion directe ou au lieu et place des dirigeants légaux. Ces dispositions présentent un caractère général.

82- Mais, c'est dans l'hypothèse où la société est soumise à une procédure collective d'apurement du passif que le législateur appliquera le principe de non immixtion dans la gestion des sociétés à toute personne et dans tout type de société, grâce à la loi du 13 juillet 1967 *sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes*¹. Cette loi fait produire à la gestion induite de la société une conséquence juridique importante qui est la soumission de l'auteur de l'immixtion, qualifié de dirigeant de fait, aux mêmes contraintes que le dirigeant de droit, lorsque la société est en difficulté. Elle fixe les mesures contraignantes² et les règles de responsabilité³ applicables aux personnes qui ont dirigé en fait cette société. Elle consacre, dans le droit des entreprises en difficulté, le principe de non immixtion dans la gestion des sociétés et a été, sur ce point, confirmée par la loi du 25 janvier 1985 *sur le redressement judiciaire et la liquidation des biens*⁴.

Le rappel des conditions d'apparition du principe de non immixtion dans la gestion des sociétés montre que ce principe est la conséquence de l'existence de règles qui désignent dans chaque société, les personnes qui ont le pouvoir de gestion. Même si aucun texte précis n'interdit expressément l'immixtion dans la gestion de toute société, la désignation régulière des dirigeants sociaux a pour corollaire l'interdiction pour les autres personnes de s'immiscer dans la gestion de cette société. Ce principe garantit la liberté du dirigeant de droit dans l'exercice de ses pouvoirs. Cette liberté est la contrepartie de la responsabilité que ce dirigeant assume dans la gestion de la société. Elle n'est limitée « que par la nécessité de respecter l'ordre public et l'intérêt même de son entreprise »⁵. Le principe de non immixtion assure aussi la protection des intérêts de personnes extérieures à la société et susceptibles de se méprendre sur les pouvoirs de l'auteur de l'immixtion. Il a une grande portée ?

¹ Loi n° 67-563, *J.O.* 14 juillet 1967.

² Ex. art. 21 : l'incessibilité des parts et actions détenues par les dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale à partir du jugement qui prononce le règlement judiciaire ou la liquidation des biens (*C. com.* art. L. 626-4) ; art. 101 : possibilité d'un règlement judiciaire ou d'une liquidation des biens de tout dirigeant d'une personne morale soumise elle-même à une procédure collective.

³ L'art. 99, relatif à la responsabilité des dirigeants sociaux à l'égard du passif social en cas d'insuffisance d'actif (*C. com.* art. L. 651-2).

⁴ Loi n° 85-98, *J.O.* 26 janvier 1985, p. 1097 et s., (art. 180), modifiée par la loi du 10 juin 1994 *relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises* (Loi n° 94-475, *J.O.* 11 juin 1994, p. 8440).

⁵ - C. GERSCHEL, *op. cit.*

B- La portée du principe de non immixtion dans la gestion des sociétés

83- L'interdiction de l'immixtion dans la gestion de la société est certaine à l'égard des personnes auxquelles des pouvoirs de gestion n'ont pas été régulièrement attribués. Elle a pour corollaire l'illicéité de toute gestion de fait. La gestion de la société par une personne qui n'a pas de pouvoir régulier de gestion constitue donc la violation de la défense d'immixtion. La jurisprudence la qualifie de gestion de fait¹. Ainsi, en vertu du principe de non immixtion dans la gestion de la société, toute gestion indue de la société par une personne entraîne la qualification de celle-ci en dirigeant de fait, dans tout type de société.

Le principe de non immixtion dans la gestion de la société permet aussi de déterminer les conditions dans lesquelles la jurisprudence considère comme régulier, le pouvoir de gestion exercé par une personne en vertu d'une délégation de pouvoirs.

84- La délégation de pouvoirs est le procédé par lequel le représentant légal de la société donne, au nom et pour le compte de celle-ci, mandat à une personne de diriger cette société, dans la limite de ses propres attributions². Le dirigeant ne peut déléguer que les pouvoirs qu'il détient lui-même légalement. La délégation de pouvoirs est licite si les statuts de la société ne l'interdisent pas³. Pour établir la régularité de la délégation de pouvoirs, la jurisprudence distingue la délégation spéciale de la délégation générale de pouvoirs.

¹ Cass. com. 15 mars 2005, pourvoi n° 03-19577, *legifrance.gouv.fr* : approuve les juges du fond d'avoir qualifié de gestion de fait, l'activité du mari de la gérante d'une SARL qui représentait la société auprès de la Banque, négociait les grandes lignes de leur collaboration, discutait du plafonnement des crédits, décidait des engagements de remboursement ou consentait des cessions de créances, était encore l'interlocuteur privilégié d'une autre banque s'agissant des crédits accordés à l'entreprise, traitait directement avec les entreprises cocontractantes, signait les marchés, discutait des modalités de paiement, donnait des ordres aux employés et aux sous traitants. Cass. com. 20 nov 2007, pourvoi n° 06-16933, *legifrance.gouv.fr*.

2- Le délégué est parfois appelé fondé de pouvoirs. La délégation de pouvoir se distingue de la délégation de signature qui consiste à donner pouvoir à un tiers de signer en lieu et place et pour le compte du dirigeant social, tel ou tel acte relevant de ses compétences.

3- Elle peut être consentie alors que les statuts ne la prévoient pas. Cf. Rép. LEBAS, J. O. Déb. AN. 3 déc. 1970, p. 6095. La délégation est effectuée sous la responsabilité du représentant légal ; mais le délégué reçoit son pouvoir non pas du représentant légal, mais de la société elle-même. Ce qui explique que cette dernière reste engagée quels que soient les événements atteignant le déléguant, à l'exemple de la démission, de la révocation ou du décès.

Dans une affaire jugée par la Cour de cassation le 22 octobre 1997, les juges du fond¹ avaient décidé qu'une personne n'avait pas le pouvoir de représenter une société en justice en vertu d'une délégation de pouvoir « faute d'avoir la qualité d'organe légal, statutaire ou judiciaire de représentation de cette personne morale, qui seule emporte pouvoir propre d'agir en justice au nom de celle-ci ou de recevoir délégation à cet effet ». L'arrêt rendu le 22 octobre 1997 par la Cour de cassation² censure cette décision motif qu'il « n'est pas interdit au gérant d'une SARL de donner à un tiers une délégation spéciale en vue d'exercer, au nom de la société, une action en justice déterminée ». Cette position³ rejoint celle de la Chambre commerciale en matière de déclaration de créances⁴ dans les procédures collectives. La haute juridiction décide en effet que « la déclaration de créances d'une personne morale peut être faite par tout préposé de celle-ci, titulaire d'une délégation de pouvoirs lui permettant d'accomplir un tel acte, sans que ce pouvoir soit soumis aux règles applicables au mandat de représentation en justice dont un tiers peut être investi »⁵.

La jurisprudence reconnaît que le dirigeant social peut conférer à un tiers, le pouvoir d'accomplir au nom de la société, une action précise relevant de la compétence du dirigeant. Cette délégation de pouvoirs est spéciale car limitée à des actes déterminés. Elle n'attribue pas au délégataire le pouvoir général de décision reconnu au dirigeant dans la conduite des affaires sociales, mais seulement le pouvoir d'accomplir certains actes qui relèvent, en principe, de la compétence du dirigeant social. En outre, la délégation spéciale de pouvoirs doit être temporaire et non pas permanente. Pour ces raisons, la jurisprudence accueille favorablement la délégation spéciale de pouvoirs⁶ et décide que la personne qui en bénéficie n'a pas la qualité de dirigeant de fait¹ ; le pouvoir qu'elle exerce en réalisant les actes spécifiques de gestion prévus est régulier. La délégation spéciale de pouvoirs est donc licite.

¹ Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 3 février 1994.

² Cass. civ. 2^e 22 oct. 1997, *Bull. Joly*, 1998, n^o 4, p. 360, note P. LE CANNU.

³ V. aussi, Cass. crim. 12 déc. 2004, pourvoi n^o 03-83474, *Legifrance.gouv.fr.*

⁴ Cf. P. Le CANNU, *Les précisions apportées par le droit des procédures collectives au régime de la délégation de pouvoirs dans une société*, *Bull. Joly*, 1997, p. 628, § 243.

⁵ Cass. com. 22 oct. 1996, *Bull. Joly* 01 févr. 1997, n^o 2 p. 162. Cass. com. 14 décembre 1993 : *Bull. Joly*, 1994, p. 196, § 48, note M. JEANTIN ; *Rev. proc. coll.*, 1994, p. 48, obs. B. DUREUIL : la société peut, en vertu des règles propres aux personnes morales, être représentée par une personne pour effectuer la déclaration de créance, même si la déclaration de créance équivaut à une demande en justice, lorsque le créancier personne morale l'effectue lui-même.

⁶ Cass. com. 22 déc. 1975, *Bull. civ. IV*, n^o 314, p. 262 ; *RTDcom.* 1976, p. 376, obs. R. HOUIN.

85- En revanche, les juges du fond décident que la délégation générale de pouvoirs établit la direction de fait². Dans une affaire jugée par la Cour d'appel de Douai le 26 février 2003, le concubin de la gérante de droit qui intervenait dans la gestion de la société était poursuivi en qualité de dirigeant de fait pour recours au travail dissimulé et proxénétisme hôtelier³. La Cour d'appel l'a qualifié de dirigeant de fait au motif qu'il « disposait d'une délégation de pouvoirs de la gérante sa concubine, délégation qui bien que non écrite était parfaitement réelle, apparente et connue de tous les interlocuteurs de la société »⁴. Le même raisonnement a été appliqué par la Cour de cassation⁵ dans un arrêt rendu le 8 juin 2004 par lequel elle a confirmé la décision d'une Cour d'appel qui avait attribué la qualité de dirigeant de fait à la personne qui exerçait la direction de la société en vertu d'une délégation générale de pouvoirs⁶. Dans ces espèces, les juges du fond ont relevé que la délégation de pouvoirs litigieuse n'était pas limitée à des actes précis mais conférait au délégataire un pouvoir général de décision dans la gestion de la société. De plus, cette délégation n'était pas temporaire. Aussi, la qualité de dirigeant de fait a-t-elle été attribuée au délégataire.

La délégation générale de pouvoir attribue au délégataire le pouvoir général de décision dans la gestion de la société. Elle peut être considérée comme une attribution irrégulière du pouvoir de gestion à une personne et une renonciation irrégulière du dirigeant de droit à la direction de la société. En cela, elle est illicite. Tel était déjà le

¹ Cass. com. 27 avr. 1981, *Bull. civ. IV*, n° 186, p. 148 : l'usage d'une procuration à des fins particulières ne peut être regardé comme l'exercice d'une direction en pleine indépendance. Cass. com. 23 oct. 1972, *Quot. jur.* 27 janv. 1973, 2^e espèce.

² Cass. com. 26 févr. 1973, *Bull. civ. IV*, n° 97, p. 83 précité : « les juges du fond qui constatent qu'une S.A.R.L. a été dirigée en fait par une personne, sans citer d'actes précis de gestion imputables à celle-ci personnellement, sinon une procuration générale, portent une appréciation souveraine par laquelle ils répondent aux conclusions soutenant que cette personne avait été simplement secrétaire et justifient leur décision ».

³ C. A. Douai, 4^{ème}, 26 févr. 2003, décision n° 02/721, inédit : confirmation de la déclaration de culpabilité de la société dès lors que ses représentants ont commis pour son compte des délits de recours au travail dissimulé et de proxénétisme "hôtelier".

⁴ Dans cette décision, les juges retiennent l'existence d'une délégation de pouvoirs non-écrite, en vertu de laquelle le délégataire a dirigé la société en se dissimulant derrière la gérante de droit.

⁵ Cass. crim. 8 juin 2004, pourvoi n° 03-86331, *legifrance.gouv.fr* : en l'espèce, la qualification de dirigeant de fait a servi de base à la condamnation pour banqueroute du délégataire de pouvoirs généraux de direction.

⁶ V. aussi, CA. Paris, 23 mai 1997, *BRDA* 1997, n° 18, p. 2 : qualifie de dirigeant de fait, l'associé qui assurait l'administration de la société et les relations avec les banques, les fournisseurs et les clients au moyen d'une procuration. Cass. crim. 12 oct. 1995, *Bull. crim.* n° 305 ; *Rev. sociétés* 1996, p. 319, note B. BOULOC.

raisonnement des juges avant les lois des 24 juillet 1966 et 13 juillet 1967¹. Le même raisonnement est appliqué lorsque la combinaison de multiples délégations de pouvoirs spéciaux permet au bénéficiaire d'exercer l'ensemble des pouvoirs du dirigeant social². Ainsi, les délégations de pouvoirs, unique ou multiples, qui privent le dirigeant légal de ses prérogatives dans la gestion de la société sont toujours considérées comme illicites³ car elles conduisent à l'exercice du pouvoir de gestion par une personne qui n'est pas un dirigeant de droit c'est-à-dire à la violation du principe de non immixtion dans la gestion de la société et, par conséquent, à l'attribution de la qualité de dirigeant de fait au délégataire.

86- Le principe de non immixtion dans la gestion de la société a pour conséquence l'interdiction des délégations de pouvoirs qui conduisent une personne qui n'a pas la qualité de dirigeant de droit à exercer le pouvoir général de décision dans la gestion d'une société. Il détermine les conditions de licéité des délégations de pouvoirs dans une société. Plus généralement, il interdit aux personnes qui ne sont pas des dirigeants de droit d'exercer le pouvoir général de décision reconnu à de tels dirigeants dans la conduite des affaires sociales. A l'inverse, l'immixtion légère ou occasionnelle n'est pas interdite car elle n'établit pas l'exercice d'une activité de gestion. Le principe de non immixtion est le fondement de l'attribution de la qualité de dirigeant de fait aux personnes qui participent indûment à la gestion d'une société. Il est l'élément formel de l'irrégularité de toute gestion de fait.

Mais si l'élément formel de l'illicéité d'un pouvoir de gestion est nécessaire pour justifier la qualité de dirigeant de fait d'une personne, il n'est pas suffisant. En effet, si la qualité de dirigeant de droit résulte de l'attribution régulière du pouvoir de gestion à une personne, la qualité de dirigeant de fait se déduit de l'exercice de ce pouvoir par une personne à laquelle il n'a pas été légalement attribué. Le dirigeant de droit se révèle par sa désignation régulière et le dirigeant de fait par son activité de gestion induite de la société. Ainsi, l'illicéité du pouvoir de gestion du dirigeant de fait repose non seulement sur un

¹ Cf. Cass. com. 28 janv. 1956, *Bull. civ. III*, n° 314, p. 273 ; Cass. com. 11 juin 1965, G.P. 1965, 2, 322 : président de S.A. ayant délégué l'intégralité de ses pouvoirs.

² Cass. civ. 2 déc. 1952, S. 1953, 1, 157. Trib. Civ. Seine, 9 juill. 1953, *JCP*. 1954, I, 8074 : « viole la loi du 7 mars 1925, la combinaison de multiples pouvoirs spéciaux qui révèle une délégation de tous les pouvoirs du gérant ».

³ - Y. REINHARD, *RTD com.* 1988, p. 634, n° 1.

élément formel, l'absence de désignation régulière en qualité de dirigeant social, mais aussi sur un élément matériel qui la révèle, c'est à dire l'immixtion dans la gestion de la société.

Section II – L'élément matériel de l'irrégularité du pouvoir de gestion du dirigeant de fait

87- L'attribution de la qualité de dirigeant de fait à une personne suppose que celle-ci a indûment participé à la gestion de la société, qu'elle a violé le principe de non immixtion dans la gestion de cette société. L'immixtion dans la gestion de la société est l'exercice indu, par une personne, du pouvoir que le droit reconnaît normalement au dirigeant social régulièrement désigné. Elle est l'élément matériel de l'irrégularité du pouvoir de gestion du dirigeant de fait. Il n'est pas inintéressant d'examiner comment s'établit l'immixtion d'une personne dans la gestion de la société pour, éventuellement, attribuer à l'auteur de cette immixtion, la qualité de dirigeant de fait car cela permet de vérifier si les tribunaux apprécient la violation de la défense d'immixtion dans la gestion de la société selon les mêmes critères, lorsque la société dirigée est *in bonis* et lorsqu'elle est en difficulté.

L'immixtion dans la gestion de la société est une question de fait soumise, comme telle, à l'appréciation souveraine des juges du fond. La Cour de cassation ne contrôle que la motivation¹ des juges du fond. L'immixtion se présente sous des formes très diversifiées. Il est possible de dégager les principaux comportements qui la caractérisent. En général, l'immixtion d'une personne dans la gestion d'une société s'effectue par **l'empiètement du pouvoir de contrôle sur le pouvoir de gestion de la société (§1)** et par **le débordement des fonctions techniques sur les fonctions directoriales (§2)**. L'examen des arrêts qui se prononcent sur l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à une personne doit permettre de préciser si la situation de la société dirigée en fait influence ou non l'appréciation de l'immixtion par les juges.

¹ - Cass. com., 16 mars 1999 : *Bull. civ.*, IV, n° 64 ; *BRDA*, 1999/8, p. 41.

§1- L'empiètement du pouvoir de contrôle sur le pouvoir de gestion

88- Les personnes qui exercent le pouvoir de contrôle¹ ou de surveillance dans une société peuvent être tentées de sortir de leur rôle pour participer à la gestion de la société en lieu et place des dirigeants sociaux ou conjointement avec ces derniers, soit pour palier la défaillance des dirigeants sociaux, soit pour mieux veiller à la protection de leurs propres intérêts. L'immixtion résulte alors de l'empiètement du pouvoir de contrôle sur le pouvoir de gestion. Souvent, une telle immixtion dans la gestion de la société est réalisée par les **associés (A)** es-qualité ou par les **organes de contrôle (B)**.

A- L'immixtion des associés dans la gestion de la société

89- Lorsqu'elle est réalisée par les associés, l'immixtion est généralement le fait de ceux dont la participation au capital social est importante car ils ont une grande influence dans la société et peuvent jouir de l'autorité nécessaire à l'accomplissement des actes de gestion. Il s'agit des **associés majoritaires et de l'associé unique (1)**. L'appartenance à un même groupe de sociétés peut aussi constituer un facteur qui facilite l'intervention d'une société dans la gestion d'une autre. Cette **immixtion dans la gestion des sociétés groupées (2)** doit aussi être examinée.

1- L'immixtion des associés majoritaires et/ou unique dans la gestion de la société

90- La définition de l'associé et de ses pouvoirs de contrôle doit être rappelée avant d'examiner comment la jurisprudence caractérise l'immixtion des **associés majoritaires et de l'associé unique** dans la gestion, lorsque la société est *in bonis* et lorsqu'elle est en difficulté.

En l'absence de définition légale, l'associé est défini, en règle générale, en considération du contrat de société comme la personne qui a fait apport à la société en vue de participer aux bénéfices et aux pertes et qui est animée de l'*affectio societatis*. Ses

¹ Sur le pouvoir de contrôle, voir *La distinction entre la direction interne et les autres pouvoirs internes à la société*, *supra* p. 37 s.

obligations principales sont la libération des apports et la contribution aux pertes¹. Ses prérogatives essentielles consistent en sa participation au fonctionnement et aux résultats de la société. L'associé peut être employé en qualité de salarié² dans la société ou la diriger s'il a été régulièrement choisi pour exercer ce dernier pouvoir.

Le pouvoir inhérent à la qualité d'associé est le pouvoir de contrôle de l'activité des dirigeants sociaux. Lorsqu'il exerce son pouvoir de contrôle, à l'extérieur ou au sein des organes de contrôle tels l'assemblée générale ou le conseil de surveillance, l'associé ne doit pas empiéter sur les prérogatives des dirigeants sociaux³. L'associé même majoritaire ou unique, ne doit pas s'immiscer dans la gestion de la société. A défaut, il court le risque d'être considéré comme un dirigeant de fait⁴ avec les conséquences que cette qualification peut lui imposer⁵. Mais en pratique, l'activité de contrôle des associés majoritaires ou unique flirte parfois avec l'exercice des prérogatives du dirigeant social. La difficulté est alors de séparer le contrôle strict de l'immixtion dans la gestion de la société.

91- Pour les tribunaux, « la qualité d'associé, même **majoritaire**, n'emporte pas nécessairement celle de dirigeant de fait, car, elle ne peut être considérée en elle-même

¹ Cf. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, PUF, 2002. Pour le professeur VIANDIER, cf. A VIANDIER, *La notion d'associé*, L.G.D.J., 1978, cette définition met en valeur le contrat de société plus qu'elle ne définit l'associé lui-même. L'auteur a proposé de définir l'associé en se fondant sur la réalisation d'un apport et le droit d'intervention dans les affaires sociales. Cette critique n'est pas déterminante car, elle insiste sur ce qui constitue une simple prérogative liée à la qualité d'associé, c'est-à-dire le droit d'intervenir dans les affaires sociales, et laisse de côté les éléments fondamentaux qui déterminent cette qualité, notamment l'intention de participer aux bénéfices et aux pertes et surtout *l'affectio societatis*. La définition de l'associé doit prendre en compte *l'affectio societatis* puisque celui-ci constitue, dans de nombreux cas, le point de divergence entre l'associé et les autres personnes qui font apport à la société et sont, comme les associés, intéressées à ses résultats. V. aussi, *Traité de droit commercial* de G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. Michel GERMAIN, t. 1, vol. 2, 18^e éd., n° 1056-34. P. PIC, *De l'élément intentionnel dans le contrat de société*, Annales 1906, p. 153 ; HAMEL, *L'affectio societatis*, *Rev. Trimestrielle*, 1925, p. 761 ; Y. GUYON, *La fraternité dans le droit des sociétés*, *Rev. Soc.*, 1989, 439 ; N. REBOUL, *Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis*, *Rev. Soc.*, 2000, 425.

² Cass. com. 28 juin 2000, *Bull. civ.* V, n° 256, p. 201 : la qualité d'associé d'une S.A.R.L. n'est pas incompatible avec celle de salarié de la société, à condition que l'intéressé ne dépasse pas ses pouvoirs d'associé, qu'il ne s'immisce pas dans la gestion et qu'ainsi, sa fonction salariale s'exerce bien dans un réel état de subordination envers le gérant.

³ *Contra*, art. L. 221-3 1^{er} C. com. Les associés en nom collectif peuvent tous gérer la société lorsque les statuts n'ont pas désigné de gérant.

⁴ - En réalité, les organes de contrôle n'ayant pas de personnalité morale, seuls leurs membres, personnes physiques ou morales, encourent la qualification de dirigeant de fait. Comp. Art. 1382 C. civ. car, les fautes commises par un organe social dans l'exercice de ses fonctions sont des fautes personnelles de celui qui remplit les fonctions.

⁵ Cf. Seconde partie, *Les obligations du dirigeant de fait*, *infra* p. 200 n° 206 s.

comme impliquant une participation effective à la gestion sociale »¹. Cela signifie qu'un associé même majoritaire ne peut être qualifié de dirigeant de fait que s'il s'est immiscé dans la gestion de la société. En ce qui concerne l'associé **unique**, la Cour de cassation réaffirme, dans un arrêt rendu le 12 juillet 2005, qu'à défaut de rapporter la preuve d'une immixtion dans la gestion de la société, l'associé unique d'une société à responsabilité limitée ne peut être considéré comme le dirigeant de fait de cette société². En l'espèce, la société était **en difficulté**. Lorsque la société est *in bonis* et que la qualité de dirigeant de fait est recherchée à l'égard d'un associé unique ou majoritaire, la juridiction saisie exige également que soit établie la preuve d'une immixtion de cet associé dans la gestion de la société³.

Ainsi, que la société soit soumise à une procédure collective d'apurement du passif ou qu'elle soit *in bonis*, la jurisprudence affirme de façon constante que la direction de fait et, partant, la qualité de dirigeant de fait, ne résultent pas de la qualité d'associé majoritaire ou unique d'une société mais de la participation active et induite de cet associé à la gestion de la société. La qualité d'associé majoritaire ou unique d'une société n'implique pas que l'intéressé dirige cette personne morale. Mais elle fournit le moyen de l'immixtion dans la gestion ou du moins la facilite car un tel associé jouit d'une influence considérable dans la société et il peut utiliser cet avantage pour exercer les pouvoirs reconnus aux dirigeants sociaux. Par conséquent, il appartient aux juridictions du fond d'effectuer un tri entre ce qui est caractéristique de l'exercice strict des pouvoirs reconnus à l'associé et ce

¹ C. A. Paris, 19 sept. 1995, *RJDA* 1995, n° 1368, p. 1051 : refus d'attribuer la qualité de dirigeant de fait à l'époux d'une gérante de S.A.R.L. contre lequel il n'a pas été établi des actes de gestion impliquant un contrôle général sur le fonctionnement de la société ou un contrôle effectif des dirigeants de droit, hormis quelques actes de gestion isolés. V. aussi, Paris, 12 mars 1996, *Rev. sociétés* 1996, p. 596 ; C. A. Paris, 6 oct. 2000, *Bull. Joly* janv. 2001, § 6, p. 32 : le fait d'être associé même à 50% ne présume ni ne caractérise la direction de fait de la société.

² Cass. com. 12 juill. 2005, *Bull. Joly* 2006, n° 1, p. 34 (liquidation judiciaire de l'associé unique en qualité de dirigeant de fait, cassation parce que motifs impropres à caractériser la direction de fait). V. aussi, Cass. com. 4 mars 2003, n° 01-01.115, *Lamyline*, 26/06/2003, n'a pas donné de base légale à sa décision, la C.A. qui, pour condamner le prévenu, en qualité de dirigeant de fait, retient notamment qu'il est à l'origine de l'intégralité du capital social, caractérisant ainsi, selon elle, un rôle particulièrement déterminant dès la constitution de la société.

³ Cass. crim., 12 déc. 1988, *Bull. Joly* 1989, p. 252, § 80, note Y. STREIFF. Cass. crim. 16 oct. 2002, pourvoi n° 01-87298, inédit : confirmation de l'arrêt condamnant le dirigeant de fait d'une société à responsabilité limitée pour présentation de comptes annuels infidèles. La Haute juridiction indique que la Cour d'appel a retenu les éléments qui établissent la qualité de dirigeant de fait de cet associé ; « l'ensemble des éléments de fait et des témoignages recueillis au cours de l'enquête et de l'information démontrent son implication et sa participation directe dans la gestion de la société ».

qui traduit une immixtion¹ dans la gestion de la société ; la preuve de l'immixtion devant être rapportée selon les mêmes critères, que la personne morale soit soumise à une procédure collective d'apurement du passif ou qu'elle fonctionne normalement.

Pour décider qu'un associé s'est immiscé dans la gestion de la société, les juges du fond doivent établir que les agissements qui lui sont imputables constituent des actes positifs de gestion. Dans une espèce où la société n'était pas soumise à une procédure collective d'apurement du passif, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir retenu que l'associé majoritaire d'une société s'était immiscé dans la gestion de cette personne morale en assurant son administration et ses relations avec les banques, les fournisseurs et les clients au moyen d'une procuration². De même, un arrêt de la Cour de cassation en date du 13 septembre 2006 approuve les juges du fond d'avoir reconnu l'immixtion de l'associé majoritaire d'une société en liquidation judiciaire en établissant « qu'il signait les documents administratifs de la société et en particulier les déclarations fiscales (...) ; qu'il disposait de la signature en banque... »³

Dans les deux affaires soumises à la Cour de cassation, les juges du fond ont établi les faits qui leur ont permis d'affirmer que l'associé, auteur de ces faits avait violé la défense d'immixtion dans la gestion de la société, qu'il avait exercé un pouvoir général de décision dans la conduite des affaires sociales. L'établissement des actes de gestion imputables à l'associé entraîne, comme pour toute personne, la reconnaissance de l'immixtion de cet associé, que la société soit *in bonis* ou soumise à une procédure collective d'apurement du passif. La solution est-elle la même si, par hypothèse, l'intervention dans la gestion de la société est réalisée par un associé, personne morale, appartenant au même groupe que cette société ?

¹ Sur l'immixtion, R. FAIDIDE, *L'immixtion dans la gestion des sociétés commerciales*, thèse, Paris, 1973 ; B. CALAIS, *La notion d'immixtion en droit privé*, thèse Paris II, 1984 ; M. CLET-DESDEVISES, *L'immixtion dans la gestion d'une société, Eco. et Comptabilité*, déc. 1980.

² Cass. crim. 12 oct. 1995, *Bull. crim.* n° 305 ; *Rev. sociétés* 1996, p. 319, note B. BOULOC. C. A. Paris, 23 mai 1997, *BRDA* 1997, n° 18, p. 2 : attribution de la qualité de dirigeant de fait à la société, associé majoritaire. V. également, Cass. com. 18 mai 1981, *Gaz. Pal.* 1982, *pan.*, 30 : associé majoritaire qui décidait souvent des actes sociaux par l'intermédiaire d'un comité de direction qui avait supplanté les organes légaux de direction.

³ Cass. crim. 13 sept. 2006, pourvoi n° 05-86489, inédit. En l'espèce, la qualification de dirigeant de fait avait permis à la Cour d'appel de condamner l'intéressé pour fraude fiscale par dissimulation des sommes sujettes à l'impôt et pour omission d'écriture dans un document comptable.

2- L'immixtion d'une société dans la gestion d'une autre du même groupe

92- Les sociétés commerciales membres d'un groupe¹ ou liées entre elles par des participations conservent chacune leur pleine autonomie juridique². Toutefois, il existe entre de telles sociétés des relations très étroites. Aussi, lorsqu'une de ces sociétés est soumise à une procédure collective, les organes de la procédure et les créanciers tentent souvent d'établir qu'une autre société du même groupe ou la société-mère s'est immiscée dans la direction de celle qui est en difficulté. Cette démarche vise à obtenir du tribunal, l'attribution de la qualité de dirigeant de fait aux sociétés qui ont participé à la gestion de celle qui est en difficulté, afin de leur imputer, en qualité de dirigeant de fait, la responsabilité de tout ou partie du passif social³ de cette société. La question se pose de savoir si l'appartenance à un même groupe de sociétés ou la qualité de société-mère constitue un facteur qui facilite ou non la reconnaissance de l'immixtion dans la gestion d'une autre société ou d'une filiale ? L'examen de la jurisprudence permet de relever **comment les magistrats apprécient, dans les groupes de sociétés, l'immixtion dans la gestion et d'analyser** leur position.

93- Dans un arrêt rendu le 25 février 2004⁴ et remarqué par la doctrine⁵, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi intenté par un créancier d'une société filiale contre un arrêt d'une Cour d'appel qui avait refusé de reconnaître à la société-mère, la qualité de dirigeant de fait de ladite filiale. En l'espèce, le créancier avait démontré que la société-mère et sa filiale utilisaient le même logo et surtout que le président du directoire de la première

¹ Le groupe de sociétés se caractérise par l'existence d'un état de dépendance entre les différents membres. Il est constitué par plusieurs sociétés placées sous la dépendance de l'une d'entre elles. Pour reconnaître l'existence d'un groupe, la jurisprudence exige aussi une unité de direction qui fasse apparaître une politique commune visant à assurer la prééminence de l'intérêt du groupe. Le droit Ohada est plus précis puisque selon l'article 173 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique du 17 avr. 1997 entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998 : « Un groupe de société est l'ensemble formé par des sociétés unies entre elles par des liens divers qui permettent à l'une d'elles de contrôler les autres ».

² C'est le principe de l'autonomie juridique des sociétés membres d'un groupe. Cf. Cass. com., 3 nov. 1988 : *BIS*, février-mars 1989, *Inf.* n° 15, qui a approuvé une cour d'appel condamnant un dirigeant à payer une dette qu'il prétendait à la charge du « groupe de sociétés ». Cass. com., 28 mai 1991, *Rev. sociétés*, 1991, p. 764 ; Cass. com., 9 mai 1995, *RJDA*, 1995/11, p. 979, n° 1262 ; CA Paris, 29 nov. 1962, *D.*, 1963, jur., p. 648, note J.-M. VERDIER.

³ Sur le fondement de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif (*C. com.* art. L. 651-2) ou de l'obligation aux dettes sociales (*C. com.* art. L. 652-1).

⁴ Cass. civ. 25 févr. 2004, *Bull. Joly* 2004, n° 5 p. 666, note J.-P. DOM.

⁵ Cet arrêt a été annoté et commenté par de nombreux auteurs : P.-Y. GAUTIER, obs. in *RTD civ.* 2004, p. 747 ; J.-F. BARBIERI, note in *Rev. sociétés* 2004, p. 418 ; J.-Ph. DOM, note in *Bull. Joly* 2004, § 129, p. 666 ; F.-X. LUCAS, note in *RDC* 2004, p. 740.

société participait au conseil d'administration de la seconde, qu'il avait décidé unilatéralement la cessation d'activité de la filiale et la libération consécutive des locaux loués par cette dernière. Malgré la pertinence de ces éléments, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir retenu qu'ils ne permettaient pas de caractériser l'immixtion de la société-mère dans la gestion de sa filiale.

Le refus des magistrats de qualifier d'immixtion les actes réalisés par la société-mère dans la gestion de la filiale peut s'expliquer par la prise en considération des liens entre les deux sociétés. En effet, il existe entre une société-mère et sa filiale, des relations très étroites en matière de composition du capital, d'organisation de la direction, de contrôle de la société et même de politique générale. Souvent, la direction de la filiale s'intègre dans une stratégie globale du groupe. Dès lors, la filiale jouit d'une indépendance nécessairement amoindrie car elle doit évoluer en harmonie avec les autres membres du groupe. Vraisemblablement, comme l'affirme un commentateur¹, l'arrêt rendu le 25 février 2004 par la Cour de cassation distingue entre les éléments caractéristiques d'une immixtion de la société-mère dans la gestion d'une filiale et les actes de gouvernance au sein d'un groupe de sociétés. Les actes de gestion imputables à la société-mère, à savoir la cessation d'activité de la filiale en difficulté et la libération des locaux loués, relèvent de la bonne gouvernance ; ils ne sont pas considérés comme constitutifs d'une immixtion dans la gestion de sa filiale².

94- Mais la distinction entre les actes de gestion et les actes de bonne gouvernance de la société est superficielle. En général, tous les actes accomplis par la société mère orientent et parfois réalisent eux-mêmes la gestion des filiales auxquelles ils s'imposent. Quelle que soit la qualification retenue, dans l'affaire jugée le 25 février 2004 par la Cour de cassation, les actes accomplis par le dirigeant de la société mère l'ont été dans des domaines qui étaient normalement de la compétence des dirigeants de la filiale. En réalisant ces actes, le dirigeant de la société mère s'est immiscé dans la gestion de la société filiale.

¹ - Cf. J.-Ph. DOM, *op. cit.*

² - *Contra*, CA Paris, 3^e ch. sect. C, 7 févr. 1997, *Bull. Joly* 1997, n° 5, p. 480.

En outre, les actes réalisés par le dirigeant de la société mère satisfont aux critères de l'acte de gestion. La qualification d'acte de gestion ou de direction est appliquée par les tribunaux aux « actes qui relèvent de la compétence des dirigeants sociaux et qui sont conformes à l'objet social »¹. Il ne peut être contesté que la décision de cesser l'activité de la filiale, d'une part, et la libération consécutive des locaux loués par cette dernière, d'autre part, sont des actes qui révèlent l'existence en faveur de leur auteur, d'un pouvoir général de décision dans la conduite de la filiale. De plus, ces décisions ont été prises, de l'aveu même de leur auteur, afin d'éviter une aggravation du passif de la société filiale. Elles étaient donc conformes à l'objet social, en l'espèce, à la recherche d'une économie. Les actes imputables à la société mère constituaient donc des actes de gestion. Ils établissaient l'immixtion de leur auteur dans la gestion de la société car ils ont été réalisés indûment. Ils étaient donc susceptibles d'entraîner l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à la filiale.

Dans une autre affaire qu'elle a jugée le 27 juin 2006, la Cour de cassation² devait examiner le pourvoi intenté par la société Worms contre l'arrêt d'une cour d'appel³ qui l'avait qualifiée d'« administrateur de fait par personne interposée »¹ au motif que cette société, banquière du groupe SPAD 24, avait administré ce groupe par l'intermédiaire de ses deux cadres qui siégeaient au conseil d'administration du dit groupe. Le pourvoi reprochait à la Cour d'appel d'avoir qualifié la banque de dirigeant de fait au motif que deux de ses salariés siégeaient au conseil d'administration du groupe de sociétés alors que ces circonstances ne caractérisaient pas une direction de fait car elles n'établissaient pas que la banque avait personnellement accompli des actes positifs de gestion de ce groupe, par le truchement de ces deux administrateurs qui, en outre, siégeaient en leur nom propre. En réponse, la Cour de cassation a rejeté ce pourvoi au motif que la qualité de dirigeant de

¹ - Cass. com., 12 janvier 1993, *JCP*. 1993. II. 22029, note Y. GUYON ; *Rev. sociétés* 1993, p. 426, note B. SAINTOURENS. Cf. *supra* n° 57 s. : *La détermination des actes de gestion de fait*.

² - Cass. com. 27 juin 2006, *Bull. Joly* 2006, n° 12, p. 1372, note F.-X. LUCAS ; *D.*, 2006, p. 1892, obs. A. LIENHARD et p. 2534, note R. DAMMAN et J. PASZKUDZKI ; *JCP E*, 2006, p. 2408, note Y. REINHARD.

³ - CA Versailles, 29 avr. 2004 : *Dr. sociétés*, 2004, comm. n° 188, obs. J.-P. LEGROS ; *Bull. Joly Sociétés*, 2004, p. 1201, § 245, note A. CONSTANTIN et Y. LEVY ; *JCP E*, 2005, n° 32, note M.-J. CAMPANA ; *adde* F.-X. LUCAS, *Responsabilité bancaire : le banquier administrateur de fait par personne interposée, RD bancaire et fin.*, 2004, p. 271 ; Ph. DELEBECQUE, *L'administrateur de fait par personne interposée : une notion à définir*, *JCP E*, 2005, n° 234 ; B. AMIGUES, *Le banquier peut-il être administrateur de fait par personne interposée ? : Banque et droit*, mars-avr. 2005, p. 7.

fait peut être attribuée à « la personne morale qui, sans être dirigeant de droit de la société en redressement ou liquidation judiciaires, a exercé en fait, par l'intermédiaire d'une personne physique qu'elle a choisie et qui a agi sous son emprise, des pouvoirs de direction sur la société ».

Dans cette affaire, les juges du fond ont caractérisé l'immixtion d'une société du groupe dans la gestion d'une autre en relevant l'accomplissement effectif des actes de gestion par une personne en l'absence de pouvoir régulier de gestion de la société. La Cour de cassation affirme que les faits relevés par les juges du fond permettaient de conclure que la banque avait bien exercé la direction de fait du groupe « par l'intermédiaire d'une personne qui agissait sous son emprise ». Ce raisonnement n'est pas nouveau. Dans un arrêt rendu le 3 mars 1978, la Cour d'appel de Paris² avait déjà attribué la qualité de dirigeant de fait à un établissement financier, associé de la personne morale dirigée, au motif que cet établissement avait délégué auprès de la société, « en qualité de gestionnaire, une personne qui participait de façon active à la gestion des affaires sociales » alors qu'elle n'en avait pas le droit. De même, la Cour de cassation a indiqué, dans un arrêt du 26 juin 2001, que la qualité de dirigeant de fait supposait une activité d'administration générale d'une personne morale exercée directement ou par personne interposée³ par une personne à laquelle le pouvoir de gestion n'a pas été régulièrement attribué.

Deux enseignements ressortent des arrêts précédemment examinés. D'abord, une société peut s'immiscer dans la gestion d'une autre lorsqu'elle a accompli des actes de gestion de celle-ci par l'intermédiaire d'une personne qui a agi sous son emprise. Ensuite, les tribunaux n'apprécient pas de façon identique l'immixtion d'une société dans la gestion d'une autre lorsque les deux sociétés appartiennent à un même groupe et lorsqu'elles sont étrangères l'une à l'autre. Dans la seconde hypothèse, les tribunaux retiennent souvent l'immixtion d'une société dans la gestion d'une autre et qualifient cette immixtion de direction de fait, en vertu du principe de l'autonomie des personnes morales et de la défense d'immixtion dans la gestion des sociétés. En revanche, dans les groupes de

¹ La C.A. a donc condamné la banque à combler l'insuffisance d'actif du groupe à hauteur de 44 millions d'euros, en application de l'art L. 624-2 du *C. com.* antérieur à la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005.

² CA Paris, 3^e ch. B, 3 mars 1978, *Unigrains c/ M^e G. ès-qual. : D.*, 1978, IR, p. 420, obs. M. VASSEUR.

³ Cass. com., 26 juin 2001, *Act. proc. coll.*, 2001, n° 202, cité par M. F.-X. LUCAS, cf. note sous Cass. com. 27 juin 2006, *Bull. Joly* 2006, n° 12, p. 1372, note de bas de page n° 7.

sociétés, les tribunaux ne reconnaissent pas souvent l'immixtion lorsque l'activité induite de gestion de la société est motivée par la préservation des intérêts de cette société et les exigences de bonne gouvernance du groupe. Dans les groupes de sociétés, les principes de l'indépendance des sociétés et de non immixtion dans la gestion de la société subissent, avec l'intervention des sociétés mères dans la gestion des filiales, des atteintes qui sont sans conséquences pour leur auteur puisque cette immixtion, même constitutive d'une véritable gestion de la société, n'entraîne pas souvent la reconnaissance de la gestion de fait¹. Toute immixtion n'est donc pas considérée comme une gestion de fait.

95- Dans l'appréciation de l'immixtion d'une société dans la gestion d'une autre du même groupe, les tribunaux appliquent strictement la position de la jurisprudence selon laquelle la qualité de dirigeant de fait ne se déduit pas de celle d'associé majoritaire ou unique d'une société mais de l'accomplissement par cet associé, d'actes positifs de gestion de la société². La Cour de cassation affirme ainsi qu'il n'y a jamais de présomption de direction de fait et qu'un administrateur d'une société-mère n'est pas nécessairement le dirigeant de fait d'une filiale, serait-elle détenue à 99% par cette société mère³. Ainsi, pour reconnaître qu'une société-mère ou son dirigeant a géré en fait une société filiale, les juges du fond doivent établir que ledit dirigeant s'est immiscé dans la gestion de la filiale. Cette position du droit français est aussi celle du droit des pays membres de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires⁴, contrairement à ce qu'affirme une partie de la doctrine⁵.

96- En droit Ohada, les articles 174 et 175 de l'acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique régissent les relations entre les sociétés d'un même groupe⁶. Selon l'article 174, « Le contrôle d'une société est la

¹ Dans cette hypothèse, de nombreux intérêts ne sont pas bien protégés. Il en est ainsi des intérêts des personnes tierces, notamment lorsque la société dans la gestion de laquelle l'immixtion était prétendue est soumise à une procédure collective dont l'exécution révèle une insuffisance d'actif. Comp. La jurisprudence relative à l'abus de biens sociaux dans les groupes de sociétés. ***

² Cf. *L'immixtion des associés majoritaires et ou unique dans la gestion de la société*, supra n° 90 s.

³ Cass. com. 2 nov. 2005, *Bull. Joly*, 01 avr. 2006 n° 4, p. 469, note F.-X. LUCAS. Auparavant, voir, Cass. com., 13 avr. 1970, pourvoi n° 68-10.816, *Bull. Joly* 1970, p. 347.

⁴ En abrégé Ohada.

⁵ P. TIGER, *Les procédures collectives après cessation des paiements en droit harmonisé de l'Ohada*, *Petites affiches*, 13 oct. 2004, n° 205, p. 35.

⁶ L'article 173 de l'AUSCGIE définit le groupe de sociétés comme un ensemble « formé par des sociétés unies entre elles par des liens divers qui permettent à l'une d'elles de contrôler les autres ».

détention effective du pouvoir de décision au sein de cette société ». Quant à l'article 175, il énonce qu'« Une personne physique ou morale est présumée détenir le contrôle d'une société : 1°) lorsqu'elle détient, directement ou indirectement ou par personne interposée, plus de la moitié des droits de vote d'une société ; 2°) lorsqu'elle dispose de plus de la moitié des droits de vote d'une société en vertu d'un accord ou d'accords conclus avec d'autres associés de cette société ». Pour M. TIGER¹ « la détention effective du pouvoir de décision est, à l'évidence, constitutive de cette « immixtion effective dans la gestion » qui caractérise la direction de fait. Selon l'auteur : « Dans le corpus de l'Ohada, il y a donc correspondance exacte entre les notions de contrôle en droit des sociétés et de direction de fait en droit des procédures collectives ». En conclusion, l'auteur affirme que la combinaison de ces articles place le droit positif africain en opposition avec la jurisprudence française selon laquelle la qualité de dirigeant de fait doit être établie par le demandeur, et qu'elle ne saurait se présumer »¹.

En réalité, en droit Ohada, il n'y a pas concordance entre le contrôle de la société et la direction de fait. Certes, l'article 174 précité affirme que « Le contrôle d'une société est la détention effective du pouvoir de décision au sein de cette société ». Mais, le législateur ne précise pas s'il s'agit ou non d'un pouvoir de décision dans la gestion de la société ou dans la surveillance des organes de direction. Or, un tel pouvoir peut être détenu par une personne dans l'un quelconque des organes de la société. Dès lors, il n'est pas permis de conclure que le pouvoir de décision dont parle le législateur de l'Ohada est nécessairement relatif à la direction de la société. Et, même s'il s'agissait du pouvoir de décision dans la gestion de la société, la personne qui détiendrait ce pouvoir ne pourrait être qualifiée de dirigeant de fait que si elle a effectivement exercé ce pouvoir, c'est-à-dire si elle s'est immiscée dans la gestion de la société qu'elle contrôle.

97- La seule détention du pouvoir de décision dans la conduite des affaires sociales ne suffit donc pas à établir la qualité de dirigeant de fait de la personne qui a le contrôle d'une société, en droit Ohada. Il faut en plus que cette personne use de ce pouvoir, c'est-à-dire qu'elle s'immisce dans la gestion de la société en accomplissant des actes de gestion de celle-ci pour, qu'éventuellement, la qualité de dirigeant de fait lui soit attribuée.

¹ P. TIGER, *op. cit.*

Il en résulte qu'en droit Ohada, comme en droit français, l'immixtion ne se présume pas mais doit être établie par des faits qui démontrent qu'une personne a exercé effectivement les pouvoirs de direction d'une société alors que de tels pouvoirs ne lui ont pas été régulièrement attribués. L'exigence d'une activité de gestion conditionne également l'immixtion des organes de contrôle dans la gestion de la société.

B- L'immixtion des organes de contrôle dans la gestion de la société

98- Même s'il existe une distinction entre le contrôle et la gestion de la société, le pouvoir de contrôle peut dégénérer en immixtion dans la gestion de la société. En l'absence de personnalité juridique des organes de contrôle, l'immixtion est imputable à ses membres, personnes physiques ou morales. Une attention particulière doit être portée aux **membres du conseil de surveillance** car la question de leur immixtion dans la gestion de la société est récurrente à cause de la nature de leurs fonctions².

99- Comme toute personne qui n'a pas le pouvoir légal de diriger la société, les membres du conseil de surveillance peuvent être qualifiés de dirigeants de fait lorsqu'ils se sont immiscés dans la gestion de la société. La difficulté est d'établir la preuve de cette immixtion, d'autant plus que le conseil de surveillance jouit légalement de larges pouvoirs dont l'exercice est susceptible d'influencer le comportement des dirigeants sociaux, voire la direction de la société. En vertu de l'article L. 225-68 du Code de commerce, le conseil de surveillance exerce le contrôle permanent de la société. En outre, les statuts peuvent même subordonner la réalisation de certains actes de gestion à l'autorisation préalable de cet organe. Dès lors, comment établir que des membres du conseil de surveillance se sont immiscés dans la gestion de la société ? En outre, l'appréciation de cette immixtion fluctue-t-elle en fonction de la situation de la société ?

Dans une affaire jugée le 12 juillet 2005, la Cour de cassation³ devait examiner la décision des juges du fond qui avait attribué la qualité de dirigeant à trois membres d'un

¹ Cf. Cass. com., 13 avr. 1970, pourvoi n° 68-10.816, *Bull. Joly* 1970, p. 347.

² Cf. C. com. art. L. 225-68.

³ Cass. com. 12 juill. 2005, *Bull. civ.* IV, n° 174, p. 187 ; *Rev. sociétés* 2006, n° 1, p. 162. Décision attaquée : CA Nancy, 18 déc. 2002.

conseil de surveillance aux fins de leur appliquer l'article L. 621-59 du Code de commerce¹ relatif à l'incessibilité des actions et à la neutralisation des droits de vote des dirigeants de droit ou de fait dans la société soumise au redressement judiciaire. En l'espèce, trois membres du conseil de surveillance d'une société anonyme soumise au redressement judiciaire, détenteurs de la majorité des voix tant au sein de ce conseil qu'à l'assemblée, voulaient révoquer le président du directoire de cette société alors que ce dernier avait la confiance des organismes financiers. Afin d'assurer la réussite du plan de continuation et pacifier les relations dans la société entre les trois membres du conseil de surveillance et le dirigeant de droit, les juges du fond avaient décidé que les premiers avaient « la qualité de dirigeant de fait » au motif qu'ayant ensemble plus de la majorité du capital social et des voix au conseil de surveillance, ils disposaient du pouvoir de révoquer la présidence du directoire ; que ce pouvoir était de nature à ruiner la confiance des créanciers et « qu'ainsi, tous trois exerçaient une influence certaine sur la marche et la conduite de la société ». Par la suite, les juges avaient prononcé l'incessibilité des actions de ces trois personnes et décidé que le droit de vote corrélatif serait exercé par un mandataire *ad hoc* pendant la durée du plan de continuation de la société.

Le pourvoi contestait cette décision au motif qu'elle portait atteinte au droit de propriété² et, pour ce qui a trait à l'attribution de la qualité de dirigeant de fait, que la décision des juges du fond n'avait pas caractérisé l'exercice d'une activité positive de direction de la société imputable aux dits membres du conseil de surveillance. Selon ces associés, la détention de plus de la majorité du capital social et des voix au conseil de surveillance et l'exercice, en raison de cette situation, d'une influence sur la marche et la conduite de la société ne suffisaient pas à caractériser la direction de fait de la société. Cet argument était conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle la qualité de dirigeant de fait doit être établie par le demandeur, elle ne saurait résulter de la qualité

¹ Cet article permettait au tribunal, au nom de la survie de l'entreprise, de subordonner l'adoption d'un plan de redressement au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants ou de rendre incessibles leurs droits sociaux, les déposséder de leur droit de vote au profit d'un mandataire *ad hoc* ou encore d'ordonner la cession forcée de leurs titres, le prix de cession étant fixé à dire d'expert. Il est devenu l'article L. 626-4 du Code de commerce, après l'entrée en vigueur de la loi n° 2005-845 *de sauvegarde des entreprises* du 26 juillet 2005, *J.O.* 27 juillet 2005, p. 12187.

² - La pourvoi affirmait que le dispositif de neutralisation des droits des dirigeants sociaux prévu par l'article L. 621-59 du Code de commerce portait atteinte au droit de propriété reconnu par l'article 17 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* et par l'article 1^{er} du *protocole additionnel de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*. Sur ce point, la Cour de cassation a confirmé la décision de la Cour d'appel de Nancy.

d'associé majoritaire. En outre, la distinction institutionnelle¹ entre les fonctions de contrôle et les fonctions de gestion autorisait les membres du conseil de surveillance à prétendre que leur influence sur la marche et la conduite de la société ne pouvait pas être considérée comme une immixtion dans la gestion de cette société².

Pour le Ministère public³, il était nécessaire de neutraliser les dits membres du conseil de surveillance pour garantir la réussite du plan de redressement et la survie de l'entreprise. Aussi, fallait-il apprécier de manière prospective leur qualité de dirigeant de fait et non pas de façon rétrospective, comme cela ressort de la jurisprudence habituelle. L'avocat général avait conclu au maintien de la décision de la cour d'appel de Nancy au motif qu'elle était « justifiée en droit comme en opportunité au regard de l'article L. 621-59 du Code de commerce, sauf à reconnaître que la qualité de dirigeant de fait visée par ce texte est, compte tenu des fins et conditions des mesures qu'il préconise, sans réelle portée ni substance pour favoriser le redressement de l'entreprise en difficulté ». Dans cette affaire, l'avocat général souhaitait donc faire triompher une conception de la notion de dirigeant de fait spécifique à l'hypothèse de la société en difficulté.

Le raisonnement adopté par le Ministère public devait conduire à reconnaître la qualité de dirigeant de fait aux associés ou aux personnes qui, en raison de leur participation au capital social ou aux organes de contrôle de la société, peuvent exercer une influence sur les dirigeants sociaux. Il avait peu de chance d'être suivi par la Cour de cassation car il aurait infléchi la position de la jurisprudence qui exige l'établissement d'une activité de gestion imputable à une personne pour attribuer à celle-ci la qualité de dirigeant de fait.

La Cour de cassation décide dans cet arrêt du 12 juillet 2005 que la qualité de dirigeant de fait peut être attribuée aux membres du conseil de surveillance, à condition que soit démontré qu'ils ont débordé le cadre de leur pouvoir de contrôle en accomplissant des actes de gestion de la société. C'est sur ce dernier point que la décision des juges du fond a été censurée. Pour la Juridiction suprême, les motifs des juges du fond étaient impropres à justifier la qualification de dirigeant de fait des membres du conseil de surveillance. L'arrêt

¹ Cf. *La distinction entre la direction interne et les autres pouvoirs internes à la société*, supra p. n° 24 s.

² L'article L. 226-13 alinéa 1 du Code de commerce affirme en effet que « les membres du conseil de surveillance n'encourent aucune responsabilité, en raison des actes de la gestion et de leur résultat ».

³ Voir l'avis de l'Avocat général, M. Maurice-Antoine LAFORTUNE, in *Bull. Joly* 2006, n° 1, p. 22.

est donc cassé au motif que la Cour d'appel n'a pas établi les faits caractérisant l'immixtion des trois membres du conseil de surveillance dans la gestion de la société. Cette position n'est pas nouvelle. Dans un arrêt du 9 octobre 1990, la Cour de cassation¹ avait déjà décidé, que les pouvoirs conférés au conseil de surveillance et à son président par le législateur² et par les statuts de la société ne modifiaient pas leur caractère d'organe exclusivement chargé du contrôle³. Les membres du conseil de surveillance n'avaient donc pas la qualité de dirigeants sociaux, dès lors que la preuve de leur immixtion dans la gestion de la société n'était pas rapportée⁴.

Pour la jurisprudence et la doctrine, la qualité de dirigeant de fait suppose que la personne concernée a réalisé une véritable immixtion dans la gestion de la société⁵. Doivent donc être établies, les faits qui démontrent que l'intéressée « a participé activement à la direction »⁶ ou a exercé « une activité positive de direction et de gestion »⁷ ou d'administration générale d'une société⁸. Cette exigence est simplement rappelée par la Haute juridiction et sa méconnaissance par les juges du fond est censurée par la cassation.

100- Cette décision est donc conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation. Mais elle présente un grand intérêt¹, en particulier sur la question de l'uniformité de la notion de dirigeant de fait et, en général, au regard de la conception stricte de la notion de dirigeant social qu'elle adopte.

Sur le plan particulier de l'uniformité de la notion de dirigeant de fait, cet arrêt consacre une conception de la notion de dirigeant de fait composé d'un élément formel et d'un élément matériel. Selon cette conception, le dirigeant de fait est la personne qui n'a pas été régulièrement investie du pouvoir de diriger la société mais qui a accompli des

¹ Cass. com. 9 oct. 1990, pourvoi n° 89-45579, *Bull. Joly*, 1^{er} déc. 1990, n° 12, p. 1041, note P. LE CANNU.

² Les articles 124, 125 et 128 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966, ont confié au conseil de surveillance la désignation des membres du directoire, subordonné à son autorisation certaines décisions prises par le directoire. V. *C. com art. L.225-59 et s.*

³ V. aussi, Cass. com. 18 avr. 1989, *Bull. civ. IV*, n° 123, p. 83 ; *Bull. Joly*, 1^{er} juin 199, n° 6, p. 568.

⁴ V. aussi Paris, 8 juill. 1975, *Rev. sociétés* 1976, 114, note J. GUYENOT.

⁵ Cass. civ. 25 févr. 2004, *SA Marks Spencer c/ SA Plein Ciel*, *Bull. Joly* 2004, p. 666, § 129, note J.-P. DOM ; *RDC* 2004, p. 740, obs. F.-X. LUCAS.

⁶ Cass. com. 4 févr. 2001, *Bull. civ. IV*, n° 33 ; *D.* 2002, p. 81, obs. F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS ; *Bull. Joly* 2001, n° 593, § 150, note J.-F. BARBIERI.

⁷ Cass. com. 12 juillet 2005, *Bull. civ. IV*, n° 169 (associé unique) ; Cass. crim. 20 oct. 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 249, p. 935 ; CA Paris, 6 oct. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 263, obs. A. MARTIN-SERF.

⁸ Cass. com. 9 mai 1978, *D.* 1979, p. 419, note M. VASSEUR.

actes positifs de gestion de cette personne morale. La matérialité de ces actes de gestion constitue, au même titre que l'absence de désignation régulière en qualité de dirigeant social, une condition d'attribution de la qualité de dirigeant de fait, que la société fonctionne normalement ou qu'elle soit soumise à une procédure collective d'apurement du passif. Cet arrêt a valeur d'arrêt de principe car sa portée s'étend au-delà de l'affaire qu'il tranche. En effet, les conditions de reconnaissance de la qualité de dirigeant de fait des membres du conseil de surveillance qu'il rappelle permettent, lorsqu'elles sont réunies à la charge de tout membre d'un organe de contrôle de la société, de le considérer comme un dirigeant de fait.

Sur un plan général, la Cour de cassation consacre dans cet arrêt du 12 juillet 2005 une acception de la notion de dirigeant limitée aux personnes régulièrement investies du pouvoir de décider au nom de la société et de la représenter auprès des tiers. En considération des circonstances de l'espèce, l'avocat général avait estimé que la décision de la Cour d'appel de Nancy soumise à la Cour de cassation était justifiée en droit comme en opportunité. Selon le Ministère public, la qualité de dirigeant, de fait, des membres du conseil de surveillance devait être retenue dès lors que leur pouvoir avait des conséquences sur la marche, la conduite et l'avenir de la société. Il souhaitait donc que la Cour de cassation adoptât une acception large de la notion de dirigeant incluant toute personne dont le pouvoir, même dans la direction interne² de la société, est susceptible d'influencer le sort de l'entreprise. En vertu de cette conception, les membres du conseil de surveillance devaient être considérés comme des dirigeants de fait car ils participaient à la détermination des grandes orientations de la société. En outre le maintien de leurs droits d'associé et de membres de l'organe de contrôle présentait des risques pour la continuité de l'entreprise.

La position de l'avocat général pouvait trouver un soutien dans un arrêt rendu par la Cour de cassation le 20 décembre 1988. En l'espèce, la Haute juridiction avait approuvé les juges du fond d'avoir appliqué la qualification de dirigeant de fait au président et aux membres d'un conseil de surveillance d'une société anonyme en considérant que ces personnes s'étaient livrées à des activités de gestion en orientant la

¹ L'importance de cet arrêt est symbolisée par sa publication dans le rapport annuel de la Cour de cassation.

² Cf. *L'influence de la direction interne sur la qualification de dirigeant de fait*, supra n° 29 s.

stratégie de l'entreprise, en lieu et place des dirigeants légaux¹. Dans cette affaire, les faits reprochés aux membres du conseil de surveillance présentaient, comme ceux de l'affaire jugée le 12 juillet 2005, les caractères d'une gestion interne de la société. Mais, dans l'arrêt rendu le 12 juillet 2005, la Cour ne retient pas ce raisonnement. Il ressort de cet arrêt que le pouvoir de contrôle, voire de nuisance, et l'influence que les membres du conseil de surveillance peuvent exercer sur la marche et la conduite de la société ne caractérisent pas valablement la direction de la société car ils sont internes à la société et restent, en outre, dans les limites des prérogatives que le droit applicable à la société concernée reconnaît aux membres du conseil de surveillance. La Cour de cassation adopte donc, dans cet arrêt, une conception restrictive de la notion de dirigeant².

Finalement, la jurisprudence retient que le pouvoir de contrôle des membres du conseil de surveillance a empiété sur le pouvoir de gestion de la société si les faits litigieux démontrent que ces personnes ont exercé des prérogatives que les textes applicables à la société ont attribuées au dirigeant social. L'immixtion des organes de contrôle dans la gestion de la société est donc, elle aussi, établie par l'existence d'actes matériels de gestion imputables aux membres de ces organes, que la société soit *in bonis* ou en difficulté. Cette immixtion découle d'un empiètement du pouvoir de contrôle sur le pouvoir de gestion. Elle peut entraîner l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à son auteur car elle est l'élément matériel de l'irrégularité du pouvoir de gestion de fait. L'immixtion dans la gestion de la société peut aussi résulter de l'exercice des fonctions de dirigeant par une personne qui a simplement la qualité de technicien de l'entreprise.

§2- Le débordement des fonctions techniques sur les fonctions directoriales

101- Parmi les nombreuses personnes qui collaborent au déroulement de l'activité sociale, certaines, comme **les salariés (A)**, remplissent des missions techniques, sous l'autorité du dirigeant social. Les salariés peuvent s'immiscer dans la gestion de la société. Ils encourent alors le risque d'être qualifiés de dirigeants de fait. D'autres

¹ Cass. com. 20 déc. 1988, *Rev. Proc. Coll.* 1989, p. 244, obs. Y. CHAPUT.

² Sa position rencontre l'assentiment du Professeur François-Xavier LUCAS parce que « lorsque le droit des procédures collectives se préoccupe du sort des dirigeants sociaux, c'est le plus souvent pour les mortifier. Or, comme le relève Philippe PETEL, les dispositions imposant des sanctions ou des mesures patrimoniales contraignantes ne se prêtent pas à l'approximation ou à une interprétation extensive ». Cf. note sous Cass. com. 12 juill. 2005, *Rev. sociétés* 2006, *op. cit.* n° 10.

personnes sont des intervenants extérieurs qui apportent leur concours à la société sans être subordonnées au dirigeant social. La liberté et l'autorité dont elles jouissent dans l'exercice de leurs fonctions les conduisent parfois à accomplir des actes susceptibles d'être qualifiés d'immixtion dans la gestion de la société à laquelle ils apportent leur concours. Il en est ainsi du **franchiseur et du concédant (B)**.

A- L'immixtion des salariés dans la gestion de la société

102- Le salarié est une personne qui met son activité à la disposition d'une autre personne sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération¹. Son emploi dans la société est, en général, précisé par le contrat de travail. Il consiste en l'exercice de fonctions techniques, considérées comme des tâches d'exécution qui se distinguent des fonctions de gestion caractérisées par l'autonomie dont jouit la personne qui les exerce. Mais le salarié peut être qualifié de dirigeant de fait s'il s'immisce dans la gestion de la société². La difficulté d'établir cette immixtion survient lorsque le salarié a en charge un domaine particulier telle la direction technique, la direction commerciale, l'embauche du personnel car il jouit alors d'une grande liberté dans l'exercice de ses fonctions. Cette autonomie³ suffit-elle ou non à caractériser l'immixtion du salarié dans la gestion de la société ? Comment établir l'immixtion du salarié susceptible d'être qualifiée de direction de fait ?

103- Dans un arrêt rendu le 19 mars 1996, la Cour de cassation a décidé que le fait pour un directeur technique d'embaucher du personnel d'exécution et de consentir des remises à certains clients ne pouvait constituer des éléments déterminants de la gestion - de

¹ La définition du salarié découle de celle du contrat de travail proposée par la doctrine. La loi ne définit pas le contrat de travail. Un projet de loi de 1906 sur le contrat de travail conçu par *la Société d'études législatives* et débattu à *l'Association française pour la protection légale des travailleurs* avait tenté de définir ce contrat. Il n'a pas prospéré. Cf. *Le contrat de travail*, Alcan-Sirey, 1907. La doctrine, s'inspirant de la jurisprudence propose la définition suivante : « *le contrat de travail est la convention par laquelle une personne physique s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre personne physique ou morale, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération* ». Cf. J. PELISSIER, A. SUPPIOT et A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, 23^e éd. Précis Dalloz, 2006, n° 127, p. 188. La qualité de salarié repose sur les trois éléments que sont l'emploi, le lien de subordination et le salaire.

² Cf. Cass. com. 19 févr. 2002, *RJDA*, 2002, n° 7, n° 763, p. 638 : qualité de dirigeants de fait des salariés qui contrôlaient l'entreprise tant en matière financière et commerciale qu'en matière d'embauche du personnel. Voir aussi, Cass. com. 22 janv. 2002, *RJDA* 2002, n° 5 et n° 502, p. 426 : immixtion du salarié de sa propre autorité dans la direction de la société ; Cass. com. 3 janv. 1991, *Dr. sociétés* 1991, n° 181.

³ Sur l'autonomie et l'indépendance, cf. *L'activité autonome de direction de la société*, *infra* n° 114 s.

fait - de la société¹. De même, un autre arrêt du 30 mai 2006 de la Haute juridiction a cassé pour manque de base légale, la décision des juges du fond qui avait attribué la qualité de dirigeant de fait à un directeur technique d'une société au motif que l'intéressé était l'interlocuteur des fournisseurs et signait les contrats de commande de travaux. Pour la Cour de cassation, ces éléments n'établissaient pas que ledit directeur s'était immiscé dans la gestion de la société² puisqu'il n'était pas démontré que l'intéressé jouissait d'une indépendance dans l'accomplissement de ces actes.

En revanche, un arrêt rendu le 12 septembre 2000 par la Cour de cassation a souscrit à la décision des juges du fond retenant l'immixtion dans la gestion de la société de l'ancien gérant qui avait gardé dans cette société « un statut particulier, dépassant le simple rôle de directeur technique salarié, puisqu'il pouvait engager le personnel et répartir les employés sur les chantiers qu'il négociait ... »³. Un autre arrêt de la même Cour daté du 29 avril 1997 a approuvé les juges du fond d'avoir retenu l'immixtion dans la gestion de la société d'un « directeur technique et commercial qui avait cédé le fonds de commerce avant d'être engagé et qui usait de ses comptes personnels pour le fonctionnement de l'entreprise et ne recevait aucune directive ni n'était soumis à aucun contrôle »⁴.

Il ressort des arrêts précédemment indiqués que l'immixtion du salarié signifie qu'il a réalisé une intrusion dans la sphère d'activité qui ne lui est pas reconnue par le droit. En d'autres termes, il a, de son propre fait et sans être placé sous la subordination d'une autre personne, exercé des fonctions de direction sociale alors qu'il n'en avait pas le pouvoir légal. Pour retenir l'ingérence d'un salarié dans la gestion de la société, les tribunaux établissent qu'il a exercé librement des fonctions reconnues au dirigeant social, c'est à dire en dehors du contrôle hiérarchique de ce dernier. Ainsi, le fait pour un salarié d'exercer des fonctions techniques ne constitue pas une immixtion dans la gestion de la société alors même que dans le domaine technique considéré, ce salarié jouit d'une

¹ Cass. com. 19 mars 1996, n° 93-16. 527, Sérigraphie industrie c/ Boyeldien.

² - Cass. com. 30 mai 2006, pourvoi n° 03-16179, inédit.

³ - Cass. crim. 12 sept. 2000, pourvoi n° 99-88011, inédit.

⁴ - Cass. soc. 29 avr. 1997 : CSBP 1997, n° 92 S. 125. Inversement, le refus d'attribuer la qualité de dirigeant de fait à un directeur salarié oblige les juges à relever les faits qui établissent que l'intéressé travaillait sous la dépendance de la société en recevant des ordres ou des directives. Cf. Cass. soc. 6 décembre 1994 : CSBP 1995, n° 67 B. 34.

indépendance. Toutefois, un arrêt rendu le 26 mars 2002 par la Cour de cassation¹ a accueilli favorablement la décision des juges du fond qui avait considéré que le directeur technique et commercial de la société, père du gérant légal, s'était immiscé dans la gestion de la société en relevant que l'intéressé « exerçait des fonctions techniques et commerciales sans recevoir de directives ni être soumis au contrôle d'un autre salarié ou du gérant ... » qui était son fils². Dans les faits, l'absence de subordination de ce directeur était limitée à l'exercice de ses fonctions techniques.

104- Cette décision est surprenante dans la mesure où la seule liberté dont jouissait le salarié concerné dans l'exercice de ses fonctions techniques ne révélait pas qu'il était intervenu en dehors du domaine qui lui avait été régulièrement attribué, dans tous les aspects de l'activité sociale et sans le contrôle hiérarchique du dirigeant social. En effet, même si un directeur technique ne reçoit pas de directive dans l'exécution de ses fonctions techniques, cela ne démontre pas qu'il dispose d'un pouvoir général de décision dans la société, ni qu'il peut intervenir dans d'autres domaines, comme le ferait un dirigeant. L'immixtion ne devait donc pas être retenue car l'intéressé avait exercé des fonctions techniques qui lui avaient été régulièrement attribuées. Il n'avait pas usurpé les fonctions du dirigeant social. Cet arrêt revêt un caractère exceptionnel puisque, à notre connaissance, aucun autre ne fonde la reconnaissance de l'immixtion sur la liberté dont jouit le salarié dans l'exercice de ses fonctions techniques. Il est donc permis de considérer, en dépit de cette décision, que pour les tribunaux, l'immixtion du salarié est établie par la preuve que l'intéressé a rempli des fonctions attribuées au dirigeant social, sans en avoir le droit et sans être soumis à l'autorité hiérarchique de ce dernier. Sans subordination à une personne, il n'y a pas de qualité de salarié.

105- Les juges du fond apprécient *in concreto* la réalité ou non de l'immixtion du salarié dans la gestion de la société. Le demandeur doit établir que le salarié a exercé un pouvoir général de décision dans différents domaines qui relèvent de la conduite des affaires sociales. Peu importe que le salarié soit éventuellement appelé « gérant » ou « dirigeant social ». Une telle dénomination ne prouve pas que l'intéressé a exercé en fait

¹ - Cass. soc. 26 mars 2002, pourvoi n° 00-42.223, R. Foegle c/ Windenberger-Jenner et CGEA-AGS de Nancy, inédit.

² - Cass. soc. 26 mars 2002, pourvoi n° 00-42223, inédit.

des fonctions de direction de la société, ni même qu'il en avait le pouvoir¹. En général, sont inopérants pour établir l'immixtion du salarié dans la gestion de la société, les éléments qui n'établissent pas la réalisation d'une activité de gestion de la société par ledit salarié².

En définitive, à la différence du dirigeant social, le salarié n'a pas un pouvoir général de décision dans la société mais un pouvoir limité dans son domaine technique et qu'il exerce sous l'autorité hiérarchique de ce dirigeant. Dès lors, pour caractériser son immixtion dans la gestion de la société, les juridictions du fond doivent démontrer que ledit salarié a accompli en toute indépendance, des actes qui relèvent du pouvoir reconnu au dirigeant social³. L'immixtion est ainsi établie lorsqu'un ancien gérant de la société, devenu directeur technique salarié, a continué d'engager le personnel et de négocier les chantiers au nom de la société⁴ et sans être subordonné au dirigeant social.

L'immixtion du salarié est inséparable de l'exercice par cette personne, de fonctions qui ne relèvent pas de ses attributions mais de celles du dirigeant de la société. Elle peut donc être considérée comme un débordement des fonctions techniques salariales sur les fonctions directoriales⁵. Mais d'autres personnes qui collaborent, au plan technique, à la réalisation de l'activité sociale peuvent aussi sortir de leurs fonctions techniques pour s'immiscer dans la gestion de la société.

1- Paris, 11 juin 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 719, n° 299; *Rev. sociétés* 1987, p. 629 : refus de la Cour d'attribuer la qualité de gérante de fait à une employée que le directeur d'une société appelait gérante, au motif que ce titre ne prouvait pas que l'intéressée avait exercé la direction ni même qu'il en avait le pouvoir. V. aussi, G. NOTTE, thèse précitée, p. 110.

² Cass. com. 16 mars 1999, pourvoi n° 95-17420, *Bull. civ.* 1999, IV, n° 64, p. 53. La Cour de cassation a décidé dans cet arrêt que « sont impropres à caractériser la direction de fait d'une société les motifs suivant lesquels, après une cession de parts à un proche, l'intéressé était devenu directeur technique salarié de la société, qu'en cette qualité, il avait perçu une rémunération double de celle du gérant de droit, ancien salarié de la société qu'il avait recruté lorsqu'il était lui-même dirigeant de droit, et que l'organigramme de la société plaçait le nouveau gérant sous son autorité ».

³ Mais cette immixtion ne sera qualifiée de direction de fait que si elle remplit certaines conditions relatives à l'existence d'une activité de gestion de la société. Cf. *L'activité autonome de direction de la société, infra* n° 114 s.

⁴ Cass. crim. 12 sept. 2000, pourvoi n° 99-88011. Voir aussi, Cass. com. 22 janv. 2002, *RJDA* 2002, n° 5 et n° 502, p. 426 : immixtion du salarié de sa propre autorité dans la direction de la société ; Cass. com. 19 févr. 2002, *RJDA*, 2002, n° 7, n° 763, p. 638 : salariés qui définissaient la politique commerciale et financière et embauchaient le personnel de la société.

⁵ - Voir par exemple, Cass. soc. 19 nov. 1992, pourvoi n° 91-43.689, *Gantinc/ S. Prit's*, inédit : qualité de dirigeant de fait reconnue au directeur commercial qui jouissait d'une totale autonomie dans ses attributions, embauchait le personnel, passait d'importantes commandes sans le contrôle du gérant et se comportait comme un dirigeant ; Cass. com. 5 nov. 1991, *Bull. civ.* IV, n° 332, p. 230.

B- L’immixtion des franchiseurs et concédants dans la gestion de la société

106- Il est parfois difficile d’établir que des personnes s’immiscent dans la gestion de la société lorsque ces personnes prétendent agir en vertu de conventions qui leur confèrent des pouvoirs techniques très étendus dans l’organisation et le déroulement de l’activité sociale. Comment établir que l’exercice des pouvoirs réguliers de ces personnes a débordé sur la direction de la société. La réponse à cette question peut être apportée grâce à l’examen de la jurisprudence relative à l’immixtion dans la gestion de la société des personnes liées à cette dernière par un contrat de distribution tel la franchise et la concession.

107- La franchise est « un contrat de collaboration par lequel un fournisseur, le franchiseur, confère à un revendeur, le franchisé, le droit de faire des affaires selon des méthodes, brevet, savoir-faire, dont le premier est l’inventeur et sous une dénomination, marque, enseigne, dont il est titulaire »¹. Quant à la concession, elle constitue un contrat de distribution par lequel un fournisseur, le concédant, accorde généralement à titre exclusif à un distributeur, le concessionnaire, le droit de revendre ses produits sur un territoire déterminé. Dans ces contrats, le concédant et le franchiseur ne fusionnent pas avec la société concessionnaire ou franchisée. Les parties au contrat conservent leur autonomie juridique et financière et leurs directions restent distinctes l’une de l’autre.

108- Toutefois, le franchiseur et le concédant ont un rôle prépondérant dans la réalisation de l’activité de la société cocontractante. Ils entretiennent avec celle-ci des relations techniques et financières. Ils jouissent de pouvoirs très étendus qui les conduisent parfois à intervenir dans la direction des affaires du concessionnaire ou du franchisé. En vertu de ces pouvoirs, ils participent à l’organisation matérielle et assurent directement l’exécution de certains services de la société. La franchise et la concession induisent un assujettissement technique et financier de la société franchisée ou concessionnaire au franchiseur ou au concédant. Aussi sont-elles perçues comme des contrats de

¹ Cf. *Droit pratique de l’homme d’affaires*, Ordre des avocats à la Cour de Paris, Dalloz 1994, n° 158. Pour B. MERCADAL et P. MACQUERON la franchise est « un système de commercialisation de produits ou de services ou de technologies, basé sur une collaboration étroite et continue entre des entreprises juridiquement et financièrement distinctes et indépendantes, le franchiseur et ses franchisés », cf. *Le droit des affaires en France*, n° 638-4, Editions Francis Lefebvre. Sur la franchise, cf. Y. MAROT, *La collaboration entre franchiseur et franchisé*, *Petites affiches* 31 août 2000, n° 174, p. 4 ; *Le droit de la franchise*, Mémento juridique, Ed. Gualino 2003.

« dépendance »¹. Dans ces hypothèses, la frontière entre la collaboration et l'ingérence est imprécise. Il est alors difficile d'établir qu'un franchiseur ou un concédant s'est immiscé dans la gestion du franchisé ou du concessionnaire.

109- Dans une affaire jugée le 10 septembre 1996, la Cour d'appel de Montpellier a refusé d'attribuer la qualité de dirigeant de fait à un franchiseur au motif que la preuve n'était pas rapportée que ce dernier s'était livré « à une immixtion caractérisée dans la gestion de l'entreprise du franchisé, excédant les droits reconnus au franchiseur dans le cadre d'un contrat de franchise »². De son côté, la Cour de cassation s'est prononcée le 26 octobre 1999 sur un pourvoi intenté par un concessionnaire contre la décision de la Cour d'appel de Toulouse³ qui avait refusé de retenir la qualité de dirigeant de fait du concédant qui, d'une part, contrôlait les lieux d'activité du concessionnaire automobiles, ses stocks, ses contrats, ses comptes, ses équipements et ses installations et, d'autre part, avait signé des contrats, notamment des bons de commandes de véhicules pour le compte du concessionnaire. Pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation indique que la Cour d'appel a relevé que les interventions du concédant sur les lieux et dans les activités du concessionnaire constituaient l'exécution des stipulations du contrat de concession qui liait les deux sociétés. La haute juridiction approuve le refus de la Cour d'appel de qualifier cette immixtion de direction de fait⁴. Elle affirme que « la direction de fait ne peut (...) être déduite de la seule existence d'un contrat de franchise (...) mais doit être vérifiée, au vu des circonstances de la cause et ne peut être retenue que s'il en résulte un dépassement des obligations inhérentes à la collaboration des parties par laquelle se définit ce type de contrats ». Le même raisonnement est repris par un arrêt rendu le 8 mars 2001 par la Cour d'appel d'Orléans⁵.

¹ Cf. G. VIRASSAMY, *Les contrats de distribution*, Collection Traité des contrats, L.G.D.J., 1999, n° 48. La Cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 2 mars 1999, *Petites affiches* n° 6, 10 janv. 2000, fait sienne la notion de contrat de dépendance en indiquant que « le contrat de franchisage s'il suppose l'indépendance juridique des partenaires, reste néanmoins un contrat de dépendance économique ».

² CA Montpellier, 2^e ch. B., 10 sept. 1996, *Petites affiches*, 20 févr. 1998, n° 22, p. 21, note G.-A. LIKILLIMBA.

³ CA Toulouse, 30 juin 1997, *Bull. Joly*, 1998, p. 53, § 16 : pour la Cour d'appel, « la qualité de dirigeant de fait ne peut être appréciée d'une manière abstraite mais doit être examinée en fonction de la spécificité des relations contractuelles liant les parties ».

⁴ Cass. com. 26 oct. 1999, *RJDA* 1999, n° 1213, p. 982 ; *Bull. Joly* 2000, p. 149, note P. LE CANNU.

⁵ C.A. Orléans, 8 mars 2001, *RJDA* 2001, n° 589, p. 524.

L'ensemble de ces décisions montre que l'exercice par le franchiseur ou le concédant de fonctions inhérentes à la gestion de la société est licite s'il s'effectue en application d'une stipulation du contrat conclu avec la société. Cette intrusion dans la sphère d'activités réservées au concessionnaire n'est pas illicite. Par conséquent, elle ne constitue pas une immixtion susceptible d'entraîner l'attribution de la qualité de dirigeant à la personne qui l'a réalisée. La franchise et la concession entraînent délégation au franchiseur et au concédant d'une partie des pouvoirs que le droit reconnaît normalement au dirigeant de la société franchisée ou concessionnaire. Il s'agit d'une délégation spéciale de pouvoirs car le franchiseur, par exemple, ne peut pas se substituer entièrement au dirigeant de la société franchisée pour exercer en toute autonomie toutes les prérogatives de ce dirigeant. Comme l'affirme le professeur LE CANNU, « il existe donc une zone d'intervention en principe licite, celle que décrit le contrat »¹. Mais le cocontractant de la société ne doit pas étendre abusivement cette zone en profitant de sa position dominante.

Dans un arrêt rendu le 9 novembre 1993, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir retenu l'immixtion dans la gestion du franchisé, du franchiseur qui « détenait les documents comptables, sociaux et bancaires nécessaires à la gestion d'une société franchisée, avait la signature bancaire de celle-ci, préparait tous les documents administratifs et les titres de paiement signés ensuite par le franchisé, établissait les déclarations fiscales et sociales, contrôlait l'embauche du personnel et avait participé à la poursuite d'une activité déficitaire du franchisé, bien qu'il connaissait, par la détention des documents comptables en sa possession, l'insuffisance de la trésorerie »¹. La Cour de cassation reprend la même solution dans un arrêt en date du 19 décembre 1995. Dans cette affaire, les juges du fond avaient attribué la qualité de dirigeant de fait à la société qui s'était réservée dans le fonctionnement d'une autre les domaines de l'embauche et des licenciements, la mise en place de l'organisation administrative et financière de l'hôtel exploité, la définition de la politique des prix, la négociation des contrats et la politique commerciale. La Haute juridiction rejette le pourvoi intenté contre cette décision² au motif que les faits retenus par les juges du fond établissaient une immixtion de la société concédante dans la gestion de l'hôtel.

¹ - Cf. *Direction de fait et contrat avec la société dirigée*, Bull. Joly, 1998, n° 1, p. 5.

Les faits des arrêts rendus les 9 novembre 1993 et 19 décembre 1995 par la Cour de cassation établissent que le franchiseur et le concédant ont exercé chacun des fonctions dans la gestion de leur cocontractante et en toute indépendance, alors que ces fonctions ne relevaient pas de leurs obligations contractuelles. Aussi, l'immixtion a-t-elle été retenue. Par conséquent, l'immixtion du franchiseur dans la gestion de la société franchisée est établie lorsque le premier a accompli, dans la gestion de la seconde, des actes que le contrat entre les deux parties ne l'autorisait pas à réaliser. Mais, il convient également de considérer l'immixtion comme établie lorsque, sous le prétexte de remplir des obligations contractuelles, l'activité du franchiseur ou du concédant aboutit à priver le dirigeant de la société cocontractante de son pouvoir général de décision dans la conduite des affaires de cette société.

110- Toutes les décisions de justice relatives à l'appréciation de l'immixtion du franchiseur ou du concédant dans la gestion de la société cocontractante sont intervenues dans des hypothèses où la société franchisée ou concessionnaire était en difficulté. Dans cette situation, le juge a établi l'immixtion dans la gestion de la société à partir de la réunion de deux critères : l'absence de droit d'une personne à accomplir des actes qui relèvent de la compétence des dirigeants sociaux et la réalisation effective et en toute indépendance de tels actes par cette personne. Ces critères formel et matériel établissent l'immixtion d'une personne dans la gestion d'une société. Ils ne varient pas, que la société soit ou non en difficulté. Dans les deux hypothèses, l'immixtion est une usurpation des fonctions du dirigeant social.

Les franchiseurs, les concessionnaires ou les salariés, et, plus généralement les personnes auxquelles le droit n'a pas reconnu le pouvoir de diriger la société doivent exercer leur fonctions en respectant le principe de non immixtion dans la gestion de la société. Le débordement des fonctions techniques ou du pouvoir de contrôle sur les fonctions qui relèvent du pouvoir du dirigeant social est irrégulier car il constitue la violation de ce principe, notamment lorsque la personne qui remplit indûment ces fonctions

1- Cass. com. 9 nov.1993, *Bull. civ. IV*, n° 390, p. 284 ; *JCP*. 1994, éd. G, II. 22304, note G. VIRASSAMY ; *D.* 1995, *Somm.*, p. 79, obs. D. FERRIER ; *Rev. sociétés* 1994, p. 5 et p. 321, note P. LE TOURNEAU.

2 - Cass. com. 19 déc. 1995, *Bull. civ. IV*, n° 307, p. 281 ; *Dr. affaires*, 1996, *chron.* p. 153 ; *Rev. sociétés* 1996, p. 347, note P. LE TOURNEAU.

agit en toute indépendance et souveraineté¹. Les actes accomplis dans ces circonstances peuvent entraîner la reconnaissance de l'immixtion dans la gestion de la société.

L'immixtion d'une personne dans la gestion de la société est établie lorsque cette personne a accompli des actes dans la sphère de pouvoir exclusivement attribué au dirigeant social. Parfois, les relations juridiques qui existent entre cette personne et la société au nom et pour le compte de laquelle elle a réalisé ces actes peuvent amener les tribunaux à ne pas reconnaître l'immixtion. Il en est ainsi dans les groupes de sociétés et dans les contrats de dépendance où la jurisprudence soit, ne retient pas l'immixtion malgré l'établissement des actes de gestion induite de la société, soit, lorsqu'elle reconnaît l'immixtion, ne lui fait pas produire des conséquences, notamment quant à la qualification de la direction de fait. Cette attitude incite à croire que la notion d'immixtion varie en fonction des relations entre la personne à la charge de laquelle elle est recherchée et la société objet de l'intervention. En réalité, l'immixtion dans la gestion de la société demeure l'intrusion d'une personne dans les fonctions du dirigeant de droit alors que le législateur, les statuts de la société ou les conventions n'ont pas reconnu à l'auteur de cette intrusion, le pouvoir d'exercer de telles fonctions.

111- L'immixtion recèle un élément délictuel consubstantiel, quelle que soit la personne à laquelle elle est imputée. Elle est une notion uniforme, que la société soit *in bonis* ou soumise à une procédure collective, même si elle n'entraîne pas systématiquement l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à son auteur. L'existence de l'immixtion dans la gestion d'une société doit être appréciée par les tribunaux selon les mêmes critères, quelle que soit, d'une part, la situation de cette société et, d'autre part, la personne à laquelle cette immixtion doit être imputée. Les tribunaux doivent reconnaître l'immixtion lorsque les faits qui l'établissent sont réunis au lieu de nier parfois son existence contre toute évidence, dans les groupes de sociétés ou dans les hypothèses où une société est liée à une autre par un contrat de dépendance. En effet, dans toutes ces hypothèses, le principe de l'autonomie des personnes morales et les règles d'attribution du pouvoir de gestion dans la société interdisent à toute personne d'exercer indûment des fonctions normalement reconnues au dirigeant de droit. Les tribunaux doivent donc reconnaître l'immixtion

¹ Ex : T. com. Valenciennes, 8 juin 1993, *Rev. proc. coll.*, 1993, p. 582, obs. BLANCHARD : dans cette espèce, le franchiseur assumait directement toute la gestion du personnel et allait même jusqu'à verser leur

lorsqu'il est apparaît qu'une personne a réalisé des actes de gestion de la société alors qu'elle n'avait pas le pouvoir régulier de les accomplir.

Le dirigeant de fait est une personne qui s'immisce dans la gestion de la société en exerçant les pouvoirs normalement reconnus au dirigeant de droit alors que ceux-ci ne lui ont pas été régulièrement attribués. Son pouvoir de direction recèle un caractère illicite qui découle de la violation des règles relatives à son attribution ou à son exercice. En ce sens, la direction de fait d'une société est une activité entachée d'une irrégularité originelle. Elle est un fait illicite ou délictuel car elle procède, quelle que soit la situation envisagée, de l'immixtion d'une personne dans la gestion d'une société, c'est-à-dire de la violation du principe de non immixtion dans la gestion de la société.

Mais toute immixtion dans la gestion de la société n'établit pas une direction de fait de cette société. Elle n'entraîne pas l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à son auteur. Pour qualifier une personne de dirigeante de fait, les tribunaux exigent que son immixtion dans la gestion de la société considérée singularise une activité positive de gestion de cette société.

Titre II - L'EXERCICE EFFECTIF DE LA GESTION DE LA SOCIETE

112- Alors que la direction de droit résulte de l'attribution régulière de pouvoirs de gestion à une personne, la direction de fait, elle, est la conduite des affaires d'une société par une personne, en l'absence de tels pouvoirs réguliers. De ce fait, elle n'est pas une direction théorique ou abstraite, mais une direction effective. La qualité de dirigeant de fait découle ainsi d'une appréciation *in concreto* de l'exercice par une personne, des fonctions qui relèvent normalement de la compétence d'une autre personne qui elle a la qualité de dirigeant de droit. Par conséquent, le dirigeant de fait est et doit être un dirigeant effectif. Mais, toute immixtion d'une personne dans les fonctions du dirigeant de droit d'une société ne constitue pas un acte de gestion de fait de cette société. Dès lors, quels sont les critères de l'exercice effectif de la gestion d'une société susceptibles de justifier d'une situation de direction de fait ? Quels éléments permettent au juge, d'une part, d'affirmer qu'une immixtion dans la gestion d'une société constitue une activité de direction de fait et, d'autre part, d'attribuer, en conséquence, la qualité de dirigeant de fait à l'auteur de cette immixtion ? Ces critères sont-ils les mêmes lorsque la société est *in bonis* et lorsqu'elle est en difficulté ou, au contraire, varient-ils en fonction de la situation de la société au moment où cette immixtion est réalisée ?

La question de la qualification d'une immixtion en direction de fait est importante car, si les critères de la direction de fait sont les mêmes lorsque la société dirigée de fait est *in bonis* et lorsqu'elle est en difficulté, cela signifie que la notion de dirigeant de fait est unique. En revanche, si ces critères varient ou si leur appréciation est différente en fonction de la situation de la société, il convient alors de reconnaître qu'à la variabilité des critères de qualification de la direction de fait correspond une diversité de conceptions de la notion de dirigeant de fait. Dans cette hypothèse, la position du professeur RIVES-LANGE¹ qui a considéré la notion de dirigeant de fait comme une notion variable au regard du droit des sociétés et du droit des procédures collectives peut se

¹ Cf. *La notion de dirigeant de fait (au sens de l'art. 99 de la loi du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens)*, D. 1975, Chron. p. 41.

trouver confirmée. Ainsi, selon que les critères de la direction de fait seront identiques ou variables, la notion de dirigeant de fait sera elle-même une notion uniforme ou protéiforme.

113- Il est possible de dégager de la définition de la direction de fait unanimement acceptée par la jurisprudence et la doctrine¹, les critères sur lesquels les juges fondent la reconnaissance de ce mode de gestion de la société et l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à une personne. Conformément à cette définition, la direction de fait suppose « l'exercice en toute souveraineté et indépendance, d'une activité positive de gestion ou de direction de la société » par une personne qui n'a pas été régulièrement désignée en qualité de dirigeant légal. Le dirigeant de fait est donc une personne qui n'est pas le dirigeant légal mais qui met en oeuvre le pouvoir et la liberté d'action reconnus à ce dernier. Il jouit, comme le dirigeant de droit, d'une grande liberté dans l'exercice des fonctions liées à la gestion de la société. La qualité de dirigeant de fait suppose donc l'accomplissement par la personne concernée, d'une **activité autonome de gestion de la société (chapitre I)**.

Cependant, toute immixtion dans la gestion de la société réalisée en toute autonomie ne constitue pas nécessairement un cas de direction effective de la société. L'autonomie dont fait preuve une personne dans l'exercice des fonctions du dirigeant social ne suffit pas pour que le juge attribue à cette personne la qualité de dirigeant de fait car l'autonomie ne constitue pas le seul critère de la direction effective. La Cour de cassation affirme que la reconnaissance de la direction de fait est une question soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond. Dès lors, quel autre critère les juridictions du fond retiennent-elles pour établir l'existence d'une direction effective de la société ? Pour décider de l'existence de la direction de fait, les juges retiennent non seulement qu'une personne autre que le dirigeant de droit a exercé une activité autonome de gestion de la société, mais aussi que cette activité a revêtu une importance certaine. L'attribution de la

¹ Cf. C.A. Nancy, 15 déc. 1977, *JCP éd. G.* 1978, II, n° 18912 ; Cass. com. 23 juin 1982, n° 81-10.560, *legifrance.gouv.fr* ; Cass. com. 19 déc. 1995, *Bull. civ.* 1995, IV, n° 307, p. 281 ; C.A. Toulouse, 30 juin 1997, S.A. Ford France, *Bull. Joly* 1998, p. 53, *RJDA* 1997, n° 1420 et, sur pourvoi, Cass. com. 26 oct. 1999, *RJDA* 1999, n° 1213, p. 982 ; *Bull. Joly* 2000, p. 149, note P. LE CANNU ; Cass. com. 23 nov. 1999, *RJDA*, 2000, n° 270, p. 227. Pour la doctrine : J.-L. RIVES-LANGE, *op. cit.* ; G. NOTTE, *Les dirigeants de fait des personnes morales de droit privé*, Thèse, Paris, 1978 ; C. CHAMPAUD, *RTD com.* 1992, p. 818 ; D. TRICOT, *Les critères de la gestion de fait, Dr. et patr.*, janv. 1996, p. 24 ; N. DEDESSUS-LE MOUSTIER, *La responsabilité du dirigeant de fait, Rev. sociétés* 1997, p. 499.

qualité de dirigeant de fait à l'auteur de cette activité requiert donc, de la part des juges, **l'appréciation de l'importance de l'immixtion (chapitre II)** réalisée.

Chapitre I- L'activité autonome de gestion de la société

114- Le concept d'autonomie désigne la faculté pour une personne d'agir elle-même, librement, sans avoir besoin de recourir à une autre personne. Il révèle l'existence en faveur d'une personne, d'une liberté à l'égard des autres personnes et d'un pouvoir de décision qui n'est pas contesté par un autre pouvoir ou par une autre personne. L'autonomie est l'élément psychologique de la direction de fait. Des incertitudes subsistent sur le sens que recouvre le concept d'« activité autonome de gestion » ou de « direction ». Généralement, les juges se prononcent sur les situations dont ils sont saisis en indiquant de manière casuistique si les actes en cause établissent ou non une activité de gestion autonome de la société. Quant à la doctrine, elle n'a pas encore élaboré de théorie explicite dont l'application permettrait d'affirmer avec exactitude dans quelles hypothèses une personne exerce une activité de gestion autonome. Il est donc nécessaire de préciser les critères de l'autonomie et de vérifier leur permanence ou leur variabilité au gré des situations.

A partir de l'examen des décisions des tribunaux qui se prononcent sur l'existence d'une direction de fait, il convient d'indiquer le sens donné au concept de « direction autonome de la société ». Les magistrats utilisent diverses expressions pour caractériser l'autonomie de la gestion. Souvent, ils relèvent que « l'activité autonome de direction ou de gestion est celle qui est réalisée *en toute indépendance et souveraineté* »¹ par une personne. La doctrine reprend souvent cette expression². L'indépendance est l'état d'une personne ou d'une chose qui ne dépend d'aucune autre, qui n'est subordonnée à aucune autre. Quant à la souveraineté, elle traduit un pouvoir qui n'est limité par aucun autre et qui s'impose à toute personne, dans un espace donné. Les deux termes sont utilisés

¹ Cass. com. 20 juill. 1973, *Bull. civ. IV*, n° 260, p. 233 ; Cass. crim. 13 déc. 1988; *Rev. sociétés* 1989. 257, note B. BOULOC ; Cass. com. 16 avr. 1996, *D.* 1996, I.R. p. 138. Cass. com. 28 janv. 1997, *JCP. éd. E.* 1997, *pan.*, p. 116, n° 315 ; C.A. Toulouse, 30 juin 1997, *Bull. Joly* 1998, § 15, p. 53 : « Attendu... que les actes de direction ou de gestion doivent avoir été accomplis en toute souveraineté et indépendance » ; C.A. Paris, 7 oct. 1997, *Bull. Joly* 1998, § 55 p. 16 : la qualification de dirigeant de fait d'une société se caractérise par l'exercice *en toute souveraineté et indépendance*, d'activités positives de gestion et de direction engageant celle-ci ». Pour une autre expression, voir Cass. com. 4 juill. 2000, *RJDA* 1/2001, n° 30, p. 27 ; Cass. com. 12 juin 2001, *BRDA* 12/2001, p. 3 : la qualité de dirigeant de fait nécessite d'établir l'exercice d'un pouvoir indépendant de direction et de contrôle de la société.

² Cf. J.-L. RIVES-LANGE, *op. cit.* n° 5 et 15 in fine ; G. NOTTE, *La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives, op. cit.*, n° 5 ; C. CHAMPAUD, *op. cit.* ; D. TRICOT, *op. cit.*

cumulativement par la jurisprudence et la doctrine dominantes¹ pour spécifier l'activité autonome de gestion, alors qu'ils expriment tous deux une même idée : la liberté et l'influence dont jouit une personne dans la réalisation de cette activité de gestion. Ainsi, **l'activité de gestion de fait** se caractérise d'abord par son **indépendance (section I)**.

L'indépendance permet d'établir directement le caractère autonome de l'activité de gestion. Mais elle n'est pas toujours facile à apprécier même lorsqu'elle est réelle car elle est une norme immatérielle. Aussi, les tribunaux recherchent-ils parfois les éléments de nature à révéler indirectement l'autonomie de l'activité réalisée. Ces éléments, à défaut d'établir que l'activité de gestion réalisée est indépendante, montrent qu'elle n'est pas contestée par les autres acteurs sociaux et que les tiers lui accordent leur crédit. Ils révèlent que l'auteur de cette activité a une autorité qui lui permet de prendre lui-même ou par l'intermédiaire d'une autre personne, des décisions dans le domaine de la gestion de la société et de les rendre obligatoires. Ainsi, l'activité de gestion autonome est aussi celle **dont l'auteur bénéficie d'une autorité (section II)** qui s'exprime tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de la société.

Section I- L'indépendance de l'activité de gestion de fait

115- Le juge considère qu'une personne autre que le dirigeant de droit exerce une activité autonome de gestion lorsqu'elle jouit d'une indépendance dans la réalisation de cette activité². Le président TRICOT affirme que « le dirigeant, qu'il soit de droit ou de fait, est, par nature, indépendant... »³. Madame DEDESSUS-LE-MOUSTIER ajoute que « la condition de l'indépendance ou de la souveraineté semble inhérente à l'exercice d'un pouvoir de direction... »⁴.

Mais pourquoi le critère de l'indépendance est-il si important dans la détermination de la réalité ou non d'une activité de gestion autonome ? Parce qu'il révèle que la personne en faveur de laquelle il existe n'est pas, dans l'exercice de l'activité de

¹ Voir la doctrine citée, *supra* p. 104, note 1 ; C. CHAMPAUD, *op. cit.* RTD com. 1992, p. 818 ; D. TRICOT, *o p. cit.* ; N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, *op. cit.*

² *Supra*, p. 104, jurisprudence citée en notes de bas de page.

³ *Op. cit.* p. 26.

⁴ *Op. cit.*

gestion sociale, soumise à une autre personne, qu'elle est un dirigeant social. Ainsi, l'indépendance est de l'essence de toute activité de direction de droit ou de fait d'une personne morale. Elle peut être considérée comme le critère commun ou permanent de l'autonomie d'une activité de gestion. La question se pose de savoir comment les tribunaux apprécient généralement l'indépendance d'une activité de gestion de fait de la société. Cette question prend un relief particulier lorsque l'activité de gestion est réalisée par une personne morale. Il convient donc, d'une part, d'examiner **les éléments généraux d'appréciation de l'indépendance (§1)** et, d'autre part, de préciser les règles **d'appréciation de l'indépendance d'une activité de gestion de fait imputable aux personnes morales (2§)**.

§1- Les éléments généraux d'appréciation de l'indépendance

116- La personne qui a la qualité de dirigeant de fait d'une société est celle qui exerce indûment et librement une activité de gestion interne ou externe de cette société. Son activité est indépendante des personnes internes et externes à la société. Quels sont les éléments sur lesquels se fondent généralement les juges pour reconnaître une telle indépendance ? L'examen de la jurisprudence et des commentaires de la doctrine conduit à retenir deux points particuliers qui recouvrent les éléments d'appréciation de l'indépendance d'une activité de gestion de fait. Le premier est relatif aux relations qui doivent être prises en considération pour déterminer **l'indépendance d'une telle activité de gestion de la société (A)**. Quant au second, il concerne **le critère d'appréciation de cette indépendance (B)**.

A- Les relations considérées pour apprécier l'indépendance de l'activité de gestion de fait

La question des relations que les tribunaux doivent examiner pour décider ou non qu'une activité de gestion de fait de la société est indépendante se pose avec plus de pertinence lorsque les actes d'immixtion dans la gestion de la société ont été réalisés par une personne qui est elle-même placée sous la subordination, le contrôle ou la tutelle d'une autre personne physique ou morale. Il est important d'examiner cette hypothèse pour déterminer **les relations** qui doivent être prises en considération pour apprécier

l'indépendance d'une activité de gestion de la société. Par ailleurs, il convient de **rappeler les règles** qui régissent, dans la société, la coexistence des différentes personnes qui participent à son activité pour déterminer **la personne à l'égard de laquelle s'apprécie l'indépendance**.

117- Lorsque la personne qui a réalisé matériellement la gestion de la société est elle-même une personne physique ou morale placée sous le contrôle ou la tutelle d'une autre personne, de nombreuses relations peuvent être distinguées. Succinctement, il s'agit des relations entre la société gérée en fait et l'auteur de la gestion, entre la société et la personne par l'intermédiaire de laquelle a agi l'auteur de la gestion, entre ce dernier et son organe de contrôle ou de tutelle. Parmi toutes ces relations, quelles sont celles qui doivent être prises en considération par le juge pour décider que l'activité de gestion exercée est indépendante. L'arrêt *BRGM et autres* rendu le 6 février 2001 par la Cour de cassation¹ répond à cette question, dans une circonstance où l'auteur de l'activité de gestion de la société était placé sous le contrôle d'autres personnes ou institutions.

En l'espèce, la société des Mines et Produits Chimiques de Salsigne, en abrégé *M.P.C.S.*, était la filiale de la société *Coframines*, elle-même filiale du Bureau de Recherches Géologiques et Minières, *B.R.G.M.*, établissement public à caractère industriel et commercial. La société *M.P.C.S.* a été mise en liquidation judiciaire le 3 février 1992. Le liquidateur a assigné d'une part, le président du conseil d'administration de cette société, les membres de ce conseil, en qualité de dirigeants de droit et d'autre part, la société *Coframines* et le *B.R.G.M.*, en qualité de dirigeants de fait de la société *M.P.C.S.*, afin de les voir condamner solidairement à payer les dettes sociales. Les juges du fond ont reconnu à la société *Coframines* et au *B.R.G.M.*, la qualité de dirigeant de fait de la société *M.P.C.S.* et les ont condamnés à payer l'insuffisance d'actif de cette dernière. Les personnes condamnées en qualité de dirigeant se sont pourvues en cassation.

Dans cette affaire, différentes questions étaient posées au juge. La première était relative à la détermination de la juridiction compétente pour décider qu'une personne

¹ Cass. com. 6 fév. 2001, *Bull. civ.* IV, n° 33, p. 30 ; *Bull. Joly*, juin 2001, § 150, p. 593, note J.-F. BARBIERI ; *RJDA* 2001, n° 1010, p. 871 ; *D.* 2002, *Somm.* p. 81, obs. F. DERRIDA. Arrêt d'appel : C.A. Montpellier, 2^e ch. civ., sect. B, 24 févr. 1998.

morale de droit public a la qualité de dirigeant de fait d'une société de droit privé. La deuxième portait sur les relations que le juge doit prendre en considération pour apprécier l'existence d'une activité de gestion indépendante de la société et la troisième était relative au critère de l'indépendance d'une personne placée sous la tutelle ou le contrôle d'une autre personne morale¹. Seule la seconde question nous intéresse dans l'immédiat, car son examen permet de préciser les relations dans lesquelles doit être appréciée l'indépendance d'une activité de gestion.

Dans l'affaire *BRGM et autres* jugée le 6 février 2001, les demandeurs au pourvoi contestaient la qualité de dirigeant de fait qui leur était imputée, au motif que dans le cadre de leur activité au sein de la société *M.P.C.S.*, ils n'avaient pas joui de l'indépendance qui caractérise le dirigeant de fait dans la mesure où ils avaient seulement obéi aux ordres et instructions de l'Etat qui exerçait sur eux la tutelle. D'ailleurs, affirmaient-ils, dès lors que la Cour d'appel avait elle-même reconnu que leur intervention s'effectuait sous la tutelle directe du ministre de l'industrie et du président du Conseil général, elle ne pouvait, sans contradiction de motif, affirmer ensuite qu'ils avaient dirigé cette société en toute indépendance. Pour le pourvoi, la qualité de dirigeant de fait devait donc être appréciée par la Cour d'appel au regard de la personne qui était dotée du pouvoir de décision et de l'indépendance, c'est-à-dire au regard de l'Etat, donneur d'ordre initial et non pas au regard de ses exécutants ou intermédiaires, le *B.R.G.M.* et la société *Coframines*. Ce raisonnement avait pour but d'amener les juges à reconnaître que l'activité de gestion autonome avait, en réalité, été exercée par l'Etat qui seul jouissait de l'indépendance et devait, par conséquent, être considéré comme le dirigeant de fait de la société *M.P.C.S.*

La Cour de cassation rejette cependant cette argumentation en énonçant que « l'indépendance et la souveraineté doivent être appréciées par rapport à la personne morale au sein de laquelle le dirigeant de fait exerce son pouvoir »². Le juge suprême affirme donc que l'indépendance de l'activité de gestion exercée par une personne doit être appréciée dans les rapports entre cette personne et celle qui est gérée et non pas dans les

¹ Les première et troisième questions seront étudiées dans le second paragraphe de cette section relatif à l'appréciation de l'indépendance lorsque l'activité de gestion est réalisée par une personne morale, *infra*, n° 125 s.

² V. aussi Cass. com. 15 mars 2005, n° 03-19.577, *legifrance.gouv.fr* ; *lextenso.fr*.

relations entre l'auteur matériel des actes de gestion et les personnes qui le contrôlent ou qui exercent sur lui une tutelle. Pour la Cour de cassation, peu importe que la personne dont la qualité de dirigeant de fait est recherchée soit elle-même placée directement ou indirectement sous le contrôle ou la tutelle d'une autre personne.

118- Cette position a le mérite de préciser le domaine d'appréciation de l'indépendance d'une activité de gestion. Elle restreint ce domaine aux relations entre la personne qui réalise cette activité et la société gérée. En l'espèce, il n'était pas permis d'affirmer que l'Etat avait commandé l'immixtion dans la gestion de la société, des personnes qu'il contrôlait. La décision de la Cour de cassation est conforme à la position du droit positif français qui affirme que les personnes qui exercent le contrôle d'une société ne sont pas des dirigeants sociaux¹.

Mais, dans cette affaire, l'établissement public industriel et commercial *B.R.G.M.* et la société *Coframines* jouissaient, à l'égard de l'Etat, d'une indépendance relative et non absolue dans la mesure où ils exécutaient les ordres de l'autorité publique. Leur qualité de dirigeant de fait pouvait donc paraître injustifiée car ils ne jouissaient pas de l'autonomie qu'exige cette qualification et étaient simplement des intermédiaires agissant pour le compte des personnes qui les contrôlaient. En approuvant les juges du fond de ne pas avoir pris en considération les relations entre l'auteur matériel de la gestion et les personnes qui le contrôlaient ou lui donnaient des ordres, la Haute juridiction prend le risque d'accepter que la qualité de dirigeant de fait soit attribuée à une personne dont l'action n'est pas indépendante mais constitue simplement l'exécution des ordres donnés par une personne autre que la société dirigée en fait ou son dirigeant de droit. Dans l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 6 février 2001, « l'accent est mis d'avantage sur la direction de fait que sur le dirigeant de fait, et l'acteur s'efface derrière la situation qu'il a créée »². Dès lors, les personnes exerçant effectivement les fonctions de direction sous-couvert d'autres personnes peuvent échapper à la qualification de dirigeant de fait et aux conséquences que le législateur y attache, particulièrement lorsque la société gérée est en difficulté.

¹ *Supra* n° 24 s.

² J.-F. BARBIERI, note sous Cass. com. 6 fév. 2001, *Bull. Joly*, juin 2001, § 150, p. 593.

Même si le fait que l'Etat était en cause dans l'espèce jugée a pu influencer la décision des magistrats, il n'en demeure pas moins que cette décision peut être justifiée par d'autres raisons. Ainsi, en vertu du principe de l'autonomie des personnes morales, les établissements publics industriels et commerciaux sont distincts des institutions qui exercent sur eux la tutelle. Par ailleurs, la tutelle entraîne seulement une surveillance de la personne morale sur laquelle elle s'exerce. Elle n'a pas pour effet de créer des contraintes susceptible de faire perdre son autonomie décisionnelle à la personne qui y est soumise¹. Dès lors, il convient de reconnaître que le *B.R.G.M.* et la société *Coframines* étaient des personnes morales indépendantes de l'Etat.

119- Mais, dans les groupes de sociétés de droit privé, les tribunaux attribuent la qualité de dirigeant de fait à la personne morale, société-mère ou simple membre du groupe, qui s'est immiscée dans la gestion d'une société qui est sa filiale ou qui appartient au même groupe. Un arrêt rendu le 27 juin 2006 par la Cour de cassation et relatif à l'immixtion d'une société dans la gestion d'une autre du même groupe rappelle que la qualité de dirigeant de fait peut être attribuée à une banque dès lors que les faits relevés par les juges du fond permettent de conclure que celle-ci a bien exercé la direction de fait du groupe « par l'intermédiaire d'une personne qui agissait sous son emprise »². Dans cette affaire, les auteurs matériels des actes de gestion ne représentaient pourtant pas, en théorie, la banque mais agissaient en leur nom personnel. Pourtant, les juges ont considéré les liens entre ces personnes et la banque et retenu que les premières étaient placées sous la subordination de la seconde. Aussi ont-ils conclu que ces personnes n'avaient pas la liberté de gérer la société puisqu'elles exécutaient simplement la volonté de la banque. Dans ces conditions, le caractère autonome de la gestion ne devait pas s'apprécier dans les relations entre les auteurs matériels des actes de gestion et la société dirigée, mais dans les relations entre cette dernière et le véritable donneur d'ordres, c'est à dire la banque. Cette dernière a donc été considérée comme la personne qui a dirigé la société par l'intermédiaire de ces deux administrateurs.

¹ Sur cette question, voir *La réalité de l'indépendance des personnes morales*, *infra* n° 15 s.

² Cass. com. 27 juin 2006, *Bull. Joly* 2006, n° 12, p. 1372, note F.-X. LUCAS ; *D.*, 2006, p. 1892, obs. A. LIENHARD et p. 2534, note R. DAMMAN et J. PASZKUDZKI ; *JCP E*, 2006, p. 2408, note Y. REINHARD.

L'arrêt rendu le 27 juin 2006 par la Cour de cassation montre que les tribunaux examinent *in concreto* toutes les relations dont il peut résulter que la personne qui a réalisé les actes de gestion jouissait elle-même d'une liberté par rapport à la société dirigée ou encore que l'auteur matériel de ces actes était placé sous la dépendance d'une autre personne qui jouissait de cette liberté dans ses rapports avec la société dirigée en fait. Il permet de mieux apprécier la solution de l'arrêt *B.R.G.M.* En effet, les contraintes que la tutelle impose à la personne sur laquelle elle s'exerce sont différentes de celles qu'entraîne le contrat de travail sur le salarié. La subordination qui résulte de la qualité de salarié est différente du contrôle qu'une personne morale exerce sur une autre en qualité d'autorité de tutelle. Le salarié est un exécutant alors que la personne placée sous la tutelle d'une autre conserve son pouvoir général de décision. Le *B.R.G.M.* et la société *Coframines* étaient donc indépendantes à l'égard de leur autorité de tutelle. Aussi leur activité de gestion de fait de la société *M.P.C.S.* a-t-elle été appréciée à l'aune de leurs relations avec cette société.

Toutes les relations que l'auteur des actes de gestion entretient avec d'autres personnes sont donc examinées pour démontrer que le premier a ou n'a pas de liberté dans l'exercice de l'activité de gestion qui lui est imputée¹. Cette solution doit être appliquée même lorsqu'une ou plusieurs personnes de droit public sont en cause. Elle permet d'apprécier l'indépendance même lorsque les relations entre les personnes en cause sont complexes.

B- Le critère d'appréciation de l'indépendance

120- Comment reconnaître qu'une personne exerce en toute indépendance une activité de gestion d'une société ?

L'activité de gestion de la société est exercée en toute indépendance lorsque la personne qui en est l'auteur n'est soumise à aucun organe social dirigeant, ni à aucune autre personne à l'intérieur ou à l'extérieur de la société. **L'absence totale de subordination** à une autre personne constitue le critère d'appréciation de l'indépendance de l'activité de gestion de la société. Mais certains arrêts reconnaissent l'existence d'une

¹ Sur cette jurisprudence, cf. *supra* p. 93 et s. et les autres arrêts en note à la page 94.

activité autonome de gestion dans des hypothèses où l'auteur de cette activité n'avait qu'une **liberté partielle**. En tout état de cause, l'absence de subordination est établie par le **caractère unilatéral des décisions** de gestion prises.

121- L'absence totale de soumission au dirigeant social de droit est l'élément qui établit avec certitude qu'une personne qui participe à la gestion jouit d'une indépendance dans l'exercice de cette activité. L'activité indépendante doit être relative à la gestion de la société. Un arrêt de la Cour de Cassation du 13 février 2007¹ a censuré la décision des juges du fond qui avait attribué la qualité de dirigeant de fait d'une société à une personne qui assurait la gestion d'un établissement secondaire de cette société. En l'espèce, l'intéressé, bénéficiaire d'une procuration pour effectuer des opérations bancaires, avait signé de nombreux chèques au nom de la société. La haute juridiction a déclaré que de tels motifs étaient impropres à caractériser en quoi le gérant de l'établissement secondaire « avait exercé en toute indépendance une activité positive de gestion de l'ensemble de la personne morale, indépendamment des actes relatifs à la gestion de l'établissement secondaire pour lesquels il agissait en vertu de mandats donnés par le dirigeant de droit de la société ».

Cette décision est conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation qui conditionne l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à l'exercice, par une personne, d'une activité dans la gestion de la société, en dehors de tout contrôle par le dirigeant légal². La spécificité de cet arrêt réside dans le fait qu'il précise l'élément caractéristique de l'indépendance susceptible de justifier la reconnaissance d'une activité autonome de gestion de la société. Pour la haute juridiction, la qualité de dirigeant de fait de la société ne pouvait pas être reconnue au gérant de l'établissement secondaire puisqu'il n'avait pas exercé une activité de gestion en toute indépendance en dehors de l'établissement qui est d'ailleurs dénué de la personnalité morale. Ainsi, selon la Haute cour, la direction de fait ne

¹ Cass. com. 13 févr. 2007, n° 05-20126, publié au *Bull.* ; *Bull. Joly*, 01 juin 2007 n° 6, p. 697, note A. LECOURT.

² Voir par exemple, Cass. soc. 20 janv. 1999, pourvoi n° 96-45.642, *legifrance.gouv.fr* : le directeur commercial d'une société qui disposait d'un compte courant d'associé, avait donné sa caution solidaire à la société à hauteur de 500 000 francs et agissait en véritable « patron » de l'entreprise en y exerçant l'ensemble des pouvoirs. Cass. crim. 12 oct. 1995, *Rev. sociétés* 1996, p. 319, note B. BOULOC : confirme l'arrêt d'une Cour d'appel qui a qualifié de dirigeant de gérant de fait, l'associé d'une société à responsabilité limitée qui avait assuré en toute indépendance, l'administration de la société ainsi que les relations avec les fournisseurs, les clients et les banques au moyen d'une procuration.

peut se concevoir que si elle porte sur l'ensemble de la personne morale, et pas uniquement sur l'un seulement de ses établissements secondaires.

L'indépendance de l'activité de gestion d'une société suppose donc l'exercice, en toute liberté, d'un pouvoir de décision dans la gestion de l'ensemble de la société et non pas dans la gestion de l'un ou quelques-uns seulement de ses établissements. Elle caractérise le pouvoir général de décision reconnu au dirigeant social dans la conduite des affaires de la société. Toutefois, **l'indépendance dont fait preuve une personne dans l'exercice de fonctions techniques** peut-elle caractériser une activité de gestion autonome de la société ?

122- Dans une affaire jugée le 26 mars 2002 par la chambre sociale de la Cour de cassation¹, un associé, directeur technique et commercial de la société avait, après la mise en liquidation judiciaire de cette société, saisi le conseil de prud'hommes pour faire reconnaître sa qualité de salarié et l'existence d'une créance salariale que le liquidateur de la société contestait. Le conseil de prud'hommes s'était déclaré incompétent au motif que l'intéressé n'était pas lié à la société par un contrat de travail. La Cour d'appel a confirmé cette décision en relevant que la preuve d'un lien de subordination entre la société et ledit associé n'était pas rapportée mais, qu'au contraire, celui-ci se comportait en gérant de fait de la société. En conséquence, elle lui a dénié la qualité de salarié. Le prétendu salarié s'est pourvu en cassation. La Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel d'avoir retenu que « l'intéressé ne se trouvait pas dans une relation de subordination, caractéristique de l'existence d'un contrat de travail » car « il se comportait en dirigeant de fait » en remplissant ses fonctions sans recevoir de directives ni être soumis au contrôle d'un autre salarié ou du gérant, qui était son propre fils².

A la lecture de cette décision, il est acquis que le directeur technique exerçait ses activités sans recevoir de directives et sans être soumis au contrôle d'un autre salarié ou

¹ Cass. soc. 26 mars 2002, pourvoi n° 00-42.223, rejet, *legifrance.gouv.fr*.

² Cass. soc. 20 mai 1985, *Bull. civ. II*, n° 298 : Un autre arrêt rendu le 20 mai 1985 par la Cour de cassation a également approuvé les juges du fond d'avoir attribué la qualité de dirigeant de fait à l'ancien gérant, fondateur de la société, devenu ingénieur de cette société, qui percevait une rémunération qu'il avait lui-même fixée et qui était supérieure à celle des cogérants. La haute juridiction a relevé que la Cour d'appel avait constaté que les gérants de droit de ladite société ne disposaient ni de la compétence technique, ni de l'autorité morale nécessaire pour diriger et contrôler l'activité de ce prétendu salarié. Celui-ci exerçait donc ses fonctions techniques sans être soumis au contrôle des dirigeants légaux.

du gérant. Il était donc indépendant. Mais, s'agissait-il d'une indépendance relative, c'est à dire limitée à l'exercice de ses fonctions techniques, ou absolue, c'est à dire corrélatrice à l'exercice d'un pouvoir général de décision dans la société ?

Les juges ne relèvent pas que l'intéressé avait accompli des actes relatifs à la gestion de la société, sans être subordonné au dirigeant légal. Bien au contraire, l'arrêt affirme que les fonctions exercées par ce directeur technique relevaient de sa compétence. Par conséquent, la liberté dont faisait preuve l'intéressé dans l'exercice de telles fonctions était relative parce que limitée à l'exercice de ses compétences techniques. Dès lors, il n'était pas justifié de lui dénier la qualité de salarié en considérant qu'il s'était comporté en dirigeant de fait car, en se limitant à sa spécialité, l'intéressé n'avait pas réalisé une activité de gestion ou de direction de la société en toute indépendance.

Certes, dans cette affaire, l'objectif des magistrats n'était pas de qualifier la direction de fait mais plutôt d'apprécier la qualité de salarié d'une personne. Toutefois, dans la mesure où pour écarter cette qualité de salarié, les juges ont relevé que l'intéressé s'était comporté en dirigeant de fait, les faits qui établissent cette attitude revêtent alors un grand intérêt car ils constituent des éléments de qualification de la direction de fait. Or, même si cet arrêt n'est pas un arrêt de principe, ainsi que le confirme le fait qu'il n'ait pas été publié au *Bulletin*, il remet en cause le caractère unitaire de la notion de dirigeant de fait.

En effet, la notion de dirigeant de fait est habituellement définie comme impliquant l'exercice en toute indépendance, non pas de fonctions techniques comme le décide cet arrêt, mais de fonctions relatives à la direction de la société. Dès lors, cette décision marque-t-elle un infléchissement de la conception unitaire de la notion de dirigeant de fait ? Suffit-il qu'il y ait indépendance dans l'exercice indu d'une quelconque fonction dans la société pour que la direction de fait soit établie ou faut-il, au contraire, que soit relevée une indépendance dans l'accomplissement de diverses fonctions incombant normalement à l'organe de direction¹ ? Pour déterminer la qualité de dirigeant de fait, le

¹ Cette question a déjà été posée par les Pr. CHAMPAUD et DANET, cf. *RTD com.* 1994, p. 279, dans leur note relative à l'arrêt de la C.A. de Versailles du 8 févr. 1994 qui avait attribué la qualité de dirigeant de fait à un salarié en se fondant, dans sa première partie, sur l'absence de subordination au dirigeant légal. Ils s'étaient demandés si ce motif n'amorçait pas une conception pluraliste de la notion de dirigeant de fait,

critère de l'absence de subordination va-t-il se substituer au critère de l'activité positive de gestion ?

Aucun arrêt n'est venu confirmer la caractérisation de l'activité indépendante de gestion adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt du 26 mars 2002. Au contraire, la jurisprudence récente maintient l'exigence d'une activité de gestion ou de direction de la société en toute indépendance¹. La direction de fait suppose la mise en œuvre de pouvoirs généraux de décision dans la société par une personne qui n'a pas de mandat régulier pour diriger cette société. Elle désigne une activité positive accomplie en toute indépendance dans un domaine qui relève des attributions des dirigeants sociaux.

Dans la détermination du caractère autonome de la gestion, la nature de l'activité est un élément à considérer autant que la liberté de la personne qui exerce cette activité. Cette liberté doit caractériser l'exercice de fonctions relatives à la gestion de la société et non pas l'exercice de fonctions techniques. L'indépendance dont bénéficie un technicien dans l'exercice de ses fonctions est limitée et ne caractérise pas une activité de gestion. En revanche, l'indépendance qui singularise l'activité autonome de gestion est large parce que relative au pouvoir général du dirigeant d'intervenir dans tous les domaines qui concernent la société, à l'exception de ceux qui sont attribués à d'autres organes sociaux. En raison de cette distinction et dans la mesure où aucun autre arrêt n'est venu confirmer la possibilité de reconnaître la direction de fait sur le fondement de « l'absence de subordination à une personne dans l'exercice de fonctions techniques », il est permis d'affirmer que la notion de dirigeant de fait demeure unitaire et que l'arrêt du 26 mars 2002 rendu par la Cour de cassation reste isolé.

dans la mesure où le critère de l'absence de subordination semblait, en l'espèce, se substituer au critère de l'activité positive de gestion. Mais, en considération du dernier motif de cet arrêt qui indiquait que le salarié poursuivi effectuait des actes de gestion et s'immisçait ainsi dans les affaires sociales, ces auteurs concluaient à la conformité de cet arrêt à la conception unitaire de la notion de dirigeant de fait : immixtion positive dans la gestion et non pas activité indépendante.

¹ Cf. « direction effective de la société » : Cass. crim. 10 avr. 2002, *Bull. crim.* 2002, n° 85, p. 287 ; Cass. com. 10 mars 2004, pourvoi n° 01-10.015, *legifrance.gouv.fr* ; Cass. com. 10 mars 2004, pourvoi n° 00-17.577, *legifrance.gouv.fr*. « Activité positive de gestion ou de direction de la société » : Cass. com. 3 mars 2003, *RJDA* 2003, n° 724 ; Cass. com. 28 janv. 2004, pourvoi n° 01-16.355, *legifrance.gouv.fr*. Cass. crim. 8 juin 2004, pourvoi n° 03-86.331, *legifrance.gouv.fr* : confirmation de l'arrêt d'appel qui a attribué la qualité de dirigeant de fait au bénéficiaire d'une délégation générale de pouvoirs qui exerçait la direction de la société. Cette qualification a servi de base à la condamnation de l'intéressé pour banqueroute.

123- L'absence de subordination au dirigeant ou à un organe social est, comme l'indépendance qu'elle caractérise, un élément psychologique qui n'est pas facile à établir car sa reconnaissance suppose la démonstration d'un fait négatif. En outre, la notion d'indépendance de l'activité de gestion participe de la définition de la direction de fait. Or sur ce point, l'appréciation des juges du fond n'est pas souveraine. La Haute juridiction contrôle en effet la définition de la direction de fait et la motivation que les juges du fond retiennent au soutien de leur qualification¹. Il en résulte que l'indépendance, c'est à dire l'absence de soumission à un organe social, est un critère contrôlé par la Cour de cassation. Celle-ci vérifie que les juges du fond ont relevé les faits qui démontrent que l'auteur des actes de gestion a librement réalisé ces actes sans que ceux-ci ne soient remis en cause par la personne qui a la qualité de dirigeant de droit ou par une autre personne ou un autre organe social.

124- L'absence de subordination est souvent illustrée par **le caractère unilatéral** des décisions prises par une personne dans la gestion de la société. Un arrêt de la Cour de cassation rendu le 13 février 2007 approuve les juges du fond d'avoir retenu la qualité de dirigeant de fait de l'ancien président du conseil d'administration d'une société, devenu directeur commercial à la suite d'une condamnation à une interdiction de gérer, au motif qu'il signait seul la quasi-totalité des contrats représentant l'essentiel de l'activité sociale en prenant la qualité de président-directeur général de la société². Le caractère unilatéral de l'activité de gestion de ce directeur commercial démontre qu'il n'était soumis, ni *a priori*, ni *a posteriori*, au contrôle du dirigeant légal. Telle est également la situation de la société qui décide de la politique des prix, de la politique commerciale et négocie les contrats de l'hôtel exploité par une autre société³ sans être soumise au contrôle du dirigeant social légal. L'exercice de tels pouvoirs atteste que dans les domaines concernés, l'auteur

¹ Cass. com. 17 décembre 2003, *Dr. sociétés* 2005, n° 46 ; Cass. com. 4 janvier 2005, *Gaz. Pal.* du 30 avr. 2005.

² Cass. com. 13 févr. 2007, pourvoi n° 05-12261, *legifrance.gouv.fr*. V. aussi Cass. crim. 5 mai 2004, pourvoi n° 03-87366, *legifrance.gouv.fr* : approuve les juges du fond d'avoir attribué la qualité de dirigeant de fait à l'associé qui avait l'entière liberté de l'utilisation des comptes de la société sur lesquels il avait d'ailleurs la signature, avait signé la quasi-totalité des chèques et des documents juridiques et fiscaux de cette société et décidait seul des embauches et des salaires dans la société.

³ Cass. com. 19 déc. 1995, *Bull. civ.* IV, n° 307, p. 281

prend les décisions de gestion sans être subordonné au pouvoir hiérarchique des dirigeants institutionnels¹.

L'unilatéralité des décisions de gestion s'apprécie par rapport au contrôle institutionnel que les dirigeants légaux exercent *a priori* ou *a posteriori* sur l'activité sociale. Elle se déduit de l'inexistence de ce contrôle. Parfois, les relations préexistantes entre la société et une personne excluent *a priori* toute idée d'indépendance de cette personne. Il en est ainsi en présence d'un contrat de travail. Dans cette hypothèse, le salarié, personne liée à la société par un contrat de travail, remplit des fonctions sous la subordination du dirigeant. Mais l'unilatéralité de son activité peut lui faire perdre la qualité de salarié. Elle entraîne la qualité de dirigeant de fait notamment si l'activité qu'elle caractérise porte sur la gestion de la société car la qualité de salarié ne se cumule pas avec celle de dirigeant de fait, mais seulement avec celle de dirigeant de droit². Même si les fonctions techniques de salarié sont toujours exercées, le salarié doit perdre cette qualité dès lors qu'il a accompli aussi des fonctions qui relèvent de la gestion de la société.

L'indépendance est l'élément dont l'existence permet aux magistrats d'affirmer qu'une activité réalisée dans le domaine habituellement dévolu au dirigeant social est autonome. Elle caractérise toute activité de gestion de droit ou de fait. L'activité autonome de gestion de la société est indépendante du dirigeant de droit, des associés et de toute autre personne. Mais en dépit de la précision de son critère et des relations dans lesquelles elle s'apprécie, l'indépendance d'une activité de gestion n'est pas facile à établir, notamment lorsque cette activité est imputable à une personne morale.

¹ Le caractère unilatéral des décisions de gestion de la société peut être réel alors même que le prétendu dirigeant de fait n'a pas participé directement à la gestion. Il en est ainsi lorsqu'une personne agit en se dissimulant derrière un dirigeant de droit auquel il inspire ou dicte les décisions de gestion. Il s'agit alors d'une direction occulte.

² Sur le cumul de la qualité de salarié et de dirigeant, voir Cass. com. 19 juin 2001, *Bull. Joly* 2001, n° 12, p. 1279, note P. SCHOLER ; Cass. soc. 11 mars 2003, *Petites affiches*, 8 mai 2003 n° 92, p. 11, note S. MENEGAKIS ; Pour un rappel des conditions de validité du cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail, v. par ex., M. COZIAN, A VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 20^e éd., Litec, 2007, p. 230 et s.

§2- L'appréciation de l'indépendance d'une activité imputable aux personnes morales

125- De nombreuses incertitudes peuvent entraver l'appréciation par les tribunaux de l'indépendance d'une activité de gestion spontanée réalisée par une personne morale. Certaines méritent d'être rappelées car, en dépit des solutions apportées par les magistrats, lorsqu'ils y sont confrontés, elles demeurent pertinentes et persistantes. La première incertitude, spécifique à l'hypothèse où l'auteur de l'immixtion est une personne morale de droit public, concerne **la détermination de la juridiction compétente (A)** pour apprécier l'indépendance d'une telle activité. La seconde intéresse toutes les personnes morales. Elle est liée aux particularités de ces sujets de droit et porte sur **la réalité de leur indépendance (B)**.

A- La détermination de la juridiction compétente

126- La déclaration de la direction de fait est une question qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond¹ de l'ordre judiciaire. La question de la juridiction compétente prend un relief particulier lorsqu'il s'agit d'apprécier l'indépendance d'une activité de gestion sociale exercée par une personne morale de droit public. L'Etat et les personnes morales qui constituent ses démembrements interviennent de plus en plus dans la réalisation des activités économiques. Ils peuvent être qualifiés de dirigeant de fait et leur responsabilité retenue² lorsqu'ils s'immiscent dans la gestion des sociétés. Or, en vertu de la jurisprudence de l'arrêt Blanco³, les tribunaux judiciaires sont radicalement incompétents pour connaître du contentieux relatif à la responsabilité de l'Etat et des personnes morales de droit publiques en raison de l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique. Quelle est donc la juridiction compétente pour qualifier de dirigeant de fait une personne morale de droit public ?

127- Des divergences⁴ sont apparues quant à la détermination de la juridiction compétente pour apprécier en général, la qualité de dirigeant de fait et en particulier,

¹ Cass. com. 16 mars 1999, *Bull. civ.* 1999, IV, n° 64 p. 53.

² Cf. J.-P. MARCHI, *Responsabilité des dirigeants sociaux et crise économique*, *Gaz. Pal.* 1986, II, p. 434.

³ Trib. des conflits, 8 février 1873, concl. DAVID, G.A.J.A., 9^e éd., 1990, p. 15.

⁴ La Cour d'appel de Nancy (C.A. Nancy, 15 déc. 1977, *D.* 1978, I.R., p. 225, obs. M. VASSEUR) appelée à se prononcer sur la qualité de dirigeant de fait d'une personne morale de droit public, s'est déclarée incompétente. Elle a jugé qu'en égard au statut de la personne poursuivie (la Caisse Nationale de Crédit Agricole, établissement public), seules les juridictions administratives pouvaient connaître des questions

l'indépendance de l'activité de gestion imputable à une personne morale de droit public. Cette jurisprudence discordante doit être rappelée car il n'existe pas encore de solution définitive, même si les incertitudes tendent à se dissiper.

Un jugement rendu le 2 juillet 1984 par le Tribunal des Conflits a décidé que l'action en responsabilité engagée, sur le fondement de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967, contre des personnes morales de droit public, en vue de déterminer si ces personnes ont apporté à la gestion des affaires d'une association, la diligence qu'exige leur mandat de dirigeant relève, par nature, de la compétence du juge judiciaire¹. Cette décision est fondée sur la plénitude de compétence reconnue aux juridictions de droit commun en matière de procédure collective. Ainsi, l'action en responsabilité exercée à l'encontre d'une personne morale de droit public prise en qualité de dirigeant de droit d'un groupement soumis à une procédure collective, relève, par nature, de la compétence des juridictions judiciaires.

Un jugement de la même juridiction daté du 23 janvier 1989 reprend la même solution en liant expressément la compétence judiciaire à la qualité de dirigeant de droit de la personne morale de droit public, dans une espèce où le syndic de la liquidation d'une société anonyme avait engagé devant un tribunal de commerce, une action en comblement de passif contre l'Etat, pris en qualité de dirigeant de fait de la dite société². Dans ce jugement, le Tribunal des Conflits décide que l'action dirigée contre la personne morale de droit public prise en qualité de dirigeant de fait « suppose une appréciation d'un comportement de la puissance publique qui s'est exercé hors d'un cadre juridique de droit

touchant à sa responsabilité dans la défaillance d'une entreprise et notamment à sa qualification de dirigeant de fait. Le tribunal de commerce de Verdun dont le jugement rendu le 15 juill. 1976 avait été déféré à la Cour de Nancy s'était déclaré compétent). En revanche, dans une affaire semblable, la Cour d'appel de Paris (Paris, 22 juin 1978, *D.* 1978, I.R., 421, arrêt confirmatif) s'est déclarée compétente en indiquant que la personne publique relevait de la compétence de la juridiction de droit commun dès lors qu'elle se livrait à une activité commerciale. En l'espèce la Caisse Nationale de Crédit Agricole, poursuivi sur le fondement de l'art. 1382 du *C. civ.* contestait la compétence de la juridiction de droit commun en se fondant sur la position de la Cour d'appel de Nancy.

¹ Trib. confl. 2 juill. 1984, *JCP. éd. G.* 1984, II, n° 20306, concl. M. LABETOULLE, note E. ALFANDARI ; *D.* 1984, *jurisp.*, p. 545, note F. DERRIDA ; *Rev. sociétés*, 1984, p. 816, note C.-H. GALLET. En l'espèce, les syndics liquidateurs d'une association soumise à la procédure de liquidation des biens avaient poursuivi en comblement de passif, devant la juridiction judiciaire qui avait ouvert la procédure collective, des communes, membres du conseil d'administration de cette association. La compétence de cette juridiction ayant été contestée, le conflit a été élevé par le commissaire de la République et le tribunal des conflits s'est prononcé par le jugement sus-indiqué.

² Trib. confl. 23 janv. 1989, *D.* 1989, *Jurisp.*, p. 367, note critique P. AMSELEK et F. DERRIDA ; *Rev. sociétés* 1989, p. 706, note critique GUYON ; *JCP. éd. G.* 1990, II, n° 21397, note E. ALFANDARI.

privé », c'est à dire dans un cadre juridique de droit public. Pour le juge des conflits, « la question de savoir si l'Etat, en accordant une aide à une entreprise en difficulté, s'est comporté en fait comme un dirigeant de celle-ci n'est pas dissociable de l'appréciation que la juridiction, si elle se trouve saisie, est nécessairement conduite à porter, en vue de déterminer si la responsabilité de l'Etat est engagée, sur les interventions de l'autorité publique à l'occasion des concours que celle-ci a dispensés à l'entreprise ». Le tribunal précise que les dispositions de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 ne permettaient pas au juge judiciaire de se déclarer compétent pour connaître de l'action en comblement de passif dirigée contre l'Etat alors que ce dernier n'était pas recherché en qualité de dirigeant de droit de la dite société. Compétence revenait donc au juge administratif pour déterminer si la personne morale de droit public avait exercé une activité autonome de gestion de la société susceptible de justifier sa qualité de dirigeant de fait.

Au regard de ces deux jugements du tribunal des conflits rendus le 2 juillet 1984 et le 23 janvier 1989, la question de savoir quelle juridiction avait compétence pour apprécier l'activité exercée par une personne morale de droit public dans la gestion d'une société semblait réglée sur la base de la distinction entre « la direction de droit » et « la direction de fait ». Lorsque la personne morale avait la qualité de dirigeant de droit, la juridiction judiciaire était compétente¹. En revanche, la compétence revenait au juge administratif lorsque la personne morale de droit public n'avait pas la qualité de dirigeant de droit.

Cette répartition de compétence fondée sur la distinction entre « la direction de droit » et « la direction de fait » pouvait s'expliquer. En effet, lorsque la personne morale de droit public était dirigeante de droit d'une société, il ne faisait aucun doute qu'elle se plaçait sous le régime de droit privé dans l'exercice de son activité de gestion de la société. En revanche, la qualification de dirigeant de fait supposait une appréciation de l'influence que l'Etat ou une collectivité publique avait, en mettant en œuvre ses prérogatives de puissance publiques, exercé sur la conduite des affaires d'une société. Dès lors, compétence revenait à la juridiction administrative car elle seule pouvait juger de la façon dont les prérogatives de puissance publique étaient exercées.

¹ Cass. com. 26 oct. 1999, *D.* 1999, *AJ.* p. 80 : application du critère de la direction de droit entraînant compétence de la juridiction judiciaire.

128- Mais la répartition de la compétence entre le juge judiciaire et le juge administratif fondée sur la distinction entre la direction de droit et la direction de fait a été remise en cause ultérieurement par un jugement du tribunal des conflits rendu le 15 novembre 1999, dans une affaire où le liquidateur d'une association tentait d'obtenir du juge judiciaire, la condamnation d'une collectivité locale, en qualité de dirigeant de droit, au paiement du passif d'une association soumise à la procédure de liquidation judiciaire. Ce jugement a décidé que l'appréciation de la responsabilité d'une personne morale de droit public prise en qualité de dirigeant de droit d'une autre personne morale, ressortit à la compétence de la juridiction administrative, lorsque la personne de droit public est intervenue « au titre de l'exercice d'une mission de service public administratif »¹. Selon cette décision, l'exercice d'une mission de service public administratif entraîne la compétence de la juridiction administrative. Exit donc la qualité – de dirigeant de droit – en vertu de laquelle la personne morale de droit public a accompli l'activité de gestion en cause alors que dans la jurisprudence antérieure, cette qualité était déterminante dans la désignation de la juridiction compétente.

Cette décision infléchit la solution jusque-là établie mais laisse ouverte la compétence des juridictions judiciaires dans certaines hypothèses. En effet, par une interprétation *a contrario*, il est permis d'affirmer que lorsque la personne morale de droit public n'est pas intervenue au titre de l'exercice de service public administratif, le juge judiciaire est compétent pour apprécier cette intervention et décider qu'elle constitue ou non une activité indépendante dans la gestion de la société. Le Tribunal des Conflits a confirmé cette interprétation par un jugement du 14 février 2000 qui a affirmé que la compétence est judiciaire dès lors que le service public administratif exercé par la personne morale de droit public n'est pas en cause².

¹ Trib. confl. 15 nov. 1999 (action en comblement de passif intentée contre le département de la Dordogne en qualité de dirigeant de droit de l'association « Comité d'expansion de la Dordogne », association en liquidation judiciaire), *D.* 2000, *AJ.* p. 11, obs. A. LIENHARD, *Cah. Dr. aff.* n° 1, *Act. jur.*, p. 11, obs. A. L.; *Dr. sociétés* 2000, comm. n° 54, obs. Y CHAPUT, *Petites affiches*, 17 avr. 2000, p. 11, note J.-L. COURTIER. Pour le tribunal, « la responsabilité qui peut incomber à l'Etat ou aux autres personnes morales de droit public en raison des dommages imputés à leurs services publics administratifs est soumise à un régime de droit public », à moins d'une dérogation expresse de la loi.

² Trib. confl. 14 fév. 2000 (action exercée contre une commune dirigeante de droit d'une société d'économie mixte), *Bull. civ.* 2000, Trib. confl. n° 1, p. 1 ; *D.* 2000, *AJ.* p. 205 ; *JCP. éd. E.* 2001, n° 49, p. 1961, note V. THOMAS.

L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 6 février 2001 reprend cette solution avec plus d'autorité. Dans cette affaire, déjà évoquée à propos des relations qui doivent être prises en considération par le juge pour décider qu'une personne morale a exercé une activité indépendante dans la direction d'une société¹, la question se posait aussi de savoir si la juridiction judiciaire avait compétence pour établir la qualité de dirigeant de fait d'une personne morale de droit public et apprécier le bien fondé de l'action en comblement de passif dirigée contre cette personne. La haute juridiction approuve les juges du fond d'avoir décidé qu'« il appartient aux juridictions de l'ordre judiciaire de connaître de l'action en paiement des dettes sociales dirigée contre un établissement public industriel et commercial en qualité de dirigeant de fait, dès lors qu'il est établi que ce dernier n'a pas soutenu avoir accompli une mission de service public administratif »².

Par l'arrêt du 6 février 2001, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir déterminé la juridiction compétente pour apprécier le caractère indépendant de l'activité de gestion imputable à une personne morale de droit public en se fondant sur la distinction entre « l'exercice d'une mission de service public », c'est à dire d'une prérogative de puissance publique et « l'exercice d'une activité industrielle ou commerciale »³. Les dernières décisions de la haute juridiction rendues dans des affaires où se posait la question de la juridiction compétente pour qualifier une personne de dirigeant de fait confirment l'application de ce nouveau critère⁴.

Cette répartition de compétence fondée sur la distinction entre « l'exercice d'une activité industrielle ou commerciale » et « l'exercice d'une mission de service public administratif » par la personne morale de droit public doit être approuvée. En effet, la personne morale de droit public qui réalise une activité industrielle ou commerciale en participant à la gestion de la société ne remplit pas une mission de service public administratif mais exerce plutôt une activité qui relève du droit privé. Elle ne met pas en œuvre ses prérogatives de puissance publique mais se place sous l'empire des règles du droit privé. Enfin, cette solution est conforme à une interprétation *a contrario* de la

¹ *Supra*, n° 117.

² Pour cette distinction, voir *infra* n° 129.

³ Le professeur DERRIDA préconise cette évolution. Obs. sous Cass. com. 6 févr. 2001, *D.* 2002, *Somm.* p. 81.

⁴ Cass. com. 8 janv. 2002, *Bull. civ.* IV, n° 7, p. 7 ; *JCP. éd. E* 2002, n° 80 ; *Dr. sociétés*, 2003, comm. 30, comm. J.-P. LEGROS ; Cass. com. 13 mai 2003, *D.* 2003, p. 2537, comm. J.-P. KARAQUILLO.

jurisprudence de l'arrêt Blanco qui a décidé que le contentieux relatif à la responsabilité de l'Etat et des personnes morales de droit publiques en raison de l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique relève de la compétence du juge administratif. *A contrario*, le juge judiciaire est compétent pour apprécier l'indépendance de l'activité industrielle ou commerciale exercée par l'Etat ou une collectivité publique et son rattachement à la gestion de la société.

129- Mais, la Cour de cassation a, par arrêt du 11 février 2003, cassé la décision d'une Cour d'appel qui avait retenu la compétence de la juridiction administrative pour connaître de l'action en comblement de passif dirigée contre une commune, sans rechercher si celle-ci était « dirigeant de droit ou de fait » de l'association et si le service géré par ladite association était « administratif ou industriel et commercial »¹. Cette motivation mélange différents critères usités par la jurisprudence à des époques différentes. Par ailleurs, une partie de la doctrine manifeste son attachement à la solution donnée par le jugement du tribunal des conflits du 23 janvier 1989 précité qui a affirmé que « seule la juridiction administrative est compétente pour apprécier la qualité de dirigeant de fait d'une collectivité publique »². La décision de la Cour de cassation rendue le 11 février 2003 et les résistances doctrinales à la solution fondée sur la distinction entre « l'exercice d'une activité industrielle ou commerciale » et « l'exercice d'une mission de service public administratif » créent des incertitudes sur le critère à prendre en considération pour désigner la juridiction compétente.

En réalité, l'appréciation de l'activité industrielle ou commerciale d'une personne morale de droit public recherchée en qualité de dirigeant de fait d'une société de droit privé doit ressortir à la compétence des juridictions judiciaires. Il en est ainsi parce que cette appréciation porte sur une activité soumise au régime de droit privé et accomplie par une personne qui n'exerce pas, dans cette hypothèse, des prérogatives de puissance publique. D'ailleurs, les arrêts de la Haute juridiction postérieurs³ à celui du 11 février

¹ Cass. civ. 11 fév. 2003, *D.* 2003, *AJ*, p. 623, obs. A. LIENHARD.

² Cf. M. JEANTIN, P. LE CANNU, *Droit commercial, instruments de paiement et de crédit, entreprises en difficulté*, Précis Dalloz, 7^e éd., 2005, n° 523.

³ Trib. Confl. 20 nov. 2006, pourvoi n°06-03570, *Bull. Conflits* 2006 n° 31 p. 41 : « Considérant que si la recherche de la responsabilité civile de l'Etat ou d'autres personnes morales de droit public au titre de l'exercice d'une mission de service administratif relève de la compétence des tribunaux de l'ordre administratif, une telle action relève de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire lorsque la responsabilité de l'Etat ou de la personne morale de droit public est recherchée au titre d'une activité à

2003 réaffirme l'enracinement de la solution fondée sur la distinction entre « l'exercice d'une activité industrielle ou commerciale » et « l'exercice d'une mission de service public administratif ». Il appartient donc au juge judiciaire d'apprécier l'indépendance de l'activité de gestion d'une société réalisée par une personne morale de droit public, dirigeante de droit ou de fait.

130- D'une manière générale, le régime juridique d'une activité détermine, d'une part, la compétence de la juridiction susceptible d'apprécier cette activité et, d'autre part, le régime de la responsabilité de son auteur. La doctrine administrative distingue le statut de la personne morale de son comportement¹. Le statut de l'Etat et des collectivités publiques relève du régime de droit public alors que le comportement est régi soit par le droit public, lorsque la personne morale exerce une activité de service public, soit par le droit privé, lorsqu'elle réalise une activité soumise au régime de droit privé. Ainsi, il appartient au juge judiciaire d'apprécier l'indépendance d'une activité de gestion imputable à une personne morale de droit public et d'attribuer ou non la qualité de dirigeant de fait à cette personne morale. Mais, comment est appréciée l'indépendance lorsque l'activité de gestion est imputable à une personne morale ?

B- La réalité de l'indépendance des personnes morales

131- Une personne morale peut-elle exercer une activité de gestion en toute indépendance² ? Une telle personne est-elle véritablement indépendante alors qu'elle ne peut agir que par l'intermédiaire de personnes physiques ? L'indépendance de la personne morale n'est-elle pas en réalité celle de ses membres ou des personnes physiques qui agissent en son nom ? Ces questions montrent qu'il peut être difficile de reconnaître l'indépendance d'une activité de gestion imputable à une personne morale.

caractère industriel ou commercial sans qu'il y ait lieu de distinguer si la collectivité publique concernée a agi en qualité de dirigeant de fait ou de droit » ; Cass. com. 7 mars 2006, pourvoi n° 04-17402, *legifrance.gouv.fr*.

¹ V. en ce sens, M. BAZEX, note sous C.A. Paris, 17 déc. 1991, *Rev. sociétés* 1992, p. 515, spéc., p. 525.

² Historiquement, les personnes physiques sont les premières à avoir été qualifiées de dirigeant de fait. La jurisprudence commerciale a longtemps hésité à attribuer la qualification de dirigeant de fait aux personnes morales. Cf. J.-M. MACQUERON, *La notion de dirigeant de fait*, thèse Rouen 1982, p. 82, n° 81 et s. Mais, cette réticence n'est plus observable aujourd'hui.

En théorie, la personne morale est indépendante car elle jouit de la personnalité morale. En pratique cependant, les personnes qui agissent au nom de la société sont les véritables bénéficiaires de cette faculté d'agir librement.

132- En principe, la personne morale a les mêmes aptitudes juridiques que la personne physique. Elle a la personnalité morale et jouit, par conséquent, d'une existence autonome et d'une volonté indépendante des personnes qui l'ont constituée ou qui sont ses intermédiaires auprès d'autres personnes ou sujets de droit. La reconnaissance de la personnalité morale et l'application des règles de représentation obligent à imputer à la personne morale, les actes accomplis en son nom et pour son compte par ses représentants légaux. Le législateur reconnaît aux personnes morales, l'aptitude à diriger des sociétés¹. Quant à la jurisprudence, elle recèle d'innombrables exemples dans lesquels la qualité de dirigeant de fait est reconnue à des personnes morales².

L'indépendance de la personne morale n'est pas remise en cause même lorsque cette personne est placée sous le contrôle ou la tutelle d'une autre personne car, même dans ces hypothèses, la personne morale conserve une autonomie décisionnelle réelle³. Le Pr. BARBIERI indique en ce sens, à propos des établissements publics, que leur personnalité apparaît suffisamment opaque ou « réelle » pour que leur autonomie décisionnelle ne puisse être mise en doute⁴.

¹ La personne morale peut être dirigeante de droit d'une société. Cf. *C. com.*, art. L. 221-3 al. 2 (art. 12, loi du 24 juill. 1966) pour la SNC et la SCS ; *C. com.*, art. L. 225-20, (art. 91 de la loi précitée) pour la S.A. classique et la SCA par renvoi de l'art. L. 226-1 du *C. com.* (art. 251 de la loi précitée) et enfin, art. L. 227-7 du *C. com.* (art. 262-8 de la loi précitée) pour la SAS. Mais, les S.A.R.L. et les S.A. avec directoire et conseil de surveillance ne peuvent être dirigées que par des personnes physiques. Cf. *C. com.*, art. L. 223-18 al. 1^{er} (art. 49, loi du 24 juill. 1966) : « *La société à responsabilité limitée est gérée par une ou plusieurs personnes physiques* » ; art. L. 225-59 al. 3 nouv. *C. com.* (art. 120, loi du 24 juill. 1966) : « *A peine de nullité de la nomination, les membres du directoire ou le D.G. unique sont des personnes physiques. Ils peuvent être choisis en dehors des actionnaires* ».

² Cass. com. 23 nov. 1999, *RJDA* 2000, n° 270, p. 227, société qui a transféré à sa filiale une licence d'exploitation mais a continué de gérer en toute indépendance la branche d'activité transférée. Cass. com. 26 juin 2001, *Dr. sociétés*, 2001, comm. 140, obs. LEGROS. D'ailleurs, dans la mesure où la direction de fait s'affranchit de la légalité, il faut considérer qu'elle est envisageable même dans les sociétés que les personnes morales ne peuvent gérer. Dans cette dernière hypothèse, elle sera appréciée avec plus de sévérité car, si la gestion légale par une personne morale est interdite, *a fortiori* la direction de fait par la même personne.

³ Cass. civ. 4 janv. 1995, *Bull. civ.* I, n° 6 ; 27 janv. 1998, *Bull. civ.* I, n° 3 ; 15 juill. 1999, *Bull. civ.* I, n° 241 ; Cass. com. 6 févr. 2001.

⁴ Cf. note sous Cass. com. 6 févr. 2001, *op. cit.*, p. 599, n° 3, n° 5 et 6.

D'une manière générale, la personne morale de droit public ou de droit privé a une autonomie décisionnelle car sa personnalité morale la distingue des sujets de droit qui l'ont créée, qui la contrôlent ou qui agissent en son nom et pour son compte. En ce qui concerne les groupes de sociétés, la jurisprudence affirme de manière constante le principe de l'autonomie¹ des sociétés, mêmes lorsqu'elles appartiennent à un même groupe². Ainsi, le contrôle qu'une personne ou un groupe de personnes exerce sur une société ne suffit pas à anéantir l'indépendance de cette dernière. Dès lors, la personne morale peut exercer une activité de direction d'une société sans être soumise aux personnes physiques ou morales qui l'ont constituée, qui la contrôlent ou qui exercent une tutelle sur elle.

Le raisonnement inverse peut produire des conséquences désastreuses sur la responsabilité des dirigeants des personnes morales. Il aboutit à renier l'indépendance juridique de chaque personne morale et à méconnaître le pouvoir général de décision des dirigeants de filiales ou des personnes morales sous tutelle en considérant que ces dirigeants n'ont aucune autonomie. Il ouvre la possibilité aux dirigeants légaux de se prévaloir du contrôle exercé sur eux par les sociétés mères ou les autorités de tutelle pour exciper de l'inexistence de leur indépendance, d'une part, dans la gestion de la société à l'égard de laquelle ils ont la qualité de dirigeant de droit et, d'autre part, dans la direction de fait d'une autre société. Il peut en résulter une irresponsabilité des dirigeants de toute personne morale placée sous le contrôle d'une autre, à moins que la coresponsabilité des dirigeants de la personne morale contrôlée et de la personne morale qui exerce ce contrôle ne soit envisagée. La personnalité morale peut empêcher la réalisation de tous ces effets néfastes car elle fonde juridiquement l'aptitude d'une personne morale à exercer une activité indépendante dans la gestion d'une société.

133- Mais, la personnalité morale est une fiction juridique dont le but est de créer en faveur de son bénéficiaire, l'apparence d'une existence autonome et réelle pour assurer la préservation des intérêts de ce dernier et ceux des personnes qui lui sont liées. L'intérêt de cette fiction juridique ne saurait empêcher de s'interroger sur la réalité du

¹ V. *L'immixtion d'une société dans la gestion d'une autre du même groupe*, supra n° 92 s. et infra n° 119 s.

² Cass. com., 24 mai 1982 : BIS, janvier 1983, Inf. n° 12, considérant, dans une espèce, que la société mère ne devait pas être rendue responsable de la rupture d'un contrat d'exclusivité consenti par sa filiale. Cass. com. 29 juin 1993, *JCP.*, éd. E, 1994, II, 562, note Ch. HANNOUN : sauf apparence fautive ou fictivité avérée, la société mère n'a pas à répondre des engagements contractés par sa filiale, même à 100 %. Voir

pouvoir dans la personne morale. En pratique, la personne morale est immatérielle et ne peut décider ou agir que par l'intermédiaire de personnes physiques. Dès lors, son indépendance n'est-elle pas concrètement celle des personnes physiques qui agissent en son nom ? Celles-ci ne doivent-elles pas être considérées non seulement comme ses représentantes, mais aussi comme les personnes qui jouissent véritablement de son indépendance ?

134- L'examen des dispositions législatives et de la jurisprudence relatives respectivement à la direction de la société par les personnes morales et à l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à ces personnes permet de démontrer que l'indépendance d'une personne morale est en réalité celle dont ses dirigeants font preuve et que l'autonomie de l'activité de gestion imputable à une personne morale s'apprécie en considération de la liberté de ces dirigeants.

Le législateur reconnaît aux personnes morales l'aptitude à diriger des sociétés. En ce sens, l'article L. 225-20 alinéa 1 du Code de commerce dispose que dans la société anonyme avec conseil d'administration, « une personne morale peut être nommée administrateur ». Cet article ajoute que « 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 »¹. Par ces deux règles, le législateur reconnaît que l'aptitude à agir et l'indépendance sont des prérogatives que la personne morale ne peut pas mettre en œuvre directement mais seulement par l'intermédiaire de ses représentants personnes physiques. Celles-ci sont donc détentrices et usufruitières de l'indépendance de la personne morale dirigeante, mais dans l'intérêt de cette dernière. Aussi, encourent-elles, comme la société au nom et pour le compte de laquelle elles agissent, une responsabilité civile et pénale². Il

aussi Cass. com., 2 mai 2001 *Bull. Joly* 2001, p. 1098, note P. SCHOLER ; Cass. civ. 25 févr. 2004, *Bull. civ.* III, n° 38; CA Versailles, 22 février 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 505, § 172, note M. PARIENTE.

¹ Voir aussi, *C. com.* art. L. 221-3 al. 2 (S.N.C.), L. 226-1 (S.C.A.) et L. 227-7 (S.A.S.). Cass. com. 2 déc. 1986, *Rev. sociétés* 1987, p. 409 ; Paris, 18 juin 1991, *Rev. sociétés* 1991, *Somm.*, p. 827. Sur la critique de cette règle, voir Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 2, 9^e éd. 2003, n° 1391.

² D'une manière générale, en ce qui concerne le passif d'une personne morale, les dispositions relatives à la responsabilité de la gestion sociale énoncent que l'obligation au passif d'une personne morale incombe à cette dernière, mais aussi que la personne physique qui est son représentant permanent encourt la même responsabilité que si elle conduisait les affaires sociales en son nom propre.

en résulte que lorsqu'une personne morale exerce en droit ou en fait la gestion d'une société, la responsabilité¹ de cette activité peut incomber, non seulement à cette société elle-même, mais aussi à la personne morale dirigeante, à ses représentants personnes physiques et même à son dirigeant de fait.

Les décisions des tribunaux confirment la substitution de la personne physique à la personne morale notamment dans l'établissement de la direction de fait et de la faute intentionnelle de la personne morale. En effet, pour reconnaître qu'une personne morale a dirigé en fait une société, les tribunaux relèvent que des personnes physiques agissant en son nom, ont accompli en toute indépendance, des actes de gestion de cette société². La direction de fait peut même être imputée à une personne morale elle-même dirigée en fait. Ainsi, la Cour d'appel de Paris³ a décidé le 23 mai 1997 qu'une société-mère, qui prétendait avoir été dirigée en fait par le holding du groupe auquel elle appartenait, avait la qualité de dirigeant de fait de sa filiale. Les juges ont considéré que malgré l'influence du holding, les personnes physiques dirigeant la société-mère avaient accompli en toute indépendance, des actes de gestion de la société filiale.

135- Par ailleurs, la faute intentionnelle de la personne morale s'apprécie en la personne physique dirigeante de droit ou de fait de cette personne morale. Ainsi, ce sont les actes de la personne physique dirigeant la société qui établissent la faute intentionnelle de cette personne morale car seule la personne physique peut agir librement et de façon intentionnelle. En matière de contrat, la Cour de cassation a ainsi décidé le 6 avril 2004⁴ que lorsque le contrat d'assurance est souscrit au nom d'une personne morale, la faute intentionnelle en vertu de laquelle l'assureur peut dénier sa garantie⁵ à l'assuré s'apprécie en la personne du dirigeant de droit ou de fait de cette personne morale.

En définitive, les tribunaux déterminent le caractère autonome d'une activité de gestion exercée par une personne morale en prenant en considération la réalité du pouvoir

¹ Cf. La responsabilité du dirigeant de fait, infra n° 247 s.

² De nombreux arrêts attribuent la qualité de dirigeant de fait aux personnes morales. Ex. : Cass. com. 2 nov. 2005, *Bull. Joly Sociétés*, 01 avr. 2006 n° 4, p. 469, note François-Xavier LUCAS ; 27 juin 2006, *Bull. Joly* 2006, n° 12, p. 1372, note F.-X. LUCAS ; *D.*, 2006, p. 1892, obs. A. LIENHARD et p. 2534, note R. DAMMAN et J. PASZKUDZKI ; *JCP E*, 2006, p. 2408, note Y. REINHARD.

³ C.A. Paris, 23 mai 1997, *RJDA* 1997, n° 1277.

⁴ Cass. civ. 6 avr. 2004, *Bull. civ. I*, n° 108 p. 88.

⁵ En vertu de l'article L. 113- 1, alinéa 2, du *Code des assurances*.

dans ce groupement. Par conséquent, l'indépendance s'apprécie à l'aune de la liberté dont jouit l'individu qui agit au nom de la personne morale dirigeante¹. Cela ne revient pas à nier l'existence de la société, mais à reconnaître les limites de la fiction juridique que représente la personnalité morale². Ce raisonnement *in concreto* est indispensable car la personne qui exerce l'activité de gestion d'une société peut se dissimuler derrière une autre. Il est donc important pour les magistrats de rechercher, dans toutes les situations auxquelles ils sont confrontés, les personnes qui disposent véritablement de la liberté qu'exige l'exercice d'un pouvoir autonome dans la gestion d'une société.

L'autonomie d'une activité de gestion de la société se révèle par l'indépendance dont jouit la personne qui exerce cette activité et au moment où elle l'exerce. Mais, lorsque l'indépendance n'est pas établie, le caractère autonome peut ressortir de l'autorité dont bénéficie l'auteur de cette activité à l'intérieur et à l'extérieur de la société.

Section II- L'autorité de l'auteur de la gestion

136- Le terme « autorité » désigne le pouvoir d'une personne de se faire obéir, d'imposer sa volonté dans un groupe ou un espace donné. Il équivaut au terme « souveraineté » consacré par la jurisprudence et la doctrine. Normalement, dans la société, l'autorité est un pouvoir reconnu à la personne qui a la qualité de dirigeant légal, en vertu de sa nomination régulière. Mais une autre personne peut avoir ce pouvoir dans la société, notamment en raison de l'importance de sa participation au capital social, de ses liens avec les dirigeants sociaux ou les associés ou en raison de ses compétences³. Elle peut alors intervenir dans la gestion sociale, imposer ses décisions dans la société et même obtenir la confiance des tiers qui traitent avec la société.

¹ Cass. com. 27 juin 2006 précitée ; Cass. com. 31 janv. 1978, *D.* 1978, *I.R.* 286.

² « Une société - c'est une vérité qu'obscurcit trop souvent la fiction de la personnalité morale - n'a pas, comme une personne physique, de vie *réelle* propre. Elle ne se meut que par les hommes qui l'administrent et la dirigent. Et quand son directeur est, comme dans l'espèce, tout dans la société, quand elle se confond avec lui, n'est-il pas évident qu'elle n'est alors qu'un masque *inerte* et *passif*, une forme qui le dissimule frauduleusement ». Cf. J. PERCEROU, note sous Req. 29 juin 1908, *D.* 1910, 1, 233.

³ L'autorité peut même résulter de pouvoirs attribués par les dirigeants légaux à la personne qui exerce l'activité de direction de la société. Cf. Cass. crim. 12 oct. 1995, *Bull. crim.* n° 305 ; *Rev. sociétés* 1996, p. 319, note B. BOULOC : associé majoritaire qui assurait l'administration de la société et les relations avec les banques, les fournisseurs et les clients au moyen d'une procuration. C.A. Paris, 23 mai 1997, *BRDA* 1997, n° 18, p. 2.

L'autorité est révélée par des « indices », c'est à dire des faits imputables à une personne et qui démontrent qu'elle a exercé certains droits ou obligations habituellement liés au statut de dirigeant social. L'existence de l'autorité ne conduit pas systématiquement les magistrats à reconnaître qu'une personne a dirigé une société. Toutefois, la réalisation d'une activité de gestion sociale suppose que la personne qui en est l'auteur a une **autorité interne (§1)** et **externe (§2)** à cette société.

§1- L'autorité interne

137- L'autorité interne est celle dont bénéficie une personne dans une société ou dans la réalisation de la gestion interne d'une société. *A priori*, elle n'est reconnue qu'au dirigeant de droit puisque c'est ce dernier qui a un pouvoir hiérarchique sur les personnes qui participent à l'activité sociale. Ainsi, l'attribution régulière du pouvoir de gestion à une personne entraîne le transfert à cette personne du pouvoir d'imposer ses décisions aux personnes qui participent à l'exécution de l'activité sociale. Dès lors, comment l'autorité interne peut-elle exister en faveur d'une personne qui n'a pas la qualité de dirigeant de droit ?

L'autorité interne se révèle par des faits qui démontrent qu'une personne impose ses décisions dans la société. Elle échoit, en principe, aux dirigeants légaux. Dès lors, une autre personne ne peut jouir d'une autorité interne dans la société que si elle a un pouvoir de domination sur les dirigeants de droit. Une telle autorité existe donc au détriment de la liberté des dirigeants sociaux ; elle constitue une atteinte à leur indépendance. La personne qui en bénéficie peut réaliser indûment une activité de gestion sociale parce qu'elle a une **emprise sur les dirigeants légaux (A)** ou **la maîtrise de l'affaire (B)**.

A- L'emprise de l'auteur de la gestion induite sur les dirigeants légaux

Une personne a une emprise sur les dirigeants sociaux lorsqu'elle tient ces derniers sous sa domination. Elle peut alors leur imposer ses décisions ou les supplanter simplement dans la gestion de la société. Comment reconnaître que les dirigeants légaux d'une société sont placés sous l'emprise d'une personne qui exerce indûment la gestion de cette société ?

138- L'emprise qu'une personne exerce sur les dirigeants de droit peut être établie par des comportements très variés. Il peut s'agir de l'exercice d'une activité relative en théorie au pouvoir légal de contrôle de la société ou à l'exécution de fonctions techniques. La difficulté est d'établir la frontière entre la simple influence exercée par une personne sur les dirigeants sociaux et la domination de ceux-là par celle-ci. Dès lors, il importe surtout de préciser le critère de l'emprise que l'auteur de la gestion induite de la société a sur les dirigeants sociaux, c'est à dire l'élément qui permet de reconnaître un caractère autonome à une activité exercée dans le domaine de la gestion par une personne qui n'a pas la qualité de dirigeant légal.

Dans une affaire jugée par la Cour de cassation le 30 mai 2006, les juges du fond avaient attribué la qualité de dirigeant de fait à l'associé d'une société soumise à la procédure de liquidation judiciaire¹. En l'espèce, cet associé avait eu un rôle déterminant dans la création de la dite société et le lancement des activités sociales. Il détenait la majorité des parts sociales lors des assemblées générales du fait de la représentation d'un autre associé et avait influencé la société et son gérant pour que soit réalisé l'achat d'une machine nécessaire au lancement de l'activité commerciale. En outre, il avait apporté un portefeuille clients à la société. La Cour d'appel a condamné cet associé, en qualité de dirigeant de fait, à payer l'intégralité de l'insuffisance d'actif de la société, sur le fondement de l'article L.624-3 du Code de commerce. La Haute juridiction censure cette décision pour manque de base légale car l'influence reconnue à cet associé n'établissait pas qu'il avait exercé une activité positive de gestion de la société. Cet exemple montre qu'en l'absence d'actes de gestion accomplis en toute indépendance, il n'est pas possible de considérer que la personne qui a simplement une influence dans la société tient les dirigeants sociaux sous sa domination et exerce la gestion de la société.

Cette décision est conforme à la jurisprudence² de la Cour de cassation qui refuse d'attribuer la qualité de dirigeant de fait à une personne au motif exclusif que celle-ci a simplement exercé sur la société, l'influence que lui procure sa qualité d'associé, de cadre ou de cocontractant de la société. Déjà, un arrêt rendu le 12 juillet 2005 par la Cour

¹ Cass. com. 30 mai 2006, pourvoi n° 05-14958, *legifrance.gouv.fr*.

² Cass. crim. 19 oct. 2005, pourvoi n° 04-85098, *legifrance.gouv.fr* ; Cass. com. 06 févr. 1979, *Bull. civ. IV*, n° 53, p. 41 ; 9 mai 1978, *Bull. civ. IV*, n° 136, p. 114.

de cassation¹ avait refusé de considérer que l'influence exercée par trois membres du conseil de surveillance d'une société suffisait à caractériser l'exercice d'une activité positive de gestion de cette société. Dans cette affaire, la Cour de cassation a décidé que doit être cassé pour manque de base légale l'arrêt dans lequel la Cour d'appel a retenu que les trois membres du conseil de surveillance étaient majoritaires en capital et en voix de sorte qu'ils exerçaient une influence certaine sur la marche et la conduite de la société et avaient donc la qualité de dirigeant de fait, alors que ces motifs étaient impropres à caractériser en quoi les intéressés avaient, en dehors de leur mission de membres du conseil de surveillance, en fait, exercé, séparément ou ensemble, et en toute indépendance, une activité positive de direction dans la société.

139- Indépendamment du rappel de l'exigence des actes de gestion dans la qualification de la direction de fait, ces arrêts rendus par la Cour de cassation les 30 mai 2006 et 12 juillet 2005 présentent un grand intérêt car ils établissent une distinction entre, d'une part, l'influence qu'une personne peut avoir sur la société et sur les dirigeants sociaux et, d'autre part, la direction de fait de cette société par la même personne. Dans ces décisions, la Cour de cassation affirme que l'influence qu'une personne a sur la société et sur les dirigeants sociaux n'est pas constitutive d'une activité positive de direction imputable à cette personne.

En réalité, pour que la direction de fait soit reconnue, il n'est pas nécessaire que la personne à laquelle cette activité est imputable ait accompli elle-même des actes de gestion de fait de la société concernée. La direction de fait peut en effet être réalisée au moyen d'une interposition de personne. Les arrêts sus-indiqués censurent les décisions des juges du fond parce qu'elles n'ont pas établi clairement le lien entre l'influence exercée sur les dirigeants légaux et la gestion qui a été réalisée. Il ressort de ces arrêts que toutes les influences qu'une personne peut avoir sur les dirigeants légaux ne conduisent pas à la maîtrise ou à la domination de ces dirigeants. Dès lors, quel est le critère de l'influence qui, exercée par une personne sur les dirigeants de droit, établit l'existence d'une emprise sur ceux-ci ?

¹ Cass. com. 12 juill. 2005, *Bull. civ. IV*, n° 174, p. 187 ; *Rev. sociétés* 2006, n° 1, p. 162. Décision attaquée : CA Nancy, 18 déc. 2002. Cf. *supra* n° 99 s.

Dans une affaire jugée le 13 mai 2003 par la Cour de cassation, la Cour d'appel de Rouen avait attribué la qualité de dirigeant de fait d'une association à une Commune au motif qu'en vertu d'une convention la liant à cette association, la Commune devait donner son accord aux projets d'investissements de l'association, qu'elle participait à la fixation des tarifs de location de la salle polyvalente de cette personne morale et que le bilan financier annuel devait lui être soumis. La Cour de cassation¹ approuve cette décision en reprenant les motifs des juges du fond. Pour la Haute juridiction, les faits relevés par les juges du fond établissaient que l'organisation des relations entre l'association et la Commune conférait à cette dernière « des possibilités de suivi, de contrôle et des pouvoirs au regard de la gestion et des décisions de l'association ».

Dans cette affaire, le contrôle exercé par la Commune sur l'association conférait à la première, des prérogatives qui portaient gravement atteinte à la liberté dont les dirigeants de la seconde devaient bénéficier pour exercer leurs fonctions. Par exemple, la comptabilité de l'association était tenue par le secrétariat de la mairie auquel l'état des recettes et des dépenses était remis chaque semaine, la Commune devait donner son accord aux projets d'investissements de l'association, les tarifs de location de la salle polyvalente étaient établis en commun avec le conseil municipal et le bilan financier annuel devait lui être soumis. La mise en œuvre de ces pouvoirs a conduit à la soumission des dirigeants associatifs à la volonté de la Commune. Ainsi, le contrôle excessif exercé par une personne sur l'activité des dirigeants peut les priver de leur liberté.

140- Certes, cette décision était relative à la direction de fait d'une association. Mais l'élément qui a permis aux magistrats d'établir l'existence d'une direction de fait imputable à la Commune, c'est à dire l'emprise excessive exercée par cette dernière sur les dirigeants associatifs, est aussi valable pour démontrer qu'une personne a exercé une telle activité dans une société. Une telle emprise est établie lorsque en raison de son influence sur la société ou sur les dirigeants sociaux, une personne en vient à jouir de la liberté qui est normalement reconnue au dirigeant de droit dans la conduite des affaires sociales.

¹ Cf. Cass. com. 13 mai 2003, pourvoi n° 01-17.505, *legifrance.gouv.fr*. Décision attaquée : cour d'appel de Rouen (chambre civile 1, Cabinet 1) 10 oct. 2001.

Dans l'arrêt *B.R.G.M.* du 6 février 2001¹, la Cour de cassation² approuve les juges du fond d'avoir reconnu que l'établissement public *B.R.G.M.* et la société *Coframines* avaient dirigé en fait la société des Mines et Produits Chimiques de Salsigne (*M.P.C.S.*) en exerçant « un véritable contrôle » des dirigeants de droit de cette dernière. Dans cette affaire, les personnes qualifiées de dirigeants de fait avaient placé le conseil d'administration de la société *Coframines* « dans une situation de dépendance », notamment « en faisant dépendre ses décisions du résultat de leurs recherches ». Cette dernière formule utilisée par la Cour de cassation signifie que les mécanismes de contrôle mis en place par le *B.R.G.M.* et la société *Coframines* privaient les dirigeants légaux de leur liberté et les plaçaient, dans l'exercice de leurs fonctions, sous la domination de ces personnes morales qui effectuaient les dites recherches. Dès lors, le pouvoir d'apprécier de manière autonome, l'opportunité des décisions de gestion n'était plus exercé par les dirigeants légaux, mais par le *B.R.G.M.* et la société *Coframines* qualifiés, par conséquent, de dirigeant de fait.

Ainsi, l'influence qu'une personne exerce sur les dirigeants légaux se transforme en domination lorsque cette personne jouit, en lieu et place de ces dirigeants, de la liberté de prendre des décisions dans la conduite des affaires sociales. Elle a pour effet d'empêcher les dirigeants sociaux de mettre en œuvre leur pouvoir général de décision. Une personne exerce donc une emprise sur les dirigeants sociaux lorsque son influence ou son activité leur fait perdre la liberté de prendre les actes de gestion de la société et d'imposer leur respect dans la société, en temps voulu et dans les domaines³ qui relèvent de leur compétence. L'emprise sur les dirigeants sociaux confère à une personne l'autorité interne dans la société⁴. L'autorité interne se révèle également par la maîtrise que son titulaire a sur l'affaire sociale.

¹ *Supra* n° 116 s., : *Les éléments généraux d'appréciation de l'indépendance*.

² V. aussi, Cass. com. 26 juin 2001, *Dr. sociétés*, 2001, comm. 140, obs. LEGROS. ; Cass. soc. 19 nov. 1992, pourvoi n° 91-43.689, *Gantinc/ S. Prit's*, précité ; Cass. com. 18 mai 1981, *Gaz. Pal.* 1982, *pan.*, 30 : associé majoritaire qui décidait souvent des actes sociaux par l'intermédiaire d'un comité de direction qui avait supplanté les organes légaux de direction.

³ Sur ces domaines, voir *La gestion interne de la société*, *supra* n° 23 s.

⁴ Voir aussi, C.A. Bordeaux, 16 janv. 1984, *JCP.* 1985, *éd. E. I.* 14004, obs. CABRILLAC et VIVANT : activité des membres d'un conseil de surveillance statutaire d'une société à responsabilité limitée considérée comme limitative de l'indépendance du dirigeant légal au motif que ce conseil devait donner son autorisation préalable à toute opération financière dépassant mille francs.

B- La maîtrise de l'affaire

141- L'expression « maîtrise de l'affaire » caractérise l'exercice par une personne, d'un pouvoir général de contrôle sur le fonctionnement de la société. Les origines de ce concept doivent être précisées en matière économique et financière, en droit commercial et en droit fiscal afin d'indiquer son importance dans l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à une personne. La maîtrise de l'affaire est une manifestation de l'autorité dont une personne jouit dans la société. Son critère de reconnaissance doit être précisé.

Le sens du concept de maîtrise de l'affaire varie en fonction des disciplines.

142- La maîtrise de l'affaire a une origine économique et financière. Dans cette matière, elle désigne généralement le contrôle qu'une personne, souvent associée, qui a une part importante du capital social ou des moyens de production d'une société exerce sur celle-ci. En droit commercial, l'expression « maître de l'affaire » est apparue dans le cadre de l'extension de la responsabilité du passif social aux personnes autres que les commerçants et les dirigeants de droit. Avant les lois des 24 juillet 1966 et 13 décembre 1967, le concept de « maître de l'affaire » a été utilisé par les juges pour démasquer le commerçant dissimulé derrière la société¹. Le maître de l'affaire était alors la personne qui, sous le couvert de la société masquant ses agissements, faisait des actes de commerce dans son intérêt personnel et disposait des capitaux sociaux comme des siens propres. La notion de « maîtrise de l'affaire » permettait aussi d'identifier la personne qui agissait comme le patron effectif² de la société. Dans le premier cas, le maître de l'affaire était justiciable des

¹ Cf. Req. 9 fév. 1932, S. 1932. 1. 177, note H. ROUSSEAU : « ... bien que la société eût une existence propre et une apparence régulière, Vidal n'en était pas moins son maître, qu'il a exercé le commerce par son entremise et qu'il devait être considéré comme responsable des actes et du passif de la société qui avait agi vis à vis de lui dans la limite du mandat qu'il lui donnait et que leurs faillites devaient être communes ». Décision connue sous l'appellation d'arrêt Vidal, du nom de cet associé majoritaire auquel la faillite a été étendue. V. aussi, Req. 9 fév. 1935, D. 1935, 1, 38, qui déclare que l'individu qui faisait des actes de commerce, disposait des capitaux sociaux comme des siens propres et avait la haute main sur les administrateurs et les choisissait était le "maître de l'affaire", bien que la société eût une existence propre.

² C.A. Paris, 20 juin 1951, *Gaz. Pal.* 1951. II. 146 : déclaration de faillite d'un associé majoritaire, ancien gérant, frappé d'incapacité de gérer, qui a continué à agir comme étant le seul « maître de l'affaire » en exerçant la gérance effective de la société et qui, sous le couvert de cette société masquant ses agissements, faisait des actes de commerce dans son intérêt personnel et disposait des capitaux sociaux comme des siens propres. Cass. com. et fin. 7 nov. 1950, *Gaz. Pal.* 1950. II. 431 : ancien failli qui, sous l'apparence d'un simple préposé, agissait comme « le patron effectif » de la société. V. aussi, l'affaire jugée le 28 mai 1962 par la Cour de cassation où manifestement la gérance de fait d'une SARL par une autre SARL était constituée. La Cour de cassation n'a cependant pas retenu la responsabilité de la personne morale, gérante

règles de responsabilité applicables aux commerçants et, dans le second, des règles de responsabilité des dirigeants légaux de la société dirigée. Actuellement, les tribunaux utilisent l'expression « maître de l'affaire » pour désigner la personne qui contrôle les dirigeants légaux ou les organes sociaux et conduit en réalité les affaires de la société sans avoir la qualité de dirigeant légal¹.

143- En droit fiscal, la maîtrise de l'affaire, lorsqu'elle est établie en faveur d'une personne, préside à la détermination du statut fiscal de cette personne. Dans le cadre de l'appréciation de la qualité de dirigeant de fait, la qualité de maître de l'affaire n'est reconnue qu'à la personne qui « participe étroitement à la direction de l'entreprise » et « exerce un contrôle effectif sur sa marche »². Ainsi, en ce qui concerne la direction de fait, le juge judiciaire et le juge administratif exigent tous deux que la maîtrise de l'affaire soit caractérisée par la participation effective de son titulaire à la gestion de la société.

144- La maîtrise de l'affaire est une manifestation de l'autorité d'une personne dans la société. Quel élément spécifique permet de reconnaître sa réalité ? Quel est son critère ?

Dans un arrêt du 22 octobre 1996, la chambre commerciale de la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir retenu la qualité de maître de l'affaire contre l'associé qui « se comportait comme le véritable animateur de l'entreprise (...) en dirigeant le personnel (...) et en s'occupant des fournisseurs et des clients, en oeuvrant habilement sous le couvert de sa nièce, Mademoiselle Marchand, assistante médicale à temps plein qui lui servait de prête-nom »¹. De même, la chambre criminelle de la Cour de cassation a confirmé, le 12 octobre 1995, l'arrêt d'appel qui avait qualifié de gérant de fait, l'associé

de fait (décret de 1953), elle a plutôt étendu la faillite à l'ancien gérant de la société gérante de fait au motif que celui-ci était resté le maître de l'affaire de celle-là. Cf. *Bull. civ.* 1962, III, n° 281, p. 231.

¹ Cass. crim. 15 mars 1993, pourvoi n° 92-82.648, inédit ; Cass. com. 22 oct. 1996, pourvoi n° 94-16.914, inédit ; Cass. com. 5 févr. 2002, pourvoi n° 98-21.658, inédit ; CA Versailles, 13 sept. 2001, *Bull. Joly* 2001, n° 1, p. 66 : refus des juges de reconnaître la qualité de salarié de la personne qui n'était pas placée sous la subordination du gérant de la société et qui se comportait en maître de l'affaire.

² Cf. C. E. 7 févr. 1957, req. n° 35-819, *Rec. Lebon*, p. 81 ; C. E. 29 janv. 1992, req. n° 79-672, *Quot. jur.* n° 41, 21 mai 1992, p. 4, note D. DAVOUST. A été qualifié de dirigeant de fait, le directeur commercial d'une SARL qui possédait, avec son frère, la totalité des parts sociales et qui disposait et exerçait de manière effective, des pouvoirs étendus de contrôle sur la société en signant des effets de commerce, des reconnaissances de dettes et des déclarations fiscales, en fixant le prix des prestations de la clientèle et en engageant et en réglant les dépenses de fonctionnement de la société, cf. C. E. 10 févr. 1993, req. n° 96-400, *Liaison jur. et fiscales*, 25 mars 1993, p. 2 ; *Dr. fisc.* 1993, n° 1397.

d'une société à responsabilité limitée qui avait assuré l'administration de cette société ainsi que les relations avec les fournisseurs, les clients et les banques au moyen d'une procuration².

Dans ces arrêts comme dans bien d'autres³, les faits relevés par les juges démontrent que la personne à laquelle la maîtrise de la société était imputée intervenait dans tous les domaines relatifs à la gestion de la société sans rencontrer l'opposition des dirigeants sociaux institutionnels ni encourir la réprobation des autres organes sociaux ou des associés. Ces constatations indiquent que l'auteur des actes de gestion avait le contrôle non seulement des dirigeants sociaux, mais aussi de la société, des associés et du personnel social car, à défaut, ses décisions n'auraient pas été respectées par ces personnes, elles n'auraient pas été suivies d'effet. Il en résulte que le critère déterminant de la maîtrise de l'affaire est l'emprise exercée par son auteur sur la société, sur l'activité sociale, le personnel social et quelquefois sur les organes sociaux. La maîtrise de l'affaire implique donc l'existence d'un pouvoir général de décision dans la société exercé directement ou par personne interposée. Ainsi, le maître de l'affaire est une personne qui n'a pas la qualité de dirigeant de droit mais qui a une autorité suffisante qu'il met en œuvre pour exercer les pouvoirs reconnus à ce dernier dans tous les domaines relatifs à la réalisation de l'activité sociale, avec ou sans le consentement des autres associés et des dirigeants légaux.

L'autorité du dirigeant de fait supplante celle du dirigeant de droit. Dans une affaire jugée par la Cour d'appel de Paris le 3 mars 1978, une banque qui apportait un soutien financier à une société avait délégué une personne pour gérer les fonds mis à la disposition de cette société. Les juges ont relevé que la personne mandatée par la banque faisait preuve d'une autorité telle qu'il apparaissait qu'elle prenait seule les décisions

¹ Cass. com. 22 oct. 1996, pourvoi n° 94-16.914, inédit.

² Cass. crim. 12 oct. 1995, *Rev. sociétés* 1996, p. 319, note B. BOULOC. Cet associé avait par ailleurs fait effectuer des travaux à son domicile aux frais de la société et rendu le compte courant de cette dernière déficitaire de 178000 francs. Sur ces faits, il a été condamné pour abus de biens sociaux ; la Cour confirme.

³ Cass. com. 25 oct. 1977, *Rev. sociétés* 1978, p. 294, note RANDOUX : la Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel d'avoir qualifié de dirigeants de fait, trois associés au motif que « les trois frères Hoster s'ingéraient dans l'administration de la société, s'immisçaient dans ses circuits commerciaux et traitaient indifféremment des divers problèmes se rapportant à sa gestion, que le gérant Dumesnil, privé de toute indépendance, n'exerçait aucun pouvoir et apparaissait en réalité comme un simple salarié des frères Hoster, seuls maîtres de la société ». Cass. crim. 9 janv. 2007, condamnation d'un associé majoritaire d'une société à six mois d'emprisonnement avec sursis et 5000 euros d'amende pour travail dissimulé et faux en écriture privée en qualité de maître de l'affaire sous la subordination duquel était placé le personnel social y compris les gérants légaux. Pourvoi n° 06-82028, inédit.

importantes et les imposait aux dirigeants légaux¹. La Cour d'appel a conclu que ce mandataire exerçait une activité de gestion autonome de la société et a attribué la qualité de dirigeant de fait au mandant, c'est à dire à la banque.

145- L'autorité d'une personne autre que le dirigeant légal supplante aussi celle de la société. Comme l'affirme le Professeur BARBIERI, « dès lors que les dirigeants de droit, en raison des circonstances particulières d'exercice du pouvoir, ont perdu indépendance et souveraineté, c'est que la personne morale est sous la coupe d'un tiers. Le critère devient donc celui de la perte d'autorité des dirigeants de droit et de la perte d'autonomie de la personne morale « cible » qui en résulte... »²

Certes, les dirigeants de droit et de fait peuvent conserver chacun une part d'autorité lorsque la direction de droit et la direction de fait coexistent. Mais, généralement, l'autorité du dirigeant de fait s'exerce au détriment de celle du dirigeant légal car la direction induite de la société suppose que la personne qui la réalise a un pouvoir de domination sur les dirigeants légaux ou du moins, que ceux-ci acceptent son autorité. Ainsi, l'autorité qu'une personne exerce dans la société limite celle du dirigeant légal ou révèle l'existence d'un autre centre de décisions sociales. Elle s'exerce en lieu et place de celle du dirigeant de droit, dans la gestion interne de la société. Il en résulte que l'activité de gestion autonome est celle réalisée par une personne qui a, en lieu et place des dirigeants légaux, une influence sur la société et le personnel social ou qui a sur ces dirigeants, une emprise aboutissant à les priver de la liberté qui caractérise l'exercice de leurs fonctions. Le caractère autonome s'apprécie également au regard de la gestion externe de la société.

§2- L'autorité externe

146- Une personne jouit d'une autorité externe à la société lorsqu'elle est perçue par les tiers comme ayant le pouvoir d'engager cette société envers eux. Le critère d'appréciation de l'autorité externe est donc la **crédibilité** que les tiers accordent à la gestion externe de la société réalisée par une personne. Les manifestations de l'autorité

¹ Cf. C.A. Paris, 3 mars 1978, *D.* 1978, IR, obs. M. VASSEUR.

² Note sous Cass. com. 6 févr. 2001, *Bull. Joly* 2006, n° 6, p. 593.

externe sont très diverses¹. Normalement, l'autorité externe est reconnue aux dirigeants institutionnels de la société car elle découle de la publicité de la désignation des dirigeants sociaux de droit. Aussi, le dirigeant de droit peut-il accomplir auprès des tiers des actes de gestion externe de la société. Mais une personne qui n'a pas la qualité de dirigeant social légal peut jouir d'une autorité externe à la société. La question se pose de savoir quelle est, au regard de la gestion de fait, **la portée (A)** de cette autorité et comment **la justifier (B)** ?

A- La portée de l'autorité externe

L'examen de la jurisprudence permet de démontrer que les tribunaux établissent un lien entre l'exercice d'une activité de gestion externe de la société et l'autorité dont l'auteur de cette activité bénéficie auprès des tiers. Faut-il en conclure que l'autorité externe est une condition de reconnaissance de la gestion de fait ? Dans l'affirmative, cette condition est-elle nécessaire et ou suffisante ?

147- L'immixtion dans la gestion de la société est souvent réalisée par des personnes qui ont une autorité sur la société ou sur les dirigeants sociaux en raison de l'importance de leur participation au capital social, de leur compétence dans la société ou des relations qu'elles entretiennent avec cette société ou avec ses dirigeants. Ainsi, dans un arrêt du 14 octobre 1998, la Cour de cassation² a confirmé la décision de la Cour d'appel qui a qualifié de dirigeant de fait l'associé majoritaire qui, contraint de démissionner de la gérance en raison de poursuites pénales, avait nommé sa fille à sa place tout en continuant de se présenter aux tiers comme le seul mandataire social. La connaissance par les tiers du statut d'associé majoritaire de cette personne lui conférait une autorité externe susceptible de faciliter son immixtion dans la gestion de la société.

Dans un autre arrêt rendu le 19 février 2002, la Cour de cassation¹ confirme la décision des juges du fond qui avait attribué la qualité de dirigeant de fait à un salarié, directeur technique d'une société, au motif qu'il avait l'initiative de l'embauche du personnel et des décisions en matière bancaire et comptable, était habilité à faire

¹ Exemples : une personne s'occupe indûment, sans être soumise au dirigeant social ou à un autre organe social, de l'embauche ou du licenciement du personnel de la société, de la signature sur les comptes bancaires sociaux, des relations avec les banquiers, les fournisseurs et les sous-traitants

² Cass. com. 14 oct. 1997, *RTD com.* 1998, p. 164, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET.

fonctionner les comptes bancaires de la société et entretenait des relations étroites avec la clientèle, les fournisseurs et le personnel au point que la société apparaissait aux yeux des tiers comme dirigée par ce salarié. Pour les magistrats, ces faits relevés par la Cour d'appel démontrent suffisamment que le prétendu salarié exerçait une activité autonome de gestion de la société et pouvait, par conséquent, être qualifié de dirigeant de fait. La personne qui réalise indûment des actes de gestion sociale auprès du banquier, des fournisseurs et des clients de la société a nécessairement une autorité auprès de ces personnes tierces dans la mesure où celles-ci accordent de la crédibilité à son activité.

Le lien établi par les magistrats entre la gestion externe de la société et l'autorité de la personne qui en est l'auteur est confirmé par un autre arrêt de la Cour de cassation en date du 15 mars 2005². Dans cette affaire, l'ancien gérant d'une société reprochait à un arrêt de la Cour d'appel de Saint-Denis-de-la-Réunion du 1^{er} septembre 2003, de lui avoir attribué la qualité de dirigeant de fait alors qu'il n'avait pas exercé une activité de gestion de la société en toute souveraineté et indépendance. La Haute juridiction rejette ce pourvoi en se fondant sur les constatations de la Cour d'appel. Cette dernière avait relevé que l'ancien gérant avait continué, après son remplacement, à représenter la société auprès de la Banque de la Réunion, notamment en négociant les grandes lignes de leur collaboration, en discutant du plafonnement des crédits, en décidant des engagements de remboursement ou en consentant des cessions de créances. En outre, l'intéressé « était l'interlocuteur privilégié de la Banque nationale de Paris intercontinentale s'agissant des crédits accordés à la société, traitait directement avec les entreprises cocontractantes, signait les marchés, discutait des modalités de paiement, donnait des ordres aux employés et aux sous traitants ». La Cour de cassation affirme que par ces faits, la Cour d'appel a caractérisé l'exercice d'une activité positive de gestion en toute autonomie par l'ancien gérant. Aussi, confirme-t-elle sa qualité de dirigeant de fait et sa condamnation solidaire, avec la gérante de droit, à supporter les dettes sociales à concurrence de 10 000 000 francs.

Dans cet arrêt, les tiers ont continué à accorder de la crédibilité à l'ancien gérant alors qu'il n'avait plus légalement le pouvoir de représenter la société. Comme dans la décision rendue par la Cour de cassation le 19 février 2002, le caractère autonome de

¹ Cass. com. 19 févr. 2002, *RJDA* 2002, n° 763, p. 638.

² Cass. com. 15 mars 2005, pourvoi n° 03-19577, inédit.

l'activité ressort de l'autorité externe dont bénéficiait, auprès des cocontractants de la société, la personne qui exerçait indûment la gestion externe de cette société. En l'absence de cette autorité, l'ancien gérant n'aurait pas pu prétendre agir au nom et pour le compte de la société. L'autorité externe est donc une condition pour qu'une personne puisse exercer la gestion externe de la société. En ce sens, elle est une **condition de reconnaissance** de la gestion de fait, lorsque l'activité de gestion externe est réalisée par une personne qui n'a pas la qualité de dirigeant de droit car la gestion externe de la société entraîne l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à son auteur¹. Mais s'agit-il d'une condition nécessaire ?

148- La direction de fait peut être reconnue alors que la personne à laquelle elle est imputée n'a pas d'autorité auprès des personnes externes à la société ?

A l'évidence, les tiers ne peuvent pas contracter avec la société lorsque celle-ci est représentée par une personne à laquelle ils n'accordent aucune crédibilité. Par exemple en matière fiscale, les déclarations fiscales remplies par un salarié au nom et pour le compte de la société sont prises en considération par leur destinataire parce que pour ce dernier, ledit salarié a le pouvoir d'agir au nom de la société². Ainsi, une personne qui n'a aucune autorité externe à la société ne peut pas agir auprès des tiers au nom et pour le compte de cette société dès lors que les tiers ne lui reconnaissent pas le pouvoir d'engager cette société envers eux. L'autorité externe est donc une condition nécessaire à la réalisation et à la reconnaissance d'une activité autonome de gestion externe de la société¹.

149- Mais l'autorité est souvent antérieure à l'activité autonome de gestion de la société. Dans cette hypothèse, elle n'implique pas que la personne qui en bénéficie réalise une telle activité. Dans une affaire jugée par la Cour de cassation le 28 septembre 2004, la Cour d'appel avait attribué la qualité de dirigeant de fait à un salarié au motif que l'adjoint au maire d'une ville s'adressait à lui comme « Monsieur le Directeur », que lors d'une assemblée générale de la société, il a exposé l'intérêt pour cette société de racheter les actifs d'une autre société dans laquelle il était directement intéressé et qu'il s'était présenté

¹ *La gestion externe de la société et la qualité de dirigeant de fait, supra* n° 40 s.

² Cass. crim. 13 sept. 2006, pourvoi n° 05-86489, inédit. Condamnation du dirigeant de fait pour fraude fiscale. Voir aussi Cass. com. 9 nov. 1993, *Bull. civ.* IV, n° 390, p. 284 ; *JCP.* 1994, éd. G, II. 22304, note G. VIRASSAMY.

devant les premiers juges comme le véritable dirigeant de cette société ». La Cour de cassation² a censuré cette décision pour manque de base légale.

Dans cette affaire jugée le 28 septembre 2004 par la Cour de cassation, les juges du fond avaient établi que le prétendu salarié avait une autorité auprès des cocontractants de la société et de la municipalité. En outre, il avait avoué à ces juges qu'il était le dirigeant de cette société. Mais, la Cour de cassation a considéré que ces éléments n'étaient pas suffisants pour établir que l'intéressé avait exercé une activité de gestion autonome de la société. Cette décision est fondée car le titre que les tiers attribuent à une personne qui prétend agir au nom de la société ne constitue pas un acte de gestion imputable à cette personne. Quant à l'aveu de la qualité de dirigeant social, il ne suffit pas pour établir la qualité de dirigeant de fait de l'intéressé car, selon l'article 1354 du Code civil, l'aveu n'est recevable que s'il porte sur des points de fait et non de droit. La qualification de gérant de fait étant un point de droit, l'aveu ne peut l'établir³. Il en résulte que lorsqu'une personne bénéficie d'une autorité auprès des tiers, il ne faut pas en déduire que cette personne accomplit une activité autonome de gestion de la société⁴, qu'elle a la qualité de dirigeant de fait. L'autorité n'est donc pas une condition suffisante pour établir la qualité de dirigeant de droit ou de fait de la personne qui en bénéficie. Elle est simplement un facteur qui facilite l'immixtion dans la gestion externe de la société.

L'autorité externe constitue une condition de reconnaissance de la qualité de dirigeant de fait lorsque la personne qui réalise une activité de gestion externe de la société n'a pas régulièrement le pouvoir qu'elle met en œuvre. La question se pose alors de savoir comment justifier qu'une personne qui n'a pas la qualité de dirigeant de droit puisse bénéficier d'une autorité à l'extérieur de la société.

¹ Mais, lorsque la qualité de dirigeant de fait est fondée sur la gestion interne de la société, force est de reconnaître que l'autorité externe n'a aucune influence sur cette qualification. Ainsi, l'autorité externe n'est pas une condition nécessaire à la reconnaissance de la gestion de fait.

² Cass. com. 28 sept. 2004, pourvoi n° 02-16855, *legifrance.gouv.fr*.

³ Cf. Cass. com. 10 mars 2004, pourvoi n° 00-17.577, *legifrance.gouv.fr* : « Vu l'article 1354 du Code civil ; Attendu qu'il résulte de ce texte que l'aveu judiciaire n'est admissible que s'il porte sur des points de fait et non sur des points de droit ».

⁴ Voir aussi Cass. Com. 12 juill. 2005, pourvoi n° 02-19860, *Bull. civ. IV*, n° 169, p. 183.

B- La justification de l'autorité externe

150- Une personne qui exerce sans en avoir le droit, la gestion externe de la société a une autorité auprès des tiers parce que son activité de gestion a, aux yeux de ces tiers, l'apparence de la régularité. Cette apparence résulte de différents éléments.

L'apparence¹ est en droit une réalité illusoire qui induit en erreur toutes les personnes qui y sont confrontées. La notion d'apparence est utilisée lorsque la perception d'une situation est différente de la réalité de cette situation. La loi fait produire expressément des effets à l'apparence dans les articles 2005 à 2009 du Code civil relatifs aux situations dans lesquelles un mandat qui existait à l'origine a pris fin alors que l'interlocuteur de l'ancien mandataire n'en a pas été informé et continue de croire que ce dernier a toujours le pouvoir d'engager l'ancien mandant. Ces articles sont inspirés de la maxime « *error communis facit jus* », « l'erreur commune fait loi » ; maxime dont est issue la théorie de l'apparence c'est-à-dire le raisonnement par lequel la doctrine justifie la validité des actes accomplis par une personne dépourvue des pouvoirs de représentation qu'elle prétend exercer. La théorie de l'apparence limite à l'égard des tiers les conséquences néfastes de la nullité qui frappe en principe les actes accomplis par une personne au nom d'une autre en l'absence de pouvoir de représentation. Elle constitue donc un tempérament aux conséquences légales de l'absence de pouvoir de représentation.

151- Le mécanisme de l'apparence peut justifier qu'une personne qui n'a pas la qualité de dirigeant de droit puisse bénéficier auprès des tiers de l'autorité habituellement reconnue au dirigeant social légal car l'apparence crée une illusion crédible ou légitime. Elle incite les tiers à croire que le pouvoir de gestion externe de la société qu'une personne exerce lui a été régulièrement attribué² et donc que cette personne a la qualité de dirigeant légal ou de mandataire social. L'autorité externe dont bénéficie une personne qui accomplit des actes de gestion de la société auprès des tiers a sa source dans l'apparence de la qualité

¹ Sur l'apparence : F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 9^e éd., Précis Dalloz, 2005 ; n° 165 s. ; C. LARROUMET, *Traité de droit civil, t. 3, Les obligations, le contrat*, 6^e éd. Economica, 2007, n° 170 et s. ; J. CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, thèse Montpellier, 1959, Impri. J. Reschly, préf. H. CABRILLAC. Sur l'apparence et ses implications juridiques, voir *La concordance des conditions d'existence de la direction de fait et du mandat apparent*, *infra* p. n° 315 s.

² Sur les caractères et les conséquences de cette croyance, voir *La croyance en la régularité de la direction*, *infra* n° 325.

de dirigeant ou de mandataire social. Aussi, l'activité de gestion réalisée par cette personne auprès des tiers est-elle considérée par ceux-ci comme régulière.

152- L'apparence que l'activité de gestion externe réalisée indûment est régulière découle de différents éléments internes ou externes à l'auteur de cette activité. Elle peut résulter de l'existence en sa faveur d'une ou plusieurs délégation de pouvoirs aboutissant à lui conférer la gestion de la société, de ses déclarations ou de tout fait de nature à faire croire que cette personne a le pouvoir de représenter la société.

Généralement, la direction de fait d'une société est exercée par des personnes qui ne désirent pas apparaître comme les dirigeants de cette personne morale afin de ne pas encourir les risques inhérents à cette qualité, notamment les règles de responsabilité applicables aux dirigeants sociaux lorsque la société est *in bonis* ou lorsqu'elle est en difficulté. Aussi, la personne qui accomplit indûment une activité de gestion sociale tente-t-elle souvent de dissimuler cette activité. A cette fin, l'intéressée peut, au moyen d'une délégation générale de pouvoirs, exercer la gestion de la société en espérant ne pas encourir la qualification de dirigeant de fait. De telles procurations justifient que leur bénéficiaire soit perçu par les tiers comme ayant juridiquement le pouvoir d'exercer la gestion de la société. La chambre criminelle de la Cour de cassation¹ a confirmé, dans un arrêt du 12 octobre 1995, la décision des juges du fond qui avait qualifié de gérant de fait, l'associé d'une société à responsabilité limitée au motif qu'il avait assuré l'administration de la société ainsi que les relations avec les fournisseurs, les clients et les banques au moyen d'une procuration. Dans cette espèce, la procuration délivrée à l'associé lui attribuait de larges pouvoirs dans la gestion de la société. Elle lui conférait une autorité auprès des tiers². D'une manière générale, la délégation spéciale ou générale¹ de pouvoirs relatifs à la gestion de la société confère à son bénéficiaire, avec ou sans son consentement, une autorité auprès des tiers.

153- Les déclarations de la personne qui prétend représenter la société auprès des tiers peuvent aussi laisser croire que l'activité de cette personne est régulière. Dans un

¹ Cass. crim. 12 oct. 1995, *Rev ; sociétés* 1996, p. 319, note B. BOULOC.

² Voir aussi, C.A. Versailles, 21 déc. 2000, *RJDA* 2001, n° 487, p. 436.

arrêt du 14 mai 1996, la Cour de cassation² confirme la décision des juges du fond attribuant la qualité de dirigeant de fait à un salarié. En l'espèce, le dit salarié, bien que faisant signer tous les documents par les dirigeants de droit, s'est fait passer pour le dirigeant en déclarant aux tiers qu'il était « le véritable patron » de la société³. De telles déclarations sont de nature à faire croire que leur auteur a le pouvoir d'accomplir des actes de gestion de la société. Elles lui confèrent du crédit auprès des tiers. Dans cette hypothèse, la personne qui prétend avoir le pouvoir de diriger la société a la volonté de bénéficier d'une autorité à l'extérieur de la société.

L'apparence qu'une activité de gestion induite est régulière peut aussi être fondée sur **l'existence de précédents** dont la connaissance par le tiers l'incite à croire que la personne qui exerce cette activité a légalement le pouvoir de la réaliser. Il en est ainsi lorsque les tiers savent que, par le passé, la société a respecté les engagements pris en son nom par le prétendu dirigeant.

154- L'autorité dont une personne qui n'a pas la qualité de dirigeant légal bénéficie auprès des tiers qui traitent avec la société est justifiée par l'apparence que cette personne a le pouvoir de représenter cette société. Les raisons de cette apparence sont liées au comportement de l'intéressé. D'une manière générale, l'appréciation de l'autorité n'est pas aisée car l'autorité est un élément immatériel dont l'appréhension peut exiger des investigations poussées relatives, d'une part, à la qualité et à la compétence de l'auteur de l'activité de gestion et, d'autre part, à la position du dirigeant social. L'autorité implique que la personne qui en bénéficie peut imposer ses décisions dans la société ou convaincre les tiers qu'elle a le pouvoir d'agir au nom et pour le compte de cette société.

L'autorité est, comme l'indépendance, un critère d'appréciation du caractère autonome d'une activité de gestion de la société. Mais alors que l'indépendance dont jouit

¹ En droit des sociétés, les délégations générales de pouvoirs à une personne autre que le dirigeant légal sont considérées par la jurisprudence comme illicites car elles aboutissent à priver le dirigeant légal de son pouvoir de gestion. Cf. *supra* n° 85 s.

² Cass. com. 14 mai 1996, pourvoi n° 93-10.451, inédit. V. aussi, Cass. com. 14 oct. 1997, *RTD com.* 1998, p. 164, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET : qualité de dirigeant de fait confirmée à l'égard de l'associé majoritaire qui, contraint de démissionner de la gérance en raison de poursuites pénales, avait nommé sa fille à sa place tout en continuant de se présenter aux tiers comme le seul mandataire social.

³ En outre, l'intéressé était le premier destinataire de tout le courrier et détenait tous les documents comptables et les dossiers auxquels le président ne pouvait accéder directement.

l'auteur d'une activité de gestion démontre de manière certaine que cette activité est autonome, il n'en est pas de même de l'autorité. Celle-ci n'entraîne la reconnaissance du caractère autonome d'une activité de gestion que si son bénéficiaire en a usé pour priver les organes de direction de leur indépendance. Il en résulte que l'indépendance est le critère principal de l'autonomie d'une activité de gestion alors que l'autorité n'en est que le critère secondaire. Aussi, pour affirmer qu'une personne a exercé indûment une activité autonome dans la gestion d'une société, il importe d'établir les éléments qui révèlent que l'intéressé n'était pas, dans le cadre de cette activité, soumis au dirigeant institutionnel ou à une autre personne. Les constatations relatives à l'autorité que cette personne a exercée ne sont nécessaires que dans l'hypothèse où l'indépendance n'a pas pu être établie. Cependant, que l'autonomie de l'activité induite de gestion soit fondée sur l'indépendance ou l'autorité dont a bénéficié l'auteur de cette activité, l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à cette personne exige que soit aussi appréciée l'ampleur de la dite activité.

Chapitre II- L'importance de l'activité de direction de fait

155- La qualification de dirigeant de fait relève de l'appréciation souveraine des juges du fond¹ ; mais la Cour de cassation veille à ce que ceux-ci caractérisent l'existence d'une activité autonome de gestion de la société. En vertu de cette règle dégagée par la haute juridiction, la seule constatation qu'une personne a accompli, sans pouvoir régulier, des actes de gestion n'implique pas systématiquement que la qualité de dirigeant de fait lui sera attribuée par les juges. Ces derniers doivent apprécier ces actes pour vérifier s'ils révèlent une direction de fait imputable à leur auteur. Cela oblige à s'interroger sur les éléments qui permettent aux juges d'affirmer qu'une activité autonome, réalisée indûment dans le domaine de la gestion d'une société, constitue une direction de fait de cette personne morale. Il convient donc de préciser les conditions que l'immixtion dans la gestion de la société doit réunir pour que les juges la considèrent comme une direction de fait, c'est-à-dire les caractéristiques de l'activité autonome de gestion constitutive d'une direction de fait.

La direction de fait implique qu'une personne s'est immiscée de manière significative dans la gestion d'une société. Les juges doivent donc évaluer l'ampleur de l'activité autonome de gestion réalisée indûment. La difficulté est de déterminer le critère qui permet, de façon objective, de révéler qu'une immixtion a eu une ampleur significative qui justifie sa qualification en direction de fait. L'appréciation de l'immixtion peut être quantitative ou qualitative. En effet, peuvent être pris en considération, soit le nombre

¹ La règle de l'appréciation souveraine des juges du fond sur les éléments relatifs à l'activité de gestion de fait de la société a été définie dans le cadre des articles 27 et 28 du code de commerce de 1807 relatifs à la défense d'immixtion du commanditaire dans la gestion de la commandite. Cf. Cass. 13 déc. 1841, *D. P.* 1842, 1, 26 ; Cass. 26 déc. 1842, *D. P.* 1843, 1, 121. En application du décret du 9 août 1953 puis sous le régime de la loi du 24 juillet 1966 et du 25 janv. 1985, la Cour de cassation a toujours refusé de contrôler l'appréciation de la direction de fait par les tribunaux et les cours d'appel. Cf. Cass. com. 17 déc. 1957, *Bull. civ.* n° 353 ; extension de la faillite d'une SARL à l'associé majoritaire en qualité de gérant de fait ; Cass. com. 28 mai 1962, *Bull. civ.* III, n° 279, p. 230 : « La qualification de gérant de fait relève de l'appréciation souveraine des juges du fond » ; Cass. com. 19 janv. 1966, *Bull. civ.* III, n° 39, p. 34. Cass. com. 4 juin 1973, *Bull. civ.* IV, n° 196, p. 178 ; Cass. com. 8 janv. 1975, *Bull. civ.* IV, n° 5, p. 4 ; Cass. com. 15 juill. 1987, *Bull. civ.* 1987, IV, n° 186, p. 137 ; *Rev. pr. Coll.* 4/1987, p. 95, obs. Y. CHAPUT : les juges du fond apprécient souverainement la qualité de dirigeant de fait. Cass. com. 22 janv. 2003, pourvoi n° 02-82. 969, inédit, déclarant irrecevables les moyens consistant à remettre en cause l'appréciation souveraine par les juges du fond des faits et circonstances de la cause ainsi que des éléments de preuve contradictoirement débattus. Voir aussi, Cass. crim. 8 nov. 2006, *Bull. crim.* 2006, n° 280, p. 1015.

d'actes de gestion de fait accomplis et la durée de l'immixtion, soit l'influence de cette dernière sur la société.

Monsieur NOTTE a relevé dans sa thèse que « c'est peut être moins la nature de l'acte lui-même que sa finalité, ses conséquences effectives, que la jurisprudence apprécie ». Les développements qui suivent vont démontrer que cette approche jurisprudentielle de la direction de fait persiste mais qu'elle est critiquable parce qu'elle accorde peu d'importance à l'analyse de l'activité dans la qualification de la direction de fait. En effet, pour reconnaître la direction de fait, les juges doivent apprécier principalement la nature de l'activité réalisée et sa persistance avant d'examiner ses conséquences sur la société. En prenant en considération ces éléments, l'immixtion dans la gestion de la société doit être qualifiée de direction de fait lorsqu'elle révèle une activité de gestion **permanente (section 1)** qui exerce une **influence sur la société et même au-delà (section 2)**.

Section I- La permanence de l'activité de gestion de fait

156- La permanence est l'état de ce qui est constant. Elle caractérise une situation qui est durable. En droit commercial, la permanence qualifie une situation qui est habituelle. L'activité de gestion permanente est celle qui révèle une participation active et constante de son auteur à la gestion de la société. La permanence de l'immixtion n'est pas suffisamment relevée par la doctrine comme étant un élément déterminant pour reconnaître la direction de fait. Le professeur RIVES-LANGE¹ analyse l'activité de gestion ou de direction de fait selon un critère qualitatif en indiquant que cette activité doit ressortir de la direction générale au sens du droit des sociétés. Monsieur NOTTE² ajoute un critère quantitatif pour reconnaître la direction de fait. Selon cet auteur, il n'y a pas direction de fait si l'activité en cause est incidente ou occasionnelle. Quant au Président TRICOT, il

¹ Cf. J.-L. RIVES-LANGE, *La notion de dirigeant de fait* (au sens de l'art. 99 de la loi du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens), *D.* 1975, Chron. p. 41.

² G. NOTTE, *Les dirigeants de fait de personnes morales de droit privé*, th. précitée, p. 129 et s, n° 132 à 134.

retient la répétition des actes comme un critère complémentaire de la détermination de la direction de fait¹.

En réalité, la direction de fait suppose une immixtion permanente et non pas occasionnelle dans l'activité du dirigeant². Le concept de permanence recouvre, dans la direction de fait, deux aspects relatifs à la régularité ou la constance et à la durée de l'activité exercée sans mandat régulier. La qualification de direction de fait suppose, d'une part, qu'une activité indue de gestion de la société est **exercée de façon habituelle (§1)** par une personne et, d'autre part, que cette activité présente une certaine **continuité (§2)**.

§1- L'exercice habituel de l'activité de gestion de fait de la société

157- L'habitude est une notion souvent utilisée dans différentes disciplines juridiques³. En droit des affaires, la notion d'habitude est définie dans le cadre de l'établissement de la qualité de commerçant personne physique. Dans cette matière, la doctrine et la jurisprudence indiquent que l'habitude caractérise une situation ou un fait qui se répète⁴. C'est également le sens que recouvre cette notion en matière de direction de fait. Ce mode de direction est déterminé par l'accomplissement habituel des actes de gestion de fait de la société. Ainsi, l'activité de gestion habituelle est celle qui se caractérise par la **pluralité des actes de gestion de fait (A)**. Il ne s'agit pas de la réalisation à plusieurs reprises d'un même acte mais de différents actes de gestion. **La diversité des actes de gestion (B)** caractérise donc l'exercice habituel d'une activité de gestion de la société.

¹ Cf. *Les critères de la gestion de fait, Dr. et patr.* 1996, p. 24.

² Cf. Chapitre I- *L'exercice du pouvoir reconnu au dirigeant de droit, supra* n° 21 s.

³ Par exemple la loi n° 87-1158 du 31 déc. 1987 relative au marché à terme, *J.O.* 5 janv. 1988, p. 161, *D.* 1988, p. 78, retient la notion d'habitude pour la définition de l'activité de démarchage, cf. art. 10 al. 2. L'habitude sert aussi à la définition du commerçant personne physique. Sur l'habitude en droit privé, COVIAUX : *L'habitude individuelle dans le droit des obligations*, thèse Paris 1974 ; E.-H. PERREAU, *Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé*, *RTD civ.* 1911, p. 229 ; F. POLLAUD-DULIAN, *L'habitude en droit des affaires*, *Mélanges A. SAYAG*, 1997, p. 349 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, éd. Puf, 2004, n° 162, p. 312 et n° 1026, notamment *Les ensembles contractuels engendrés par l'habitude*.

⁴ Cf. Y. GUYON, *Traité de droit des affaires*, t. 1, 12^e éd., Economica, 2003, n° 51. *Traité de droit commercial* de G. RIPERT et R. ROBLOT, par L. VOGEL, 18^e éd. *L.G.D.J.* 2002 ; Cass. com. 10 déc. 1991, *RJDA* 1992, n° 225 ; 30 mars 1993, *Bull. civ.* IV, n° 126 définissant le commerçant comme la personne qui accomplit des actes de commerce à titre professionnel et habituel.

A- La pluralité des actes de gestion de fait

158- L'activité habituelle de gestion se traduit par la réalisation d'une pluralité d'actes de gestion. La pluralité joue à l'égard de l'habitude le même rôle qu'à l'égard de la coutume à propos de laquelle un adage bien connu affirme « une fois n'est pas coutume ». La pluralité des actes de gestion est l'élément matériel de l'immixtion habituelle dans la gestion de la société¹. Les développements qui suivent démontreront comment les juges apprécient la pluralité des actes de gestion. Cet aspect offre l'occasion de résoudre la difficulté relative au **nombre d'actes** à partir duquel une activité de gestion est considérée comme habituelle.

159- Les juges doivent indiquer les éléments qui démontrent le caractère pluriel ou répétitif des actes de gestion. La Cour de cassation rappelle cette exigence, de manière implicite, en reprenant dans ses arrêts les motivations des juges du fond attestant du caractère pluriel des actes de gestion qui servent de fondement à la reconnaissance de la direction de fait. Par arrêt rendu le 19 février 2002, elle approuve les juges du fond d'avoir attribué la qualité de gérant de fait d'une société à responsabilité limitée au directeur salarié qui a agi comme dirigeant de l'entreprise². La Haute juridiction rapporte, dans sa décision, les motivations des juges du fond qui révèlent que ce salarié prenait l'initiative de l'embauche du personnel, des décisions en matières bancaire et comptable, était habilité à faire fonctionner les comptes bancaires dont il détenait la signature et avait fait des avances en compte courant à la SARL. Elle indique que la Cour d'appel a relevé que la participation étroite dudit salarié à la gestion se manifestait par ses relations avec la clientèle, les fournisseurs et le personnel, relations multiples qui relevaient de la compétence du dirigeant social. De même, dans un arrêt du 23 novembre 2004³ par lequel elle approuve l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à un salarié par les juges du fond, la Cour de cassation fait siennes les constatations de ces derniers qui avaient indiqué que ce salarié, chef de chantier, assurait le suivi des chantiers, donnait des directives aux

¹ Cf. Y. GUYON, *op. cit.*

² Cass. com. 19 février 2002, *RJDA* 2002, n° 763, p. 638.

³ Cass. crim. 23 nov. 2004, pourvoi n° 04 -80 830, inédit.

salariés et prenait les décisions relatives à la conduite des travaux¹. En cela, ce salarié avait accompli de multiples actes de gestion.

Dans tous ces arrêts, la pluralité des actes de gestion accomplis sans pouvoir régulier ressort des constatations des juges du fait reprises par les juges du droit. Cette pluralité induit l'existence d'une immixtion habituelle dans la gestion de la société. Elle justifie l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à l'auteur de ces actes. A l'inverse, un seul acte de gestion ne peut caractériser une immixtion habituelle dans la gestion de la société². L'immixtion ponctuelle dans la gestion de la société ne constitue pas une activité de gestion. La direction de fait suppose donc qu'une personne a réalisé de façon répétée ou habituelle, des actes de gestion de fait d'une société. Elle ne peut, en principe, résulter de l'accomplissement d'un acte de gestion isolé, même si quelquefois, les juges admettent le contraire³. En ce sens, l'activité de gestion habituelle s'oppose à l'activité de gestion occasionnelle ou ponctuelle.

160- Mais à partir de combien d'actes de gestion peut-on considérer qu'une immixtion est habituelle ? Plus précisément, la pluralité d'actes suffit-elle ou faut-il au contraire une multitude d'actes pour constituer une immixtion habituelle dans la gestion d'une société ? Cette question est évitée par la doctrine. Monsieur NOTTE par exemple affirme qu'« en l'absence de directive sur la quantité d'actes suffisante pour entraîner la direction de fait, il vaut mieux s'attacher au contenu de l'activité reprochée »⁴. La détermination du nombre exact d'actes de gestion à partir duquel s'instaure une habitude reste donc incertaine.

¹ Voir également Cass. com. 24 nov. 1998, *RJDA* 1999, n° 558, p. 438 (société hôtelière qui, dans le cadre d'un contrat de prestation de services, impose à sa cocontractante, société de restauration, la composition des menus, leur prix et la fourniture de repas gratuits, qui gère les relations avec les fournisseurs et les clients et enfin, qui fixe les directives applicables au personnel de la société de restauration).

² C.A Paris, 6 oct. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 33. V.aussi C.A Paris, 10 mai 1989, *JCP. éd. E.* 1989, II, n° 15558.

³ Cass. com. 15 juin 1993, *Dr. Sociétés* 1993, no 200, obs. T. BONNEAU ; voir aussi 1er mars 1994, *RJDA* 1994, no 665, p. 533 : société mère « qui s'était ingérée dans les affaires de sa filiale » en laissant croire qu'elle garantissait les engagements de cette dernière. CA Paris, 27 oct. 1988, *JCP. éd. E.* 1989, II, p. 106 : société mère dont l'ingérence dans une opération de sa filiale a laissé croire « qu'elle prenait véritablement à son compte l'opération commerciale ». Sur les raisons de la qualification d'une immixtion ponctuelle en direction de fait, voir *Le critère de la nature des actes*, *infra* n° 179 s.

⁴ *Op. cit.* p. 133, n° 134 *in fine*.

Dans un domaine différent, relatif à la prohibition de l'exercice habituel des opérations de banque par une personne qui n'a pas la qualité de banquier, les professeurs CONTAMINE-RAYNAUD et RIVES-LANGE indiquent que « l'habitude suppose la répétition et celle-ci commence dès le deuxième acte (...) »¹. Dans cette matière pénale, ces auteurs lient l'habitude à la simple pluralité des actes. En ce qui concerne la qualification de dirigeant de fait, cette appréciation tranchée de l'habitude ne paraît pas devoir être retenue pour deux raisons principales.

D'une part, l'interdiction des opérations bancaires aux personnes qui ne sont pas des banquiers telle qu'elle ressort de l'article 10 de la loi bancaire du 24 janvier 1984, revêt un caractère pénal qui oblige à examiner, avec toute la rigueur qu'exige la protection de l'ordre public, les comportements susceptibles de constituer une violation de cette prohibition. Cela justifie que la jurisprudence admette, en ce qui concerne les infractions d'habitude, qu'une telle infraction puisse être constituée dès la commission du second acte². Aussi, la violation de l'interdiction fixée par l'article 10 sus-indiqué peut-elle être établie dès la réalisation de la seconde opération bancaire. Mais la gestion de fait constitue la violation d'un principe général du droit des sociétés qui est l'interdiction faite à toute personne qui n'a pas la qualité de dirigeant de gérer la société. Cette interdiction n'a pas un caractère pénal mais civil. Aussi, l'acception jurisprudentielle de l'habitude dégagée en droit pénal ne peut-elle pas être retenue pour apprécier le caractère habituel d'une immixtion dans la gestion d'une société car les objectifs visés par le législateur à travers la sanction des infractions d'habitudes en matière pénale ne sont pas les mêmes que ceux poursuivis par la notion de dirigeant de fait en droit des sociétés, même si des points de convergence existent entre ces domaines.

D'autre part, l'habitude caractérise une activité. Or, celle-ci n'est envisageable que si le nombre d'actes de gestion de fait retenus ou accomplis permet d'établir l'existence d'une activité. L'habitude renferme donc un sens quantitatif. Elle suppose la réalisation d'un nombre d'actes de gestion qui confère à cet ensemble, la qualité d'activité³. La

¹ Cf. J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, 6e éd., Dalloz, 1995, n° 35.

² Cass. crim. 3 mars 1971, *Bull. crim.* n° 73, p. 188 ; *D.* 1971, somm., p. 91, obs. A. VITU ; Cass. crim. 24 mars 1944, *Bull. crim.* n° 83, p. 126. G. STEFANI, B. BOULOC et G. LEVASSEUR, *Droit pénal général*, 20^e éd. Dalloz 2007, n° 222.

³ Sur la notion d'activité, v. *infra* n° 163 s.

pluralité d'actes ne suffit donc pas, il faut une multitude¹ d'actes. Aussi, convient-il d'exiger que le caractère habituel de l'immixtion résulte de l'accomplissement, par une personne, de nombreux actes de gestion sans mandat régulier. La multiplicité des actes d'immixtion concourt ainsi à la qualification de l'ensemble de ces actes en direction de fait. Encore faut-il que ces actes n'aient pas été accomplis involontairement ou ordonnés par une autre personne.

161- L'habitude n'est établie que par l'accomplissement volontaire de multiples actes. Le caractère volontaire ou intentionnel permet d'imputer la responsabilité des actes à leur auteur. L'intention recouvre ici deux aspects. Elle signifie d'abord que l'auteur des actes les réalise librement, volontairement, sans aucune contrainte et sans être placé sous l'autorité d'une autre personne. Elle indique ensuite que l'auteur des actes les accomplit dans le but de diriger la société. En ce sens, l'intention est l'action tendue vers un résultat. Il en résulte que la réalisation accidentelle ou involontaire de nombreux actes de gestion ne suffit pas à caractériser l'exercice habituel d'une activité de gestion de fait. L'habitude est donc un critère qui démontre, en ce qui concerne la direction de fait de la société, qu'une personne s'est immiscée dans la conduite des affaires de cette société, à de nombreuses occasions, dans le but de la diriger.

Mais, dans la mesure où il est difficile d'établir avec précision le nombre d'actes de gestion à partir duquel se crée une activité habituelle de gestion de fait, il convient de mettre l'accent non plus sur la quantité des actes de gestion, mais sur leur diversité.

B- La diversité des actes de gestion de fait de la société

162- L'exigence du caractère habituel de l'immixtion soulève la question des actes qui doivent être répétés pour que cette activité constitue une gestion de fait de la société. Toute pluralité d'actes de gestion établit-elle une activité habituelle de gestion ?

¹ Comp. la distinction que le Pr. VIRASSAMY établit entre la répétition dans l'habitude et la répétition dans la réitération. Pour cet auteur, la répétition est commune à l'habitude et à la réitération. Cependant, l'habitude suppose de nombreuses répétitions qui lui permettent de devenir « la seconde nature » alors que la réitération peut se contenter de deux ou trois faits, actes ou manifestations. La différence entre la répétition dans l'habitude et la répétition dans la réitération est donc quantitative. La réitération se situe en deçà de l'habitude sur le plan quantitatif du phénomène répétitif. Cf. *Regard sur le phénomène de la réitération en droit privé français*, D. 1989, chron., p. 279.

Le professeur TRICOT indique que pour reconnaître à une personne la qualité de dirigeant de fait, il faut pouvoir lui imputer, « sinon la répétition des mêmes actes, du moins une variété suffisante d'actes, de nature à démontrer que les fonctions exercées ne se sont pas limitées à des opérations ponctuelles mais ont concerné l'ensemble des intérêts de la société »¹. En réalité, même si la répétition d'un même acte de gestion instaure une habitude, toute réalisation habituelle des actes de gestion ne constitue pas l'exercice d'une activité de gestion. Pour apprécier cette nuance, il convient de rappeler la notion d'activité de gestion de fait.

163- L'activité peut être définie, de façon générale, comme un ensemble d'actes visant, dans un domaine précis, à satisfaire des besoins par la production et l'échange de biens et services et formant une occupation. Rapportée à la gestion de fait, l'activité doit être définie en prenant en considération les éléments constitutifs de la gestion de la société. Celle-ci est un pouvoir général de décision sur la société. Elle implique des prérogatives dans des domaines diversifiés relevant de la compétence des dirigeants sociaux. Cette diversité démontre, dans toute son étendue, le pouvoir du dirigeant social de décider du sort économique et financier de l'entreprise. L'activité de gestion de fait peut ainsi être définie comme l'accomplissement habituel d'actes de gestion dans différents domaines de la société, par une personne qui n'a pas de mandat régulier de gestion de cette société.

164- La gestion de fait n'est pas établie si la multitude d'actes constitue en réalité la répétition d'un même acte de gestion. Elle n'équivaut pas à l'uniformité des actes, ni même à l'accomplissement de différents actes de gestion dans un seul domaine relevant de la compétence des dirigeants sociaux. En principe, les actes qui confèrent à l'immixtion la qualification de direction de fait ne doivent pas être cantonnés à un domaine spécifique de la société, ni se rattacher à une fonction technique car dans ces conditions, ils n'établissent pas la mise en œuvre d'un pouvoir général de décision dans la société, mais simplement l'exercice habituel d'un pouvoir de décision dans un domaine particulier de la société. Ainsi, le seul fait d'effectuer des opérations sur les comptes bancaires de la société² ne suffit pas à caractériser l'activité de gestion même si cette signature se répète³.

¹ *Op. cit.*

² C.A Paris, 7 oct. 1997, *RJDA* 1998, n° 55, p. 35. V. aussi, C.A Paris, 16 déc. 1997, *RJDA* 1998, n° 292, p. 209.

³ C.A Paris, 6 oct. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 33.

Les tribunaux considèrent que la personne qui a exercé une seule fonction relevant de la compétence des dirigeants sociaux n'a pas accompli une activité de gestion de la société car une telle activité ne se réduit pas à l'accomplissement d'une seule fonction. Par conséquent, ils refusent d'attribuer la qualité de dirigeant de fait à cette personne. En ce sens, l'affirmation du Président TRICOT est erronée en ce qu'elle considère que « la répétition des mêmes actes » est un critère déterminant de la direction de fait, même si, pour l'auteur, il s'agit d'un critère complémentaire¹.

La position de l'auteur est également infondée parce qu'elle relègue au second rang la condition relative à « la variété des actes de gestion » dans la détermination de la direction de fait. En effet, l'auteur considère que « la variété des actes de gestion » est une exigence secondaire ou supplétive de celle relative à « la répétition des mêmes actes » alors qu'en réalité elle est une condition principale de la reconnaissance de la direction de fait. L'activité de direction de la société est, faut-il le rappeler, un ensemble de fonctions touchant aux différents aspects de la vie d'une société. La direction de fait est caractérisée par une activité consistant à exercer un pouvoir général de décision sur ces aspects sociaux. Ainsi, une activité constitutive de direction de fait présente nécessairement ce caractère général. Il est important qu'elle porte sur divers domaines relevant de la compétence des dirigeants sociaux. Les actes qui la matérialisent doivent constituer, selon la jurisprudence, des « actes d'administration générale de la société »². Aussi, pour établir la direction de fait, convient-il de démontrer que la personne poursuivie a exercé un pouvoir de décision dans divers domaines relevant de la compétence des dirigeants sociaux. C'est cette diversité qui établit le caractère général du pouvoir mis en œuvre et la confusion avec les dirigeants de droit qui en résulte. Par conséquent, la reconnaissance de la direction de fait suppose non seulement la répétition des actes d'immixtion dans la conduite des affaires d'une société, mais aussi leur diversité.

¹ L'auteur distingue parmi les critères déterminants de la gestion de fait, les critères nécessaires (l'indépendance et l'activité) et les critères complémentaires (la signature au nom de la société, l'établissement des relations suivies avec les banquiers de la société, l'établissement des comptes sociaux etc. *Op. cit.*

² Cf. Cass. com. 9 mai 1978, *D.* 1979, p. 419, note VASSEUR. Dans cet arrêt, la Cour de cassation avait approuvé les juges du fond d'avoir attribué la qualité de dirigeant de fait au fils du dirigeant légal qui avait accompli en toute indépendance, dans le cadre de l'activité sociale, des actes positifs qui ne se rattachaient à aucune fonction technique véritable, mais relevait plutôt de l'administration générale de la société. Voir aussi, Cass. com. 20 janv. 1998, *RTD com.* 1998, p. 357 : le dirigeant de fait est celui qui exerce une activité positive et indépendante dans l'administration générale de la société. Cet arrêt reprend mot à mot celui rendu par la Cour de cassation le 9 mai 1978.

165- La diversité des actes accomplis spontanément par une personne dans la gestion d'une société est souvent relevée par les magistrats pour dénier ou reconnaître l'existence de la direction de fait. Dans un arrêt rendu le 12 juillet 2005, la Cour de cassation a censuré la décision des juges du fond qui avait attribué la qualité de dirigeant de fait à un salarié sans indiquer les divers actes de gestion de fait imputables à l'intéressé et susceptibles de justifier cette qualification¹. Inversement, par un arrêt du 6 juillet 1999, elle a approuvé une Cour d'appel d'avoir retenu la qualité de gérant de fait du fils de la gérante de droit qui avait conclu le contrat de location-gérance du fonds de commerce familial exploité par la société, signé des correspondances commerciales, des chèques et licencié le personnel dont il établissait les fiches de paie². De même, un arrêt du 6 novembre 1997 de la Cour d'appel de Versailles¹ a attribué la qualité de dirigeant de fait à une personne qui détenait un tiers du capital social en relevant que l'intéressée disposait du pouvoir d'engager la société dans tous les domaines. Les juges précisent que cette personne recrutait le personnel, négociait et signait les contrats avec les partenaires de la société, animait seule l'équipe qu'elle avait recrutée, ne sollicitait jamais l'accord de ses coassociés ni du gérant de droit, allant jusqu'à leur refuser communication des contrats signés.

Dans ces arrêts qui reconnaissent l'existence d'une gestion de fait, les actes imputables aux personnes qualifiées de dirigeants de fait ont été accomplis dans différents domaines relevant de la compétence des dirigeants sociaux. La pluralité de ces actes et la diversité des domaines dans lesquels ils sont intervenus confèrent à cette activité le caractère général reconnu à l'activité de direction de la société. Elles justifient l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à chacune de ces personnes. De façon générale, les juges prennent soin d'énumérer les actes de gestion de fait afin de faire ressortir la diversité des domaines dans lesquels l'activité de gestion de la société a été accomplie.

166- En pratique, il n'est pas nécessaire que les actes d'immixtion aient été accomplis dans tous les domaines de la direction. Il importe peu qu'ils mettent en œuvre des pouvoirs de direction dans certains secteurs de l'activité sociale. Il faut et il suffit que ces actes matérialisent l'exercice de fonctions directoriales dans différents domaines de la

¹ Cass. com. 12 juill. 2005, *Bull. civ.* 2005, IV, n° 169, p. 183.

² Cass. com. 6 juill. 1999, n° 1373 D, inédit. Voir aussi, Cass. com. 3 janv. 1991, *Dr. sociétés* 1991, n° 181 : salarié qui exerçait des fonctions de direction en matière commerciale et financière et qui embauchait le personnel de la société ; Cass. com. 19 févr. 2002, *RJDA* 2002, n° 763.

société pour que soit établie la direction de fait de cette dernière. Il en est ainsi par exemple lorsque les actes réalisés indûment par une personne qui n'a pas la qualité de dirigeant de droit touchent à l'organisation de l'entreprise et aux relations avec les tiers. En conséquence, l'exigence de la diversité des actes de gestion n'est pas traduite par la nécessité de les réaliser dans tous les domaines relevant de la compétence des dirigeants sociaux. Ce qui compte, c'est que les actes réalisés révèlent le potentiel d'autorité dont dispose leur auteur dans la gestion de la société.

L'exigence de la pluralité et de la diversité des actes de gestion de fait permet de distinguer l'exercice de fonctions directoriales spécifiques de la réalisation d'une activité de gestion de la société. Elle évite que la qualité de dirigeant de fait ne soit hâtivement attribuée à des personnes qui s'occupent d'un aspect particulier de la société habituellement dévolu au dirigeant social mais n'exercent aucun pouvoir général sur la société. Elle distingue le dirigeant de fait du cadre, du technicien ou du salarié de la société.

En définitive, l'activité habituelle de gestion est celle qui consiste en l'accomplissement de multiples actes de gestion dans différents domaines relevant de la compétence des dirigeants sociaux. L'adjectif habituel démontre non seulement qu'une personne exerce de manière répétitive des fonctions directoriales, mais aussi que ses actes, par leur multitude et leur diversité peuvent constituer une activité de gestion de fait, dès lors qu'ils ont été accomplis sans mandat régulier et en toute indépendance. Mais l'habitude, comme l'affirme le professeur POLLAUD-DULIAN, « semble essentiellement précaire : une habitude se perd où s'abandonne et l'on ne peut guère tabler, de prime abord, sur sa poursuite »². L'habitude ne permet donc pas de préjuger de la durée de l'activité de gestion de fait. Or, cette durée est un aspect de la permanence. Celle-ci implique en effet que l'activité de gestion s'est poursuivie pendant un certain temps. Qu'elle est continue.

¹ Cf. C.A. Versailles, 13^e ch., 6 nov. 1997, *rép. gén.*, n° 2706/97, inédit.

² Cf. *L'habitude en droit des affaires*, Mélanges A. SAYAG, 1997, p. 349.

§2- L'activité continue de gestion de fait

167- La continuité de l'activité de gestion est un aspect ignoré par la quasi-totalité de la doctrine¹ pour reconnaître la direction de fait d'une société. Pourtant, elle est le second élément de la permanence. La continuité évoque la stabilité de l'activité de gestion de fait et présente un lien avec la durée et la fréquence de celle-ci. **Le concept de continuité qui caractérise l'activité de gestion de fait (A)** de la société doit être défini avant de préciser comment **le caractère continu d'une activité de gestion de fait (B)** est apprécié par les tribunaux.

A- La définition du concept de « continuité de l'activité de gestion de fait »

L'acception que le concept de « continuité » revêt dans la qualification de la direction de fait est différente du sens qu'il a en matière de prévention des difficultés de la société. Dans le domaine des entreprises en difficulté, le terme « continuité » emprunté au droit comptable évoque l'avenir ou le futur de l'exploitation². Il désigne la pérennité de la société que doit assurer toute activité de gestion de cette personne morale. En ce qui concerne la direction de fait, la continuité est le rapport entre la fréquence de l'immixtion et le temps. Elle constitue **l'aspect temporel de l'activité de gestion de fait** et doit en conséquence être **définie** par référence à cet élément. La prise en considération du critère temporel dans la détermination de la direction de fait permet aussi de **distinguer cette dernière de la gestion occasionnelle**.

168- La continuité est le caractère de ce qui est ininterrompu, constant ou encore persistant dans le temps. Lorsqu'elle caractérise une activité de gestion de fait, la continuité traduit l'idée que ladite activité est ou a été exercée « normalement », sans interruption. Elle implique une certaine stabilité. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 11 juin 1987³, les magistrats ont, pour la première fois¹, mis l'accent sur la stabilité ou la

¹ M. NOTTE n'accorde que quelques lignes (6) à cet aspect de la direction de fait, cf. *op. cit.* p. 130 *in fine* n° 132.

² La notion de continuité de l'exploitation a été consacrée en droit des entreprises en difficulté par la loi du 30 avr. 1983 avant d'être reprise par la loi du 1 mars 1984 relative à la prévention des difficultés (*art. 29*). La continuité de l'exploitation constitue la préoccupation principale de ce droit. Elle justifie par exemple le droit d'alerte reconnu au commissaire aux comptes de la société, cf. *art. L. 234-1 C. com.*

³ C.A. Paris, 11 juin 1987, *Bull. Joly* 1987, n° 299, p. 719.

régularité qui doit caractériser l'activité de direction de fait. Dans cette décision, la Cour affirme que « la qualité de dirigeant de fait (...) est caractérisée par l'immixtion dans les fonctions déterminantes pour la direction générale de l'entreprise impliquant *une participation continue* à cette direction... » Un autre arrêt du 25 janvier 1994 rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation² approuve les juges du fond d'avoir attribué la qualité de dirigeant de fait à l'associé majoritaire d'une SARL au motif qu'il avait, depuis l'origine de la société créée à son initiative, exercé de *façon continue et régulière*, une activité positive de gestion de cette société. La Cour de cassation rappelle les constatations des juges du fond selon lesquelles ledit associé avait été l'instigateur de la conclusion du bail de l'immeuble dans lequel siégeait la société et avait voté ensuite en assemblée le transfert de ce siège, il avait aussi utilisé le gérant comme prête-nom car sa nationalité étrangère lui interdisait d'avoir cette qualité et avait négocié auprès des fournisseurs les contrats d'achat de marchandises destinées à la société. Ces faits démontrent que l'intéressé avait accompli des actes de gestion de la société durant une période notable et de façon continue. Cet arrêt confirme l'exigence d'une activité de gestion continue ou pérenne introduite par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris précité.

L'activité de gestion de fait est continue si son auteur a joué un rôle déterminant dans la réalisation des événements importants survenus dans la société ou dans la gestion de leurs conséquences. En ce sens, dans l'arrêt du 25 janvier 1994 précité, les actes accomplis par l'associé dans la gestion de la société se sont étalés dans la durée. Les juges ont pu conclure qu'il avait exercé une activité continue de gestion sociale. Dans le même sens, un arrêt du 20 octobre 2004 rendu par la chambre criminelle de la Cour de Cassation³ a confirmé la décision d'une Cour d'appel attribuant la qualité de gérant de fait à un associé et le condamnant, à ce titre, pour banqueroute et complicité d'émission de chèques. En l'espèce, la Cour d'appel avait, à propos de la qualité de dirigeant de fait, relevé que selon les différents témoignages, l'intéressé donnait des ordres et instructions au dirigeant de droit qui lui rendait compte de son activité, qu'il assurait les relations avec les fournisseurs

¹ Cela explique sans doute l'intérêt que la doctrine a accordé à cet arrêt. Par exemples : M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 20^e éd., Litec, 2007, n° 384 ; J.-Ph. DOM, *Bull. Joly* 2004, § 129, p. 666.

² Cass. com. 25 janv. 1994, *RJDA* 1994, n° 457, p. 358.

³ Cass. crim. 20 oct. 2004, *Bull. crim.* 2004, n 249, p. 935. Arrêt déferé : CA. de Saint-Denis- De-La-Réunion, ch. correctionnelle, 26 mars 2003.

et réglait par ses interventions toutes les difficultés de paiement de la société. Ces arrêts insistent sur la durée pendant laquelle l'immixtion dans la gestion de la société a été réalisée. Ils démontrent que l'activité de gestion de fait est continue lorsqu'elle est constante ou durable. Ainsi, depuis l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 11 juin 1987, les magistrats prennent progressivement en considération la durée de l'immixtion pour décider que cette immixtion constitue ou non une direction de fait.

169- Le concept de continuité permet de distinguer la gestion de fait de la gestion occasionnelle, alternative ou inconstante.

La gestion occasionnelle est celle qui caractérise l'accomplissement accidentel ou inconstant d'actes de gestion de la société. Elle n'entraîne pas, en principe, l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à son auteur. Ainsi, un célèbre arrêt rendu par la Cour d'appel de Toulouse le 30 juin 1997¹ et confirmé par la Cour de Cassation le 26 octobre 1999² a infirmé le jugement du tribunal de commerce de Saint-Gaudens qui avait attribué la qualité de dirigeant de fait et condamné au comblement de passif, le concédant d'une société concessionnaire soumise à un redressement judiciaire. La Cour d'appel a estimé que le concédant n'ayant accompli que «quelques actes d'immixtion épisodiques isolés et peu précis», la qualité de dirigeant de fait ne pouvait pas lui être attribuée. Auparavant, le 19 septembre 1995, la Cour d'appel de Paris³ avait déjà adopté, la même position en refusant de qualifier de dirigeant de fait, un directeur commercial et technique d'une SARL qui était l'époux de la gérante et qui disposait d'une procuration délivrée par cette dernière pour signer sur le compte bancaire de la société. Pour la cour, *les quelques actes de gestion isolés* accomplis par le directeur technique n'établissaient pas qu'il avait participé de façon permanente à un contrôle effectif et constant de la marche de la société. La Cour d'appel indique, au soutien de sa décision : « Considérant, en second lieu, qu'aucune des pièces versées n'établit que l'appelant, en dehors de quelques virements et factures qu'il reconnaît avoir signés, ait usé, de façon habituelle et régulière, de la signature sociale dont il disposait sur le compte bancaire ouvert à la Société Générale (...) ; ».

¹ C.A Toulouse, 30 juin 1997, *Bull. Joly* 1998, § 16, p. 53.

² Cass. com. 26 oct. 1999 (*affaire Ford France*), *RJDA* 1999, n° 1213, p. 982 ; *Bull. Joly* 2000, p. 149, note LE CANNU.

³ C.A Paris, 19 sept. 1995, *RJDA* 1995, n° 1368, p. 1051.

Dans ces différentes affaires¹, des actes de gestion étaient bien constatés, mais ils n'étaient pas réguliers ou exercés de façon continue. L'activité de gestion en cause était constituée d'actes de gestion isolés ou épisodiques. Elle était donc occasionnelle. Aussi, les juges l'ont-ils minimisée et ont refusé d'y trouver une activité de direction de fait. Inversement, dans une affaire soumise à la Cour de cassation le 4 juin 2002¹, l'associé d'une SARL reprochait à la Cour d'appel de lui avoir attribué la qualité de dirigeant de fait sans vérifier si les actes de gestion qui lui étaient imputés « n'avaient pas été accomplis de façon occasionnelle », sous la subordination du gérant de droit. La Haute juridiction rejette le pourvoi en indiquant que tout en relevant qu'un seul acte de gestion, en l'espèce, la signature sur le compte bancaire de la société, ne permettait pas certes d'établir la gérance de fait, les juges du fond ont aussi relevé d'autres actes de gestion imputables audit associé.

Il ressort de ces différents arrêts que l'immixtion constitutive d'une direction de fait présente une certaine continuité ou constance. La continuité traduit donc la pérennité d'une activité de gestion de fait ou son déroulement pendant une durée significative. Elle est un élément important dans la détermination de la direction de fait. Mais comment l'apprécier ?

B- L'appréciation du caractère continu d'une activité de gestion de fait

170- Les critères d'appréciation du caractère continu d'une activité de gestion de fait ne ressortent pas clairement de la jurisprudence et encore moins de la doctrine qui, sur ce point, reste silencieuse. Dans la mesure où la continuité participe à la qualification de l'immixtion en direction de fait, il importe d'essayer de remédier à cette lacune en précisant les éléments susceptibles d'établir la continuité d'une activité de gestion réalisée indûment. A cette fin, une attention particulière peut être accordée **au domaine** et à **l'importance** de l'activité réalisée.

171- En ce qui concerne **le domaine de l'activité**, il importe simplement de rappeler que la direction de fait constitue l'exercice sans mandat régulier de fonctions relevant de la compétence des dirigeants sociaux. Le caractère continu se déduit de

¹ Pour un autre exemple dans lequel quelques actes de gestion isolés ne suffisent pas à établir la direction de fait, voir C.A Paris, 10 mai 1989, *BRDA* 1989/20, p. 20.

l'exercice indu des compétences des dirigeants sociaux par une personne, pendant une période qui n'est pas épisodique. Les fonctions de direction de la société constituent donc le cadre d'appréciation de la continuité car c'est leur exercice qui permet d'établir que leur auteur a usurpé les pouvoirs reconnus au dirigeant de droit.

172- Mais en ce qui concerne l'importance de l'activité de gestion de fait, la question se pose de savoir si cet élément doit s'apprécier par rapport à la gestion de droit ou par rapport à toutes les activités de l'auteur de la gestion de fait.

Dans de nombreuses hypothèses, les actes de gestion de fait sont accomplis alors que, dans le même temps, le dirigeant légal exerce aussi ses pouvoirs de gestion. Le champ d'action des dirigeants sociaux est si vaste que plusieurs dirigeants de droit ou de fait peuvent conduire ensemble les affaires d'une société. La continuité n'implique donc pas l'exclusivité de la gestion de fait comme mode de direction de la société. Mais le caractère continu de l'activité de gestion de fait suppose-t-il que cette activité occupe, dans la conduite des affaires sociales, une place principale par rapport à celle de gestion de droit.

La continuité d'une activité de direction de fait **n'implique pas que cette activité est plus importante que celle de la direction de droit**, dans la conduite des affaires sociales. Elle ne signifie pas que les actes d'immixtion sont, par leur nombre ou par leur influence, plus importants que les actes de direction légale. L'activité de gestion de fait peut être continue alors même qu'elle n'est pas dominante dans la société. Il importe simplement qu'elle traduise l'exercice par son auteur d'un pouvoir général de décision dans la société pendant une période significative. Le critère d'appréciation de la continuité d'une immixtion dans la direction de la société est l'exercice d'un pouvoir général de décision ininterrompu par une personne qui n'a pas la qualité de dirigeant légal. Toutefois, dans la gestion de la société, lorsque l'activité de gestion de fait est principale ou exclusive, cette circonstance facilite la reconnaissance de la continuité de cette activité.

173- Le caractère continu de l'activité de gestion de fait ressort des motivations des décisions des tribunaux qui attribuent la qualité de dirigeant de fait à une personne. Dans un arrêt du 9 novembre 1993 approuvant les juges du fond d'avoir déclaré un

¹ Cass. com. 4 juin 2002, pourvoi n° 99-10973, inédit, *legifrance.gouv.fr*.

franchiseur dirigeant de fait de la société franchisée, la Cour de Cassation¹ indique que la Cour d'appel a relevé, d'une part, que le franchiseur détenait les documents comptables, sociaux et bancaires nécessaires à la gestion de la société franchisée et, d'autre part, qu'il préparait tous les documents administratifs et les déclarations fiscales et sociales, établissait les titres de paiement et contrôlait l'embauche du personnel. Ces indications portent sur des actes de gestion qui se sont poursuivis dans le temps. Elles démontrent le caractère ininterrompu de l'activité de gestion de fait en attestant de sa durée ou de sa périodicité².

Mais à défaut d'apprécier la continuité d'une activité de gestion de fait à partir de la comparaison entre cette activité et celle de la gestion de droit, il est possible de prendre en considération les relations entre la société et la personne qui s'imisce dans sa gestion.

174- La continuité d'une immixtion peut être appréciée **sous l'angle des relations que l'auteur de cette immixtion entretient avec la société**. Dans cette hypothèse, l'immixtion doit-elle représenter, en ce qui concerne son auteur, l'activité exclusive ou principale qui ressort de sa relation avec la société considérée ? La gestion de fait constitue-t-elle, pour son auteur et dans ses relations avec la société dirigée, une activité principale ou exclusive ? Cette question se pose dans des hypothèses où l'auteur de l'immixtion n'est pas totalement étranger à la société mais entretient avec elle des relations en vertu, soit du contrat de société, soit d'une autre convention. Il en est ainsi des associés, des cocontractants de la société et des salariés. La situation des salariés doit être examinée séparément de celle des autres personnes car le salarié est, par son statut, placé sous la subordination juridique du dirigeant social.

Dans un arrêt du 21 février 2006, la Cour de cassation³ a approuvé les juges du fond d'avoir attribué la qualité de dirigeant de fait à un salarié au motif que les actes réalisés par l'intéressé dans la gestion de la société excluaient l'existence d'un contrat de

¹ Cass. com. 9 nov. 1993, précité, *Bull. civ.* IV, n° 390, p. 284 ; *D.* 1995, somm. , p. 79, obs. D. FERRIER ; *Rev. sociétés* 1994, p. 5 et p. 321, note LE TOURNEAU.

² Cass. com. 25 janv. 1994, *RJDA* 1994, n° 457, p. 358, précité ; Cass. com. 13 mai 2003, *D.* 2003, p. 2537, comm. J.-P. KARAQUILLO : qualité de dirigeant de fait d'une association attribuée à une commune ; Cass. crim. 20 oct. 2004, pourvoi n° 03-85238, précité.

³ Cass. soc. 21 févr. 2006, pourvoi n° 03-41487, inédit, *legifrance.gouv.fr*.

travail et donc sa qualité de salarié. En l'espèce, la Cour d'appel avait « relevé que l'intéressé s'était immiscé dans la gestion, l'administration et la direction de l'entreprise, effectuait des actes de gestion pour le compte de celle-ci et percevait une rémunération sans rapport avec ses fonctions techniques ». Dans cet arrêt comme dans d'autres¹, les magistrats déduisent la qualité de dirigeant de fait de l'exercice d'une activité de gestion continue par le salarié.

175- En réalité, l'étendue des pouvoirs qui sont mis en œuvre dans la gestion de fait oblige à considérer que la personne qui exerce ces pouvoirs n'est pas subordonnée à une autre dans la société. Concrètement, le pouvoir général de décision de la personne qui dirige en fait une société rend pratiquement impossible le maintien du lien de subordination entre le salarié et le dirigeant institutionnel. Les fonctions exercées en qualité de salarié sont phagocytées par les fonctions directoriales alors même qu'au plan quantitatif, celles-là peuvent ne pas être plus importantes que celles-ci. L'activité de gestion de fait est alors considérée comme continue. Ainsi, alors que pour le dirigeant de droit, le cumul de la qualité de salarié suppose le maintien d'un emploi salarié effectif, cette condition ne suffit pas pour dénier la qualité de dirigeant de fait au salarié. Même si les fonctions techniques de salarié sont toujours exercées, le salarié peut être qualifié de dirigeant de fait dès lors qu'il a aussi accompli en toute indépendance et souveraineté des fonctions qui relèvent de la gestion de la société. Il en résulte que lorsqu'on prend en considération la relation entre le salarié et la société, la direction de fait par le salarié suppose que cette activité est, dans les faits, devenue principale, dominante ou exclusive et que, corrélativement, l'activité salariale s'est interrompue ou est devenue inconstante car, le pouvoir de gestion absorbe le lien de subordination qui caractérise la qualité de salarié.

Cependant, en dehors de l'hypothèse où la personne qui a accompli des actes de gestion de fait est un salarié, la continuité de l'activité de gestion de fait n'est pas déterminée par son caractère principal. Il n'est pas nécessaire que l'activité de gestion de fait soit, dans la société considérée, une activité dominante et encore moins la seule activité de direction de cette société, pour que la qualité de dirigeant de fait soit attribuée à son

¹ Cf. Cass. com. 19 févr. 2002, *RJDA*, 2002, n° 7, n° 763, p. 638 : direction spontanée de la société par les salariés qui contrôlaient l'entreprise tant en matière financière et commerciale qu'en matière d'embauche du personnel. Cass. com. 22 janv. 2002, *RJDA* 2002, n° 5 et n° 502, p. 426 : immixtion du salarié de sa

auteur. Il suffit que l'auteur des actes de gestion les accomplisse de façon habituelle, même s'il a une autre activité dans la société. Ainsi, à l'exception de l'hypothèse du salarié, le caractère continu de l'activité de gestion de fait exercée par toute personne peut être reconnu sans qu'il soit nécessaire de démontrer que cette activité est dominante ou exclusive dans la société.

Mais quelle que soit la personne considérée, il importe que l'activité de gestion de fait soit exercée par son auteur pendant une certaine période significative, c'est-à-dire, qui n'est pas éphémère. La continuité est un élément temporel d'appréciation de la permanence de l'activité de gestion de fait, alors que l'habitude en est surtout l'élément quantitatif.

176- Les exigences relatives aux caractères continuel et habituel de l'immixtion dans la gestion de la société évitent qu'une activité de gestion occasionnelle ou ponctuelle ne soit qualifiée de direction de fait. Leur existence doit déterminer, en principe, la qualification de toute immixtion en direction de fait. Cependant, ces exigences ne sont pas toujours prises en considération par les tribunaux. Quelquefois, la qualification de direction de fait est attribuée à une immixtion réalisée pendant une période très courte ou consistant en un acte isolé. Dans un arrêt du 12 juin 1972, la Cour de Cassation a approuvé les juges du fond d'avoir considéré que constituait une direction de fait, l'acte par lequel un associé avait sollicité auprès du tribunal, au nom de la société, l'ouverture d'une procédure collective¹. Aussi cet associé a-t-il été qualifié de dirigeant de fait. De même, dans un autre arrêt rendu le 27 octobre 1988, la Cour d'appel de Paris² a attribué la qualité de dirigeant de fait à la société-mère dont l'ingérence dans une opération de sa filiale a laissé croire « qu'elle prenait véritablement à son compte l'opération commerciale »¹. Dans ces affaires, l'immixtion dans la gestion de la société pouvait être considérée comme occasionnelle car elle ne réunissait pas les conditions relatives à la permanence. Elle ne constituait même pas une activité dans la mesure où elle ne présentait pas de caractère habituel ni continuel. En raison de ces carences, la direction de fait ne devait pas être reconnue. Les décisions prises

propre autorité dans la direction de la société. Voir aussi, Cass. com. 3 janv. 1991, *Dr. sociétés* 1991, n° 181.

¹ Cass. com. 12 juin 1972, *Bull. civ. IV*, n° 187, p. 182. Voir également, C. A. Paris, 3e Ch. 15 oct. 1975, *Dr. sociétés* 1975, n° 169 : l'initiative prise par l'associé non gérant d'une SARL de déposer le bilan de la société a été qualifiée de gérance de fait.

² CA Paris, 27 oct. 1988, *JCP. éd. E*, 1989, II, p. 106.

dans ces arrêts n'étaient donc pas fondées sur le critère de la permanence. Les juges ont pris en considération l'influence que l'immixtion dans la gestion avait exercée sur la société. Les actes accomplis présentaient un caractère déterminant pour la continuité de la société. Il en résulte que si la permanence constitue un critère déterminant de la direction de fait, elle n'en est pas le critère exclusif. L'intervention réalisée indûment dans la gestion de la société peut être qualifiée de gestion de fait lorsque, à défaut d'être permanente, elle a exercé une influence sur cette société.

Section II- L'influence de l'activité de gestion de fait de la société

177- Selon le dictionnaire Le Robert, l'influence est l'action réelle ou le pouvoir effectif qu'exerce une chose, une situation ou une personne sur quelqu'un ou quelque chose. L'activité de gestion de fait produit une influence sur la société mais aussi sur des activités et des personnes en relations avec cette société. Cette influence peut être définie comme l'ensemble des effets que provoque cette activité sur le fonctionnement et le patrimoine de la société dirigée et même sur des personnes qui sont en relation avec cette société. Elle constitue un critère de qualification de la direction de fait. Elle doit être appréciée afin de **déterminer si toute influence** que l'activité de gestion de fait a produite **est**, au regard de la jurisprudence, **un critère de qualification de la direction de fait**.

L'examen de la jurisprudence relative à la qualification de la direction de fait démontrera, dans les développements qui suivent, que pour retenir cette qualification, les tribunaux prennent en considération les conséquences que l'activité de gestion induit a provoquées sur la société ainsi dirigée, c'est à dire sur son fonctionnement et son patrimoine. Sont compris dans ces conséquences, les effets de l'activité de gestion de fait internes et externes à la société. Les juges du fond vérifient que cette activité à eu une **influence réelle (§1)** sur la société dirigée. Mais parfois, la qualité de dirigeant de fait n'est reconnue à l'auteur d'une telle activité que si cette **influence est néfaste (§2)**.

¹ Pour d'autres exemples, voir *supra* n° 180 s.

§1- L'influence réelle

178- La réalité de l'influence peut résulter de la nature de l'acte de gestion, de son domaine d'intervention ou de sa valeur patrimoniale. Elle peut avoir une traduction immédiate ou tardive. La difficulté est de retenir un critère susceptible de révéler avec certitude l'influence tangible que l'immixtion a exercée sur la société. Cette difficulté est liée à la multiplicité et à la diversité des effets de la gestion de fait. A l'examen de la jurisprudence et de la doctrine, deux critères permettent de cerner l'influence réelle de la gestion de fait sur la société : **le critère de la nature des actes de gestion (A)** et celui de la valeur patrimoniale des actes de gestion ou **critère patrimonial (B)**.

A- Le critère de la nature des actes de gestion

179- La réalité de l'influence se déduit parfois de la nature des actes de gestion accomplis par le dirigeant de fait. Ce critère est qualifié d'essentialiste¹ car, il porte sur la nature même des fonctions exercées. Ces fonctions sont directoriales. Les actes de gestion qui les matérialisent sont, soit limités à un domaine spécifique relevant de la compétence du dirigeant social, soit relatifs à différents domaines dévolus audit dirigeant. Ces actes révèlent l'existence d'un pouvoir de décision qui est limité dans la première hypothèse et général dans la seconde. En application du critère essentialiste, la jurisprudence distingue entre les actes de gestion courante et les actes de gestion exceptionnelle pour cerner la réalité de l'influence de l'activité de gestion de fait. Après avoir précisé rapidement le contenu des **notions de gestion courante et exceptionnelle**, cette jurisprudence sera présentée afin d'indiquer **comment les tribunaux établissent la réalité de l'influence** de l'activité de gestion de fait. Un examen des **limites de cette jurisprudence** clôturera l'analyse du critère de la nature des actes de gestion.

180- La gestion courante regroupe, d'un côté, les actes nécessaires à l'administration du patrimoine et, de l'autre, ceux nécessaires au déroulement normal de l'exploitation. Il en est ainsi des commandes de matières premières destinées à l'entreprise, de l'établissement des fiches de paie des salariés etc. Quant à la gestion exceptionnelle, elle comprend les actes qui tendent à la modification du cycle d'exploitation de l'entreprise. S'y

¹ Cf. C. CHAMPAUD et D. DANET, *RTD com.* 2000, p. 386, note sous C.A Paris, 4 févr. 2000.

ajoutent les actes relatifs aux actifs sociaux dont l'absence ou l'aliénation compromet l'existence de l'exploitation ou attente considérablement au patrimoine de la société. Il s'agit par exemple des contrats qui rendent indisponible pour la société le matériel d'exploitation ou qui portent aliénation du fonds de commerce. Il en est de même de l'abandon d'une créance sociale importante dans un intérêt autre que celui de la société.

Dans une affaire jugée par la Cour de cassation le 6 juin 2000, une société-mère reprochait à un arrêt rendu par la Cour d'appel de Poitiers le 10 septembre 1996 de lui avoir attribué la qualité de dirigeant de fait de sa filiale alors que cette dernière jouissait d'une autonomie réelle¹. La Haute juridiction rejette le pourvoi au motif que la Cour d'appel a relevé que la filiale « ne disposait d'une autonomie que pour les actes de gestion de la vie courante » et que pour tous les autres actes importants - transfert des factures, modification des comptes, changement de politique salariale, prélèvement des excédents de trésorerie au profit d'autres sociétés du groupe, liquidation amiable de la société et fermeture de l'entreprise - la filiale était soumise à la société-mère. Quelques enseignements peuvent être tirés de cet arrêt.

Dans cette affaire, les magistrats ont opposé implicitement gestion courante et gestion exceptionnelle. Pour la Cour d'appel comme pour la Cour de cassation, la gestion courante ne produit que des conséquences négligeables sur la société. Aussi sa réalisation n'est-elle pas déterminante dans l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à une personne. En revanche, la gestion exceptionnelle a des conséquences importantes ou significatives sur la société dirigée. Elle engage le sort de cette personne morale et de ses créanciers. Son influence est donc réelle. Dès lors, la direction de fait peut être déduite d'une telle gestion car elle révèle que son auteur a exercé un pouvoir général de décision dans tous les domaines de la société.

181- Dans une espèce soumise à la Cour d'appel de Toulouse le 9 janvier 1997², l'ancien gérant d'une société avait continué de s'occuper des relations de cette personne morale avec les organismes financiers et passé des commandes pour le compte de cette

¹ Cass. com. 6 juin 2000, pourvoi n° 96-21134, inédit, *legifrance.gouv.fr*.

² C.A. Toulouse, 9 janv. 1997, *Rev. proc. coll.* 2001, p. 264.

dernière¹. En outre, l'intéressé avait procédé à l'abandon d'une créance importante de la société au profit d'un tiers². La Cour d'appel lui a reconnu la qualité de dirigeant de fait. Dans cette affaire, la gestion courante et la gestion exceptionnelle ont été réalisées par l'ancien gérant. Les relations avec les organismes financiers et les commandes passées par l'intéressé caractérisent la gestion courante. Il s'agit en effet d'actes de représentation de la société nécessaires au déroulement normal de l'exploitation. Ces actes ne modifient pas le cycle d'exploitation de la société ni ne portent atteinte gravement au patrimoine social. Ils sont susceptibles d'être réalisés par tout dirigeant social. En revanche, l'abandon d'une créance importante de la société au profit d'un tiers réalise une atteinte considérable au patrimoine de la société. Il constitue un acte de gestion exceptionnelle de la société.

Même si cela n'est pas expressément dit dans cet arrêt, l'acte de gestion exceptionnelle qu'est l'abandon d'une créance a déterminé la qualification de l'activité de l'ancien gérant en direction de fait. En effet, les actes de gestion courante imputables à l'ancien gérant - les relations de la société avec les organismes financiers et les commandes passées pour le compte de cette société - ne suffisent pas à caractériser la gestion de fait car ils n'ont pas une influence significative sur la société ou les tiers. Ces actes ne révèlent pas l'existence d'un pouvoir général de décision sur la société, en faveur de la personne qui les réalise. Il en est de même de la conservation d'un salaire supérieur à celui du gérant légal. Cet élément n'est pas un acte de gestion mais un indice de nature à contribuer à la démonstration que son bénéficiaire a une position importante dans cette société. En revanche, l'abandon d'une créance importante de la société au profit d'un tiers est un acte de gestion exceptionnelle car il ne peut, en raison de sa gravité, être accompli que par une personne qui jouit d'un pouvoir général de décision sur la société. Sa réalisation par l'ancien gérant produit des conséquences importantes sur le patrimoine de la société. Elle démontre que l'intéressé jouissait encore d'un pouvoir exorbitant de décision et de contrôle de la société et qu'il a mis en œuvre ce pouvoir. La gestion exceptionnelle est, par nature, une activité qui relève de la compétence d'une personne qui a des pouvoirs généraux de décision dans la conduite des affaires sociales. Aussi, son exercice justifie-t-il que la qualité de dirigeant de fait soit attribuée à son auteur.

¹ L'intéressé avait conservé un salaire de 150 000 F par an, après avoir été gérant pendant un an, alors que le nouveau gérant percevait 5 500 F par mois et ignorait tout du fonctionnement de la société.

² Voir également, pour un abandon d'une créance sociale dans un intérêt personnel, Cass. com. 7 oct. 1974, *JCP. éd. G.* 1975 II, n° 18 129, note GRUA.

D'autres arrêts révèlent que le caractère exceptionnel de la gestion est déterminant pour établir l'influence réelle que l'activité de gestion de fait a eu sur la société. Il s'agit notamment des décisions qui attribuent la qualité de dirigeant de fait à des personnes qui, sans en avoir le pouvoir régulier, ont sollicité auprès du tribunal, au nom d'une société, l'ouverture d'une procédure collective. Dans ces arrêts¹, le caractère exceptionnel de la gestion résulte de l'accomplissement par la personne considérée, d'un seul acte de gestion mais dont l'influence est déterminante sur la société dans la mesure où cet acte engage l'existence de la société et peut notamment conduire vers la cessation de son activité, voire vers sa liquidation.

Il ressort de tous ces arrêts que l'influence réelle qu'une activité de gestion de fait exerce sur la société se déduit de la nature exceptionnelle de cette activité. La gestion exceptionnelle caractérise l'exercice d'un pouvoir général de décision sur la société considérée. Elle a des effets importants sur le fonctionnement de cette société ou sur son patrimoine. Toutefois, cette jurisprudence présente des limites relatives, à la fois, à la détermination du seuil à partir duquel une gestion courante peut devenir exceptionnelle et au fait que toute gestion de la société peut produire des conséquences importantes pour cette société.

182- La difficulté subsiste quant à la détermination du seuil à partir duquel il est permis de considérer qu'une gestion cesse d'être courante pour devenir exceptionnelle. Dans une affaire jugée le 4 février 2000 par la Cour d'appel de Paris² et dans laquelle la question de la direction de fait ne se posait pas directement, le gérant minoritaire d'une société d'optique avait négocié seul l'achat d'un terrain d'un prix prévisionnel de 2 670 800 francs hors taxes, en vue d'y construire les laboratoires de la société. L'investissement total comprenant la construction de l'usine était supérieur à 6 000 000 de francs. En vertu du contrat signé par le gérant, la société a versé au vendeur un acompte. L'opération ayant échoué, la société a perdu cet acompte. Elle a alors assigné le gérant pour le voir condamner en dommages-intérêts, au motif qu'il avait accompli, par cette opération, un

¹ Cf. Cass. com. 12 juin 1972, *Bull. civ.* IV, n° 187, p. 182 précité, attribuant la qualité de dirigeant de fait à l'associé qui avait demandé l'ouverture d'une procédure collective au nom de la société. C. A. Paris, 3^e Ch. 15 oct. 1975, *Dr. sociétés* 1975, n° 169 : qualité de gérant d'une SARL attribuée à l'associé non gérant qui a pris l'initiative de déposer le bilan de la société.

² Cf. CA Paris, 4 févr. 2000, *RTD com.* 2000, p.386, note C. CHAMPAUD et D. DANET.

acte de gestion exceptionnelle alors que les statuts sociaux limitaient ses pouvoirs à la gestion des affaires courantes.

Les juges devaient apprécier le caractère exceptionnel ou non de l'acte accompli par le gérant poursuivi pour déterminer ensuite la violation ou le respect des dispositions statutaires limitant ses pouvoirs. Il était donc nécessaire pour la Cour d'appel de choisir un critère d'appréciation de l'exceptionnalité de l'acte de gestion en cause. A cette fin, la Cour affirme : « considérant que l'acquisition d'un terrain pour un prix prévisionnel de 2 670 800 F hors taxes, destiné à la construction d'une usine nécessitant (...) un investissement supérieur à 6 000 000 de francs, était une opération à caractère exceptionnel que le gérant ne pouvait engager sans l'accord préalable des associés ».

Les magistrats ont adopté, par cette motivation, « une approche financière centrée sur le montant global de l'investissement »¹. Selon cette approche, le critère d'appréciation du caractère exceptionnel d'un acte de gestion est l'implication financière définitive de cet acte pour la société. En vertu de ce critère, l'activité de gestion exceptionnelle est celle qui a une implication financière importante pour la société alors que l'activité de gestion courante a des effets patrimoniaux négligeables. En ce qui concerne l'immixtion dans la gestion de la société, ce critère ne confère la qualification de direction de fait qu'à l'activité de gestion dont les conséquences patrimoniales à l'égard de la société sont importantes voire déterminantes.

Mais indépendamment de son coût financier, l'achat d'un terrain en vue d'y construire une usine n'est pas une opération qu'une société d'optique effectue tous les jours. Il s'agissait donc d'un acte de gestion exceptionnelle que le gérant ne pouvait entreprendre sans l'accord préalable des associés. Dès lors, force est de reconnaître que le caractère exceptionnel de la gestion peut être déterminé aussi bien par le critère patrimonial que par le critère essentialiste des actes accomplis.

183- Une autre difficulté apparaît dans la jurisprudence qui apprécie la réalité de l'influence à partir de la distinction entre gestion courante et gestion exceptionnelle. Elle réside dans le fait que toute activité de gestion d'une société peut produire sur cette société

¹ CHAMPAUD et DANET, *op. cit.*

des conséquences qui sont insignifiantes lorsqu'elles sont prises isolément, mais déterminantes lorsqu'elles sont prises collectivement. Il en est ainsi de la réalisation des achats de matières premières nécessaires à l'exploitation sociale. Même si l'accomplissement de cette fonction est considéré comme une activité de gestion courante, il demeure indispensable. Elle est donc déterminante pour la réalisation de l'activité commerciale. De même, une mauvaise administration du patrimoine de la société peut occasionner des difficultés de nature à mettre en péril l'existence de cette société. Cette réalité est prise en considération par les juridictions mais à titre subsidiaire. En effet, à défaut d'établir qu'une personne a réalisé indûment une gestion exceptionnelle, les tribunaux qualifient cette personne de dirigeant de fait en se fondant sur l'exercice d'une activité de gestion pouvant être considérée comme courante¹ mais qui a eu une influence importante sur la société.

Mais qu'elle se déduise de la gestion courante ou exceptionnelle, l'influence de l'activité de gestion de fait est principalement appréciée au plan patrimonial. Or, la direction de fait doit être déterminée à partir de la nature des actes réalisés indûment car elle est l'exercice des actes qui relèvent du pouvoir de gestion. Le critère essentialiste doit donc supplanter le critère patrimonial dans la qualification de la direction de fait.

B- Le critère patrimonial

184- Il est possible de cerner l'influence réelle qu'une activité de gestion de fait exerce sur la société en prenant en considération les conséquences que cette activité a produites sur le patrimoine de ladite société. Cette appréciation de l'influence de l'activité exercée est fondée sur le critère patrimonial. Elle conduit à distinguer entre les actes patrimoniaux et les actes extra patrimoniaux. Les premiers ont des effets estimables en argent. Ce qui n'est pas le cas des seconds. En application du critère patrimonial, l'influence de l'activité de gestion se réduit à ses conséquences financières ou pécuniaires sur la société. Il convient d'abord d'examiner **la mise en œuvre de ce critère par les**

¹ Cass. crim. 12 sept. 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 268 p. 791 : qualité de dirigeant de fait reconnue au directeur technique salarié, ancien dirigeant social, qui a continué d'engager le personnel et de négocier les chantiers au nom de la société. Voir aussi, Cass. com. 22 janv. 2002, *RJDA* 2002, n° 5 et n° 502, p. 426 : immixtion d'un associé, conducteur de travaux d'une société de construction salarié ; Cass. com. 19 févr. 2002, *RJDA*, 2002, n° 7, n° 763, p. 638 : salariés qui embauchaient le personnel de la société et définissaient la politique commerciale et financière.

tribunaux, puis de préciser **ses limites** et enfin de **proposer quelques règles d'appréciation de l'influence**.

185- Les juridictions recourent parfois au critère patrimonial pour apprécier l'influence qu'une immixtion a eue sur la société. Dans un arrêt du 2 mai 1990, la Cour de cassation¹ approuve les juges du fond d'avoir attribué la qualité de dirigeant de fait à un salarié, directeur financier de la société, qui opérait des mouvements de fonds importants en faveur d'autres sociétés auxquelles il était intéressé. De même, dans une affaire jugée le 12 octobre 1995 par la chambre criminelle de la Cour de cassation², la Cour confirme l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à une personne qui s'occupait des relations de la société avec les fournisseurs, les clients et les banques, au moyen d'une procuration et avait, par son activité de gestion de fait, rendu déficitaire de 178 000 francs, le compte courant de la société³. Dans ces espèces, les juges prennent en considération la valeur patrimoniale des actes réalisés indûment pour affirmer que l'accomplissement de ces actes constitue une gestion de fait. La mise en œuvre du critère patrimonial oblige à considérer la valeur réelle de l'activité de gestion de fait. Ainsi, le critère patrimonial permet d'attribuer la qualification de direction de fait à toute immixtion qui a des conséquences patrimoniales réelles sur la société. Il présente l'avantage de ne prendre en considération que des actes susceptibles d'être évalués financièrement. Cela est intéressant notamment dans la perspective de la responsabilité civile du dirigeant de fait, que la société soit *in bonis* ou soumise à une procédure collective d'apurement du passif⁴.

186- Mais le critère patrimonial présente des limites qui ressortent d'une part, de la relativité de la distinction entre les actes de gestion patrimoniaux et extra patrimoniaux et, d'autre part, de la difficulté de déterminer la valeur patrimoniale d'un acte de gestion.

¹ Cass. com. 2 mai 1990, pourvoi n° 88-10.978, inédit.

² Cass. crim. 12 oct. 1995, *Rev ; sociétés* 1996, p. 319, note B. BOULOC.

³ Voir aussi, Cass. com. 1er juill. 1997, n° 95-15.149, *Dict. perm. diff. entr.*, Bull. 162, p. 6906 : confirmation de la décision des juges du fond attribuant la qualité de dirigeant de fait au salarié qui avait la maîtrise de l'ensemble des sociétés du groupe et jouait un rôle actif au sein de celle qui a été déclarée en redressement judiciaire. Les juges du fond avaient relevé que l'intéressé avait continué de diriger la société même après la désignation d'un nouveau gérant. Il s'était notamment octroyé un salaire sans commune mesure avec son activité officielle et avait disposé des biens sociaux comme des siens propres. C.A. Paris, 9 mars 1999, *Rev. proc. coll.* 2001, p. 266, obs. A. MARTIN-SERF.

⁴ Cf. *La responsabilité du dirigeant de fait*, *infra* n° 247 s.

En application du critère patrimonial, l'influence d'une activité de gestion de fait résulte des effets patrimoniaux directs que cette activité produit sur la société. Ce raisonnement présente des limites en ce qu'il lie l'influence à la réalisation des actes de gestion patrimoniaux et nie les conséquences pécuniaires des actes de gestion extra-patrimoniaux. Or, si en théorie, les actes dits patrimoniaux sont ceux qui ont des implications financières directes, immédiates ou à court ou moyen terme dans la société alors que les « actes extra-patrimoniaux » sont ceux qui n'ont pas d'implication financière directe ou appréciable à court terme, en pratique, cette qualification ne correspond pas à la réalité. Par exemple, lorsqu'une personne décide des mesures et instructions applicables au personnel en vue d'organiser l'exécution de l'activité sociale, cet acte n'a pas toujours de traduction financière immédiate ; il n'en demeure pas moins qu'il est susceptible d'entraîner une augmentation ou une diminution de la productivité et engendrer des effets pécuniaires sur la société. Par conséquent, en ce qui concerne la gestion de la société, la distinction entre les actes patrimoniaux et les actes extra-patrimoniaux n'est pas fondée car les actes de gestion ont tous un impact économique et financier, direct ou indirect, immédiat ou tardif sur la société. Il en résulte que l'influence de tout acte de gestion doit être appréciée à court, moyen ou long terme. Cela peut avoir un impact sur la morale des affaires.

Même en considérant qu'en ce qui concerne la gestion d'une société, la distinction entre acte patrimonial et extra-patrimonial est fondée, le critère patrimonial présente une limite dans l'appréciation de la valeur d'un acte. En effet, cette valeur intègre des facteurs extérieurs à l'acte. Concrètement, l'influence patrimoniale qu'un acte de gestion exerce sur la société dépend aussi des éléments propres à cette société. Il s'agit par exemple du capital social, du chiffre d'affaires, des charges de la société et même des perspectives d'évolution du secteur dans lequel cette société œuvre. De sorte que pour une société dont l'activité génère un chiffre d'affaires de plusieurs milliards d'euros, la signature par une personne d'un contrat de 200 000 euros peut ne pas être perçue comme un acte aux conséquences patrimoniales importantes pour la société. En revanche dans une société dont le chiffre d'affaires est d'un million d'euros, un acte engageant ladite société pour un montant de 200 000 euros peut être jugé important et donc déterminant pour la société. Ainsi, en fonction de la société dans laquelle l'activité de gestion de fait a été exercée, cette activité sera ou non qualifiée de direction de fait, selon qu'elle aura été jugée influente ou négligeable. Il en résulte que l'influence réelle qu'un acte de gestion exerce sur la société

est relative. La valeur patrimoniale de l'acte de gestion n'est donc pas un critère qui atteste, de façon absolue, qu'une activité de gestion de fait a exercé une influence sur la société.

En définitive, aucun critère pris isolément ne révèle parfaitement l'influence réelle qu'une activité de gestion de fait peut exercer sur la société. Il convient, en ce domaine, de ne pas se focaliser sur un critère unique car l'influence d'une immixtion dans la gestion de la société peut se manifester sous diverses formes et à des moments divers. D'ailleurs, les juges utilisent alternativement les critères essentialiste et patrimonial et parfois les combinent. Ainsi, l'influence d'une activité de gestion de fait ressort dans les arrêts, soit de la nature¹ des fonctions exercées sans pouvoir régulier, soit de l'importance patrimoniale² des actes de gestion réalisés indûment. La jurisprudence n'est donc pas encore définitivement fixée sur le critère à retenir pour apprécier la réalité de l'influence d'une gestion de fait.

187- Peut-être faut-il, pour cerner l'influence d'une activité de gestion de fait, préciser simplement les manifestations de cette influence dans la société. Ces manifestations se produisent dans le fonctionnement de la société et dans sa continuité.

L'influence de l'activité de gestion de fait est réelle ou significative si cette activité participe à la conduite de la société. Il en est ainsi lorsque les actes de gestion de fait ont été réalisés dans des domaines variés relevant de la compétence des dirigeants sociaux tels que l'embauche et le licenciement du personnel, l'organisation du travail, la fixation des salaires, la fixation des prix des produits et services de la société, la détermination de la politique commerciale et financière et la représentation de la société auprès des tiers. L'influence exercée par la gestion de fait doit être caractérisée dès lors que la personne poursuivie a exercé, dans l'un de ces domaines, un pouvoir effectif de décision.

¹ Cass. crim. 20 oct. 2004, *Bull. crim.* 2004, n 249, p. 935 précité : la qualité de gérant de fait a été, à juste titre, confirmée à l'égard de l'associé qui donnait des ordres et instructions au dirigeant de droit, qui assurait les relations avec les fournisseurs et réglait par ses interventions toutes les difficultés de paiement de la société. Voir aussi, C.A. Orléans, 18 déc. 1997, *Juris-Data* n° 1997-0 48 190 : qualité de dirigeant de fait reconnue à l'associé qui imposait sa volonté aux dirigeants sociaux et s'occupait de toutes les questions administratives et commerciales, notamment les embauches, la direction des salariés, la négociation des marchés et l'établissement des factures.

² Cass. com. 1er juill. 1997, précité, n° 95-15.149, *Dict. perm. diff. entr.*, Bull. 162, p. 6906 ; C.A. Versailles, 6 nov. 1997, *Rep. gén.* n° 2706/97, inédit, précité : qualité des dirigeants de fait attribuée à l'associé qui recrutait le personnel, signait les contrats avec les partenaires de la société après les avoir négociés, animait seul l'équipe qu'il avait recrutée.

En vertu de ce critère essentialiste, peuvent être retenus comme influents, les actes de gestion consistant en des décisions sur les investissements de la société, les emprunts, la gestion du personnel, la politique commerciale et la représentation de la société¹. Il s'agit en réalité de toute activité consistant en la mise en œuvre d'un pouvoir général de décision à l'intérieur et à l'extérieur de la société, au nom et pour le compte de celle-ci.

Mais l'appréciation de la qualité de dirigeant de fait étant souvent réalisée dans le cadre des difficultés des entreprises, il importe que soit prise en considération l'influence déterminante que cette activité de gestion de fait a pu exercer sur le sort de la société, c'est-à-dire sur sa pérennité. Les tribunaux vérifier si l'activité de gestion de fait considérée a été déterminante pour l'existence, la survie de la société ou si au contraire elle les a entravées. Concrètement, l'influence d'une immixtion est établie si cette activité a consisté en des actes de nature à engager le sort économique et financier de la société². La qualification de direction de fait doit ainsi être appliquée à l'immixtion qui a contribué à l'émergence des difficultés de l'entreprise ou qui a permis d'éviter la survenance de ces difficultés. En revanche, les autres actes de gestion ayant eu une influence dérisoire sur la continuité de la société ne méritent pas la qualification de direction de fait. Cette distinction permet de justifier le refus d'attribuer la qualité de dirigeant de fait à une personne qui a accompli des actes de gestion isolés ou insignifiants³. Mais les considérations relatives à la pérennité de la société conduisent à apprécier la qualité de l'influence que l'immixtion a exercée sur la société.

§2- L'influence néfaste

188- L'activité de gestion de fait peut avoir des conséquences bénéfiques ou néfastes sur la société. Dans les deux hypothèses, l'immixtion est-elle considérée comme

¹ C.E 10 févr. 1993, n° 96.400 ; Cass. com. 24 nov. 1998 précité ; C.E. 31 mars 1999, n° 198494, *Laizeau* : associé d'une SARL qui disposait d'une procuration générale sur les comptes bancaires qu'il a utilisée, signait toutes les déclarations fiscales et sociales et s'était porté caution d'un emprunt souscrit par la société.

² Cass. com. 12 juin 1972 et C. A. Paris, 3e Ch. 15 oct. 1975 précités : associés ayant demandé l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de la société.

³ Paris, 8 juillet 1975, *Rev. soc.* 1976, p. 114 : les initiatives prises par les membres du conseil de surveillance et qui étaient limitées à des prises de contact avec des groupes privés ou avec des pouvoirs publics..., la production d'une lettre adressée à la société à l'attention d'un membre du conseil de surveillance et relative à l'exécution d'un contrat de location conclu par la société ne suffisent pas à établir une immixtion caractérisée. Voir aussi, Cass. com. 26 oct. 1999 (*affaire Ford France*) précité et C.A Paris, 19 sept. 1995, *RJDA* 1995, n° 1368, p. 1051.

une direction de fait ? La réponse à cette question apparaît timidement dans une jurisprudence qui, progressivement, **distingue entre les bonnes et les mauvaises immixtions (A)**. En raison des conséquences de cette distinction sur la qualification de la direction de fait, cette jurisprudence mérite d'être **appréciée de façon critique (B)**.

A- La distinction jurisprudentielle entre les bonnes et les mauvaises immixtions

189- La direction de fait est communément définie comme l'activité positive de gestion accomplie en toute indépendance et souveraineté par une personne qui n'a pas de mandat régulier de gestion de la société. Cette définition implique que l'activité de gestion a, sur la conduite des affaires sociales, une influence réelle. Peu importe *a priori* que cette influence soit favorable ou nuisible à la société. Ainsi, selon cette définition, la bonne ou la mauvaise qualité de l'immixtion n'est pas un critère d'appréciation de la direction de fait. Cependant, certains arrêts portent un grand intérêt à la qualité des effets de l'immixtion en distinguant entre les bonnes immixtions, celles qui sont bénéfiques pour la société dirigée en fait et les mauvaises immixtions, celles qui sont néfastes ou nuisibles pour cette personne morale. Cette distinction et ses conséquences dans la qualification de la direction de fait doivent être présentées.

190- Dans un arrêt du 12 avril 1976, la Cour de cassation¹ a approuvé les juges du fond d'avoir attribué la qualité de gérant de fait à l'associé majoritaire d'une SARL. En l'espèce, le dit associé avait essayé de redresser la situation financière de la société en apportant à cette dernière une trésorerie qui s'était révélée insuffisante. Pour régler les dettes sociales, il a alors proposé une nouvelle augmentation de capital garantie sur sa fortune personnelle. Ces démarches n'ayant pas permis de sauver l'entreprise, la société a été soumise à la procédure de règlement judiciaire et l'associé s'est porté créancier pour la somme qu'il prétendait avoir injecté dans la trésorerie de la société. A la demande du syndic, les juges du fond avaient condamné l'intéressé à supporter une partie de l'insuffisance d'actif au motif que ses agissements qui établissaient qu'il avait participé de façon effective à la gestion de la société n'avaient abouti qu'à retarder le dépôt du bilan et à augmenter le passif de la société. Pour confirmer cette décision, la Cour de cassation

¹ Cass. com. 12 avr. 1976, *Bull. civ.* IV, n° 116, p. 101 ; *Bull. Joly* 1976, p. 322. Cet arrêt a été rendu en application de l'art. 25 de la loi du 7 mars 1925 relative à la SARL. Selon cet article, « la responsabilité d'un associé ne peut être engagée que si cet associé a participé effectivement à la gestion de la société ».

indique dans cet arrêt du 12 avril 1976 qu' »en l'état de ces constatations, la Cour d'appel n'a fait qu'user de son pouvoir souverain d'appréciation en retenant que la participation effective » de l'associé « à la gestion de la société était établie ».

En réalité, dans cette affaire, la gestion de fait de la société ne se déduit pas des actes accomplis par l'associé. L'attribution de la qualité de dirigeant de fait à l'intéressé n'est pas motivée par la nature de son activité au sein de la société mais par les conséquences néfastes de cette activité. Elle repose sur le fait que les agissements de l'associé ont retardé le dépôt de bilan et entraîné une augmentation du passif social.

Cette appréciation de la qualité de dirigeant de fait est reprise par l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 2 juillet 1999¹ attribuant à une SARL, associée majoritaire d'une autre SARL, la qualité de gérant de fait de celle-là. La Cour relève que l'associée s'est immiscée dans la gestion, a servi d'intermédiaire entre la société débitrice et le groupe de sociétés auquel elle appartenait, tenait les assemblées générales de la société débitrice à son siège, avait fait vendre le fonds de commerce de la société débitrice dans des conditions précipitées et dommageables aux créanciers. Toutes les motivations de cet arrêt ne sont pas indiscutables. En effet, la qualité d'associé n'établit pas l'exercice d'une activité de gestion de la société pas plus que la qualité d'intermédiaire entre la société et son groupe car, l'associé a pu ou non remplir ce rôle en restant sous la subordination du dirigeant légal, par exemple en exécution d'un mandat spécial. Quant aux assemblées générales tenues à son siège, les liens entre les deux sociétés et des raisons d'économie pouvaient aisément justifier le choix de ce lieu et exclure la réalisation d'une direction de fait. Par conséquent, la véritable motivation de l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à cet associé doit être recherchée dans le résultat funeste de la vente du fonds de commerce de la société débitrice. En effet, cette vente constitue un acte de gestion. Et, même si la réalisation d'un seul acte de gestion n'établit pas en principe l'existence d'une activité de gestion², la gravité des effets néfastes que cette opération a produit sur la société a conduit les juges à la qualifier de direction de fait³. Ainsi, dans certains arrêts, la qualité de dirigeant de fait est

¹ C.A. Lyon, 2 juill. 1999, *Juris-Data* n°1999-104630.

² Un seul acte étant insuffisant à établir la permanence de l'activité. *Supra* p. n° 156 s.

³ V. aussi Cass. Com. 18 mai 1981, *Bull. civ.* IV, n° 240, p. 189. Cet arrêt approuve les juges du fond d'avoir attribué la qualité de dirigeant de fait à l'actionnaire d'une société anonyme qui intervenait dans la gestion quotidienne de la société en signant des contrats pour le compte de celle-ci, en recevant à son nom les factures des fournisseurs, en réglant personnellement des dettes sociales au moyen de chèques d'ailleurs

attribuée aux personnes dont l'immixtion dans la gestion de la société ne présente pas de caractère permanent mais a produit des conséquences néfastes sur cette société.

191- Inversement, dans d'autres arrêts, l'influence bénéfique d'une immixtion apparaît déterminante pour exclure la qualification de cette activité en direction de fait de la société. Dans une affaire jugée le 5 février 1999 par la Cour d'appel de Paris¹, le syndic d'une société soumise à une procédure collective demandait à la Cour d'attribuer la qualité de gérant de fait au directeur administratif d'une SARL qui détenait 50 % des parts sociales. Il avait démontré auprès de la Cour que l'intéressé avait personnellement participé aux décisions relatives aux délégations de pouvoirs et au choix d'un expert-comptable et était intervenu directement dans la gestion quotidienne des stocks de la société. Pourtant, la Cour d'appel de Paris a refusé d'attribuer la qualité de gérant de fait à ce directeur administratif, en dépit de ces faits caractéristiques d'une activité positive de gestion de la société. Mieux, la Cour a presque félicité la personne poursuivie d'avoir réalisé cette immixtion car, celle-ci visait à dénoncer des anomalies de gestion et avait empêché la disparition des stocks de la société. Le refus de la Cour d'appel de reconnaître la direction de fait de la société est motivé par la qualité positive ou bénéfique de l'activité de gestion exercée sans mandat régulier. Cette attitude des juges persiste dans des arrêts plus récents.

Dans une affaire qu'elle a jugée le 25 février 2004, la Cour de Cassation² devait se prononcer sur l'immixtion d'une société mère dans la gestion d'un contrat de sa société filiale. En l'espèce, la société Plein Ciel Nice, filiale de la société Plein Ciel diffusion, avait pris à bail des locaux commerciaux appartenant à la société France Riviera. La locataire ayant accumulé des loyers impayés, la société Marks and Spencer France venue aux droits de la bailleuse, lui a fait délivrer un commandement de payer le 29 avril 1998. Puis, elle a assigné en règlement de cet arriéré, d'une part, la locataire et d'autre part, la société mère de la locataire en qualité de dirigeant de fait de la société débitrice, pour immixtion dans la gestion et la résiliation du bail. Par arrêt du 7 mars 2001, la Cour d'appel d'Aix-en-

sans provision. Cass. com. 8 oct. 1996, *Dr. sociétés* 1996, n° 211, obs. Y. CHAPUT : qualité de gérante de fait retenue à l'égard de l'épouse du gérant de droit d'une société qui établissait elle-même des effets de commerce de complaisance en toute connaissance de cause afin de maintenir artificiellement l'activité de la société.

¹ C.A. Paris, 3e ch. 5 févr. 1999, *RTD com.* 2000, p. 373, note C. CHAMPAUD et D. DANET.

² Cass. civ. 25 févr. 2004, *Bull. civ.* III, n° 38; *RTD civ.* 2004, p. 747, obs. P.-Y. GAUTIER; *Rev. sociétés* 2004, p. 418, note J.-F. BARBIERI; *Bull. Joly* 2004, § 129, p. 666, note J.-Ph. DOM ; *RDC* 2004, p. 740, note F.-X. LUCAS.

Provence a débouté la société Marks and Spencer de sa prétention dirigée contre la société mère Plein Ciel diffusion. La société Marks and Spencer s'est pourvue en cassation.

Le pourvoi reprochait à la Cour d'appel d'avoir refusé d'attribuer la qualité de dirigeant de fait à la société mère après avoir, paradoxalement, relevé elle-même que cette société et sa filiale utilisaient les mêmes locaux, que le président du directoire de la première participait au conseil d'administration de la seconde, que ce dirigeant avait seul décidé d'une part, la cessation d'activité de la filiale et d'autre part, la cessation du bail et avait notifié la libération des locaux loués à la bailleuse. Selon le pourvoi, les agissements de la société mère retenus par les juges du fond démontraient qu'elle s'était immiscée dans la gestion de sa filiale et justifiaient sa condamnation solidaire au paiement des loyers impayés. Ainsi, pour le demandeur, la Cour d'appel en le déboutant de ses prétentions après avoir établi ces faits, a omis de tirer les conséquences légales de ses propres constatations.

Cependant, la Cour de Cassation approuve la Cour d'appel d'avoir affirmé que ni la participation de la société mère au capital de sa filiale, ni l'usage des mêmes locaux par les deux sociétés, ni la participation du président du directoire de la société mère au conseil d'administration de la filiale, ni les déclarations faites par celui-ci à la presse sur la pratique de son groupe ne caractérisaient l'immixtion dans la gestion de la filiale. En outre, la Haute juridiction adhère au raisonnement des juges du fond qui affirment, selon les termes de l'arrêt, que « le seul acte accompli par la société Plein Ciel diffusion, consistant à avoir décidé la cessation d'activité de la société Plein Ciel Nice et la libération consécutive des locaux loués par cette dernière, ne relevaient pas davantage d'un acte d'immixtion dans le contrat de location d'autant que cet acte n'était pas de nature à porter préjudice à la société bailleuse puisqu'il tendait à libérer des locaux pour lesquels les loyers n'étaient plus payés ».

192- Certains auteurs¹ ont vu dans cet arrêt le souci de la Cour de cassation de réaffirmer l'autonomie juridique des sociétés au sein d'un même groupe¹. Un autre a

¹ J.-F. BARBIERI, *op. cit.*; J.-Ph. DOM, *op. cit.*; cet auteur indique que la sévérité de la décision de la Cour de cassation à l'égard du demandeur s'explique aussi par l'impossibilité pour le créancier d'obtenir, en l'absence de préjudice occasionné par la société mère, la moindre réparation. F.-X. LUCAS, *RDC* 2004, p. 740, qui relève que les circonstances de cet arrêt étaient « relativement banales et impropres à faire naître une solidarité entre les sociétés du groupe ».

considéré que cette décision constituait une régression en ce qui concerne la détermination du moment à partir duquel le seuil de l'immixtion est atteint². Sans entrer pour l'instant dans ce débat³, il faut avouer que l'arrêt de la Cour de Cassation rendu le 25 février 2004 suscite quelques observations relatives au refus des juges de qualifier de direction de fait, l'activité litigieuse.

S'il est acquis que la qualité de société mère⁴ et l'usage d'un même logo⁵ par celle-ci et sa filiale ne caractérisent pas l'exercice d'une activité de gestion de fait de la seconde par la première, il en est autrement des décisions prises unilatéralement par la société mère de faire cesser l'activité de la filiale et de résilier le bail qui la liait à un tiers. De telles décisions, en raison de leur gravité, incombent aux dirigeants sociaux. Depuis longtemps, les tribunaux n'hésitent pas à qualifier de dirigeant de fait une personne qui a sollicité au nom de la société l'ouverture d'une procédure collective⁶. Un arrêt rendu le 3 mai 1995 par la Cour de Cassation a rejeté le pourvoi formé contre la décision des juges du fond qui avait condamné une société mère à réparer les dommages occasionnés par l'exécution défectueuse d'un marché de fourniture et travaux passé par une filiale, au motif que la société mère « s'était immiscée en son nom personnel dans la réalisation de la construction » litigieuse⁷.

¹ V. par exemple Cass. com., 2 mai 2001 *Bull. Joly* 2001, p. 1098, note P. SCHOLER : condamnant la compensation entre dettes et créances des sociétés du groupe à l'égard du même créancier au nom de l'indépendance juridique des sociétés. « La circonstance que la société Euriware soit une filiale de la SA Groupe Euriware n'autorise pas la société Prisme à compenser sa dette à l'égard de la filiale avec la dette que la société-mère aurait envers elle. Si ces deux sociétés appartiennent au même groupe, elles n'en constituent pas moins des personnes morales distinctes, avec des patrimoines distincts. » Cass. com., 25 novembre 1997 : *Bull. civ. IV*, n° 300 ; *Bull. Joly*, 1998, p. 109, § 42, note J.-F. BARBIERI, refusant d'étendre le cautionnement donné pour garantir les dettes d'une société mère aux dettes de ses filiales. Sur le principe de l'autonomie des sociétés.

² P.-Y. GAUTIER, *op. cit.* Pour cet auteur, contrairement à la décision de la Cour de cassation, la cessation d'activité de la filiale et la libération des locaux loués au propriétaire sont des indices graves, précis et concordants, caractéristiques d'une réelle immixtion.

³ Cf. *infra* n° 194 s. : Critique de la distinction entre les bonnes et les mauvaises immixtions.

⁴ Cf. *supra*, n° 92 et s. : L'immixtion d'une société dans la gestion d'une autre du même groupe.

⁵ L'usage d'un même logo par deux sociétés caractérise plus souvent la fictivité des sociétés que l'immixtion de l'une dans la gestion de l'autre. Cf. J.-Ph. DOM, *op. cit.* Sur la fictivité d'une société filiale, voir B. ROLLAND, *Considération sur la fictivité des filiales dans le cadre d'une action en extension de procédure de redressement judiciaire, Petites affiches* 28 janv. 2005, p. 17, note sous C.A Douai, 2 oct. 2003. En outre, l'usage d'un même logo et l'utilisation des mêmes locaux par les deux sociétés sont de nature à établir une confusion entre les deux sociétés. Or, à défaut de la direction de fait, cette confusion pouvait justifier la responsabilité de la société mère à l'égard du passif de la filiale.

⁶ Cass. com. 12 juin 1972, *Bull. civ. IV*, n° 187, p. 182 et C. A. Paris, 3e Ch. 15 oct. 1975, *Dr. sociétés* 1975, n° 169.

⁷ Cass. civ. 3 mai 1995, *Bull. civ. II*, n° 132 ; *JCP*. 1995, IV, n° 1541, p. 197.

Ainsi, la position ordinaire de la Cour de cassation est d'attribuer la qualité de dirigeant de fait à toute personne qui accomplit dans la société des actes de nature à engager le sort économique et financier de cette dernière. Le maintien de cette jurisprudence aurait suffi à qualifier de direction de fait, dans l'arrêt du 25 février 2004, les décisions de la société mère de faire cesser l'activité de la filiale et de résilier le bail qui liait cette dernière à un tiers. L'arrêt du 25 février 2004 s'écarte donc de la jurisprudence habituelle de la Cour de Cassation. Elle suscite des réserves.

193- En effet, les décisions de la société mère portant cessation de l'activité de la filiale et résiliation du bail de cette dernière ont mis un terme à son activité. Elles ont donc déterminé son sort. Par la gravité de leurs conséquences, ces décisions relèvent de la compétence des dirigeants sociaux. Elles devaient donc être qualifiées de gestion de fait dès lors qu'elles avaient été prises par une autre personne. Pour paraphraser le professeur Pierre-Yves GAUTHIER, décider d'« arrêter son exploitation », de « quitter les locaux où on l'exerçait »¹, n'est-ce pas accomplir une activité de gestion de la société ?

En réalité, le refus de la Cour de Cassation de reconnaître l'immixtion dans la gestion de la filiale n'est pas motivé par l'inexistence d'une activité de gestion imputable à la société mère. Il est fondé sur la prise en considération de la qualité de l'immixtion réalisée par la société mère. En effet, la Cour de Cassation refuse d'attribuer la qualité de dirigeant de fait à la société mère au motif que sa décision de faire cesser l'activité de la filiale et, corrélativement, de libérer les locaux loués ne causait pas préjudice au bailleur. Elle fait donc produire des conséquences à la bonne qualité de l'immixtion réalisée par la société mère dans la gestion de sa filiale. Ainsi, de manière implicite, la Cour de Cassation lie la notion de direction de fait au concept de mauvaise immixtion, c'est à dire à l'immixtion qui a produit des effets néfastes sur la société dirigée ou sur ses créanciers², comme l'avait fait la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt du 5 février 1999 précédemment

¹ *Op. cit.*

² L'on peut cependant se demander pourquoi la qualité de dirigeant de fait est attribuée à l'associé qui a sollicité au nom de la société, l'ouverture d'une procédure collective, dans la mesure où cet acte ne cause pas préjudice à la société ni aux créanciers, mais constitue plutôt la recherche d'une solution aux difficultés de la société. Cf. *Cass. com. 12 juin 1972, Bull. civ. IV, n° 187, p. 182* et *C. A. Paris, 3^e Ch. 15 oct. 1975, Dr. sociétés 1975, n° 169* précités.

examiné¹. Il en résulte que l'immixtion qui a été bénéfique pour la société dirigée n'est pas considérée comme une direction de fait.

En définitive, l'examen de la jurisprudence révèle l'émergence progressive d'une distinction entre les bonnes et les mauvaises immixtions. Les premières ne sont pas qualifiées de direction de fait alors que les secondes le sont. Selon cette jurisprudence, pour retenir ou non la direction de fait, les tribunaux, approuvés par la Cour de Cassation, prennent de plus en plus en considération les conséquences que l'immixtion a produites sur la société dirigée. Cette distinction a des incidences sur la notion de dirigeant de fait.

B- Critique de la distinction entre les bonnes et les mauvaises immixtions

194- La distinction jurisprudentielle entre les bonnes et les mauvaises immixtions aboutit à limiter la notion de direction de fait aux mauvaises immixtions. Corrélativement, la qualité de dirigeant de fait n'est pas reconnue à la personne dont l'ingérence dans la gestion de la société a eu des conséquences bénéfiques pour cette dernière ou pour ses créanciers. Cette approche de la notion de dirigeant de fait présente quelques avantages qui méritent d'être signalés. Mais elle est critiquable au regard du sens habituel de cette notion et de son caractère unitaire.

195- La distinction entre les bonnes et les mauvaises immixtions entraîne l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à la personne dont l'immixtion dans la gestion de la société a produit des effets néfastes ou défavorables à la société dirigée. Cette approche de la notion de dirigeant de fait a été approuvée par le professeur Jean-Philippe DOM. Celui-ci affirme que c'est avec justesse que la Cour de Cassation, dans l'arrêt du 25 février 2004, établit le lien entre le refus de qualifier d'immixtion l'acte imputable à la société mère et l'influence bénéfique de cet acte qui n'était pas « de nature à porter préjudice à la société bailleresse puisqu'il tendait à libérer des locaux pour lesquels les loyers n'étaient plus payés ». L'auteur, pour nier la qualité de dirigeant de fait à la société mère, porte un intérêt particulier à l'efficacité, au caractère bénéfique de la décision qu'elle a prise. Il relève que la décision des juges est protectrice à la fois « des intérêts de la filiale

¹ *Op. cit.* Arrêt refusant d'attribuer la qualité de dirigeant de fait au directeur administratif qui s'était immiscé dans la gestion de la société et dont l'activité avait été considérée comme bénéfique pour la société et les

et de ceux des créanciers de celle-ci » car l'intervention de la société mère a évité une aggravation de la situation de la filiale qui était déjà en difficulté.

Cette approche de la notion de dirigeant de fait présente l'avantage de ne pas faire courir aux personnes qui ont exercé indûment une activité de gestion bénéfique pour la société, les risques auxquels expose la qualité de dirigeant de fait, notamment la responsabilité du passif de la société dirigée. Elle est conforme à la finalité de l'action en justice qui est d'assurer la réparation du dommage que le dirigeant de fait a causé ou contribué à causer.

D'une manière générale, la limitation de la notion de dirigeant de fait aux mauvaises immixtions démontre que certains tribunaux et certains auteurs rattachent l'attribution de la notion de dirigeant de fait à l'exercice des actions en responsabilité contre ce dirigeant. En ce sens, les tenants de cette conception jugent inopportun d'attribuer la qualité de dirigeant de fait aux personnes dont l'intervention dans la gestion de la société a été bénéfique pour cette dernière. Cette conception de la notion de dirigeant de fait peut indirectement avoir pour effet d'encourager les personnes intéressées par l'existence ou la pérennité de la société, à faire preuve de diligence en intervenant dans sa gestion, pour palier les défaillances des dirigeants dans la conduite des affaires sociales, lorsque cela est nécessaire.

196- Mais l'acceptation de dirigeant de fait fondée sur les effets de l'immixtion est erronée. En outre, **elle ne correspond pas au sens habituel de la notion de dirigeant de fait et remet en cause son caractère unitaire.**

La qualification de dirigeant de fait en raison du résultat néfaste de l'immixtion instaure une confusion entre l'attribution de la qualité de dirigeant de fait et l'application des sanctions civiles et pénales susceptibles d'atteindre toute personne qui a cette qualité. En considérant que la qualité de dirigeant de fait ne doit pas être attribuée aux personnes dont l'immixtion dans la gestion a été bénéfique pour la société concernée, les tenants de cette approche laissent croire que la qualification de dirigeant de fait entraîne *ipso facto* la condamnation de la personne visée au paiement des dettes de la société qu'il a dirigée. En

créanciers en raison de ce qu'elle tendait à dénoncer les irrégularités de gestion et avait permis de préserver

réalité, dans les décisions qui lient la qualification de dirigeant de fait à la qualité de l'immixtion, les juges apportent à la question de l'identité juridique de l'activité litigieuse c'est-à-dire à la question du *nomen juris*, une réponse qui est appropriée au problème de la qualité de cette activité pour la société ou les tiers. Or, il s'agit de deux questions distinctes. Qualifier une personne de dirigeant de fait requiert de démontrer qu'elle a accompli sans mandat régulier, en toute indépendance et souveraineté dans la société concernée, des actes qui relèvent de la compétence des dirigeants sociaux. En revanche, pour condamner cette personne au paiement des dettes sociales, il faut démontrer qu'elle a commis des actes susceptibles d'entraîner sa responsabilité à l'égard de ces dettes.

La question relative à la qualité de dirigeant de fait est différente de celle relative à la responsabilité de ce dirigeant. La qualité de dirigeant de fait peut être attribuée à une personne sans que sa responsabilité ne soit ensuite reconnue dans la défaillance de la société. L'attribution de la qualité de dirigeant de fait à une personne n'implique donc pas *ipso facto* sa condamnation au paiement du passif social. Elle doit par conséquent s'effectuer en dehors de toute référence au caractère bénéfique ou néfaste de l'immixtion dans la gestion de la société.

197- La détermination de la qualité de dirigeant de fait sur le fondement des effets néfastes que l'immixtion a eus sur la société peut entraîner une conception de la notion de dirigeant de fait différente de celle habituellement retenue par la jurisprudence et la doctrine. Elle conduit en effet à définir le dirigeant de fait comme « la personne qui accomplit sans mandat régulier de dirigeant social, des actes de gestion de la société qui produisent des effets néfastes ou défavorables pour cette société ». Cette conception est nouvelle car, traditionnellement, pour la doctrine comme pour la jurisprudence, le dirigeant de fait est « la personne qui exerce en toute indépendance et souveraineté, une activité positive de gestion de la société sans mandat régulier de gestion ». Par conséquent, la distinction entre les bonnes et les mauvaises immixtions ou encore, la considération de la qualité de l'immixtion dans la qualification du dirigeant de fait modifie la conception traditionnelle de la notion de dirigeant de fait.

Déjà par le passé, un arrêt précédemment examiné, rendu le 26 mars 2002 par la Cour de cassation¹ a donné à la notion de dirigeant de fait, un sens différent de celui qu'il a ordinairement. Dans cet arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir attribué la qualité de dirigeant de fait au directeur technique et commercial d'une société, au motif qu'il remplissait ses fonctions sans recevoir de directives ni être soumis au contrôle d'un autre salarié ou du gérant, qui était son propre fils². En l'espèce, le critère de l'absence de subordination semblait se substituer au critère de l'activité positive de gestion dans la définition du dirigeant de fait. En considération de cet arrêt, le dirigeant de fait apparaissait comme « la personne qui exerce une activité en toute indépendance dans la société, sans que cette activité ne révèle un pouvoir général de décision dans la conduite des affaires sociales ».

198- L'approche de la notion de dirigeant de fait fondée sur des critères différents de ceux qui sont traditionnellement admis nuit à l'affirmation du caractère unitaire de cette notion. En effet, le caractère unitaire implique que cette notion soit définie selon les mêmes critères. Or, en substituant au critère habituel de « l'activité positive de gestion de la société » celui de « l'influence néfaste de l'activité sur la société », la Cour de Cassation rompt le caractère unitaire de la notion de dirigeant de fait.

Certes, il serait prématuré d'affirmer que l'acceptation de la notion de dirigeant de fait qui ressort des arrêts qui prennent en considération la qualité de l'immixtion se substitue définitivement à celle habituellement retenue par la jurisprudence et la doctrine car il est nécessaire d'attendre que cette acceptation soit confirmée par d'autres arrêts. Toutefois, d'ores et déjà, il est incontestable que cette nouvelle conception de la notion de dirigeant de fait entre en concurrence avec celle qui est unanimement admise par la jurisprudence et la doctrine. Elle remet donc en cause le caractère unitaire de cette notion. Il convient donc de reconnaître qu'occasionnellement, les magistrats sont tentés par une

¹ Cass. soc. 26 mars 2002 précité, pourvoi n° 00-42.223, inédit.

² Nous avons déjà indiqué que cette décision semblait introduire une modification de la définition du dirigeant de fait. *Supra*, n° 122 s.

conception pluraliste ou polymorphe de la notion de dirigeant de fait¹, même s'il n'est pas certain qu'il s'agit d'une démarche globale et volontaire de la jurisprudence.

En réalité, d'une manière générale, des difficultés existent quant à la détermination de la qualité de dirigeant de fait. Elles sont liées à la souplesse qui préside à l'appréciation des éléments qui établissent qu'une activité de gestion de la société a été importante et a eu sur l'existence et le sort de cette société une influence significative. En effet, alors que la réalité et l'indépendance de l'activité sont des critères que la jurisprudence a déjà clairement définis, il n'en est pas de même de la permanence et de l'influence de l'activité de gestion. L'appréciation de ces critères varie encore selon les magistrats saisis et surtout selon les intérêts que l'attribution de la qualité de dirigeant de fait vise à protéger. Cette situation peut perdurer car l'appréciation de ces éléments relève du pouvoir souverain des juges du fond. Elle peut, à terme, conduire à une conception fonctionnelle de la notion de dirigeant de fait.

199- La Cour de cassation reconnaît aux juges du fond, le pouvoir d'apprécier souverainement la qualité de dirigeant de fait². Elle contrôle seulement la motivation adoptée par ces juges³. Cependant, depuis longtemps, la Cour de cassation s'est souvent

¹ Voir *supra*, n° 100, aussi, l'avis de l'Avocat général, M. Maurice-Antoine LAFORTUNE, dans l'affaire jugée par la Cour de cassation le 12 juillet 2005 et relative à l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à trois membres d'un conseil de surveillance (dans le but de leur appliquer l'article L. 621-59 du Code de commerce relatif à l'incessibilité des actions et à la neutralisation des droits de vote des dirigeants de droit ou de fait) afin de les neutraliser pour garantir la réussite du plan de redressement et la survie de l'entreprise. Cf. *Bull. Joly* 2006, n° 1, p. 22.

² Cass. com. 15 juill. 1987, *Bull. civ.* 1987, IV, n° 186, p. 137 ; *Rev. pr. Coll.* 4/1987, p. 95, obs. Y. CHAPUT : les juges du fond apprécient souverainement la qualité de dirigeant de fait. Cass. com. 22 janv. 2003, pourvoi n° 02-82. 969, inédit, déclarant irrecevables les moyens consistant à remettre en cause l'appréciation souveraine par les juges du fond des faits et circonstances de la cause ainsi que des éléments de preuve contradictoirement débattus. Voir aussi, Cass. crim. 8 nov. 2006, *Bull. crim.* 2006, n° 280, p. 1015.

³ Cass. com. 4 avr. 1962, *RTD com.* 1962, 752 : « la preuve de la gérance de fait est souverainement appréciée par les juges du fond qui doivent toutefois préciser les éléments caractéristiques de la participation à la gérance, afin de permettre le contrôle de la Cour de cassation ». Cass. com. 16 mars 1999, *Bull. civ.* IV, n° 64, p. 53, *RJDA* 1999, n° 557, p. 437; *Bull. Joly*, 1999, p. 768, § 169 : « Mais attendu que le pouvoir souverain du juge du fond s'exerce par une décision dont les motifs, propres à caractériser, en fait, la direction de la société, sont soumis au contrôle de la Cour de cassation ; que le moyen est recevable ». Cassation pour motifs impropres, de l'arrêt d'appel qui avait attribué la qualité de dirigeant de fait à un associé.

satisfaite d'une motivation sommaire, en des termes généraux¹ et parfois contradictoires². Cette souplesse de la Cour de cassation à l'égard de la motivation retenue par les juges du fond est depuis longtemps dénoncée par la doctrine³. Elle ne permet pas, selon l'expression de M. NOTTE, « d'obtenir une réelle unité de la jurisprudence »⁴ sur la notion de dirigeant de fait.

Certes, depuis quelques années, la Cour de cassation ne se contente plus de vérifier l'existence de la motivation mais, exige aussi que les juges du fond qu'ils établissent les éléments qui caractérisent l'activité positive⁵ de gestion imputable à la personne poursuivie. Cependant, cette évolution n'est pas encore de nature à restreindre la liberté que la Cour laisse aux juges du fond dans la reconnaissance de la direction de fait. Au contraire, le fait que la Cour de cassation approuve les décisions des juges du fond qui prennent en considération la qualité de l'immixtion pour qualifier ou non la direction de fait peut être interprété comme la volonté de la Haute juridiction de reconnaître que la notion de dirigeant de fait est une notion à contenu variable. Cette position de la Cour démontre que la notion de dirigeant de fait est susceptible de nuances, qu'elle n'est pas fixée définitivement et qu'elle peut encore évoluer en fonctions des intérêts que les juges veulent protéger à travers cette notion.

¹ Cass. com. 26 févr. 1973, Bull. civ. IV, n° 97, p. 83 : « les juges du fond qui constatent qu'une SARL a été dirigée en fait par une personne, sans citer d'actes précis de gestion imputables à celle-ci personnellement, sinon une procuration générale, portent une appréciation souveraine par laquelle ils répondent aux conclusions soutenant que cette personne avait été simplement secrétaire et justifient leur décision ». En l'espèce, les juges du fond n'établissaient pas que l'intéressé avait utilisé cette procuration. Cette carence empêchait en principe l'attribution de la qualité de dirigeant de fait dans la mesure où, celui-ci est, à la différence du dirigeant légal, une personne qui exerce effectivement des pouvoirs de direction.

² Cf. Cass. com. 31 janv. 1978, D. 1978, I.R. 286 : Qualité de dirigeant de fait d'une société filiale française attribuée au gérant de droit d'une société mère allemande. Le pourvoi indiquait que les motifs des juges du fond étaient contradictoires car ils relevaient d'un côté, que l'intéressé n'avait fait qu'exécuter les instructions de la société-mère et de l'autre, qu'il avait exercé une activité de gestion en toute indépendance et souveraineté. La Cour de cassation a considéré qu'en dépit de cette contradiction des motifs, la Cour d'appel avait souverainement apprécié la qualité de dirigeant de fait de la personne poursuivie.

³ Cf. DERRIDA, obs. sous Cass. com. 31 janvier 1978 précité ; C. CHAMPAUD et D. DANET, obs. sous C. A. Versailles, 8 février 1994, *RTD com.* 1994. 279.

⁴ Cf. G. NOTTE, *La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives*, JCP. éd. C.I. 1980, 8560.

⁵ Cass. com. 4 juillet 2000, *RJDA* 1/2001, n° 30, p. 27 : la qualité de dirigeant de fait nécessite d'établir l'exercice d'un pouvoir indépendant de direction et de contrôle de la société ; Cass. com. 12 juin 2001, *BRDA* 12/2001, p. 3. En matière administrative, cf. C. E. 22 février 1989, *Négrier*, *Petites affiches* 13 janvier 1992, p. 11, concl. FOUQUET : « si l'intéressé a disposé d'une procuration sur le compte postal de la société, il ne l'a utilisée que rarement. De plus, ce compte était un compte secondaire de la société. »

200- Conclusion de la première partie – Les tribunaux jouissent d’une grande liberté pour décider qu’une personne a exercé sans en avoir le droit, les pouvoirs que le droit reconnaît au dirigeant de droit. Cette liberté peut se justifier par le souci de permettre à ces juges d’user et de compléter, au besoin, la définition de la notion de dirigeant de fait au gré des circonstances et des intérêts que recouvrent les espèces qui leur sont soumises. En raison de ce pouvoir que leur reconnaît la Cour de cassation, la notion de dirigeant de fait est progressivement construite par les juges du fond en fonction des intérêts qu’ils veulent protéger à travers elle. Et, même si le caractère unitaire de cette notion n’est pas encore expressément remis en cause, l’attitude passive de la Cour de cassation est susceptible de favoriser, à terme, l’émergence d’une définition protéiforme du dirigeant de fait en fonction des intérêts en cause dans chaque espèce. Ainsi, la notion de dirigeant de fait tend progressivement à devenir fonctionnelle.

201- Le rapport que la Cour de cassation établit entre la qualification de dirigeant de fait et la qualité de l’immixtion induit une conception fonctionnelle de la notion de dirigeant de fait. La notion fonctionnelle est celle qui « procède directement d’une fonction qui lui confère seule sa véritable unité »¹. Elle se distingue de la notion conceptuelle en ce que celle-là « peut recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels et son contenu est déterminé une fois pour toutes de façon abstraite »². La notion fonctionnelle a un caractère finaliste alors que la notion conceptuelle existe par et pour elle-même, renferme sa propre finalité³. En admettant que la direction de fait n’existe que si l’activité litigieuse a eu sur la société ou sur la situation des tiers des effets néfastes, la Cour de Cassation reconnaît que la qualification de dirigeant de fait n’a de raison d’exister que si, d’une part, elle permet de rattacher un préjudice subi par la société ou des tiers à l’activité d’une personne qui n’a pas la qualité de dirigeant social et, d’autre part, elle conduit à imputer à la personne à laquelle elle est attribuée la responsabilité de ce préjudice. Or, la notion de dirigeant de fait est aussi une notion conceptuelle car elle est définie sans considération des conséquences que le législateur y attache. La qualité de

¹ Cf. G. VEDEL, *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, JCP.. 1950, I, 851. Sur la notion fonctionnelle et la notion conceptuelle, voir aussi T. FORTSAKIS, *conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, L.G.D.J. 1987, p. 315 et s.

² G. VEDEL, *op. cit.*

³ Cf. B. GENY, *De la méthode et de la technique du droit privé positif à celles du droit administratif*, Livre Jubilaire du Conseil d’État, p. 291 et s.

dirigeant de fait doit donc être appréciée indépendamment et préalablement à l'examen des effets qui sont liés à cette qualité en droit positif.

Seconde partie :

LE STATUT DU DIRIGEANT DE FAIT

202- La détermination du statut du dirigeant de fait oblige à s'interroger sur les effets que le droit positif attache à la direction de fait d'une société. Dans la mesure où le dirigeant de fait est, à la différence du dirigeant de droit, une personne qui viole les règles d'organisation institutionnelle de la société, les effets attachés à la qualité de dirigeant de fait devraient être différents de ceux qui résultent de la qualité de dirigeant de droit. La question se pose de savoir si le régime juridique du dirigeant de fait est ou non identique à celui du dirigeant légal d'une société.

En droit positif, la personne qui a la qualité de dirigeant de fait d'une société est soumise à un ensemble de règles disparates. Certaines d'entre elles sont applicables au dirigeant de fait en considération du caractère irrégulier de son intervention dans la gestion de la société. Ce sont les règles de droit civil. Leur application au dirigeant de fait démontre que le droit positif tire les conséquences de l'absence de pouvoir légal de direction de la société. D'autres règles sont des conséquences que le droit positif attache à l'exercice des fonctions de dirigeant social. Ces règles ressortent du droit commercial, du droit pénal, du droit fiscal et du droit social. Elles régissent le dirigeant de droit. Leur application au dirigeant de fait démontre qu'en droit positif, le caractère fonctionnel de la direction de fait, c'est-à-dire de la réalité des pouvoirs exercés par un tel dirigeant, exerce une grande influence dans la détermination de son régime juridique.

La qualité de dirigeant de fait produit donc, à l'égard de la personne concernée, des effets qui sont soit spécifiques, soit communs à tous les dirigeants sociaux, de droit ou de fait. Ces effets rapprochent ou éloignent, selon les circonstances, le régime juridique du dirigeant de fait de celui du dirigeant de droit. Il en résulte qu'en droit privé, la qualité de dirigeant de fait produit des conséquences juridiques qui permettent d'établir un véritable statut de ce dirigeant.

203- La doctrine n'est pas encore fixée sur la question du statut du dirigeant de fait. Le professeur SOINNE tente d'aborder de manière globale les effets que le droit positif attache à la personne qui dirige en fait une société. Il soutient, en considération de ces effets, qu'il existe un véritable statut du dirigeant de fait¹. Mais la grande majorité de la

¹ Cf. note sous Cass. com. 6 oct. 1981, *D.* 1983, p. 134.

doctrine s'interroge simplement sur la responsabilité¹ qu'encourt la personne qui a dirigé une société sans mandat légal. La réflexion de la plupart des auteurs porte uniquement sur les sanctions civiles, professionnelles et pénales qu'encourt la personne qualifiée de dirigeant de fait². Cette approche ne prend pas en considération les obligations et interdictions qui peuvent être imposées en droit positif au dirigeant de fait en raison de son rôle dans la gestion de la société. Elle est donc incomplète car elle ne permet pas d'appréhender toutes les conséquences qui découlent de l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à une personne déterminée. Ainsi, au regard de la doctrine, il est difficile, d'une part, de cerner tous les effets que le droit positif attache à la qualité de dirigeant de fait et, d'autre part, de définir de façon synthétique et cohérente, le statut de ce dirigeant.

Pour déterminer le statut du dirigeant de fait, il est nécessaire d'adopter une approche globale des effets juridiques que l'attribution de la qualité de dirigeant de fait produit sur la personne considérée. Une telle démarche implique que soient précisées les règles applicables au dirigeant de fait ainsi que les éléments qui les justifient. D'une manière générale, en droit positif, le dirigeant de fait est soumis aux mêmes contraintes et aux mêmes règles de responsabilité que le dirigeant de droit. Son statut se rapproche de celui du dirigeant de droit. Toutefois, il présente des particularités quant aux règles de responsabilité civile applicables au dirigeant de fait lorsque la société est *in bonis*³. Il en résulte pour le dirigeant de fait un **régime juridique (titre I)** spécifique dont il convient de rechercher **la justification (titre II)**.

¹ Cf. N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, *La responsabilité du dirigeant de fait*, *Rev. sociétés* 1997, p. 499 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *La responsabilité patrimoniale des dirigeants de sociétés en difficulté*, *Rev. proc. coll.* 2001, p. 145 ; Ph. DIDIER, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux* (colloque du 16 déc. 2002, faculté de droit de l'Université René Descartes), *Rev. sociétés* 2003, p. 238 ; I. GROSSI, *La responsabilité des dirigeants*, colloque "Entreprise et responsabilité civile", Institut de droit des affaires d'Aix-Marseille, 13 juin 2003, *Dr. et patr.* 2003, n° 118, p. 50.

² V. aussi G. NOTTE, thèse précitée. L'auteur examine les sanctions susceptibles d'atteindre le dirigeant de fait dans le titre III de cette thèse, cf. p. 250 et s.

³ *Infra* n° 249 s. : La responsabilité civile de droit commun de tout sujet de droit.

Titre I- LE REGIME JURIDIQUE DU DIRIGEANT DE FAIT

204- La détermination du statut du dirigeant de fait s'effectue sous l'influence de deux conceptions de ce dirigeant : la conception institutionnelle et la conception fonctionnelle. En vertu de la conception institutionnelle, le dirigeant de fait est une personne qui exerce indûment les pouvoirs de gestion de la société. Il est perçu comme un délinquant, une personne qui viole les règles d'organisation de la société. Aussi, est-il assujéti à un régime juridique constitué de règles qui relèvent du droit civil et du droit commun des sociétés, c'est-à-dire de règles qui peuvent aussi être appliquées aux personnes auxquelles des pouvoirs de gestion ont été régulièrement attribués sans pour autant leur être spécifiques. La conception institutionnelle n'a qu'une influence restrictive dans la définition du statut du dirigeant de fait car, la majeure partie des règles applicables à ce dirigeant ressort de son appréciation fonctionnelle.

Le dirigeant de fait d'une société est, en vertu de la conception fonctionnelle, une personne qui exerce des pouvoirs que la loi et les statuts attribuent au dirigeant légal et dont la finalité est de garantir le fonctionnement normal et la prospérité de la société. Il est, comme le dirigeant de droit, un acteur social effectif. Aussi est-il considéré comme un dirigeant social avec les conséquences que cette qualité implique à la charge de la personne qu'elle désigne.

En effet, dans la conception fonctionnelle, la direction de fait est certes une situation de fait, mais elle se rapproche de la direction de droit au niveau de son contenu. Or, le droit positif cherche à saisir « au-delà du droit, les faits »¹. Plus généralement, il fait produire parfois aux situations de fait, les effets juridiques des situations de droit, parce que les premières situations s'inspirent ou se rapprochent² des secondes. En ce sens, les règles applicables au dirigeant de fait sont déterminées en considération des pouvoirs réellement exercés par cette personne dans la gestion de la société. Elles sont celles auxquelles est assujéti le dirigeant de droit.

205- Certes, la qualité de dirigeant de fait ne produit pas toutes les conséquences liées à la qualité de dirigeant de droit. Il n'y a pas identité parfaite entre les effets attachés à l'une et à l'autre qualité. Par exemple, la qualité de dirigeant de fait ne

¹ Cf. L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, L.G.D.J. 1990, n° 3, p. 4.

² Cf. B. SOINNE, note sous Cass. com. 6 oct. 1981, *D.* 1983. 133.

peut pas justifier l'attribution à ce dernier des avantages attachés parfois à la direction de droit, telle la rémunération. Mais en droit positif, la qualité de dirigeant de fait entraîne à l'égard de son bénéficiaire toutes les contraintes que la direction légale de la société produit sur le dirigeant de droit. Ainsi, le dirigeant de fait est, en droit positif, soumis aux mêmes **obligations (chapitre I)** que le dirigeant de droit dans la mesure où il met en œuvre les pouvoirs dévolus à ce dernier. L'inexécution de ces obligations l'expose à des règles de **responsabilité (chapitre II)** qui établissent la particularité de son statut car elles ne sont pas totalement identiques à celles applicables au dirigeant de droit.

Chapitre I- Les obligations du dirigeant de fait

206- Le statut du dirigeant de fait est influencé par la conception fonctionnelle de la notion de dirigeant de fait même si, quelques fois, notamment dans ses relations avec les tiers, le dirigeant de fait est considéré comme une personne qui n'a pas le pouvoir de représenter la société. En droit positif, la qualité de dirigeant de fait entraîne à l'égard d'une personne les contraintes inhérentes à la direction légale de la société, que celle-ci fonctionne normalement ou qu'elle soit soumise à une procédure collective d'apurement du passif. Ces contraintes sont liées à la finalité du pouvoir de gestion ou au caractère institutionnel¹ de la société. Elles sont des obligations ou encore des « devoirs »² qui, en principe, incombent à un dirigeant légal. Ces obligations imposent au dirigeant de fait ou lui interdisent d'accomplir certains actes ou encore de remplir certaines fonctions dans la gestion de la société. Leur existence est la contrepartie des pouvoirs réellement exercés dans la gestion de la société, peu importe que ceux-ci aient été régulièrement attribués à la personne qui les met en œuvre ou que celle-ci les ait usurpés.

La **loi elle-même** et la **jurisprudence** imposent au dirigeant de fait d'une société, les obligations auxquelles est soumis le dirigeant légal en vertu des conceptions institutionnelle et contractuelle de la société. Le dirigeant de fait est fonctionnellement investi du même pouvoir que le dirigeant légal car il exerce les mêmes fonctions que ce dernier. Pour favoriser le respect de la finalité de ce pouvoir - la promotion de l'intérêt social - le dirigeant de fait est **soumis aux obligations fonctionnelles (section I)** qui y sont attachées. Par ailleurs, en raison du caractère institutionnel de la société, le pouvoir de direction doit être exercé non seulement dans l'intérêt de cette personne morale, mais aussi dans le respect des intérêts de toutes personnes internes ou externes à la société et

¹ Sur la théorie institutionnelle, voir PARDESSUS faisait déjà remarquer que le mot société désignait à la fois le contrat créateur et la personne morale créée. Cf. *Traité de droit commercial*, 1825, t. IV, p. 1 et 16 ; RENARD, *L'institution*, 1923; *La philosophie de l'institution*, 1925; HAURIOU, *Théorie de l'institution*, 1935; Cl. DUCOULOUX-FAVARD, *Trente années d'influence du droit communautaire sur le droit français des sociétés*, Congrès Camerino, 25-29 sept. 1995, *Rev. soc.* 1995, p. 649 et l'article précité du même auteur. La théorie institutionnelle a été confortée par la loi du 11 juillet 1985 qui, à propos de la constitution de la société, affirme que la société peut être *instituée*. ; Cl. DUCOULOUX-FAVARD, *Notes de leçons sur le contrat social*, D 1997, 1, chron. 319.

² Cf. *Lamy sociétés commerciales* 2004, n° 631 et s ; BEZARD, "La compétence et le devoir des dirigeants sociaux en droit français", *Journées de la société de législation comparée*, 1988, p. 519.

auxquelles le dirigeant de fait peut porter préjudice. Par conséquent, le dirigeant de fait est également soumis aux **obligations institutionnelles (section II) du pouvoir de direction**.

Section I- Les obligations fonctionnelles du dirigeant de fait

207- Les obligations fonctionnelles auxquelles est soumis le dirigeant de fait sont celles qui existent en raison des missions ou des fonctions que le pouvoir de direction doit remplir dans la société. Elles sont imposées au dirigeant de fait par la loi et la jurisprudence pour empêcher que les prérogatives inhérentes au pouvoir de gestion ne soient exercées dans un but autre que celui pour lequel elles existent, c'est-à-dire l'intérêt de la société. Elles pèsent donc sur le dirigeant de fait, comme sur le dirigeant de droit, afin de garantir la réalisation des objectifs de la société.

Alors que le dirigeant de fait est une personne qui assure spontanément l'exécution des devoirs inhérents au pouvoir de gestion, en droit positif, sa passivité, sa négligence ou sa maladresse dans la réalisation de cette tâche peuvent parfois être considérées comme des fautes et entraîner sa responsabilité. Il se déduit de cette responsabilité que ce dirigeant a, comme le dirigeant de droit, des obligations, des « devoirs »¹, dans la gestion de la société. Ces obligations sont inhérentes au pouvoir de direction sans pour autant être les seules que le dirigeant de fait peut assumer personnellement². Elles sont sous-jacentes. Le dirigeant de fait a **l'obligation implicite d'exercer le pouvoir de direction de la société (§1)**. Dans certains domaines, **les manifestations de cette obligation sont expresses (§2)**.

§1- L'obligation implicite d'exercer le pouvoir de direction

208- Le pouvoir de direction est constitué par un ensemble de prérogatives dont l'exercice permet au dirigeant social de remplir des fonctions de direction en matière

¹ Cf. *Lamy sociétés commerciales* 2008, n° 631 et s ; BEZARD, "La compétence et le devoir des dirigeants sociaux en droit français", *Journées de la société de législation comparée*, 1988, p. 519.

² Naturellement, le dirigeant de fait est également soumis aux obligations que le droit commun impose à toute personne à l'égard des autres et qui sont les devoirs de l'homme consacrés par « l'obligation générale de ne pas nuire à autrui » ou de ne pas commettre de faute causant un préjudice à autrui. Ces obligations relèvent du droit civil où de nombreux ouvrages leur sont consacrés. Exemples : Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL- MUNCK *Droit civil, les obligations*, 2^e éd. Defrénois, 2005 ; Ch. LARROUMET, *Droit civil, t.*

économique, sociale, administrative et financière et dans tous les domaines qui relèvent de la compétence du chef d'entreprise. Des exemples concrets permettent d'établir qu'en droit positif, le législateur et les juges **attribuent aussi ces fonctions au dirigeant de fait (A)**. **La portée de cette attribution de fonctions (B)** doit être examinée car il en résulte une obligation pour le dirigeant de fait de diriger la société.

A- L'attribution de fonctions au dirigeant de fait

209- En principe, le dirigeant de fait n'ayant pas été régulièrement désigné pour exercer le pouvoir de gestion, aucune fonction inhérente à ce pouvoir ne doit lui être dévolue. Pourtant, dans différents types de société, des dispositions légales prévoient des sanctions à l'encontre du dirigeant de fait lorsque des fonctions de direction n'ont pas été remplies dans une société. Comment justifier ces sanctions ?

Dans la société *in bonis*, le législateur soumet expressément le dirigeant de fait qui a commis des infractions dans la gestion de la société aux mêmes sanctions que le dirigeant de droit. En ce qui concerne la société à responsabilité limitée, l'article L. 241-9 du Code de commerce prévoit que les articles L. 241-2 à L. 241-6 du même Code relatifs aux infractions commises dans la gestion de cette société et à leur sanctions « sont applicables à toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la gestion d'une société à responsabilité limitée sous le couvert ou au lieu et place de son gérant légal »¹. Or, ces infractions sont constituées par l'inexécution des fonctions ou missions qui incombent en principe au dirigeant de droit. Il s'agit, par exemple du fait pour le gérant de ne pas, pour chaque exercice, dresser l'inventaire, établir les comptes annuels et un rapport de gestion de la société² ou encore « de ne pas procéder à la réunion de l'assemblée des associés dans les six mois de la clôture de l'exercice ou, en cas de prolongation, dans le délai fixé par décision de justice, ou de ne pas soumettre à l'approbation de ladite assemblée ou de l'associé unique les documents prévus au 1° de l'article L. 241-4 »³. En application de l'article L. 241-9 du Code de commerce, le dirigeant

3, *les obligations*, 6^e éd., 2007, Economica, n° 46 ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 9^e éd. 2005, Précis Dalloz.

¹ Cf. C. com. art. L 241-9.

² Cf. C. com. art. L 241-4.

³ Cf. C. com. art. L 241-5.

de fait encourt les mêmes sanctions que le dirigeant de droit lorsque ces infractions ont été commises.

Dans les sociétés par actions, les articles L. 242-2 à L. 242-8, L. 244-1 à L. 244-3 du Code de commerce définissent les infractions que les dirigeants légaux peuvent commettre dans la gestion de la société et prévoient les sanctions qui les répriment. L'article L. 244-4 du même Code étend ces dispositions aux dirigeants de fait. Ainsi, en application de l'article L. 242-8 du Code de commerce, dans la société anonyme, le dirigeant de fait encourt une amende de 9000 euros lorsque l'inventaire de l'exercice n'a pas été dressé et que les comptes annuels de la société et le rapport de gestion n'ont pas été établis. Dans cette hypothèse, le dirigeant de fait répond du défaut d'établissement ou de l'inexistence des comptes annuels de la société c'est-à-dire de son défaut d'immixtion ou de son refus d'accomplir les fonctions relatives à l'établissement des comptes sociaux.

De même, lorsque la société est soumise à une procédure collective d'apurement du passif, le dirigeant de fait est justiciable des règles que le législateur applique au dirigeant de droit qui n'a pas rempli ses fonctions. Par exemple, l'article L 653-8 alinéa 3 du Code de commerce prévoit que le dirigeant de fait peut être sanctionné¹ pour ne pas avoir déclaré la cessation des paiements dans le délai de 45 jours, lorsqu'il n'a pas, par ailleurs, demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation. Dans cette hypothèse, le dirigeant de fait est sanctionné pour s'être abstenu de s'immiscer dans cette fonction de représentation de la société qu'est la déclaration de la cessation des paiements. Cet exemple illustre l'assimilation fonctionnelle du dirigeant de fait au dirigeant de droit.

210- Mais comment justifier les sanctions qu'encourt le dirigeant de fait pour des infractions commises tant dans la société *in bonis* que dans la société en difficulté alors que ces infractions caractérisent l'inexécution ou la mauvaise exécution des fonctions générales dévolues au dirigeant de droit ? Pourquoi sanctionner le dirigeant de fait qui s'est abstenu d'intervenir dans un domaine qui relève de la compétence du dirigeant de droit ?

¹ Le tribunal peut prononcer, à l'encontre de cette personne, 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.

211- Des sanctions peuvent être appliquées au dirigeant de fait dont l'attitude n'a pas favorisé ou permis l'exécution des fonctions qui incombent au dirigeant de droit parce que cette attitude est de nature à nuire à la société. Le dirigeant de fait qui s'abstient totalement ou partiellement de remplir les fonctions de la gestion sociale commet une faute. Cette faute consiste en l'inexécution ou la mauvaise exécution des fonctions de direction. Son imputation au dirigeant de fait oblige à reconnaître que celui-ci a l'obligation de remplir les fonctions qu'induit le pouvoir qu'il s'est arrogé dans la gestion de la société. Il en résulte que l'inexécution de l'une de ces fonctions expose le dirigeant de fait à une responsabilité personnelle civile et ou pénale¹ induite de la mission générale confiée aux dirigeants sociaux.

212- La reconnaissance de fonctions au dirigeant de fait est en contradiction avec le principe de non immixtion dans la gestion des sociétés². En effet, la passivité ou l'abstention du dirigeant de fait est, en ce qui concerne l'exécution des fonctions de la direction, considérée en droit positif comme une faute susceptible d'entraîner la responsabilité du dirigeant de fait. Or, en vertu du principe de non immixtion, l'abstention de s'immiscer dans la direction de la société est l'attitude attendue de toute personne qui n'a pas la qualité de dirigeant social de droit. La sanction de cette abstention en droit positif révèle donc que le principe de non immixtion dans la gestion de la société connaît des limites lorsqu'une personne est qualifiée de dirigeante de fait car cette personne a alors l'obligation de remplir l'intégralité des fonctions de la direction pour ne pas encourir les sanctions de son inactivité ou de sa négligence.

Il apparaît donc qu'en droit positif, l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à une personne a pour conséquence la dévolution à cette dernière des fonctions inhérentes au pouvoir de gestion sociale. Il en est ainsi parce que ces fonctions constituent la justification du pouvoir de gestion. Dans la mesure où le dirigeant de fait jouit du même pouvoir que le dirigeant légal, il doit, par analogie avec le régime juridique de ce dirigeant, assurer l'accomplissement des missions de ce pouvoir. Plus généralement, la

¹ Cass. com. 4 avr. 2006, *Bull. Civ. IV*, n° 92 p. 90 : condamnation des dirigeants de droit et de fait au paiement de l'insuffisance d'actif et interdiction de gérer pour avoir commis des manipulations comptables masquant, derrière un résultat d'exploitation présenté comme bénéficiaire au 30 septembre 1997, une activité en réalité déficitaire qu'ils ont poursuivie, à tort, avant de décider de la cession de la société. Pour la Cour, comme pour les juges du fond, de tels faits caractérisent une faute de gestion.

² Sur ce principe, voir *supra* n° 67 s.

reconnaissance de fonctions au dirigeant de fait apparaît comme la contrepartie des pouvoirs qu'il s'arroge.

L'obligation du dirigeant de fait de remplir les fonctions qui en principe relèvent de la compétence du dirigeant de droit se justifie dans la conception fonctionnelle de la direction sociale. En effet, dans la mesure où dans cette conception, le dirigeant de fait est avant tout un dirigeant social, il convient de lui attribuer les mêmes missions qu'au dirigeant de droit. Ainsi, le dirigeant de fait doit remplir les mêmes fonctions que le dirigeant de droit parce qu'il exerce les mêmes pouvoirs que ce dernier. La question se pose alors de savoir quelle est la portée de ces fonctions qui sont dévolues au dirigeant de fait.

B- La portée des fonctions du dirigeant de fait

213- L'attribution au dirigeant de fait de fonctions dans la direction de la société produit des conséquences dans le régime juridique de ce dirigeant. Dans la mesure où l'exécution de ces fonctions constitue la direction de la société, il convient de reconnaître que l'attribution de ces fonctions au dirigeant de fait établit en sa faveur, la reconnaissance d'un pouvoir de gestion de la société. En d'autres termes, en attribuant des fonctions au dirigeant de fait et en le sanctionnant lorsqu'il ne les a pas remplies, le droit positif français crée à la charge de ce dirigeant une véritable **obligation générale de diriger la société**. Cela signifie que le dirigeant de fait a, comme le dirigeant de droit, **l'obligation d'exercer les prérogatives** inhérentes au pouvoir de direction de la société. Il doit exercer la **direction interne et externe** de la société dans la gestion de laquelle il s'est immiscé **et poursuivre cette activité** en vue de garantir son efficacité.

214- Le dirigeant de fait a l'obligation de réaliser la gestion interne et externe de la société. Cette obligation a un caractère général. Cela signifie que le dirigeant de fait doit **intervenir dans tous les aspects de la société**, à l'exception de ceux que la loi réserve à la compétence des autres organes sociaux¹ et sous réserve des dispositions qui attribuent

¹ Comp. : en cas de codirection de la société, chaque dirigeant exerce les compétences directoriales comme s'il était seul. Cf. *C. com.* art. L. 221-5 al. 2. pour la S.N.C.; L. 222-2 pour la S.C.S.; L. 223-18 al. 7 pour la SARL et L. 225-56-I et II, al. 1 pour la S.A. Sur les attributions et la responsabilité des codirigeants sociaux, voir, P. MERLE, *Droit des sociétés, sociétés commerciales*, 11^e éd., 2007, Précis Dalloz, n° 139 à 144 et n° 436 s.

exclusivement certaines compétences à d'autres dirigeants sociaux ou exigent l'accord des autres dirigeants pour la réalisation de certains actes de gestion. Le dirigeant de fait est donc fonctionnellement investi des pouvoirs de gestion de la société. Il a, en droit positif, le devoir de réaliser des actes de gestion interne et externe de la société¹ : organisation du fonctionnement de l'exploitation, gestion du personnel et des ressources patrimoniales de la société, représentation de la société auprès des tiers.

L'obligation du dirigeant de fait de diriger la société conduit même à une distorsion entre la situation de ce dirigeant et celle du dirigeant de droit. En effet, le dirigeant de droit peut déléguer une partie de ses pouvoirs à une autre personne. Il a ainsi la possibilité de se soustraire de façon régulière à son obligation de remplir certaines fonctions dans la gestion de la société. Par exemple, le dirigeant de droit peut donner mandat à une autre personne d'accomplir les formalités relatives au paiement des impôts de la société. Cette délégation lui permet d'échapper à la responsabilité susceptible de découler de l'inexécution de cette fonction. En revanche, cette alternative n'est pas reconnue au dirigeant de fait car une personne ne peut déléguer que des pouvoirs qui lui ont été régulièrement attribués². En vertu de cette règle, le dirigeant de fait ne peut pas déléguer son pouvoir de direction à une autre personne car celui-ci ne lui a pas été dévolu légalement. Il doit lui-même veiller à l'accomplissement des formalités relatives au paiement des impôts de la société. D'une manière générale, il ne peut pas réclamer les droits dont jouissent les dirigeants légaux alors qu'il est soumis aux mêmes contraintes que ces derniers.

215- La situation du dirigeant de fait se rapproche de celle du commerçant de fait, personne qui exerce une activité commerciale de façon clandestine ou irrégulière, sans être inscrite au registre du commerce. En effet, alors qu'il est soumis aux servitudes qui pèsent sur les commerçants, le commerçant de fait ne peut pas revendiquer les droits réservés au commerçant de droit, tel le bénéfice de la propriété commerciale, car ces droits sont attachés à la qualité régulièrement acquise. Le dirigeant de fait et le commerçant de fait subissent donc les contraintes inhérentes aux fonctions qu'ils exercent sans profiter des

¹ Sur la justification des obligations du dirigeant de fait, voir *infra* n° 385 s.

² Sur la délégation de pouvoir et ses conditions de licéité, voir *supra* n° 214 s.

avantages que le droit reconnaît aux personnes auxquelles ces fonctions ont été régulièrement attribuées.

216- L'obligation générale de diriger la société impose aussi au dirigeant de fait d'achever la réalisation des actes de gestion qu'il a commencés. En cela, la situation du dirigeant de fait est comparable à celle du gérant d'affaire¹. En effet, de même que le gérant d'affaire est tenu de poursuivre les actes de gestion de l'affaire d'autrui qu'il a initiés, le dirigeant de fait doit accomplir jusqu'à leur terme, les actes de gestion qu'il a entrepris de réaliser. Cette obligation a pour objectif d'éviter que des personnes ne s'ingèrent dans la gestion de la société de manière inconsidérée et hâtive. Elle favorise la réalisation d'une activité de gestion efficace, c'est-à-dire profitable à la société.

La reconnaissance au dirigeant de fait de fonctions dans la direction de la société a pour conséquence que celui-ci a le devoir général de poursuivre la gestion de la société qu'il a spontanément commencée. Le dirigeant de fait doit mettre en œuvre son pouvoir général de décision dans tous les domaines qui relèvent de la compétence du dirigeant social. Dès lors, son inactivité, sa négligence ou son refus d'accomplir les actes de gestion peut être considéré comme fautif et entraîner sa responsabilité, notamment lorsqu'il a été préjudiciable à la société ou aux associés.

En vertu de son obligation de diriger la société, le dirigeant de fait doit lui-même exercer son pouvoir de gestion. Celui-ci ne doit pas être apprécié par rapport aux statuts, puisqu'ils sont inopposables aux tiers², mais par rapport à la loi qui confie aux dirigeants sociaux, les plus larges pouvoirs³. Ainsi, l'obligation de diriger la société présente un caractère large conforme à l'étendue du pouvoir de gestion. Elle se déduit des règles par lesquelles le législateur sanctionne le dirigeant de fait pour l'inexécution ou la mauvaise exécution des fonctions générales de gestion de la société. Elle est implicite mais certaines de ses manifestations ont été expressément prévues par le législateur.

¹ Sur cette obligation qu'assume le gérant d'affaire, cf. art. 1372 et s du *C. civ.*

² *C. civ.*, art. 1849, al. 3 (les sociétés civiles), *C. com.*, L. 223-18 (SARL) et L. 225-56 (SA).

³ Dans les SA et les SARL, la loi précise que le dirigeant a les pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société (*C. com.*, art. L. 223-18 et L. 255-56).

§2- Les manifestations expresses de l'obligation de diriger la société

217- Le législateur confirme sa volonté de soumettre le dirigeant de fait aux obligations relatives à la gestion de la société en imposant expressément à ce dirigeant d'assurer l'exécution de certaines fonctions dans des domaines déterminés qui relèvent habituellement de la compétence du dirigeant de droit. Le dirigeant de fait a des **obligations en matière de sécurité (A)** des personnes qui participent à l'activité sociale. Il assure aussi **l'exécution des obligations de la société en matière fiscale (B)**, en lieu et place de cette personne morale.

A- Les obligations du dirigeant de fait en matière de sécurité

218- Le législateur régleme l'exercice des activités sociales en imposant des règles dont l'objectif est de garantir l'hygiène et la sécurité des travailleurs qui participent à ces activités. Ainsi, des dispositions du Code du travail et du Code pénal mettent à la charge de l'employeur, l'obligation d'assurer la sécurité et la santé des travailleurs¹. Cette obligation constitue, en vertu du contrat de travail qui lie les parties, une obligation de sécurité de résultat². Commet une faute inexcusable, au sens de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale, l'employeur qui ne respecte pas cette obligation, notamment lorsqu'il avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et, qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver³. L'obligation de sécurité pesait

¹ Cf. *C. trav.* art. L.263-2 et *C. pén.* art. 121-3. Cass. crim., 22 mai 1973, *Bull. crim.*, n° 230 p. 548 ; A. COEURET, *La responsabilité en droit pénal du travail : continuité et rupture*, *Rev. sc. crim.* 1992, p. 477 ; H. SEILLAN, *L'obligation de sécurité du chef d'entreprise*, *D.* 1981, p. 250. Cass. crim., 30 décembre 1982, *Sirey*, 1984. 1. 201 : bien qu'il n'ait pas personnellement pris part à l'infraction aux règles de sécurité, la responsabilité pénale remonte naturellement au chef d'entreprise, à qui sont personnellement imposées les obligations légales relatives à l'exploitation de son industrie.

² Cass. Ass. plén., 24 juin 2005, *JCP.*, n° 3 du 12 juillet 2005, n° 1056, note P. MORVAN ; *D.* 2005, p. 2375, note Y. SAINT-JOURS ; *Dr. soc.*, n° 11, novembre 2005, p. 1067, note X. PRETOT. Cette décision énonce une obligation de sécurité de résultat à la charge de l'employeur. Cass. soc., 21 juin 2006, *D.* 2006, n° 41, p. 2831, note M. MINE ; *RDT*, p. 245, obs. P. ADAM : l'employeur est tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs notamment en matière de harcèlement moral.

³ Un arrêt de la 2^e chambre civile étend la reconnaissance du caractère d'accident du travail aux troubles psychologiques, dans une espèce où le salarié avait tenté de se suicider en dehors du lieu du travail et alors qu'il n'était plus placé sous la subordination de l'employeur. Cass. civ. 2^e 22 févr. 2007, *Petites affiches*, 13

initialement sur le dirigeant de droit considéré comme l'employeur des salariés de la société. Elle a été étendue au dirigeant de fait par la jurisprudence, puis par le législateur. Son régime juridique est plus contraignant à l'égard du dirigeant de fait qu'à l'égard du dirigeant de droit.

219- Les juges ont, les premiers, décidé que l'obligation de sécurité pesait non seulement sur le dirigeant de droit, mais aussi sur le dirigeant de fait¹ car ce dernier dispose, en raison des fonctions qu'il exerce et de l'autorité dont il jouit dans la société, des moyens nécessaires pour assurer le respect de cette obligation. Le critère de l'extension de l'obligation générale de sécurité au dirigeant de fait est donc l'existence, en faveur de ce dirigeant, de l'autorité et des moyens nécessaires pour garantir la sécurité² des salariés qui participent à l'activité sociale.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 10 juillet 2000 *tendant à préciser la définition des délits non intentionnels*³, la question de la soumission du dirigeant de fait à l'obligation de sécurité du chef d'entreprise ne se pose plus. L'article 121-3 du Code pénal relatif à ces délits a été modifié. Il prévoit désormais que « les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer»¹. Cette disposition permet de reconnaître à toute personne qui a un pouvoir de décision dans la société, l'obligation de prendre les mesures de nature à empêcher la réalisation d'un délit préjudiciable à autrui. Elle impose l'obligation de sécurité du dirigeant de droit au dirigeant de fait, parce que le

sept. 2007 n° 184, p. 4, note Y. SAINT-JOURS. Voir aussi, L. LEBLANC : *harcèlement moral de l'employé par l'employeur. Responsabilité personnelle du salarié et obligation de résultat de l'employeur*, *RJS*, 8-9/2006, p. 670 à 675 ; Ch. RADE, *Harcèlement moral et responsabilités au sein de l'entreprise : l'obscur éclaircissement*, *Dr. soc.*, n°s 9/10, sept.-oct. 2006, p. 825 à 833.

¹ Cf. Cass. crim. 30 juin 1998, *Bull. crim.* 1998, n° 210, p. 602 ; *JCP.* 1999, p. 691, note J.-Y. CHEVALLIER.

² Sur ce point, voir D.GUIRIMAUD, in *RJS*, 3/89.

³ Loi n° 2000-647, J.O. 11 juill. 2000, p. 10484. J.-D. NUTTENS, « *La loi Fauchon du 10 juillet 2000 ou la fin de la confusion de la faute civile et de la faute pénale d'imprudence* », *Gaz. Pal.* 4-5 octobre 2000, p. 7.

second jouit, comme le premier, de l'autorité et des moyens de garantir le respect de cette obligation.

La jurisprudence réaffirme constamment l'assujettissement du dirigeant de fait à l'obligation de sécurité. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a, par arrêt du 12 septembre 2000, confirmé la décision des juges du fond condamnant le gérant de fait d'une société en nom collectif, et le gérant de droit, pour homicide involontaire sur la personne d'un salarié sur les lieux du travail². En l'espèce, un salarié travaillant dans une tranchée avait été tué par l'effondrement de cette dernière, à la suite de la décision du directeur technique, père du gérant de la société, de laisser au dépôt le matériel de blindage de tranchée dont l'installation était pourtant prescrite par l'article 72 du décret du 8 janvier 1965. La cour d'appel a qualifié ce directeur technique de dirigeant de fait³ et retenu qu'il disposait de l'autorité et des moyens nécessaires pour assurer la sécurité des chantiers. Elle a donc mis à sa charge, l'obligation de sécurité que le dirigeant légal assume. La Cour de cassation approuve cette décision en précisant que « Les gérants de droit ou de fait d'une même société peuvent être simultanément déclarés coupables d'homicide involontaire en cas de décès d'un salarié causé par un manquement à la réglementation relative à la sécurité des travailleurs, dès lors qu'en l'absence de délégation de pouvoirs, chacun des cogérants, de droit ou de fait, a le devoir d'assurer le respect de cette réglementation »⁴.

Dans un autre arrêt rendu le 4 septembre 2007, la chambre criminelle de la Cour de cassation⁵ a examiné la décision des juges du fond qui avait retenu, en qualité de dirigeant de fait, la responsabilité pénale du président du conseil de surveillance d'une société anonyme, pour d'homicide involontaire par violation d'une obligation générale de

¹ Art. 1^{er} de cette loi. Sur l'application de cette loi, voir S. PETIT, *Premières applications de la loi du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels*, *Gaz. Pal.* 11 nov. 2000 n° 316, p. 9.

² Cass. crim., 12 septembre 2000, *Bull. crim.*, n° 268 p. 791, décision attaquée : Cour d'appel de Riom, Ch. correctionnelle, 24 nov. 1999 ; *Droit pénal* 2001 comm. n° 3 ; *Dr. soc.* 2000, p. 1079. V aussi Cass. soc., 23 mai 2002, pourvoi n° 00-14.125, *Legifrance.gouv.fr* : lorsqu'un accident est dû à la mauvaise fixation d'une rambarde d'escalier et au défaut de signalisation ; Cass. crim., 13 juin 2006, pourvoi n° 05-83261.

³ Pour qualifier le directeur technique de gérant de fait, les juges du fond ont établi qu'en raison de sa qualité d'ancien dirigeant de la société, il avait gardé dans l'entreprise un statut particulier, dépassant le simple rôle de directeur technique salarié, puisqu'il pouvait engager le personnel et répartir les employés sur les chantiers qu'il négociait.

⁴ V aussi ; Cass. soc., 31 oct. 2002, *Legifrance.gouv.fr*, pourvoi n°00-18.359 : la responsabilité de l'employeur est engagée dès lors que la défectuosité du matériel lui est imputable parce qu'il n'a pas pris les mesures pour son entretien.

⁵ Cass. crim. 4 sept. 2007, *Legifrance.gouv.fr*, pourvoi n° 06-87946.

sécurité. En l'espèce, un employé qui avait été affecté par le dit président, à la conduite d'un engin de transport de terre sur la voie publique alors qu'il ne disposait pas du permis de conduire nécessaire pour exécuter cette tâche a causé un accident et occasionné la mort d'un cyclomotoriste. La Cour de cassation a confirmé la décision de culpabilité du dit président au motif qu'en qualité de dirigeant de fait, il n'a pas pris les mesures nécessaires pour préserver la sécurité des salariés et des tiers exposés à l'activité de ces salariés. Ainsi, l'obligation de sécurité qui pèse sur le dirigeant de fait existe non seulement en faveur des salariés, mais aussi des tiers. Elle est davantage attachée à l'activité de la société qu'à l'existence d'un contrat. Elle est de nature légale. La question se pose de savoir si le dirigeant de fait peut s'y soustraire.

220- Le dirigeant de fait doit lui-même assurer l'exécution de son obligation de sécurité alors qu'en cette matière le dirigeant de droit peut déléguer ses pouvoirs à une autre personne. En effet, la Cour de cassation décide que « rien n'interdit au dirigeant de droit d'une société de déléguer ses pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité à une autre personne placée sous son autorité hiérarchique, dès lors que celle-ci a les compétences, l'autorité et les moyens nécessaires » pour exercer effectivement les pouvoirs qui lui ont été délégués¹. En revanche, cette délégation de pouvoirs est refusée au dirigeant de fait.

Un arrêt rendu le 23 novembre 2004 par la Chambre criminelle de la Cour de cassation² approuve les juges du fond d'avoir mis à la charge d'un chef de chantier en qualité de dirigeant de fait, l'obligation d'assurer la sécurité des travailleurs sur un chantier et de l'avoir déclaré responsable de la violation de cette obligation alors que celle-ci avait été déléguée à une autre personne. La haute juridiction confirme la responsabilité civile et pénale du dirigeant de fait envers le salarié blessé par la chute d'un des panneaux de

¹ Cf. Cass. crim. 26 mai 1994, *Bull. crim.* 1994 n° 208 p. 486 et s. ; *RJS* 11/94, n° 1275 : « rien n'interdit au chef d'un groupe de sociétés, qui est en outre le chef de l'entreprise exécutant les travaux, de déléguer ses pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité au dirigeant d'une autre société du groupe, sur lequel il exerce son autorité hiérarchique ». Dans cette hypothèse, le chef d'entreprise s'exonère de sa responsabilité pénale dès lors que « les juges ont souverainement apprécié que l'ingénieur délégué avait les compétences, l'autorité et les moyens nécessaires pour exercer effectivement les pouvoirs qui lui avaient été délégués ». Confirmée par Cass. com. 17 déc. 1996, *Bull. Joly* 1997, p. 344, §140 et par Cass. crim. 14 déc. 1999, *Juris-Data* n° 0044771. Cette position met un terme à celle par laquelle la Cour de cassation avait considéré pendant longtemps qu'il n'était pas possible à un dirigeant, pour échapper à sa responsabilité pénale, d'invoquer une délégation de pouvoirs faite à un tiers à l'entreprise, Cass. crim., 12 déc. 1989, *RJS* 1/90, n° 36.

² Cass. crim. 23 nov. 2004, pourvoi n° 04-80.830, *Legifrance.gouv.fr*.

coffrage mis à la disposition des salariés par la société mais inappropriés aux travaux à effectuer sur ce chantier.

Le pourvoi reprochait aux juges du fond d'assujettir le dirigeant de fait à l'obligation d'assurer la sécurité sur le chantier et, à ce titre, de fournir aux salariés un matériel de protection adéquat, sans constater qu'il bénéficiait d'une délégation de pouvoir des dirigeants légaux de la société et alors qu'une autre personne avait été désignée coordonnateur de sécurité pour l'ensemble des travaux de ce chantier. Pour le pourvoi, la désignation de ce coordonnateur devait avoir pour effet de transférer sur celui-ci, l'obligation de sécurité que les juges du fond faisaient peser sur le dirigeant de fait. La Cour de cassation rejette cet argument au motif que la Cour d'appel qui avait retenu à bon droit que le chef de chantier était gérant de fait de la société n'avait pas à constater l'existence d'une délégation de pouvoir en matière de sécurité. Dès lors, le gérant de fait devait être reconnu responsable de la violation des obligations de sécurité et des conséquences qui en ont résulté pour la victime.

221- En réalité, deux arguments peuvent être proposés au soutien du raisonnement de la Cour de Cassation. Le premier a trait à la soumission du gérant de fait à l'obligation de sécurité alors qu'une personne a été désignée coordonnateur de sécurité pour les travaux de ce chantier. Il consiste à rappeler que le gérant de fait est, comme le gérant de droit, responsable de la sécurité des travailleurs de la société. Mais que dans la mesure où il existait un dirigeant de fait, celui-ci était la personne qui exerçait en réalité la direction de la société et devait l'exercer dans son intégralité. Par conséquent, l'obligation de sécurité lui incombait puisqu'il était la personne qui disposait des moyens de faire respecter la législation relative à la protection de l'intégrité physique des salariés. Quant au second argument, il est relatif à l'impossibilité pour le dirigeant de fait d'échapper à cette obligation de sécurité. En effet, si à l'égard du dirigeant de droit, la délégation de pouvoir en matière de sécurité à une autre personne peut être valable, il n'en est pas de même à l'égard du dirigeant de fait. Non seulement celui-ci n'a pas la possibilité de déléguer ses pouvoirs en matière de sécurité, une personne ne pouvant déléguer que des pouvoirs qui lui ont été régulièrement attribués, mais aussi les délégations consenties par le dirigeant de droit ne le dispensent pas de son obligation de sécurité car, il est obligé de remplir lui-

même les fonctions relatives à la direction de la société¹. La question se pose de savoir si cette rigueur dont la jurisprudence fait preuve en matière de sécurité à l'égard du dirigeant de fait peut ou doit être généralisée.

Il convient d'apprécier plus rigoureusement les obligations du dirigeant de fait que celles du dirigeant de droit car, l'existence d'un tel dirigeant dans la société suppose que la personne à laquelle cette qualité est reconnue tient sous son contrôle les autres dirigeants sociaux. Dès lors, la direction de la société est exercée par le dirigeant de fait directement ou par l'intermédiaire des dirigeants de droit auxquels il donne des ordres. Autrement, comment expliquer que ceux-ci le laissent intervenir dans leur sphère de compétence sans réagir soit en dénonçant ses actes auprès des associés ou des tribunaux, soit en prenant des dispositions de manière à le neutraliser ou à le discréditer auprès des personnes sur lesquelles il exerce son autorité.

Dans les sociétés dirigées en fait, le pouvoir de décision est donc en réalité détenu par le dirigeant de fait. Celui-ci est la personne qui peut effectivement assurer l'exécution des obligations qui pèsent sur le dirigeant social. Aussi, importe-t-il d'apprécier plus rigoureusement ses obligations que celles du dirigeant de droit. D'ailleurs, ce raisonnement est parfaitement acceptable dans la mesure où il permet aussi de dissuader les personnes qui n'ont pas la qualité de dirigeant de droit de s'immiscer à la légère dans la gestion de la société. Il doit être tenu dans tous les domaines où des obligations incombent au dirigeant de fait en qualité de représentant de la société car, dans ces hypothèses, il convient de protéger les personnes auxquelles l'inobservation de ces obligations peut nuire.

B- L'exécution des obligations fiscales de la société

222- Dans le cadre des mesures particulières relatives au recouvrement des impôts dus par la société, le législateur prévoit expressément de sanctionner le dirigeant de fait dont l'attitude aura empêché l'exécution des obligations fiscales de la société. L'examen de ces dispositions légales permet d'affirmer qu'il existe des obligations à la charge du dirigeant de fait, en matière fiscale.

¹ Sur la portée des fonctions du dirigeant de fait, *supra* n° 213 s.

L'article L. 267 alinéa 1 du Livre des procédures fiscales dispose : « Lorsqu'un dirigeant d'une société, d'une personne morale ou de tout autre groupement, est responsable des manœuvres frauduleuses ou de l'inobservation grave et répétée des obligations fiscales qui ont rendu impossible le recouvrement des impositions et des pénalités dues par la société, la personne morale ou le groupement, ce dirigeant peut, s'il n'est pas déjà tenu au paiement des dettes sociales en application d'une autre disposition, être déclaré solidairement responsable du paiement de ces impositions et pénalités par le président du tribunal de grande instance. A cette fin, le comptable de la direction générale de la comptabilité publique ou le comptable de la direction générale des impôts assigne le dirigeant devant le président du tribunal de grande instance du lieu du siège social. Cette disposition est applicable à toute personne exerçant en droit ou en fait, directement ou indirectement, la direction effective de la société, de la personne morale ou du groupement ». L'extension de cette règle au dirigeant de fait a une origine jurisprudentielle.

Sous le régime antérieur à l'article 74 de *la loi de finances* du 18 janvier 1980 dont est issu cet article L.267, seuls les gérants majoritaires des sociétés à responsabilité limitée encouraient la responsabilité du paiement des impôts et pénalités dus par la société. L'article 1724-ter du Code général des impôts prévoyait une responsabilité solidaire entre les sociétés à responsabilité limitée et leurs gérants majoritaires qui avaient rendu impossible, par des manœuvres frauduleuses ou l'inobservation répétée des obligations fiscales, le recouvrement des impositions de toute nature et des pénalités dues au Trésor par ces sociétés. La Cour de cassation a décidé que cette disposition était applicable aux gérants associés majoritaires, qu'ils fussent gérants statutaires ou seulement de fait¹. Ainsi, les associés majoritaires de ce type de société étaient justiciables des dispositions de l'article 1724-ter du Code général des impôts lorsqu'ils avaient la qualité de gérant de droit ou de fait. Cette interprétation a été consacrée dans l'article L. 266 du Livre des procédures fiscales relatif aux sociétés à responsabilité limitée.

L'article L. 267 du Livre des procédures fiscales reprend la solution dégagée par la jurisprudence en matière de responsabilité fiscale du gérant majoritaire de droit ou de fait de la société à responsabilité limitée. Toutefois, il étend cette solution à tous les

¹ Cass. com. 14 juin 1977, *Bull. civ IV*, n° 171, p. 148 ; *JCP éd. G* 1977, IV, p. 210 ; CA Paris, 7 déc. 1978, *BODGI* 12 C-14-79.

dirigeants de droit et de fait de toutes les sociétés, associés ou non. Ainsi, dans toutes les sociétés, le dirigeant de fait qui est responsable de manœuvres frauduleuses ou de l'inobservation grave et répétée des obligations fiscales de la société peut être condamné au paiement des impôts et pénalités dus par cette société, notamment lorsque ces faits ont rendu impossible le recouvrement de ces créances fiscales.

223- Les conditions qui président à la condamnation du dirigeant de fait au paiement des impôts et pénalités dus par la société suggèrent l'existence d'obligations à la charge de ce dirigeant, en matière fiscale. La responsabilité du dirigeant de fait apparaît dans cette hypothèse comme la sanction de l'inexécution de ces obligations. En effet, il ressort de l'article L. 267 du Livre des procédures fiscales que le dirigeant de fait assume des obligations dans le paiement des impôts et pénalités dus par la société. D'une manière générale, le dirigeant de fait a l'obligation, d'une part, de réaliser les formalités relatives au calcul et à la déclaration des impôts de la société et, d'autre part, de prendre les dispositions relatives au paiement de ces impôts par la société. Toutes ces contraintes doivent être exécutées dans les délais légaux. A défaut, le dirigeant de fait s'expose à une responsabilité patrimoniale¹.

Ainsi, le dirigeant de fait a, comme le dirigeant de droit, le devoir de veiller à l'exécution des obligations fiscales de la société. La Cour de cassation rappelle que « le respect des obligations fiscales de la société incombe, sauf preuve contraire, aux dirigeants de droit et de fait de tout groupement »², c'est-à-dire qu'elles doivent être exécutées par les personnes qui ont, en droit ou en fait, un pouvoir général de décision dans la société.

224- Le dirigeant de fait assume des obligations en raison des fonctions qu'il s'arroge dans la gestion de la société. Ces obligations sont des effets du statut de dirigeant social³. Elles sont, en raison de la répartition légale des pouvoirs au sein des sociétés, de nature légale et non pas contractuelle. En les respectant, le dirigeant de fait poursuit la

¹ Sur cette responsabilité, voir les actions spéciales en paiement exercées contre le dirigeant de fait, *infra* n° 294 s. Sur la responsabilité fiscale des dirigeants sociaux : J.-P. LE GALL et G. BLAULNET, *La responsabilité fiscale des dirigeants d'entreprise*, *Rev. soc.* 1992, 669 ; M.-C. BERGERES, *Responsabilité fiscale des dirigeants sociaux*, *D.* 1993, chron. 199 ; Ph. MERLE, *Sociétés commerciales*, *op. cit.* n° 201 et 202 *in fine*.

² Cf. Cass. Com. 6 déc. 2005, *Bull. Civ.* 2005, IV, n° 243 p. 269 ; Cass. com. 16 janv. 2001, n° 98-12766, *Legifrance.gouv.fr*.

³ Cass. Com. 23 janv. 1990, *RFJ* 1990, p. 296. Voir aussi J.-P. LE GALL et G. BLANLUET, *op. cit.*

finalité du pouvoir de direction. Mais comme le dirigeant légal, son pouvoir est limité par des contraintes relatives au caractère institutionnel de la société.

Section II- Les obligations institutionnelles du pouvoir de direction

225- Selon l'analyse institutionnelle du concept de société, au terme d'une procédure de constitution définie par la loi, des dispositions légales se substituent à la volonté originelle des créateurs de la société. Elles érigent l'acte social originel en institution et lui confèrent une existence autonome détachée de ses membres. En vertu de cette théorie, la société est un groupement doté des attributs de la personnalité juridique et soumise à des règles qui ne sont pas fixés par les seuls associés¹ mais aussi et prioritairement par le législateur². Elle est une institution, un sujet de droit avec ses prérogatives et ses contraintes.

Le caractère institutionnel de la société produit, sur le statut des personnes qui agissent au nom de cette société, des conséquences qui ne découlent pas de la volonté des associés mais plutôt de la loi. Les dirigeants de fait supportent les contraintes que le législateur attache à l'existence de la personne morale. Ils sont, à l'instar des dirigeants de droit, soumis aux **obligations relatives à la finalité du pouvoir de direction (§1)** et à celles qui sont liées au respect des intérêts autres que ceux de la société et des associés, c'est-à-dire **les intérêts tiers (§2)**.

§1- Les obligations relatives à la finalité du pouvoir de direction

226- Le pouvoir de direction a pour finalité la satisfaction de l'intérêt social. Cet objectif subsiste même lorsque ce pouvoir est exercé par un dirigeant de fait. Celui-ci doit gérer la société en respectant cette finalité. Le dirigeant de fait a, comme le dirigeant de droit, l'obligation de **promouvoir l'intérêt social (A)** car cet intérêt est la raison d'être

¹ J.-P. BERTEL *Liberté contractuelle et sociétés. Essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés*, RTD com. 1996, p. 595.

² Une distinction peut alors être établie entre le pouvoir légal des dirigeants de la société institution et le pouvoir contractuel. Le premier emporte que les actes passés avec les tiers engagent toujours la société alors que le second implique que les actes passés avec les tiers n'engagent la société que s'ils entrent dans l'objet social. Le pouvoir légal est élargi par la loi alors que le pouvoir contractuel épouse les contours de l'objet du contrat de société. Cf. Cl. DUCOULOUX-FAVARD, *Notes de leçons sur le contrat social*, D

des prérogatives qu'il met en œuvre et qui forment le pouvoir de direction. L'intérêt social impose au pouvoir de gestion, des **restrictions que le dirigeant de fait est tout autant obligé de respecter (B).**

A- La promotion de l'intérêt social

227- L'intérêt social¹ a été défini comme le point de convergence des divers intérêts au sein et autour de la société. Il recouvre globalement l'intérêt de la personne morale, des associés et de toutes personnes auxquelles la défaillance de la société peut porter préjudice. Il justifie les prérogatives reconnues au dirigeant dans la gestion de la société. Le dirigeant de fait a aussi l'obligation de promouvoir l'intérêt social, c'est-à-dire de réaliser des actes de gestion bénéfiques pour la société sans être injustement nuisibles à d'autres personnes. Cette obligation n'est pas expressément énoncée par le législateur. Elle peut cependant être déduite **des dispositions légales** et des **décisions judiciaires** qui retiennent la responsabilité civile ou pénale du dirigeant de fait lorsque celui-ci a mis en œuvre son pouvoir de gestion dans un intérêt contraire à celui de la société ou lorsqu'il s'abstient d'accomplir des actes de gestion nécessaires pour la société.

228- Différentes dispositions du Code de commerce prévoient des sanctions civiles ou pénales envers le dirigeant de fait qui exerce son pouvoir de gestion dans son propre intérêt ou encore dans un intérêt contraire à celui de la société, lorsque celle-ci est encore *in bonis*. A titre d'illustration, l'article L. 241-9 du Code de commerce dispose que dans la société à responsabilité limitée, le dirigeant de fait encourt, en vertu de l'article L. 241-3, 4^o et 5^o, une responsabilité pénale pour des faits qui établissent la poursuite d'un intérêt contraire à celui de la société. Les articles L. 242-6 et L. 246-2 reprennent la même disposition dans les sociétés par actions².

Lorsque la société est soumise à une procédure collective d'apurement du passif, l'article L. 651-2 du Code de commerce autorise l'exercice d'une action en responsabilité civile contre le dirigeant de fait³ lorsque ce dernier a manqué de diligence

1997, 1, chron. 319. Le glissement du contrat vers l'institution produit ainsi des effets sur le statut des personnes qui interviennent pour le compte de la société.

¹ Voir La définition de l'intérêt social, *supra* n° 47 s.

² Pour les sociétés en commandite par actions, voir *C. com.* art. L. 243-1.

³ Sur cette action en responsabilité pour insuffisance d'actif, voir *infra*, n° 291 s.

dans la protection de l'intérêt de la société ou des créanciers et notamment lorsque, par son attitude, il a contribué à l'insuffisance d'actif de ladite société. De même, les articles L. 652-1, L. 653-5, 2°, 3°, 5° et 6°, L. 653-8 et L. 654-2 du Code de commerce soumettent à des sanctions pénales les dirigeants, de droit ou de fait, qui ont exercé leur fonctions sociales dans un intérêt personnel contraire à celui de la société.

229- En l'absence de définition légale de « la contrariété à l'intérêt social », les tribunaux ont dû préciser les actes du dirigeant social qui présentaient cette caractéristique. La jurisprudence considère qu'un acte de direction est contraire à l'intérêt social lorsqu'il porte atteinte au patrimoine de la société¹ ou conduit à un manque à gagner pour la personne morale ou encore lorsqu'il expose cette dernière à un risque anormal sans contrepartie². Le législateur prévoit des sanctions à l'encontre du dirigeant de fait qui a réalisé de tels actes. La possibilité d'appliquer ces sanctions civiles et pénales au dirigeant de fait qui n'a pas respecté la finalité du pouvoir de gestion constitue l'affirmation du caractère obligatoire des contraintes imposées à ce dirigeant dans le but d'assurer la promotion de l'intérêt social. Il en résulte que le dirigeant de fait a, comme le dirigeant de droit, l'obligation d'exercer les pouvoirs de gestion de la société dans l'intérêt de cette dernière. Il a le devoir de poursuivre la finalité du pouvoir de gestion comme si celui-ci lui avait été attribué régulièrement. Généralement, les juges reprochent aux dirigeants de fait de ne pas avoir pris les actes de gestion que nécessitait la situation de la société³. Ainsi, selon la jurisprudence, la négligence, la passivité du dirigeant de fait dans la conduite des affaires sociales sont des attitudes susceptibles d'entraîner la responsabilité civile ou pénale de ce dirigeant.

D'autres arrêts sanctionnent l'attitude du dirigeant de fait consistant en l'exercice du pouvoir de gestion dans un intérêt contraire à celui de la société⁴. Dans un

¹ Cass. crim. 16 déc. 1975, *JCP éd. G.* 1976, II, n° 18476 ; Cass. crim. 26 juin 1978, *JCP éd. G.* 1978, IV, p. 273 ; Cass. crim. 14 déc. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 488.

² Cass. com. 13 oct. 1998, n° 96-13.393, inédit : usage de l'actif social à des fins personnelles et transfert à la société d'une activité déficitaire, contrairement à l'intérêt des celle-ci, en vue de favoriser une autre société dans laquelle le dirigeant de fait avait la majorité du capital.

³ Cass. com. 31 janv. 1995, *RJDA* 7/1995, n° 902 : faute des dirigeants sociaux qui n'ont pas pris les mesures qui s'imposaient pour redresser la société en difficulté. V. aussi CA Versailles, 2 déc. 1999, *RJDA* 4/2000, n° 456 ; Cass. com. 28 sept. 2004, *RJF* 2/05, n° 184. Cass. com. 5 oct. 2005, *RJF* 2/05, n° 187.

⁴ Cass. crim. 5 sept. 2007, pourvoi n°06-85902, *Legifrance.gouv.fr* : condamnation du dirigeant de fait pour détournement d'actif social ; Cass. crim. 10 mai 2007, pourvoi n° 06-86173, *Legifrance.gouv.fr* : abus de biens sociaux par les dirigeants de droit et de fait.

arrêt rendu le 5 septembre 2007 par la Cour de cassation¹, les juges ont confirmé la décision de la cour d'appel qui avait retenu la responsabilité pénale du gérant de fait d'une société à responsabilité limitée sur le fondement de l'article L. 241-3 du Code de commerce pour atteinte à l'intérêt social par détournement d'actif social². Un autre arrêt rendu le 8 novembre 2006 par la Cour de cassation³ alors que la société était soumise à la liquidation judiciaire a, sur le fondement de l'article L. 653-11, condamné le dirigeant de fait pour avoir détourné des actifs de la dite société. Il ressort de cette jurisprudence que le dirigeant de fait a l'obligation d'exercer le pouvoir de gestion de la société dans l'intérêt de cette dernière.

En définitive, l'application de sanctions civiles ou pénales au dirigeant de fait qui a été défaillant dans la protection de l'intérêt social démontre qu'en droit positif, ce dirigeant est soumis à l'obligation d'assurer la promotion de cet intérêt. Il doit exercer la gestion de la société dans l'intérêt de cette dernière. Cette exigence impose des restrictions au pouvoir de direction de fait.

B- Le respect des restrictions imposées par l'intérêt social au pouvoir de direction

230- Le pouvoir de direction est soumis au respect de l'intérêt de la société. Aussi est-il restreint par des règles dont le but est d'éviter ses détournements à des fins personnelles au dirigeant ou nuisibles à la société⁴. L'intérêt social pose des limites au pouvoir du dirigeant. Ces limites sont des critères de détermination des actes que le dit dirigeant peut accomplir et de ceux qui lui sont interdits afin de ne pas nuire à la société.

¹ Cass. crim. 5 sept. 2007, pourvoi n° 06-85902, *Legifrance.gouv.fr*.

² Voir aussi, Cass. crim. 10 mai 2007, pourvoi n° 06-86173, *Legifrance.gouv.fr* : abus de biens sociaux par les dirigeants de droit et de fait. V. aussi, Cass. crim. 25 avr. 2007 pourvoi n° 06-84036, *Legifrance.gouv.fr* : confirmation de la condamnation du dirigeant de fait d'une société pour recel d'abus de confiance et de tenue de comptabilité irrégulière.

³ Cass. crim. 8 nov. 2006, Bull. crim. n° 280 p. 1015, condamnation du dirigeant de fait d'une société à un an d'emprisonnement et quinze ans d'interdiction de gérer pour abus de biens sociaux en banqueroute par détournement d'actif d'une société soumise à la liquidation judiciaire et tenue de comptabilité irrégulière, en application de l'article L. 653-11. du C. com.

⁴ Cass. Com. 6 oct. 1992, *JCP éd. G.* 1992, IV, p. 325, n° 2983. Condamnation du dirigeant de fait qui, d'une part, a fait entrer dans la société un membre de sa famille comme salarié en évinçant l'un des gérants de droit, dans le but de préparer le détournement de la clientèle de la société en vue de la constitution d'une autre société concurrente et, d'autre part, s'est abstenu de prendre un engagement de caution en faveur de la société et de donner suite à des propositions d'augmentation de capital envisagées pour redresser la situation financière de l'entreprise.

Elles doivent être précisées en même temps qu'il convient de démontrer qu'en droit positif, **le dirigeant de fait est tenu de les respecter.**

231- Les règles qui restreignent le pouvoir du dirigeant de fait ne sont pas expressément indiquées par les textes relatifs aux sociétés commerciales. Elles se déduisent des dispositions légales qui déterminent les actes de gestion que le dirigeant de droit peut accomplir dans la société car le dirigeant de fait exerce le même pouvoir. Elles déterminent grâce à la notion d'**intérêt social**, les actes que le dirigeant de droit peut accomplir. Ces règles prescrivent aussi des **autorisations** et des **interdictions** qui s'imposent à toute personne exerçant le pouvoir de gestion. Le dirigeant de fait y est assujéti.

232- Selon les types de sociétés, l'étendue du pouvoir du dirigeant social est déterminé à partir du critère de l'intérêt social.

Dans les sociétés en nom collectif et les société en commandite simple, l'intérêt social fixe l'étendue du pouvoir des dirigeants de droit. Dans ces sociétés, l'article L. 221-4 dispose que « *le gérant peut faire tous actes de gestion dans l'intérêt de la société* »¹. Des dispositions du Code de commerce restreignent aussi, dans les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée, le pouvoir des dirigeants sociaux à partir de la notion d'intérêt social. Dans ces types de société, les articles L. 241-3, 4° et L. 242-6, 4 du Code de commerce prévoient des sanctions pénales à l'encontre des dirigeants qui, dans leur intérêt personnel, auront fait, de mauvaise foi, « *des biens ou du crédit de la société un usage qui serait contraire à l'intérêt de celle-ci* »². Par ailleurs, de nombreuses dispositions³ du Code de commerce relatives au droit des entreprises en difficulté sanctionnent civilement ou pénalement, dans tous les types de société, les faits des dirigeants sociaux, de droit ou de fait, qui établissent la poursuite d'un « intérêt contraire à celui de la société ».

« La contrariété à l'intérêt social » constitue donc le critère de restriction du pouvoir de direction. Elle correspond à la limite que le dirigeant de fait ne doit pas franchir

¹ Pour les SCS, l'article L. 222-2 du Code de commerce énonce que « Les dispositions relatives aux sociétés en nom collectif sont applicables aux sociétés en commandite simple, sous réserve des règles prévues au présent chapitre ».

² Art. L. 241-3, 4° et L. 242-6, 4 C. com.

³ Cf. C. com. art. L. 652-1, L. 653-5, 2°, 3°, 5° et 6°, L. 653-8, et L. 654-2.

lorsqu'il exerce le pouvoir de gestion, sous peine de s'exposer à des sanctions¹ civiles ou pénales.

233- La notion d'intérêt social permet aussi d'assurer, grâce à l'incrimination de l'abus de biens sociaux, la protection des multiples intérêts qui coexistent dans la société. Selon la formule ancienne de la chambre criminelle de la Cour de cassation, la sanction de l'abus de biens sociaux a, « *pour but de protéger non seulement les intérêts des associés, mais aussi le patrimoine de la société et les intérêts des tiers qui contractent avec elle* »². Elle peut être prononcée alors que les associés ou la société ont consenti aux actes litigieux du dirigeant social³ ou alors qu'il n'est pas établi que ces actes ont été ruineux pour la société⁴ ou pour les associés. L'incrimination d'abus de biens sociaux permet au juge de sanctionner tout dirigeant de droit ou de fait qui a méconnu l'intérêt social au sens large du terme ou qui a violé des dispositions pénales relatives à l'usage des biens de la société. Il en résulte que la notion d'intérêt social impose au pouvoir du dirigeant de fait, des limites qui assurent la protection de la société et des associés et quelque fois des tiers.

Les restrictions imposées par l'intérêt social au pouvoir de direction ressortent aussi des règles qui soumettent à autorisation ou interdisent l'accomplissement de certains actes de gestion dans les différents types de sociétés.

234- Dans la société à responsabilité limitée, l'article L. 223-19 du Code de commerce dispose que les conventions que la société a passées avec un de ses gérants ou associés doivent être approuvées par l'assemblée générale des associés⁵. Même si le

¹ Cass. Com. 6 oct. 1992, *JCP éd. G.* 1992, IV, p. 325, n° 2983. Condamnation du dirigeant de fait qui, d'une part, a fait entrer dans la société un membre de sa famille comme salarié en évinçant l'un des gérants de droit, dans le but de préparer le détournement de la clientèle de la société en vue de la constitution d'une autre société concurrente et, d'autre part, s'est abstenu de prendre un engagement de caution en faveur de la société et de donner suite à des propositions d'augmentation de capital envisagées pour redresser la situation financière de l'entreprise.

² Cass. crim. 19 oct. 1967, *Bull. Crim.* n° 272; 8 mars 1967, *Bull. crim.* n° 94, *D.* 1967, p. 587, note DALSADE; 3 oct. 1983, *D.* 1984, p. 48; 30 sept. 1991, *Bull. Joly* 1992, p. 153, note BARADERIE.

³ Cf. Cass. crim. 19 mars 1979, *Bull. Crim.* n° 112, p. 317; 30 sept. 1991, *BRDA* 1991, n° 24, p. 13. Voir également, Cass. crim. 26 mai 1994, *RJDA* 1994, n° 1030, p. 810, *D.* 1994, *I.R.*, p. 194, *Rev. sociétés* 1994, p. 771, note BOULOC; Cass. crim. 12 déc. 1994, *Bull. Joly*, 1995, p. 427: « l'assentiment du conseil d'administration ou de l'assemblée générale des actionnaires ne peut faire disparaître le caractère délictueux des prélèvements abusifs de fonds sociaux » par les dirigeants. V. aussi Cass. crim. 22 sept. 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 45, note J.-F. BARBIERI.

⁴ CA DOUAI, 22 sept. 2005, *Bull. Joly* 2006 n° 3, p. 368.

⁵ *C. com.* art. L. 223-19 al. 2: L'approbation doit être préalable, lorsqu'il n'existe pas de commissaire aux comptes dans la société. *C. com.* art. L. 223-19 al. 4: Même lorsqu'elles n'ont pas été approuvées, de telles

législateur ne l'indique pas expressément, ces dispositions s'appliquent aussi au dirigeant de fait car dans les sociétés à responsabilité limitée, la notion de gérant recouvre les gérants de droit et de fait¹. Leur objectif est d'éviter qu'une personne n'use directement ou par personne interposée, de sa position dans les organes de gestion ou de contrôle de cette société pour réaliser ou faire réaliser des actes de gestion dans un intérêt personnel, au détriment de la société.

235- Dans les sociétés par actions, le législateur soumet à autorisation d'un autre organe social, les actes de gestion du dirigeant qui engagent la société à l'égard d'un dirigeant social ou des tiers et qui sont susceptibles de causer un préjudice à cette société. A titre d'exemple, dans les sociétés anonymes, les articles L. 225-38 et L. 225-86 du Code de commerce énoncent que les conventions entre la société et un dirigeant social ou une personne tierce, mais auxquelles les dirigeants sociaux sont directement ou indirectement intéressés doivent être soumises à l'autorisation préalable du conseil d'administration de la société ou du conseil de surveillance². De même, selon l'article L. 225-35, 4° du Code de commerce, « Les cautions, avals et garanties donnés par des sociétés autres que celles exploitant des établissements bancaires ou financiers font l'objet d'une autorisation du conseil d'administration dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat »³.

En cas d'inobservation des dispositions qui soumettent l'exercice du pouvoir de représentation de la société à autorisation, les conventions conclues peuvent être annulées si elles ont eu des conséquences dommageables pour cette société⁴. Toutefois, un vote de l'assemblée générale des associés permet de couvrir la nullité qui sanctionne cette irrégularité⁵. Les règles relatives aux autorisations sont étendues au dirigeant de fait par la

conventions produisent leurs effets à l'égard des tiers, mais « à charge pour le gérant, et, s'il y a lieu, pour l'associé contractant, de supporter individuellement ou solidairement, selon les cas, les conséquences du contrat préjudiciables à la société ».

¹ Cf. C. com. art. L. 241-1 à L. 241-8 relatifs aux infractions concernant les SARL.

² Cf. C. com. art. L. 225-38 (S.A. avec conseil d'administration); L. 225-86 (S.A. avec directoire et conseil de surveillance).

³ « Ce décret détermine également les conditions dans lesquelles le dépassement de cette autorisation peut être opposé aux tiers ». Cf. C. com. art. L. 225-35, 4° *in fine*.

⁴ Cf. C. com., art. L. 225-42, al. 1 et L. 225-90 al. 1.

⁵ Cf. C. com. art. L. 225-42, al. 3 et L. 225-90 al. 3. Les conventions autorisées par le conseil d'administration doivent être soumises à l'approbation de l'assemblée générale. Toutefois, elles produisent leurs effets à l'égard des tiers, qu'elles soient ou non approuvées par l'assemblée, sauf lorsqu'elles sont annulées dans le cas de fraude. Cf. C. com. art. L. 225-41 al. 1 et L. 225-89 al. 1.

Cour de cassation¹ afin d'éviter que celui-ci n'use de son pouvoir dans un but nuisible à l'intérêt social².

236- Dans les sociétés de personnes, aucune disposition légale n'impose de soumettre à autorisation certains actes de direction. Mais dans ces sociétés où le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social, les actes qui excèdent les pouvoirs du gérant sont pris à l'unanimité des associés. « Les statuts peuvent prévoir que certaines décisions seront prises à une majorité qu'ils fixent »¹. Ainsi, dans les sociétés de personnes, la protection de l'intérêt social repose sur des règles que les associés doivent eux-mêmes élaborer et non pas sur des dispositions légales. Il en est ainsi parce que dans ce type de société où les associés assument indéfiniment et solidairement la responsabilité indéfinie et solidaire du passif social, la distinction entre la société et ses associés est très tenue ; le caractère institutionnel de la personne morale est donc moins affirmé que dans les autres types de société. Toutefois, même en l'absence de précision législative et jurisprudentielle, les règles qui soumettent l'accomplissement de certains actes de gestion de la société à l'autorisation d'un autre organe social doivent être étendues au dirigeant de fait pour éviter que ce dernier ne jouisse de plus de liberté que le dirigeant de droit dans la gestion de la société, alors qu'il n'a pas été régulièrement choisi.

237- Le pouvoir du dirigeant de fait est aussi limité par des **interdictions** légales dont l'objectif est de protéger l'intérêt social. Dans les sociétés à responsabilité limitée, l'article L. 223-21 du Code de commerce interdit aux gérants de ce type de société « de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers ». Dans les sociétés anonymes et plus généralement dans les sociétés par actions, les mêmes dispositions sont applicables. A titre d'illustration, l'article L. 225-91 reprend la même interdiction à l'encontre des dirigeants, des membres du conseil de surveillance, ainsi qu'à l'encontre de leur conjoint et de leurs ascendants et descendants car ces personnes sont susceptibles de mettre en péril l'intérêt social, directement ou par l'intermédiaire des dirigeants sociaux.

¹ Cass. Crim. 10 avr. 2002, *Bull. crim.* 2002 n° 85 p. 287; *Droit pénal*, n° 9, sept. 2002, comm. n° 96, p. 1617, note Jacques-Henri ROBERT.

² Le législateur applique aussi ces règles aux engagements pris au bénéfice des dirigeants dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, cf. art. L. 225-42-1 du C. com.

Dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, les juges affirment que le dirigeant de fait a l'obligation de respecter cette interdiction².

Dans les sociétés de personnes, les gérants jouissent de plus de liberté que dans les autres types de société. La seule interdiction susceptible de leur être imposée se déduit de l'interprétation *a contrario* de l'article L. 221-5 alinéa 1 du Code de commerce qui dispose que dans les rapports avec les tiers, les gérants peuvent engager la société par tous les actes entrant dans l'objet social. *A contrario*, le gérant n'engage pas la société par les actes qui sortent de l'objet social. De tels actes lui sont interdits parce qu'ils sont susceptibles de poursuivre des intérêts différents ou contraires à ceux de la société même si, quelquefois, ils peuvent être favorables à cette dernière.

La prise en considération du caractère institutionnel de la société a donc conduit en droit positif à reconnaître au dirigeant de fait, des mêmes obligations identiques à celles du dirigeant de droit, dans le but d'assurer la protection de l'intérêt social. La conception institutionnelle de la société induit aussi à la charge du dirigeant de fait, le respect des obligations faites à la société ou à tout sujet de droit.

§2- Les obligations liées au respect des intérêts des tiers

238- Le législateur impose au dirigeant de fait des contraintes qui n'ont pas pour finalité la protection de l'intérêt social mais visent à assurer la protection des intérêts de personnes tierces à la société et de l'Etat. Ces contraintes sont définies par des règles impératives de droit commun. Elles établissent des obligations qui peuvent être qualifiées d'ordinaires ou de droit commun car d'une part, elles sont applicables à toute personne qui a le pouvoir de représenter une autre personne et, d'autre part, elles ne caractérisent pas la promotion de l'intérêt social. Aussi le dirigeant de fait est-il obligé de les respecter. Deux obligations de droit commun méritent d'être examinées en raison des conséquences qu'elles produisent dans la qualification de la faute¹ du dirigeant de fait : **l'obligation de respecter les limitations des droits de la société (A) et le devoir général de ne pas nuire à autrui (B).**

¹ C. com. art. L. 221-6.

A- L'obligation de respecter les limitations des droits de la société

239- Les droits de la société peuvent être restreints par des interdictions et prohibitions adressées à cette personne morale. Ces interdictions et prohibitions s'imposent aux dirigeants sociaux car ceux-ci agissent au nom et pour le compte de la personne morale. Elles limitent par conséquent leur pouvoir de représentation de la société. Mais des incertitudes subsistent sur l'obligation du dirigeant de fait de respecter de telles restrictions au pouvoir de direction. Elles sont particulièrement bien illustrées dans cet arrêt rendu le 20 octobre 2004 par la Cour de cassation² relatif à l'obligation du dirigeant de fait de respecter l'interdiction faite à la société d'émettre des chèques.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a, dans un arrêt du 20 octobre 2004, confirmé l'arrêt d'appel qui a retenu la responsabilité civile et pénale d'un dirigeant de fait pour complicité d'émission de chèques sans provision, consécutive à la violation de l'interdiction faite à la société de ne plus émettre de chèque. En l'espèce, une injonction bancaire de ne plus émettre de chèques avait été signifiée à une société à responsabilité limitée. En dépit de cette interdiction, le gérant légal de ladite société a émis des chèques qui ont été rejetés. Les juges du fond ont retenu sa responsabilité pénale ainsi que celle d'un associé de cette société en qualité de gérant de fait pour complicité d'émission de chèque malgré interdiction. Le dirigeant de fait condamné s'est pourvu en cassation.

Le pourvoi reprochait aux juges du fond d'avoir affirmé de manière péremptoire que le dirigeant de fait « n'avait pu ignorer que la société faisait l'objet d'une injonction de ne plus émettre de chèques », alors que « le délit d'émission de chèques au mépris d'une injonction bancaire de ne plus émettre de chèques implique que le prévenu ait eu effectivement connaissance de cette injonction. Or, poursuivait le pourvoi, à supposer que l'associé ait été le gérant de fait de la société, la Cour d'appel ne pouvait pas affirmer qu'il avait eu effectivement connaissance de l'interdiction d'émettre des chèques dès lors qu'il n'avait pas été le destinataire de l'injonction bancaire, celle-ci n'ayant été adressée qu'aux mandataires légaux de la société. En dépit de cet argument, la Cour de Cassation a

² Cass. crim. 22 nov. 2006, pourvoi n° 06-80783, *Legifrance.gouv.fr*.

¹ Cf. *La faute séparable des fonctions*, *infra* n° 265 s.

² Cass. crim., 20 oct. 2004, pourvoi n° 03-85.238, *Bull. crim.*, 2004, n° 2459, p. 935.

confirmé la décision de la Cour d'appel au motif que les juges ont, par une appréciation souveraine des faits, considéré que le prévenu dirigeait en fait la société.

Cet arrêt illustre la difficulté de soumettre le dirigeant de fait à l'obligation de respecter les interdictions ou prohibitions faites à la société car, dans la mesure où de telles interdictions sont signifiées aux représentants légaux de la société, le risque subsiste que le dirigeant de fait n'en soit pas informé. Comment alors considérer qu'il a commis une faute susceptible d'entraîner, comme dans l'affaire précédemment indiquée, sa responsabilité pénale¹ dès lors que cette faute doit comporter un élément intentionnel qui, en l'espèce n'a pas été parfaitement établi.

Dans l'affaire jugée le 20 octobre 2004 par la Cour de cassation, les juges du fond ont considéré que le dirigeant de fait était nécessairement informé de tous les incidents relatifs au fonctionnement de la société car il exerçait un contrôle sur celle-ci. La Cour de cassation indique que c'est par une appréciation souveraine des faits que les juges du fond ont retenu que le dirigeant de fait avait eu connaissance de l'interdiction d'émettre des chèques même si cette interdiction n'avait été signifiée qu'aux mandataires légaux de la société. Par conséquent, en participant à l'établissement du chèque litigieux, le dirigeant de fait savait qu'il outrepassait une interdiction. L'élément intentionnel de la violation de l'interdiction d'émettre les chèques était donc constitué.

240- Deux règles relatives à l'obligation du dirigeant de fait de respecter les interdictions faites à la société peuvent être tirées de cet arrêt. D'une part, la signification d'une interdiction ou d'une injonction aux dirigeants légaux d'une société vaut également à l'égard du dirigeant de fait de cette société. Cette position se justifie par le contrôle que le dirigeant de fait exerce sur la société. La qualité de dirigeant de fait implique qu'une personne a la maîtrise de la direction de la société et que par conséquent, elle est informée de tous les incidents relatifs au déroulement de l'activité sociale. D'autre part, et c'est la conséquence de ce qui précède, le dirigeant de fait est obligé, comme le dirigeant de droit²,

¹ Responsabilité fondée sur la violation des articles 65-3, 66 et 68 du décret-loi du 30 octobre 1935 *portant unification du droit en matière de chèques*. Ces articles prescrivent des sanctions pénales applicables aux personnes qui violent les règles relatives à l'interdiction d'émettre des chèques.

² Sur le dirigeant de droit, voir Cass. crim. 19 juin 2007, pourvoi n° 06-88014, publié au Bull. ; *Legifrance.gouv.fr*, responsabilité civile du dirigeant d'une revue pour violation de l'interdiction de faire de

de respecter les interdictions et d'exécuter les injonctions faites à la société car il la représente. Il peut être déclaré responsable de l'inobservation de cette obligation même si les faits qui établissent cette violation ont été accomplis par un dirigeant légal, lorsque, comme en l'espèce, les actes litigieux ont été accomplis par des dirigeants légaux qu'il tient sous son emprise et qui donc ont simplement exécuté ses ordres¹.

Cette décision rendue par la Cour de cassation le 20 octobre 2004 sanctionne le dirigeant de fait pour inobservation de l'interdiction faite à la société de ne plus émettre de chèques alors que la violation de cette prohibition a été réalisée par le dirigeant de droit. Elle reconnaît à la charge du dirigeant de fait l'obligation de respecter l'interdiction faite à la société même si cette interdiction n'est signifiée qu'au dirigeant légal. D'une manière générale, il paraît injuste de soumettre le dirigeant de fait à des obligations dont on peut penser qu'il n'a pas connaissance. Cependant, dans la mesure où le dirigeant de fait jouit de pouvoirs identiques à ceux du dirigeant légal, il est logique qu'il assume les mêmes obligations que ce dernier. L'analyse fonctionnelle de la direction de fait conduit à une solidarité active entre le dirigeant de fait et le dirigeant de droit en ce qui concerne leurs obligations.

L'obligation du dirigeant de fait de respecter les interdictions ou prohibitions faites à la société est une conséquence du statut de représentant de la société reconnu à ce dirigeant. Elle vise à assurer la protection des intérêts de personnes autres que la société elle-même. Le dirigeant de fait est aussi soumis au respect des interdictions ou prohibitions légales qui limitent la liberté de toute personne.

la publicité en faveur du tabac (art. L. 3511-3 et L. 3512-2 du Code de la santé publique). Paiement de 2000 € à l'association les droits des non fumeurs.

¹ Voir aussi Cass. crim. 14 févr. 2007, pourvoi n° 05-86637, *Legifrance.gouv.fr* : condamnation pénale des gérants de droit et de fait d'une SARL pour des faits d'abus de confiance ; Cass. crim. 5 nov. 2003, pourvoi n° 03-82276, *Legifrance.gouv.fr*.

B- Le devoir général de ne pas nuire à autrui

241- Dans l'exécution de ses obligations à l'égard de la société ou des ayants cause de cette dernière ou lorsqu'il intervient en dehors de ce cadre, le dirigeant de fait est-il exonéré de toute obligation à l'égard des personnes auxquelles son activité peut nuire ? Cette interrogation revêt une grande importance car, le dirigeant de fait peut être tenté de transférer la responsabilité de ses actes sur la société alors même qu'il n'a pas agi dans l'intérêt de cette dernière ou n'a pas respecté le cadre institutionnel d'exercice du pouvoir de gestion.

Le pouvoir du dirigeant de fait est soumis à des contraintes institutionnelles ordinaires ou de droit commun qui s'imposent à toute personne, dans le but de garantir le respect des droits des autres personnes. Ces contraintes sont diverses. Elles sont résumées dans le devoir général du dirigeant de fait de ne pas nuire à autrui. Il convient de préciser le **contenu** et la **nature** de cette obligation.

242- L'obligation de ne pas nuire à autrui découle de l'article 1382 du Code civil qui dispose : « *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». En général, cet article assure la protection de toute personne contre les actes néfastes d'une autre personne. Il interdit à toute personne d'accomplir des actes préjudiciables à autrui. Ainsi, le dirigeant de fait doit veiller à ce que son activité ne porte pas préjudice à autrui. En réalité, pour la société, les associés et les créanciers, des dispositions du Code de commerce assurent, contre le dirigeant de fait, la protection de leurs droits lorsque la société est *in bonis*¹ ou lorsqu'elle est soumise à une procédure collective². L'article 1382 du Code civil présente plus d'intérêt pour toutes les personnes auxquelles les actes du dirigeant de fait ont causé un préjudice alors qu'elles n'ont aucune relation contractuelle avec lui ou avec la société. La question se pose de savoir quelle est la nature juridique de l'obligation du dirigeant de fait

¹ Exemple : art. L. 223-22 et L. 225-251 du Code de commerce relatifs à la responsabilité des dirigeants dans la société *in bonis*.

² Exemple les articles L. 651-2 et L. 652-1 du même Code qui concernent respectivement l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif et l'obligation aux dettes sociales lorsque la société est en difficulté. Le créancier peut agir individuellement en vue de la réparation d'un préjudice personnel et distinct de celui subi par les autres créanciers. C.A. Paris, 1^{re} ch. A, 10 mars 1998, *D. Affaires*, 1998, p. 579, obs. A.L ; *Bull. Joly*, 1998, p. 798, § 259, note N. RONTCHEVSKY : action recevable ; CA Paris, 13 janvier 1995 : D., 1995, IR, p. 66. Autre exemple, en cas de reprise des poursuites individuelles, cf. *C. com.* art. L. 643-11.

de ne pas nuire aux tiers lorsqu'il agit à l'occasion d'un contrat auquel la société est partie. Le rappel du débat qui divise la jurisprudence et la doctrine au sujet de la nature juridique des droits des tiers au regard de l'effet relatif des contrats peut permettre d'apporter une réponse à cette question.

Les juges ont longtemps estimé que le tiers victime de l'inexécution d'un contrat ne pouvait obtenir réparation de son préjudice qu'à la condition d'apporter la preuve d'un fait délictuel « envisagé indépendamment de tout point de vue contractuel »¹. La Cour de cassation faisait preuve d'une grande souplesse dans l'acceptation de cette motivation puisqu'elle n'exigeait pas que les juges expliquent en quoi ce fait « se distinguait réellement de la simple inobservation de l'obligation contractuelle »². Puis, à quelques exceptions près, les chambres civiles et la chambre commerciale ont adopté des positions contraires. La chambre commerciale décide qu'un tiers au contrat ne peut obtenir réparation du préjudice causé par l'inexécution d'un contrat que dans la mesure où il prouve la violation par le débiteur d'un manquement au devoir général de ne pas nuire à autrui, et donc une faute délictuelle³. Quant à la première chambre civile, sa position est à l'opposée de celle de la chambre commerciale. De façon régulière, elle a admis par principe l'identité des fautes contractuelle et délictuelle. Dans un arrêt du 18 juillet 2000, elle a décidé sous le double visa des articles 1165 et 1382 du Code civil que « les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l'exécution défectueuse de celui-ci lorsqu'elle leur a causé un dommage, sans avoir à rapporter d'autre preuve »⁴.

¹ V. Cass. civ. 1^{re}, 7 nov. 1962, *JCP G* 1963. II. 12987. V. aussi les arrêts cités par G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, 3^e éd., L.G.D.J., 2008, n° 213.

² Cf. G. VINEY, *Introduction à la responsabilité* préc. n° 213.

³ En ce sens, Cass. com., 17 juin 1997, *RTD civ.* 1998, 113, obs. P. JOURDAIN ; 2 avr. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 101 ; *JCP G* 1996. IV. 1297 ; Cass. com., 8 oct. 2002, *JCP G* 2003. I. 152, n° 3, chron. G. VINEY : cassation au visa de l'article 1382 du Code civil, d'un arrêt au motif « qu'un tiers à un contrat ne peut obtenir, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, réparation d'un des cocontractants que s'il démontre que celui-ci lui a causé un dommage en manquant à son égard au devoir général de ne pas nuire à autrui ». Cass. com., 5 avr. 2005, *Bull. civ.* IV, n° 81 ; *RTD civ.* 2005, p. 687, obs. D. MAZEAUD ; *Resp. civ. et assur.* 2005, comm. H. GROUDEL ; *RTD civ.* 2005, p. 602, obs. P. JOURDAIN.

⁴ Cass. civ. 1^{re}, 18 juill. 2000, *RTD civ.* 2001, 146, obs. P. JOURDAIN. Position réaffirmé le 18 mai 2004 : « la faute commise dans l'exécution du contrat est susceptible d'engager la responsabilité délictuelle de son auteur à l'égard des tiers à ce contrat ». Cf. Cass. civ. 1^{re}, 18 mai 2004, *Bull. civ.* I, n° 141 ; *Contrats, conc. consom.* 2004, comm. 121, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 2004, p. 502, obs. J. MESTRE et B. FAGES. Au préalable, V. Cass. civ. 1^{re}, 15 décembre 1998, *RTD civ.* 1999, 623 ; 13 février 2001, *D.* 2001, somm. 2234, obs. Ph. DELEBECQUE. Les 2^e et 3^e ch civ se sont ralliées à la 1^{re}. Cf. Cass. civ. 2^e, 6 janvier 1999, *Bull. civ.* II, n° 3, *D.* 2000, jur., p. 426, note C. ASFAR, *Resp. civ. et assur.* 1999, comm. n° 72 ; Cass. civ. 3^e, 24 février 1993, *RTD civ.* 1992, p. 362, obs. P. JOURDAIN.

Les clivages qui sont apparues dans la jurisprudence se retrouvent également dans la doctrine.

243- Certains auteurs affirment que le principe de la relativité des contrats contenu dans l'article 1165 du Code civil interdit d'assimiler l'obligation de ne pas nuire à autrui à une obligation contractuelle. Les professeurs François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE relèvent que « permettre à un tiers d'invoquer la faute contractuelle du débiteur, c'est en effet lui permettre de réclamer à son profit le bénéfice d'un contrat auquel il n'est pourtant pas partie. Autrement dit, c'est, sous couvert d'opposabilité du contrat, porter directement atteinte au principe de l'effet relatif des contrats »¹. Le Professeur Patrice JOURDAIN renchérit en affirmant qu'en vertu du principe de la relativité des contrats, les tiers ne peuvent se prévaloir d'un manquement contractuel dont ils ne sont pas bénéficiaires pour réclamer sur le fondement de l'article 1382, la réparation du dommage qu'ils ont subi². Rapporтер au dirigeant de fait, ce raisonnement revient à décider que les tiers ne peuvent invoquer la violation de ses obligations contractuelles par le dirigeant de fait pour réclamer, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, la réparation du préjudice qu'ils ont subi.

244- D'autres auteurs considèrent que l'inexécution ou la mauvaise exécution contractuelle représente aussi la violation du devoir de ne pas nuire à autrui. Madame Geneviève VINEY estime que, « dès lors qu'un manquement contractuel est la cause directe d'un dommage subi par un tiers, les éléments de la responsabilité se trouvent réunis, le manquement contractuel étant en soi un fait illicite »³. Pour Yvonne FLOUR et Jean-Luc AUBERT, « le fait même que le tiers ait subi un dommage en conséquence du manquement contractuel paraît bien impliquer une violation du devoir de ne pas nuire à autrui au sens de l'article 1382 »⁴. En vertu de cette opinion, le dirigeant de fait qui, à l'occasion d'un contrat, méconnaît ses obligations contractuelles et cause un dommage aux tiers a violé cet article.

¹ F. TERRE, Y. LEQUETTE, Ph. SIMLER, *Droit civil, Les obligations*, 9^e éd., Précis Dalloz, 2005, n° 495 ; adde, J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle (Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité)*, Thèse Paris II, 1978, n° 498 ; M. BACACHE-GIBELLI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, thèse Paris II, 1996, n°s 88 et s.

² P. JOURDAIN, *RTD civ.* 2005, p. 603.

³ G. VINEY, note sous Cass. Ass. plén., 6 oct. 2006, *D.* 2006, jur., p. 2825.

⁴ Y. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, 12^e éd., Sirey, 2007, n° 183.

245- En réalité, lorsqu'il a agi à l'occasion d'un contrat, le dirigeant de fait réalise des actes qui, à l'égard des tiers, doivent être appréciés indépendamment de tout point de vue contractuel car il n'existe pas de contrat entre, d'un côté, la société ou le dirigeant et, de l'autre, les tiers auxquels ces actes ont porté préjudice. Dans cette hypothèse, les faits imputables au dirigeant de fait relèvent du champ d'application de l'article 1382 du Code civil qui pose les principes de la responsabilité civile délictuelle. Il en est ainsi même si la violation du devoir de ne pas nuire à autrui coïncide avec la méconnaissance d'une obligation contractuelle du dirigeant de fait envers la société ou envers un cocontractant.

L'obligation du dirigeant de fait de ne pas nuire à autrui a une nature délictuelle. Il ne peut d'ailleurs en être autrement en raison du caractère général de sa finalité. En effet, le devoir de ne pas nuire à autrui vise à assurer la protection de toute personne en dehors de toute relation contractuelle. Dès lors, lui reconnaître une nature contractuelle reviendrait à restreindre son champ d'application aux parties au contrat. Le devoir de ne pas nuire à autrui a un caractère institutionnel parce qu'il s'adapte aux interventions de la personne qui dirige la société, que cette personne mette en œuvre ses prérogatives dans le cadre de ses fonctions de direction ou qu'elle les exerce séparément de ces fonctions. La violation de cette obligation peut revêtir différentes formes ou caractériser différentes fautes. Elle est un manquement de nature délictuelle susceptible d'entraîner la responsabilité civile ou pénale du dirigeant de fait.

246- Le dirigeant de fait supporte les contraintes que le législateur attache à l'existence de la personne morale et qui ont pour but de limiter le pouvoir de gestion dans l'intérêt général de la société. L'intérêt social apparaît au centre de l'exercice du pouvoir de direction, que ce pouvoir soit irrégulier ou légal. Il en est la finalité et détermine son étendue et ses limites. L'intérêt social justifie la reconnaissance de fonctions au dirigeant de fait dans la gestion de la société ainsi que les obligations qui résultent de ces fonctions. Mais le dirigeant de fait supporte aussi institutionnellement les contraintes par lesquelles le législateur restreint le pouvoir de direction et qui ont pour finalité la protection des intérêts de la société et des tiers. Ainsi en droit positif, le dirigeant de fait est considéré comme un

dirigeant social, dans l'intérêt de la société et quelque fois dans l'intérêt des tiers. Son régime juridique est largement influencé par la conception fonctionnelle de la notion de direction, que la société soit ou non en difficulté. Ainsi, malgré l'irrégularité de son pouvoir, le dirigeant de fait est soumis aux mêmes obligations, contraintes et exigences que le dirigeant de droit. La question se pose alors de savoir si, en ce qui concerne la responsabilité du dirigeant de fait, le législateur et la jurisprudence tirent toutes les conséquences de l'existence de ces obligations.

Chapitre II- La responsabilité du dirigeant de fait

247- La responsabilité est, *stricto sensu*, le fait d'assurer la réparation d'un dommage. Pour les besoins de la présente étude, le terme responsabilité sera entendu largement. Il désignera le fait de répondre de ses actes selon les règles du droit civil, du droit fiscal ou du droit pénal. La nature de la responsabilité sera systématiquement précisée afin de ne pas confondre les mesures de réparation avec les sanctions que le dirigeant de fait encourt, lorsque la société est *in bonis* ou lorsqu'elle est en difficulté. L'objectif n'est cependant pas d'examiner toutes les règles de responsabilité auxquelles est soumis le dirigeant de fait mais de déduire de ces règles, l'assimilation ou non du dirigeant de fait au dirigeant de droit en ce qui concerne le régime juridique du dirigeant de fait. Les développements qui suivent ne seront donc pas exhaustifs, tant dans l'énumération des régimes de responsabilité applicables au dirigeant de fait que dans la description de ceux qui seront évoqués.

La responsabilité résulte de l'inobservation, par une personne, de ses obligations. En principe, dans la mesure où le dirigeant de fait est soumis aux mêmes obligations que le dirigeant de droit¹, les règles de responsabilité applicables au premier doivent être identiques à celles élaborées pour le second. Il sera alors être permis de conclure que le régime juridique du dirigeant de fait est identique à celui du dirigeant de droit. Dans cette hypothèse, l'assimilation du dirigeant de fait au dirigeant de droit serait complète. En revanche, l'application au dirigeant de fait de règles de responsabilité différentes de celles auxquelles est assujéti le dirigeant de droit obligerait à reconnaître qu'en ce qui concerne son régime juridique, le dirigeant de fait n'est pas totalement assimilé au dirigeant de droit.

248- Les règles de responsabilité applicables au dirigeant de fait peuvent être examinées en distinguant selon la situation de la société. Lorsque la société est *in bonis*, le dirigeant de fait encourt la responsabilité civile de droit commun² alors que par ailleurs, il

¹ Cf. *Les obligations du dirigeant de fait*, voir *supra* n° 206 s.

² Cf. *La justification des règles de responsabilité applicables au dirigeant de fait en qualité de sujet de droit ordinaire*. *Infra* n° 400 s.

est assujetti, en matière fiscale et pénale, aux mêmes règles de responsabilité¹ que le dirigeant de droit. Lorsque la société est soumise à une procédure collective, le législateur soumet le dirigeant de fait, dans tous les types de société, aux règles de responsabilité civile, fiscale, pénale et professionnelle prévues pour le dirigeant de droit². L'originalité de la situation du dirigeant de fait réside donc dans sa soumission aux règles de responsabilité de droit commun lorsque la société est *in bonis*.

Mais lorsque la société fait l'objet d'une procédure collective, le dirigeant de fait peut aussi être soumis aux règles du droit commun, même si l'application de ces règles est marginale. La distinction entre la situation de la société *in bonis* et celle de la société soumise à une procédure collective n'est donc pas suffisante pour étudier et justifier valablement les règles de responsabilité applicables au dirigeant de fait et plus particulièrement les règles de responsabilité civile. Il convient également de prendre en considération la qualité en vertu de laquelle le dirigeant de fait est assujetti à ces règles. A ce sujet, deux logiques antinomiques président à la détermination des règles de responsabilité civile applicables au dirigeant de fait. D'un côté, celui-ci est considéré en droit positif comme un sujet de droit ordinaire et soumis comme tel à **la responsabilité civile de droit commun (section I)**. D'un autre côté, le législateur tirant les conséquences de la reconnaissance au dirigeant de fait des obligations du dirigeant de droit dans la gestion de la société, le considère comme un dirigeant social. Dans cette hypothèse, le dirigeant de fait est soumis aux règles de **responsabilité fonctionnelle d'un dirigeant social (section II)**.

¹ Par exemple, dans les sociétés par actions, les articles L. 242-2 à L. 242-8, L. 244-1 à L. 244-3 du Code de commerce définissent les infractions que les dirigeants légaux peuvent commettre dans la gestion de la société et prévoient les sanctions qui les répriment. L'article L. 244-4 du même Code étend ces dispositions aux dirigeants de fait. Sur les infractions pénales susceptibles d'être commises par le dirigeant de fait et leurs sanctions, voir W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, 6^e éd. 2005, Précis Dalloz, n° 231 à 236, 269 à 287 et 288 à 317.

² Ces règles sont prévues, pour l'essentiel, par le Livre VI du Code de commerce intitulé *Des difficultés des entreprises* et par les articles 1382 et 1383 du Code civil.

Section I- La responsabilité civile de droit commun de tout sujet de droit

249- Le dirigeant de fait est, en qualité de sujet de droit ordinaire, soumis aux règles de responsabilité civile de droit commun à l'égard de la société, des associés et des tiers, lorsque la société est *in bonis* ou lorsqu'elle fait l'objet d'une procédure collective. Cette responsabilité, comme celle des dirigeants de droit, vise à réparer le dommage¹ injustement causé à une personne. La société, l'associés ou le tiers doit donc établir que la faute du dirigeant de fait lui a causé² un préjudice direct, certain et personnel³. Mais la responsabilité civile que le dirigeant de fait encourt en application des règles de droit commun est de nature délictuelle⁴ car sa mise en œuvre exige la preuve d'une faute commise en dehors de toute relation contractuelle, alors que dans la responsabilité contractuelle l'inexécution contractuelle constitue elle-même la faute. Ainsi, la faute de droit commun est **le fondement de la responsabilité civile du dirigeant de fait (§1)** en qualité de sujet de droit ordinaire. **Les conséquences de cette responsabilité (§2)** sont celles du droit commun de la réparation.

¹ Le « dommage » est le préjudice réparable. Il est défini de façon très large comme une atteinte aux intérêts matériel ou immatériel d'une personne. Sur le dommage, voir G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité civile*, sous la dir. de GHESTIN, 3^e éd., L.G.D.J., 2006, n° 248 et s ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 9^e éd., Précis Dalloz, 2005, n° 697 et s.

² Sur la causalité, G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.* n° 332 et s. Pour que son action individuelle soit recevable, la victime doit justifier d'un intérêt à agir. Sur l'intérêt à agir, voir S. GUINCHARD, *Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès*, 2^e éd., Précis Dalloz, 2003, n° 667 et s.

³ La victime doit établir le préjudice que la gestion de fait lui a occasionné, imposé, c'est-à-dire prouver « qu'elle a perdu quelque chose en raison du fait qu'elle impute au responsable ». Cf. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 3^e éd., L. G. D. J., 2006, n° 249. Cass. civ. 15 janv. 1997, *Bull. civ.* 1997, II, n° 13 ; *Resp. civ. et assur.*, 1997, Comm. n° 118, qui rappelle qu'il n'y a pas de dommage si la perte résulte d'un choix volontaire. La preuve du préjudice s'effectue conformément aux règles du droit commun. Cf. F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.* n° 698. L'appréciation des caractères du préjudice ne soulève pas de difficulté particulière. A ce propos, voir B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations 1, Responsabilité délictuelle*, 5^e éd., Litec, 1996, n° 95 ; H. et L. MAZEAUD et F. CHABAS, *Traité de la responsabilité civile*, t. 1, 6^e éd. Montchrestien, 1983, nos 208 et s.; G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. cit.* n° 247 et s. Selon la Cour de cassation, « les juges du fond justifient l'existence du préjudice invoqué par l'évaluation qu'ils en font ». Cf. Cass. civ. 19 oct. 1976, *JCP*. 1976, IV, p. 362; Cass. civ. 8 févr. 1989, *Gaz. Pal.* 1989, I, pan., p. 91. Voir aussi, C.A. Paris, 3^e ch. C., 4 févr. 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 817.

⁴ La prescription de l'action en responsabilité civile est de 10 ans (*C. civ.* art. 2270-1) alors que celle de l'action en responsabilité contractuelle est de 30 ans (*C. civ.* art. 2262).

§1- Le fondement de la responsabilité civile de droit commun du dirigeant de fait

250- Le dirigeant de fait est civilement responsable à l'égard de toute personne, en application des articles 1382 et 1383 du Code civil. La mise en œuvre de cette responsabilité exige d'établir que le dirigeant de fait a commis une faute préjudiciable à autrui. Aucune disposition du Code civil ne régit la responsabilité civile du dirigeant de fait. **La soumission de ce dirigeant aux règles de responsabilité civile de droit commun doit donc être justifiée (A) avant d'examiner la faute (B) susceptible d'entraîner cette responsabilité.**

A- La justification de la soumission du dirigeant de fait aux règles de responsabilité civile de droit commun

251- L'application au dirigeant de fait des règles de responsabilité civile de droit commun lorsque la société dirigée en fait est *in bonis* ou lorsqu'elle est en difficulté se justifie différemment selon que cette société est **à responsabilité limitée** ou **par actions** ou selon qu'elle est une **société de personnes**.

252- Dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, le législateur n'a pas expressément prévues de règles de responsabilité civile spéciales pour le dirigeant de fait alors qu'il a élaboré, dans le Code de commerce, un régime spécial de responsabilité des dirigeants sociaux lorsque la société à responsabilité limitée ou la société par actions est *in bonis*. L'articles L. 223-22 du Code de commerce¹ disposent que les « *les gérants sont responsables, individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés à responsabilité limitée, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion* ». La même disposition est reprise dans les sociétés anonymes par l'article L. 225-251 du même Code². Elle est applicable aux sociétés en commandite par actions et aux sociétés par actions simplifiées, par renvoi des articles L. 226-12 et L. 227-8 de ce Code³. Mais dans deux arrêts rendus les 6 octobre 1981

¹ Ancien art. 52 de la loi du 24 juill. 1966.

² Ancien art. 244 de la loi du 24 juill. 1966.

³ Les articles L. 226-12 du *C. com.* relatif à la S.C.A. et L. 227-8 *C. com.* relatif à la S.A.S. renvoient à l'article L. 225-251 du même Code.

et 21 mars 1995, la Cour de cassation a décidé que ce régime spécial de responsabilité des dirigeants ne s'applique pas au dirigeant de fait de la société à responsabilité limitée. Ces arrêts revêtent une importance considérable dans la détermination des règles de responsabilité civile applicables au dirigeant de fait lorsque la société est *in bonis*.

Dans l'affaire jugée par la Cour de cassation le 6 octobre 1981¹, la Cour d'appel de Rouen avait, par arrêt rendu le 26 mai 1977, attribué la qualité de dirigeant de fait à un associé d'une société à responsabilité limitée et retenu la responsabilité civile de ce dirigeant de fait pour faute de gestion², en application de l'article 52 de la loi du 24 juillet 1966 relatif à la responsabilité des gérants dans ce type de société *in bonis*. Le pourvoi prétendait que cette disposition n'était pas applicable à la personne qui n'avait pas la qualité de dirigeant social de droit. Il demandait à la Haute juridiction de casser la décision des juges du fond qui l'avait qualifié de dirigeant de fait et déclaré responsable du dommage causé par ses agissements qualifiés de fautes de gestion par la Cour d'appel. La Haute juridiction fait droit à cette requête au motif que l'article 52 visé « ne concerne que les agissements commis dans leur gestion par les gérants de droit ».

Dans l'affaire jugée le 21 mars 1995 par la Cour de cassation³, des associés d'une société à responsabilité limitée ont intenté une action sociale en responsabilité contre le dirigeant de fait de ladite société, pour obtenir réparation du préjudice subi par celle-ci du fait d'une faute de gestion. La cour d'appel d'Aix-en-provence a accueilli cette demande le 18 février 1993 au motif que l'article 52 de la loi du 24 juillet 1966 ne distinguait pas entre les dirigeants de droit et de fait de la société à responsabilité limitée et qu'il pouvait, dès lors, être limité aux seuls gérants de droit. Mais la Haute juridiction casse cette décision au motif, comme dans l'affaire jugée le 6 octobre 1981, que « le texte visé ne concerne que les agissements commis par les gérants de droit »⁴.

¹ Cass. com. 6 oct. 1981, *D.* 1983. 133, note B. SOINNE ; *JCP* 1982. II. 19891, note G. NOTTE.

² Sur la faute de gestion, voir *infra* n° 279 s.

³ Cass. com. 21 mars 1995, *Bull.* IV, n° 98, p. 87 ; *JCP* 1995, éd. E, pan. 502 ; *Rev. sociétés* 1995, p. 501, note B. SAINTOURENS ; *JCP* 1996. II. 22603, note Y. REINHARD et I. BON-GARCIN.

⁴ Voir aussi, Paris, 3^e ch. B, 17 octobre 1991, Bouche c. Haas, inédit : Contrairement aux textes de la loi du 25 janv. 1985 édictant des sanctions, l'article 52 de la loi du 24 juill. 1966 ne concerne que les agissements commis par les gérants de droit ; il doit être interprété restrictivement, s'agissant d'une disposition d'ordre public ; l'action en responsabilité de l'article 52 ne peut donc être exercée contre les gérants de fait. CA Paris, 6 mai 1997 : *Rev. sociétés*, 1997, p. 626, obs. Y. GUYON : la responsabilité du gérant de fait obéit au droit commun et non au régime spécial des art. 52 et s.

253- La position de la Cour de cassation conduit à ne pas appliquer au dirigeant de fait l'article 52 devenu l'article L. 223-22 du Code de commerce. Elle ne rencontre pas l'approbation de toute la doctrine et peut être étendue aux sociétés par actions, même si elle a été exprimée dans des affaires relatives à la gestion de fait de sociétés à responsabilité limitée.

Pour la Haute juridiction, l'article L. 223-22 du Code de commerce instituent une responsabilité spécifique au droit des sociétés. La finalité de ce texte est de déterminer les conditions dans lesquelles il est établi que la personne régulièrement désignée pour gérer la société à responsabilité limitée a méconnu les obligations inhérentes à cette mission. Les faits qui établissent la faute du dirigeant en application de l'article L. 223-22 du Code de commerce s'inscrivent donc dans les limites de la mission qui lui a été régulièrement confiée. Aussi, la Cour de cassation affirme-t-elle que cette disposition relative à la responsabilité civile ne concerne que « les agissements commis dans leur mission par les dirigeants de droit » de ces sociétés. En revanche, la personne qui n'a pas été régulièrement désignée en qualité de dirigeant social n'a pas de mission dans la gestion de la société. Il en est ainsi du dirigeant de fait. La communauté des associés ne lui ayant pas confié de mission dans la gestion de la société, aucun de ses agissements ne relève de cette activité. Sa faute ne peut pas être appréciée dans le cadre restreint des obligations relatives à la gestion de la société, puisqu'il n'en a pas. Par conséquent, l'article L. 223-22 du Code de commerce n'est pas applicable aux dirigeants de fait de la société à responsabilité limitée. La doctrine reste divisée sur cette position de la Cour de cassation.

254- Une partie minoritaire de la doctrine¹ approuve la position de la Cour de cassation au motif que lorsque le législateur veut soumettre le dirigeant de fait aux mêmes règles que le dirigeant de droit, cette volonté est expressément exprimée. Il en est ainsi, dans les textes relatifs aux procédures collectives où le législateur précise que ces textes s'appliquent aussi au dirigeant de fait. De même, en matière fiscale, l'article L. 267 du *Livre des procédures fiscales* relatif à la responsabilité du dirigeant du fait en raison de l'inobservation des obligations relatives à la déclaration et au paiement des impôts dus par la société indique expressément que ses dispositions sont applicables au dirigeant de fait.

255- La majorité des auteurs² a contesté la position de la Cour de cassation en relevant que si le législateur avait voulu limiter l'application du régime spécial de responsabilité aux seuls gérants de droit, il l'aurait affirmé expressément. Cette partie de la doctrine conclut que l'article L. 223-22 du Code de commerce doit s'appliquer au dirigeant de fait de la société à responsabilité limitée. Elle affirme que la position de la Cour de cassation n'est pas conforme à l'évolution du droit positif relatif au statut du dirigeant de fait. A l'appui de cette thèse, lorsque la société est *in bonis*, des dispositions législatives soumettent déjà, en matière fiscale et pénale³, les dirigeants de droit et de fait aux mêmes obligations et aux mêmes règles de responsabilité *lato sensu*.

256- Il existe une raison fondamentale pour assujettir le dirigeant de fait aux mêmes règles de responsabilité que le dirigeant de droit. Elle découle de la soumission du dirigeant de fait aux mêmes obligations que le dirigeant de droit lorsque la société est *in bonis*. Par exemple, le dirigeant de fait a l'obligation générale de diriger la société. Cela signifie qu'il doit exercer la direction interne et externe de la société dans la gestion de laquelle il s'est immiscé et poursuivre cette activité en vue de garantir son efficacité. Dans cet ordre d'idées, le dirigeant de fait doit être soumis aux mêmes règles de responsabilité que le dirigeant de droit parce qu'il assume les mêmes obligations que ce dernier car « *là où les raisons de la loi sont les mêmes, la loi doit être la même* ».

La position de la Cour de cassation exprime, *a priori*, une conception institutionnelle de la notion de dirigeant de fait. Celui-ci n'est pas un organe social institutionnel⁴ mais une personne qui viole les règles d'organisation de la société. Son intervention dans la gestion de ladite société s'analyse en une activité délictuelle car elle s'effectue au mépris des règles qui régissent l'attribution des pouvoirs de gestion dans la société. Par conséquent, le dirigeant de fait ne peut pas bénéficier du régime spécial de

¹ P. LE CANNU, *Les responsabilités distinctes du gérant de fait et du gérant de droit*, Répertoire notarial Defrénois ; Voir G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.* n° 295-1.

² B. SOINNE a vu dans l'arrêt du 6 oct. 1981, « un arrêt de circonstance », note sous Cass. com. un arrêt du 6 octobre 1981, *op. cit.* ; G. NOTTE, *op. cit.* ; C. CHAMPAUD et D. DANET, *RTD com.* 1992, p. 396, note sous C.A. Paris, 17 oct. 1991 ; Y. REINHARD et I. BON-GARCIN, *JCP* 1996. II. 22603, note sous Cass. com. 21 mars 1995.

³ Cf. *supra* n° 248, p. 245, note 3.

⁴ G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. cit.*

responsabilité applicable aux dirigeants légaux¹. Le dommage qu'il cause ne peut être réparé que sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile délictuelle, même lorsque les faits en cause révèlent l'exercice d'une activité de gestion de la société.

257- Mais en réalité, la position de la Cour de cassation est fondée sur le désir de ne pas appliquer au dirigeant de fait les règles de responsabilité civile élaborées pour le dirigeant légal de la société à responsabilité limitée car ces règles prévoient un régime spécial plus favorable que celui du droit commun quant aux conditions de la responsabilité civile². Les conditions de la responsabilité civile de droit commun sont plus larges que celles de la responsabilité civile prévue par l'article L. 223-22 du Code de commerce. L'exclusion du dirigeant de fait du bénéfice des règles de responsabilité civile spécialement élaborées pour le dirigeant de fait dans le Code de commerce a donc pour objectif de faciliter la mise en œuvre de la responsabilité civile du dirigeant de fait car celui-ci n'est pas un dirigeant institutionnel.

La solution adoptée par la Cour de cassation dans les arrêts des 6 octobre 1981 et 21 mars 1995 conduit à écarter l'application au dirigeant de fait des règles de responsabilité contractuelle. En effet, les articles 1146 et 1147 relatifs à la responsabilité civile contractuelle³ ne sont pas applicables au dirigeant de fait car son activité à l'origine du dommage ne relève pas de l'exécution d'une obligation contractuelle. Il en résulte que lorsque la société à responsabilité civile est *in bonis*, le dirigeant de fait est soumis aux règles du droit commun de la responsabilité civile parce qu'il n'est pas un dirigeant institutionnel.

258- La décision prise à l'égard des gérants de fait de société à responsabilité limitée s'applique aussi aux dirigeants de fait des sociétés par actions car à l'égard de ceux-ci, le législateur reprend les règles de responsabilité civile des dirigeants de sociétés à responsabilité limitée. Dès lors, l'interprétation que la Cour de cassation fait de l'article L. 223-22 du Code de commerce relatif à la responsabilité des dirigeants de société à

¹ Cf. Cass. com. 6 octobre 1981, *JCP*. 1982. II., 19891, note G. NOTTE ; *D.* 1983, *Jurisp.* p. 133, note SOINNE : l'article 52 de la loi de 1966 ne « concerne que les agissements commis dans leur gestion par les gérants de droit ».

² Cf. *La faute de droit commun du dirigeant de fait*, *infra* n° 262 s.

³ Cf. *C. civ.*, art. 1146 et 1148 relatifs aux dommages et intérêts qui sont dus en cas d'inexécution des obligations résultant d'un contrat.

responsabilité limitée vaut également pour les articles L. 225-251, L. 226-12 et L. 227-8 du même Code relatifs à la responsabilité des dirigeants de sociétés anonymes, de sociétés en commandite par actions et de sociétés par actions simplifiées. Ainsi, comme le dirigeant de fait de la société à responsabilité limitée, celui de la société par actions est, lorsque la société est *in bonis*, soumis aux règles de responsabilité civile de droit commun.

La position de la Cour de cassation montre qu'en droit positif, la soumission du dirigeant de fait aux mêmes obligations que le dirigeant de droit ne produit pas de conséquences sur la responsabilité du dirigeant de fait de la société à responsabilité limitée ou de la société par actions, lorsque la société concernée est *in bonis*. L'approche institutionnelle du statut du dirigeant de fait détermine la qualification – délictuelle – de son activité parce que dans cette hypothèse, l'influence déterminante du rôle néfaste du dirigeant de fait dans la gestion de la société n'est pas irréfutablement établie, la société n'étant pas encore en difficulté. Ainsi, dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, la responsabilité civile du dirigeant de fait est soumise aux règles de droit commun alors que celle du dirigeant de droit est régie par des dispositions spéciales du Code de commerce.

259- Mais dans les sociétés de personnes, la responsabilité civile des dirigeants légaux obéit aux dispositions du Code civil applicables à toutes les sociétés, au droit commun de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle et aux dispositions du Code de commerce relatives aux entreprises en difficulté. Ainsi, hormis l'hypothèse où la société fait l'objet d'une procédure collective, les dirigeants légaux répondent personnellement, en vertu du droit commun, du dommage que leur faute a causé à autrui¹. Il en est ainsi parce que les dirigeants de droit de ce type de société sont généralement des associés en nom². Dans cette hypothèse, ils ont la qualité de commerçant. Aussi, le législateur ne les soumet-il pas aux règles spéciales de responsabilité civile plus

¹ Les gérants sont aussi soumis aux dispositions générales du titre IX du Code civil relatives à la mise en œuvre de l'action sociale. L'article 1843-5 de ce Code autorise les associés à se substituer aux dirigeants sociaux pour agir en réparation du préjudice subi par la société : « *Outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, un ou plusieurs associés peuvent intenter l'action sociale en responsabilité contre les gérants. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation du préjudice subi par la société ; en cas de condamnation, les dommages-intérêts sont alloués à la société* ».

² Les associés en nom d'une société de personnes ont la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Le dirigeant d'une société de personnes n'a pas personnellement la qualité de commerçant, sauf le cas où il cumule la fonction de dirigeant de la société avec la qualité d'associé en nom (C. com., art. L. 221-1).

favorables que celles du droit commun et élaborées pour les dirigeants des autres types de sociétés qui n'ont pas la qualité de commerçant. La responsabilité civile des dirigeants de droit, associés en nom des sociétés de personnes, relève par conséquent du droit commun.

260- Le dirigeant de droit qui n'est pas associé en nom de la société de personnes et le dirigeant de fait de ce type de société sont considérés comme des commerçants de fait¹. Aussi, le législateur les soumet-ils aux mêmes règles de responsabilité civile que le dirigeant de droit car ces règles établissent un régime moins favorable que celui des dirigeants de droit des autres types de sociétés qui eux n'ont pas la qualité de commerçant. En matière de responsabilité civile, il n'y a donc pas, *a priori*, de dissociation entre les dirigeants de droit et de fait d'une société de personnes *in bonis* ; tous sont soumis aux règles du droit commun.

Toutefois, la responsabilité civile du dirigeant de droit d'une société de personnes est contractuelle à l'égard de la société et des associés car ce dirigeant est mandaté par la collectivité des associés pour assurer la gestion de la société. Il répond donc de l'inexécution² de sa mission alors que le dirigeant de fait assume la responsabilité civile d'un fait délictueux ou quasi-délictueux qui ne constitue pas la violation d'une obligation relative à la gestion de la société. Le dirigeant de fait n'a pas été régulièrement choisi pour gérer la société. Ses faits dommageables pour autrui sont appréciés en vertu des articles 1382 et suivants du Code civil. La responsabilité civile du dirigeant de fait d'une société de personnes est donc de nature délictuelle³ quelle que soit la victime du dommage alors que celle du dirigeant de droit de ce type de société est contractuelle à l'égard de la société et des associés.

261- Le dirigeant de fait est donc considéré comme un sujet de droit ordinaire. En cette qualité, il est soumis au droit commun de la responsabilité civile délictuelle, dans

¹ Les commerçants de fait ne peuvent se prévaloir de leur qualité de commerçant, mais ils ne peuvent se soustraire aux responsabilités et obligations inhérentes à cette qualité.

² Cf. *C. civ.*, art. 1146 à 1148 relatifs aux dommages et intérêts qui sont dus en cas d'inexécution des obligations résultant d'un contrat.

³ Cass. com. le 5 nov. 2002, pourvoi n° 00-17028, *legifrance.gouv.fr*. Dans cette affaire où un redressement fiscal avait été pratiqué sur une société en nom collectif et sur ses associés, la Cour de cassation a approuvé la décision des juges du fond qui avait fait droit à l'action en responsabilité civile délictuelle fondée sur l'article 1382 du Code civil et exercée par ces associés contre le gérant de fait de cette société en raison du préjudice que son activité leur avait causé. Les juges du fond avaient condamné le gérant de fait à payer 100 000 F de dommages intérêts à chaque associé.

tous les types de société. Même lorsque la société est en difficulté, il peut aussi être considéré comme un sujet de droit ordinaire et soumis comme tel aux règles de responsabilité civile de droit commun. Dans cette hypothèse, l'action en responsabilité de droit commun est marginale en raison de la prééminence des règles de responsabilité spécifiques aux procédures collectives. Mais, en toute hypothèse, il appartient à la victime du dommage d'établir la faute du dirigeant de fait à l'origine de ce dommage.

B- La faute de droit commun du dirigeant de fait

262- La responsabilité civile que le dirigeant de fait assume sur le fondement du droit commun est soumise à la condition qu'il ait commis une faute. Cette faute de droit commun se distingue de celle qui justifie la responsabilité civile du dirigeant de droit en application soit du régime spécial défini dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, soit du régime applicable dans les sociétés de personnes. L'examen de la **définition** et des **éléments** de la faute de droit commun susceptible d'entraîner la responsabilité civile du dirigeant de fait permet d'établir cette différence et **d'exclure l'exigence d'une faute séparable des fonctions** des conditions de cette responsabilité que le dirigeant de fait encourt en qualité de sujet de droit ordinaire.

263- La faute commise par le dirigeant de fait en qualité de sujet de droit ordinaire est celle que le droit commun définit comme « un fait illicite et imputable à son auteur »¹. En vertu du principe de non immixtion dans la gestion des sociétés, la faute du dirigeant de fait résulte de la gestion de fait elle-même car cette dernière est un fait illicite. Mais cette faute ne peut entraîner la responsabilité civile de son auteur que si elle a causé un préjudice à autrui. En l'absence de tels effets, la question de la responsabilité civile ne se pose pas¹. Par conséquent, la faute susceptible d'entraîner la responsabilité civile du dirigeant de fait en vertu des règles du droit commun est, en pratique, « un fait illicite ayant causé un préjudice à autrui ». Sa nature est délictuelle tout comme la responsabilité civile

¹ Cf. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Traité de la responsabilité civile*, précité, n° 380. La majorité des auteurs reste attachée à la conception traditionnelle de la faute qui lie cette dernière à l'existence d'un acte ou d'une omission à la fois « illicite » et « imputable » à son auteur. Pour ces auteurs, la faute consiste dans la violation d'un devoir ou d'une obligation juridique. Elle constitue un écart entre l'attitude requise par le respect de ce devoir et celle que l'auteur du dommage a effectivement observée. Cf. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, précité, n° 442.

qui en découle² pour son auteur, à l'égard de la personne à laquelle elle a causé un préjudice.

La faute qui fonde la responsabilité civile du dirigeant de fait en vertu du droit commun résulte des faits prévus par les articles 1382 et 1383 du Code civil. Selon l'**article 1382 du Code civil** « *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». Quant à l'article 1383 du même Code, il dispose : « *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence* ». La faute du dirigeant de fait découle donc d'un fait personnel. Elle est une faute par action, par omission ou encore par inaction car comme l'affirmait LOYSEL, « Qui peut et n'empêche, pêche ». Cette faute est antérieure ou postérieure³ au jugement d'ouverture de la procédure collective. Elle est caractérisée par des faits présentant ou non un lien avec les fonctions sociales. Sa qualification peut être pénale⁴ lorsque les faits qui l'établissent constituent une violation des règles de droit pénal.

264- La faute de droit commun du dirigeant de fait se distingue des fautes qui entraînent, dans les sociétés à responsabilité et les sociétés par actions, la responsabilité civile du dirigeant de droit en vertu des articles L. 223-22 et L. 225-251 du Code de commerce. Elle a un caractère général car elle résulte de la violation du devoir général de ne pas nuire à autrui⁵. Elle est établie par tout fait délictueux imputable au dirigeant de fait.

¹ Les règles de responsabilité applicables au dirigeant de fait visent à lui imposer la réparation du dommage causé par son immixtion dans la gestion de la société ou la sanction des infractions commises durant cette immixtion.

² Sur la responsabilité civile délictuelle, v. M. FABRE-MAGNAN, *Droit civil, Les obligations*, PUF, collection Thémis, Droit privé, 2004, n° 232 et s. et 632 et s. Sur les principes fondamentaux de la responsabilité civile, v. P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, « Connaissance du droit », 6^e éd., 2003. La faute de l'article 1382 du *C. civ.* est le fait générateur de la responsabilité civile délictuelle et même de la responsabilité civile contractuelle. Cf. *C. civ.* art. 1992 relatif à la responsabilité du mandataire. Cet article désigne l'inexécution contractuelle par le terme de faute. Sur l'importance de la faute dans la responsabilité civile, cf. Ch. RADE, *L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile*, *D.* 1998, chron. p. 301. Contra : D. TALLON, *Pourquoi parler de faute contractuelle ? Mélanges CORNU*, 1994, p. 429. Cet auteur doute de l'utilité et de l'exactitude de la référence à la faute contractuelle et préfère parler d'inexécution. V. aussi, M.-T. CALAIS AULOY, *La libération du droit de la responsabilité par l'abandon de la notion de faute*, *D.* 1998, n° 14, *Dernière actualité*.

³ Cass. com. 14 mars 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 602, § 133, note J.-J. DAIGRE ; *D.* 2000, *act. jur.*, p. 187, obs. A. LIENHARD ; *JCP E* 2000, n° 39, p. 1527, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL ; CA Versailles, 22 juin 2000, *D.* 2000, *act. jur.*, p. 367, obs. A. LIENHARD.

⁴ Sur les éléments formel et matériel constitutifs de l'infraction pénale, voir J. PRADEL, *Droit pénal général*, 15^e éd., Cujas, 2004, n° 361 et s.

⁵ Sur le devoir général de ne pas nuire à autrui, voir *supra* n° 241 s.

En revanche, les fautes des articles L. 223-22 et L. 225-251 du Code de commerce en vertu desquelles le dirigeant de droit engage sa responsabilité civile à l'égard de la société et des tiers résultent, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés concernées, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans la gestion. Elles sont donc établies par des faits qui constituent la violation d'une obligation du dirigeant prévue par le droit des sociétés. Le domaine de ces fautes est donc plus restreint que celui de la faute délictuelle de droit commun. Il en résulte que la faute du dirigeant de fait a une acception plus large que celle qui entraîne la responsabilité des dirigeants légaux des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés par actions, en vertu des articles L. 223-22 et L. 225-251 du Code de commerce.

265- Le régime de droit commun applicable aux dirigeants de fait des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés par actions est plus rigoureux que celui applicable aux dirigeants de droit de ces sociétés. Ainsi, en droit positif, le dirigeant de fait ne mérite pas les faveurs du régime d'exception que le législateur a instauré en faveur des dirigeants légaux parce qu'il n'est pas un dirigeant institutionnel alors qu'il assume les obligations inhérentes au pouvoir de gestion. Il est traité comme un commerçant de fait car il est soumis aux contraintes du statut de dirigeant social mais ne bénéficie pas des droits et avantages liés à ce statut.

La faute de droit commun se distingue également de la faute qui entraîne la responsabilité civile du dirigeant de droit de la société de personnes. La première résulte d'un délit ou d'un quasi-délit commis en dehors de toute obligation contractuelle, le dirigeant de fait n'étant pas un mandataire de la société, alors que la seconde constitue la violation d'une obligation contractuelle relative à la gestion de la société car l'auteur d'une telle faute est un dirigeant régulier.

En outre, il n'est pas nécessaire que la faute du dirigeant de fait soit « séparable des fonctions » qui lui sont reconnus en droit positif pour entraîner sa responsabilité civile à l'égard des personnes tierces à la société. Créé par la jurisprudence administrative¹ pour mettre en jeu la responsabilité personnelle des fonctionnaires, le concept de « faute

¹ T. confl., 30 juillet 1873, arrêt Pelletier, n° 00035 ; *Lebon*, p. 117, concl. DAVID ; *D.P.* 74, III, 5 ; *GAJA* n° 2, 8° éd. 1984 ; *J.-F. Lachaume*, p. 377, 3° éd. C. CHAMPAUD, *Droit administratif et droit des affaires*, *A.J.D.A.* 1995, n° spécial (juin), p. 82.

détachable » ou « séparable des fonctions »¹ a été utilisé par la jurisprudence judiciaire pour accroître la protection que l'écran de la personnalité morale offre aux représentants sociaux légaux envers les tiers auxquels l'activité de gestion pourrait porter préjudice. Les principes relatifs à la représentation des personnes morales conduisent à imputer à une société la réparation du dommage causé par son organe légal de représentation, sauf s'il est établi que celui-ci a commis une faute séparable des fonctions de dirigeant social. La Cour de cassation affirme qu'il y a faute séparable lorsque « le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales »². La faute séparable n'est pas seulement une faute commise intentionnellement, mais aussi d'une particulière gravité et incompatible avec l'exercice normal des fonctions de dirigeant social. Selon le juge judiciaire, le dirigeant légal ne peut engager sa responsabilité personnelle à l'égard des tiers, sur le fondement des articles L. 223-22 et L. 225-251 du Code de commerce que s'il a commis une « faute séparable des fonctions » de direction sociale ou « extérieure » à l'exercice de ces fonctions³.

Une décision rendue le 8 mars 1982 par la chambre commerciale de la Cour de cassation¹ avait censuré la décision des juges du fond qui avait retenu, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, la responsabilité des dirigeants de droit et de fait à l'égard d'un tiers, « sans relever aucune circonstance d'où il résulterait que ces dirigeants aient commis une faute extérieure à la conclusion ou à l'exécution » du contrat conclu entre la société et le tiers. Dans cette affaire, la Cour de cassation a assimilé le dirigeant de fait au

¹ Cass. com., 20 mai 2003, *D.* 2003, p. 1502, obs. LIENHARD ; *JCP. E* 2003, n° 1099, p. 1221 ; *Bull. Joly* 2003, p. 786, note LE NABASQUE : il y a faute séparable lorsque « le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales ». Pour une faute de contrefaçon commise par le dirigeant d'une association : Cass. com. 7 juill. 2004, *Bull. Joly sociétés*, 2004, p. 1531, § 303, note H. Le NABASQUE ; *RTD com.* 2004. 772, obs. L. GROSCLAUDE. Voir aussi, Cass. com. 25 janv. 2005, *Bull. Joly sociétés*, 2005, p. 599, § 135, note B. Le BARS. Cass. com. 12 juin 2007, n° 06-16.247, M. Roland FRUCTUEUX, F-D. et Cass. com. 12 juin 2007, n° 06-14.864, Société Monfort dépôt vente antiquités (MDVA), F-D *Lexbase* n° 268.

² Cf. Cass. com., 20 mai 2003. ; Cass. com. 7 juill. 2004 ; Cass. com. 13 nov. 2005, *Bull. Joly*, 01 mai 2006 n° 5, p. 636, note J.-F. BARBIERI ; Cass. com. 6 nov. 2007, pourvoi n° 05-13402, *lexenso.fr* ; Cass. com. 26 févr. 2008, pourvoi n° 05-18569, *lexenso.fr*.

³ Cass. civ. 1^{ère} ch., 31 mai 1978, *Bull. civ. I*, n° 213 ; ou « extérieure à la conclusion ou à l'exécution du contrat », Cass. com. 8 mars 1982, *Bull. civ. IV*, n° 92, *Rev. sociétés* 1983, p. 573, note Y. GUYON. Exigence d'une « faute détachable des fonctions et personnellement imputable au dirigeant », « la simple constatation d'un fait délictuel ou quasi délictuel imputable à la société n'implique pas une faute personnelle du dirigeant social », Cass. com. 4 juin 1991, *Rev. sociétés* 1992, p. 55, note Y. CHARTIER. Cass. com. 8 févr. 2005, *Bull. Joly* 2005, § 193, p. 855, note M.-A. LAFORTUNE. Adde : G. AUZERO, *L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé*, *D. affaires*, 1998, p. 502 ; M. LAUGIER, *L'introuvable responsabilité du dirigeant social envers les tiers pour faute de gestion ? Bull. Joly* 2003, § 261, p.1231.

dirigeant de droit et étendu au premier, les règles de responsabilité civile prévues pour le second, c'est-à-dire le régime spécial de responsabilité civile des dirigeants de droit des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés par actions. Une partie de la doctrine² approuve cette solution et considère que le dirigeant de fait d'une société *in bonis* encourt une responsabilité civile personnelle à l'égard des tiers, à condition qu'il ait commis une faute séparable des fonctions qu'il a exercées. Cette thèse s'appuie sur la nécessité d'appliquer au dirigeant de fait, les règles de responsabilité prévues pour le dirigeant de droit parce que le premier exerce les mêmes fonctions que le second.

266- Mais la responsabilité du dirigeant de fait à l'égard des tiers ne doit pas être soumise à la condition qu'il ait commis une faute séparable de ses fonctions. La position de la Cour de cassation étant de ne pas soumettre le dirigeant de fait aux règles qui régissent la responsabilité civile du dirigeant de droit lorsque la société est *in bonis*, le concept de « faute détachable des fonctions » issu de l'interprétation de ces règles par les tribunaux ne doit donc pas être retenu pour apprécier la responsabilité civile du dirigeant de fait à l'égard des tiers. De plus, la faute qui fonde la responsabilité civile du dirigeant de fait envers toute personne est une faute de droit commun, c'est-à-dire tout fait illicite préjudiciable à autrui. Son acception est plus large que celle de la faute séparable des fonctions. Ainsi, contrairement à ce qu'affirment certains auteurs, toute faute du dirigeant de fait est susceptible d'entraîner sa responsabilité à l'égard des tiers alors que seule la faute séparable des fonctions peut justifier la responsabilité du dirigeant de droit envers ces personnes.

La faute qui fonde la responsabilité civile du dirigeant de fait envers toute personne en vertu du droit commun englobe celles qui peuvent entraîner la responsabilité civile des dirigeants de droit des sociétés à responsabilité limitée, des sociétés par actions et des sociétés de personnes. La première constitue la violation du devoir général de ne pas nuire à autrui alors que les secondes sont des agissements commis dans l'exercice des fonctions de gestion. Ces fautes des dirigeants de droit sont des espèces dans le genre qu'est la faute de droit commun des articles 1382 et suivants du Code civil. Le régime de

¹ Cf. Cass. com. 8 mars 1982, *Bull. civ.* 1982, n° 92 ; *Rev. sociétés* 1983, p. 573, note Y. GUYON.

² Cf. B. SAINTOURENS, note sous Cass. com. 21 mars 1995, *Rev. sociétés* 1995, p. 501, note B. SAINTOURENS ; C. FREYRIA, « *Libres propos sur la responsabilité civile de la gestion d'une entreprise*

responsabilité civile du dirigeant de fait est donc plus rigoureux que celui du dirigeant de droit. L'évaluation du dommage imputable au dirigeant de fait s'effectue selon les principes du droit commun¹. Lorsque le dommage a été causé par plusieurs personnes, le juge détermine souverainement la part à la charge du dirigeant de fait, en fonction des troubles réellement subis par la victime et de la contribution de la faute de ce dirigeant¹ à la réalisation du dommage. Ainsi, en application des articles 1382 et suivants du Code civil, le dirigeant de fait assume les conséquences de la responsabilité délictuelle de tout sujet de droit envers toute personne à laquelle il a causé un préjudice.

§2- Les conséquences de la responsabilité civile de droit commun du dirigeant de fait

267- Lorsque les conditions de sa responsabilité civile sont réunies, le dirigeant de fait doit assurer, en vertu du droit commun et sur son patrimoine personnel, **la réparation du dommage (A)** qu'il a causé à la société, aux associés ou aux tiers. Cette mesure entraîne une diminution de la richesse du dirigeant de fait. La responsabilité civile du dirigeant de fait a aussi une fonction pédagogique. La crainte des conséquences de cette responsabilité peut inciter le dirigeant de fait à plus de diligence dans l'accomplissement de ses actes de manière à ne pas porter atteinte aux intérêts d'autrui. Mais les effets patrimoniaux de la responsabilité civile du dirigeant peuvent être neutralisés si celui-ci recourt à la procédure de surendettement des particuliers, à condition qu'il soit justiciable des **règles du surendettement des particuliers (B)**.

A- La réparation du dommage imputable au dirigeant de fait

268- Le dirigeant de fait qui a commis une faute durant son immixtion dans la gestion de la société peut être condamné **sur le fondement des articles 1382 et 1983 du Code civil**, à réparer le dommage que cette faute a causé. La réparation s'effectue selon des

», *Mélanges L. BOYER* 1996, p. 179, n° 8 *in fine* ; I. GROSSI, *La responsabilité des dirigeants, Dr. et patr.* 2003, n° 118, p. 50 ; M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, 3^e éd., Montchrestien, n° 268.

¹ Le Code civil ne précise pas les règles d'évaluation du dommage. La Cour de cassation estime que l'évaluation du préjudice relève de l'appréciation souveraine des juges du fond qui doivent cependant se conformer au principe de la réparation intégrale au jour de la décision à intervenir ». Cass. com., 16 févr. 1954, *D.* 1954, p. 534, note RODIERE ; Cass. civ. 1^{re}, 2 avr. 1996, *Bull. civ.* I, n° 166 ; *JCP G* 1996. IV. 1287 ; Cass. civ. 1^{re}, 11 juin 1996, *Bull. civ.* I, n° 250 ; Cass. com. 11 juin 2002, *Petites affiches* 3 juillet 2003, n° 132, p. 16, note L. ETNER. Pour un approfondissement de la question, voir J. DUPICHOT, *L'indemnisation, Petites affiches* 31 août 2006, n° 174, p. 33 ; C. BOISMAIN, *Etude sur l'évaluation des dommages intérêts par les juges du fond, Petites affiches* 22 févr. 2007, n° 39, p. 7.

modalités précises. Des difficultés peuvent apparaître lorsque le dirigeant de fait souhaite tirer profit de l'écran qu'offre la personnalité morale de la société pour ne pas assumer personnellement **la réparation du dommage que sa faute a causé aux tiers**.

269- Toute action en responsabilité civile a un caractère indemnitaire². Les juges du fond doivent condamner le dirigeant de fait à assumer la réparation intégrale³ du dommage que sa faute a causé à la victime, société, associé ou créancier. Aussi le juge ne peut-il pas la moduler⁴. Il en est de même des dirigeants de droit poursuivis en responsabilité civile en application des articles L. 223-22 et L. 225-251 du Code de commerce, pour les dirigeants de la société à responsabilité limitée ou de la société par actions, ou en application des articles 1382 et suivant du Code civil, pour les dirigeants de droit d'une société de personnes. Des règles précises régissent la réparation du dommage dont le dirigeant de fait n'est que le coauteur.

Lorsque plusieurs personnes ont participé à la réalisation d'un dommage, chacune d'elles assume à l'égard de la victime, une obligation "*in solidum*" ou "*obligation au tout*". Cela signifie que chaque personne dont la faute a contribué à la réalisation du dommage peut être condamnée⁵ à réparer le réparer intégralement. Si l'action en responsabilité est exercée simultanément contre les dirigeants de droit et de fait, chacun peut être condamné sur le fondement des textes qui lui sont applicables. L'existence d'un

¹ Mais la victime peut demander la réparation de l'intégralité du dommage à chacun des coauteurs.

² Ce caractère indemnitaire s'observe quelle que soit la personne poursuivie, dirigeant de droit ou de fait. Cf. C. FREYRIA, « *Libres propos sur la responsabilité civile de la gestion d'une entreprise* », *Mélanges L. BOYER* 1996, p. 202, n° 14. La réparation peut aussi être faite en nature ou même contenir l'exécution d'une prestation ou d'une formalité. Cass. com. 18 oct. 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 1305, note J.-F. BARBIERI, confirmant Paris, 1^{ère} ch. A, 24 juin 1992, *Bull. Joly* 1992, n° 388, p. 1195 ; *JCP*. 1993, E. I. 215, p. 54 : en l'espèce, un commissaire aux comptes avait outrepassé les limites de son mandat en s'immisçant dans la gestion d'un groupe de sociétés qu'il devait contrôler. Sur l'action en responsabilité intentée par les dirigeants légaux de ces sociétés, les juges du fond ont relevé l'intéressé de ses fonctions et ordonné la publication de cette décision à ses frais.

³ Cass. com. 8 févr. 2005, *Bull. Joly* 2005, § 193, p. 855, note M.-A. LAFORTUNE. Cass. civ. 1^{ère} Ch., 12 nov. 1985, *JCP éd. G.* 1985, IV, n° 40. Sur l'obligation de réparer l'intégralité du dommage, voir G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, *Les effets de la responsabilité*, 2^e éd., L.G.D.J., 2001, n°s 57 et s.

⁴ Alors que cette modulation est possible lorsque le juge retient la responsabilité civile patrimoniale du dirigeant de fait dans le cadre des actions en responsabilité propres aux procédures collectives.

⁵ Pour des dirigeants sociaux condamnés *in solidum* cf. C. FREYRIA, " *L'assurance de responsabilité civile du management* ", *D.* 1995, chron. p. 120.

coauteur du dommage n'a pas pour effet d'exonérer¹ ni même de limiter la responsabilité du dirigeant de fait. Elle n'altère pas l'obligation de ce dernier à réparer intégralement le dommage. Ainsi, la personne qui a dirigé en fait une société ne peut se prévaloir de la participation d'un dirigeant de droit ou d'une autre personne à la réalisation du dommage pour obtenir "*ab initio*" une réduction de sa condamnation patrimoniale. Cette solution présente l'avantage d'éviter que les dirigeants de fait ne puissent se défaire sur les autres personnes qui ont participé à la gestion de la société.

Mais, rien ne s'oppose à ce que le dirigeant de fait qui a payé exerce une action en remboursement contre les coauteurs du dommage. Cette action entre coresponsables est largement admise en droit commun². Elle est fondée sur une approche large de la causalité, conduisant à retenir toutes les causes du dommage comme équivalentes³.

270- A l'égard de la société et des associés, le dirigeant de fait assume personnellement la réparation du dommage que sa faute a causé. Lorsque le dirigeant de fait est une personne morale, des incertitudes peuvent apparaître sur la personne qui doit assumer la charge définitive du dommage qu'il a causé aux tiers.

En application des principes relatifs à la représentation des personnes morales, la personne morale doit assumer la réparation du dommage causé par son organe légal de représentation, sauf s'il est établi que celui-ci a commis une faute séparable des fonctions de dirigeant social. Ainsi, lorsqu'une société a dirigé en fait une autre, la responsabilité du dommage causé par cette activité incombe à la personne morale dirigeante de fait et non pas à son dirigeant de droit, sauf si celui-ci a commis une faute détachable de ses fonctions. Mais, si la personne morale dirigeante de fait d'une société est elle-même dirigée en fait,

¹ Il en est autrement si le défendeur établit que l'intervention du tiers coauteur avait, à son égard, les caractères de la force majeure et a, par ses caractères irrésistible et imprévisible, entraîné son immixtion dans la gestion de la société. Sur la jurisprudence relative à l'effet exonératoire de la responsabilité du défendeur pour fait d'un tiers ayant les caractères de la force majeure en droit civil, cf. G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.* n° 416.

² Cf. G. VINEY et P. , *op. cit.* n° 421 et s ; J. BORE, "*Le recours entre coobligés in solidum*", *JCP.* 1967, 1, 2126 ; P. CANIN, "*Les actions récursives entre coresponsables* ", thèse Grenoble 1993.

³ C'est la théorie de l'équivalence des conditions. Selon cette théorie, la cause juridique est tout événement sans lequel le dommage ne se serait pas produit. Cette théorie place sur un pied d'égalité, tous les antécédents nécessaires à la production du dommage. Tous sont des conditions *sine qua non* du dommage. Ainsi, dans les rapports entre coobligés fautifs, le partage se fait en fonction de la gravité respective des fautes en présences. Cass. civ. 1^{re}, 22 oct. 1996, *Bull. civ. I*, n° 365 ; Cass. 2^e civ, 17 mai 1995, *D.* 1996, p. 307, note C. RADE ; Cass. civ. 2^e, 20 juin 2002, *Bull. civ. II*, n° 136.

les principes relatifs à la représentation ne s'appliquent pas puisque le dirigeant de fait n'a pas été régulièrement désigné pour gérer la société. Le dirigeant de fait de la société qui dirige une autre société doit, en vertu des articles 1382 et suivants du Code civil, assurer sur son patrimoine personnel la réparation du dommage causé à la victime.

En application du droit commun, le dirigeant de fait doit lui-même supporter la charge de la réparation du dommage que sa faute a causé à la victime. Sa responsabilité ne découle pas de faits considérés comme étant l'exercice d'une activité au nom et pour le compte de la société, ni de la qualité de dirigeant social. Elle est fondée sur un acte illicite que tout sujet de droit peut commettre et qui est préjudiciable à autrui. Dans ces conditions, le dirigeant de fait peut tenter d'échapper, même partiellement, à la charge de la réparation qui lui incombe en sollicitant l'ouverture d'une procédure de surendettement des particuliers.

B- L'éligibilité du dirigeant de fait au bénéfice des règles du surendettement des particuliers

271- Les règles du surendettement des particuliers permettent au débiteur qui ne peut plus payer ses dettes non professionnelles, d'obtenir des mesures de nature à alléger ou à suspendre le paiement de ces dettes. La procédure de traitement des situations de surendettement a été instituée par les articles L. 330-1 et suivants¹ du Code de la consommation. Les dirigeants de droit n'en sont pas, par principe, exclus. L'examen des **conditions d'éligibilité** à cette procédure permet de vérifier si le dirigeant de fait condamné sur le fondement du droit commun à réparer le dommage qu'il a causé à autrui peut bénéficier du traitement des situations de surendettement. Dans l'affirmative, il importe d'indiquer le **fondement** de cette éligibilité ainsi que l'**influence** de la procédure de surendettement sur la responsabilité du dirigeant de fait.

¹ Le traitement du surendettement des particuliers a été défini par le titre 1^{er} de la loi n° 89-1010 du 31 déc. 1989, dite loi Neiertz, *relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles* (J.O. n° 1 du 2 janv. 1990) et son décret d'application n° 90-175 du 21 févr. 1990 (J.O. du 27 févr. 1990, p. 2473). Il a été codifié par la loi n° 93-949 du 26 juill. 1993 *relative au Code de la consommation* (J.O. 27 juill. 1993, p. 10538) avant d'être modifié par la loi n°98-46 du 23 janv. 1998 *renforçant la protection des personnes surendettées en cas de saisie immobilière* (J.O. 24 janvier 1998, p. 1127) et par la loi n° 98-657 du 29 juill. 1998 *relative à la lutte contre les exclusions* (J.O. 31 juill. 1998, p. 11679).

272- L'article L.330-1 alinéa 1 du Code de la consommation énonce que « *la situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir ainsi qu'à l'engagement qu'il a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société dès lors qu'il n'a pas été, en droit ou en fait, dirigeant de celle-ci* ». L'article L. 333-3 alinéa 1 du Code de la consommation¹ précise que les dispositions relatives au traitement des situations de surendettement ne s'appliquent pas lorsque le débiteur relève des procédures collectives de prévention des difficultés des entreprises ou d'apurement du passif. Ainsi, le débiteur qui entre dans le champ d'application des procédures collectives ne peut pas bénéficier de la procédure de surendettement des particuliers². Les règles relatives au surendettement des particuliers ne sont donc pas applicables aux personnes physiques qui ont la qualité de commerçant³, d'artisan ou d'agriculteur.

En ce qui concerne le dirigeant social, sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, la jurisprudence⁴ décidait qu'il pouvait être exclu du bénéfice des règles relatives au surendettement des particuliers s'il faisait personnellement l'objet d'une procédure collective ou d'une mesure de faillite personnelle. *A contrario*, le dirigeant social qui n'était pas personnellement soumis à une procédure collective ou à une mesure de faillite personnelle était recevable à réclamer le bénéfice de la procédure de surendettement et de

¹ *C. consom.*, art. L.333-3 al 1 : « Les dispositions du présent titre ne s'appliquent pas lorsque le débiteur relève des procédures instituées par les lois n° 84-148 du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, n° 88-1202 du 30 décembre 1988 relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social et n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises ».

² J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 7^e éd., Précis Dalloz, 2006, n° 528.

³ Il en est ainsi des associés en nom collectif car ils ont de plein droit la qualité de commerçant (*C. com.*, art. L. 221-1). Certains auteurs les excluent de la procédure de surendettement, v° F. FERRIERE, P.-L. CHATAIN avec la collaboration de F. LEPLAT, *Surendettement des particuliers*, Dalloz référence, 2006, n° 12.21. *Contra* : Ch. VINCENTI, « *Le sort des associés indéfiniment responsables des dettes sociales* », in « *Regards croisés de praticiens sur la loi de sauvegarde* », *Petites affiches*, 2006, n° 35, p. 52 ; V. VIGNEAU et G.-X. BOURIN, *Droit du surendettement des particuliers*, Litec, 2007, Coll. Pratique professionnelle, n° 40. Ces auteurs considèrent que ces associés peuvent demander l'ouverture d'une procédure de surendettement pour leurs dettes non professionnelles.

⁴ Cass. 1^{ère} civ. 23 mars 1994, *JCP éd E* 1994, II, n° 634, p. 245, note M. LECENE-MARENAUD ; Cass. 1^{ère} civ. 7 nov. 2000, *Bull. civ.*, I, n° 285 ; Cass. 2^e civ. 8 juill. 2004 : « Qu'en statuant ainsi, alors que c'est seulement si une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte à son encontre ou une mesure de faillite personnelle prononcée, que le gérant d'une société à responsabilité limitée relève de la loi du 25 janvier 1985, le Tribunal a violé les textes susvisés ». *Bull. civ.* II, n° 386 p. 323 ; *Bull. Joly* 2005, § 41, p. 237 s., note B. SAINTOURENS.

rétablissement personnel, s'il était de bonne foi¹. La suppression par la loi du 26 juillet 2005 relative à *la sauvegarde des entreprises* des procédures collectives-sanction qui s'appliquaient aux dirigeants² de droit ou de fait est de nature à faciliter les conditions d'admission du dirigeant social à la procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers.

Selon l'article L. 331-2 du Code de la consommation, le bénéfice de la procédure de traitement des situations de surendettement est réservé aux personnes physiques ne pouvant faire face à leurs dettes non professionnelles. L'éligibilité du dirigeant social, de droit ou de fait, aux règles du surendettement des particuliers ne dépend donc pas de la nature institutionnelle du dirigeant mais de la nature non professionnelle des dettes dont ce dirigeant doit assumer la réparation. Il convient donc de vérifier si les dettes patrimoniales du dirigeant de fait résultant de sa condamnation sur le fondement de l'article 1382 du Code civil sont ou non des dettes professionnelles.

273- Deux arguments permettent d'établir que les dettes qui découlent de la condamnation du dirigeant de fait à réparer le dommage causé à autrui ne constituent pas des dettes professionnelles et qu'elles peuvent, par conséquent, justifier l'ouverture d'une procédure de surendettement.

D'une part, dans deux arrêts du 31 mars 1992 rendues sous le visa de l'article L. 331-2 du Code de la consommation, la Cour de cassation a indiqué que « *les dettes professionnelles sont celles nées pour les besoins ou à l'occasion de l'activité professionnelle du débiteur* »³. Cette définition des dettes professionnelles a été reprise par

¹ M. LECENE-MARENAUD op. cit.; B. SAINTOURENS, op. cit.; C. SAINT-ALARY HOUIN, *Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises : continuité, rupture ou retour en arrière ? Dr. et patr.* n° 133, janv. 2005, p. 40.

² Peu importe que les dirigeants de droit ou de fait soient ou non associés indéfiniment et solidairement responsables du passif social (anc. art. L. 624-1 C. com.). Est également supprimée, l'ouverture d'une procédure collective (instituée par l'article L. 621-98 ancien) à l'encontre du locataire-gérant qui n'aurait pas exécuté son obligation d'acquiescer l'entreprise dans un délai de deux ans. Mais, la faillite personnelle subsiste.

³ Cass. civ. 31 mars 1992, *Bull. civ. I*, n° 107 p. 71, arrêt 1 et 3 ; *D.* 1992, *somm.*, p. 406, obs. E. FORTIS : cautionnement contracté par le PDG en garantie d'un prêt accordé à la société qu'il dirigeait. Cette définition a inspiré l'article 2.2. de la circulaire du 24 mars 1999 *relative à la procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers, prise en application du titre III du livre III du code de la consommation*, *J.O* n° 86 du 13 avr. 1999 p. 5424 ; *Code Lamy droit économique* 2005. Ce texte indique que « *doit être considérée comme professionnelle, toute dette ayant un rapport direct ou indirect avec l'activité économique exercée par le débiteur* ».

la Cour de cassation¹ avant d'être modifiée par la même juridiction dans un arrêt du 8 avril 2004. Dans cette dernière décision, la Haute juridiction a décidé que les dettes professionnelles s'entendent des « *dettes nées pour les besoins ou au titre d'une activité professionnelle* »². En l'espèce, la Cour a affirmé que ne constituait pas une dette professionnelle, la dette d'un salarié résultant d'une condamnation pour des détournements de marchandises appartenant à son employeur.

L'activité professionnelle est donc celle exercée pour les besoins ou dans l'intérêt de la profession. Cette décision de la Cour de cassation restreint le domaine de la dette professionnelle. Il ne suffit plus que le fait à l'origine de la dette ait été commis à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle pour que le caractère professionnel de cette dette soit établi. Il faut que l'activité exercée l'ait été dans l'intérêt de la société. Ainsi, les dettes qui résultent d'une condamnation du dirigeant de fait en vertu de règles de droit spécifiques aux dirigeants sociaux doivent être considérées comme des dettes professionnelles car elles ont leur cause dans l'exercice d'une activité de gestion sociale. Elles n'ouvrent pas droit au bénéfice des règles du surendettement des particuliers même si elles caractérisent un surendettement de l'intéressé.

En revanche, la procédure de surendettement est ouverte aux débiteurs dont les dettes ont simplement été causées par des faits délictueux commis « à l'occasion » de l'exercice d'une activité considérée ou reconnue comme professionnelle. Dans la réparation du dommage causé par la faute du dirigeant de fait, le fait générateur de la dette n'est pas l'exercice d'une activité professionnelle car ce dirigeant assume une responsabilité pour un fait délictueux et non pas pour ne pas avoir exercé une activité professionnelle. La dette que le dirigeant de fait doit payer, en application du droit commun de la responsabilité, n'est pas professionnelle car elle n'est pas née pour les besoins ou au titre de l'activité de direction de la société, l'activité du dirigeant de fait étant appréciée, non pas comme une activité de gestion sociale, mais comme une activité délictuelle. De

¹ Cass. 1^{ère} civ. 18 janv. 2000, n° 98-04.049, *legifrance.gouv.fr* ; Cass. civ. 7 nov. 2000, *Bull. civ. I*, n° 285, p. 184.

² Cass. 2^e civ. 8 avr. 2004, n° 03-04.013, *Bull. civ. II*, n° 190, p. 161 ; *D.* 2004, p. 1383, obs. C. RONDEY.

telles dettes peuvent, lorsqu'il est impossible pour le dirigeant de fait de bonne foi d'y faire face, justifier son admission à la procédure de surendettement des particuliers.

274- Mais toutes les dettes du dirigeant de fait nées d'une activité délictuelle n'entraînent pas son éligibilité à la procédure de surendettement des particuliers. Il en est ainsi des dettes qui résultent d'une décision de la juridiction répressive ayant reconnu le caractère délictueux de la faute qui sert de fondement à la condamnation civile à des dommages et intérêts. Certes, de telles dettes n'ont pas, par principe, à être exclues par la commission ou par le juge, de l'appréciation de l'état de surendettement¹. Il n'en demeure pas moins que le traitement des situations de surendettement ne doit pas être ouvert sur le fondement de dettes qui résultent de la sanction judiciaire du comportement malveillant et délictueux du demandeur² afin de ne pas donner une prime à l'immoralité et à la violation des règles de droit pénal. Ainsi, ne doivent pas entraîner l'éligibilité du dirigeant de fait à la procédure de surendettement des particuliers, les dettes qui résultent de la condamnation d'un tel dirigeant par une juridiction répressive pour une infraction à la loi pénale. En ce sens, un arrêt de la Cour d'appel de Colmar³ a décidé que les dettes qui résultent d'un délit ne doivent pas être prises en considération pour l'appréciation de l'état de surendettement du demandeur à la procédure. En l'espèce, l'endettement invoqué avait pour origine un incendie volontairement provoqué par le débiteur. Le dirigeant de droit ou de fait peut donc être admis au bénéfice des règles du surendettement au vu de l'ensemble de ses dettes non professionnelles.

275- La commission saisie d'une demande d'ouverture de la procédure de surendettement des particuliers peut recommander le rééchelonnement des dettes du demandeur « autres que fiscales, parafiscales ou envers les organismes de sécurité sociale »⁴, « la suspension de l'exigibilité des créances autres qu'alimentaires ou fiscales pour une durée qui ne peut excéder trois ans »⁵. En application de l'article L. 331-7-1,

¹ J.-L. VALLENS, *La loi sur le surendettement des particuliers*, ALD 1990, p. 871, n° 33 ; G. PAISANT, *La loi du 31 décembre 1989 relative au surendettement des ménages*, JCP. 1990, éd. E. II. 15896, n° 20 ; P.-L. CHATAIN et F. FERRIERE, *Rép. Proc. Civ. Dalloz*, v° *Surendettement des particuliers*, 1996, n° 67.

² Pour une opinion contraire, voir G. PAISANT, *Surendettement et dettes délictuelles*, RTD com. 1997, p. 140.

³ CA Colmar, 29 août 1995, RTD com. 1997, p. 40, obs. G. PAISANT.

⁴ *C. consom.*, art. L. 331-7.

⁵ Cette mesure peut être recommandée lorsque la commission constate l'insolvabilité du débiteur caractérisée par l'absence de ressources ou de biens saisissables de nature à permettre d'apurer tout ou partie de ses dettes et rendant inapplicables les mesures prévues à l'article L. 331-7. Cf. *C. consom.* art. L. 331-7-1, al. 1.

alinéa 3 du Code de la consommation, à l'issue de la période de suspension de l'exigibilité de trois ans au maximum, la commission réexamine la situation du débiteur. Si celui-ci demeure insolvable, elle recommande, par une proposition spéciale et motivée, l'effacement total ou partiel des créances autres qu'alimentaires ou fiscales. Ainsi, à l'issue de la période de suspension d'exigibilité, la commission a la possibilité de supprimer purement et simplement les dettes du dirigeant de fait, y compris celles envers les organismes sociaux, à l'exception des dettes alimentaires et fiscales. L'application des règles de surendettement au dirigeant de droit ou de fait peut donc conduire à un allègement, voire un effacement de ses dettes civiles ou professionnelles¹. Elle est de nature à mettre en échec la valeur pédagogique attachée à la responsabilité civile. L'éligibilité du dirigeant de fait aux règles du surendettement des particuliers réduit les effets de la responsabilité civile de ce dirigeant.

276- Le dirigeant de fait est soumis à des règles de responsabilité civile différentes de celles qui s'appliquent au dirigeant de droit dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions et dans les sociétés de personnes¹. Il est considéré comme un sujet de droit ordinaire et non pas comme un dirigeant social alors qu'il exerce le même pouvoir et est soumis aux mêmes contraintes que le dirigeant de droit. L'assimilation du dirigeant de fait au dirigeant de droit n'est donc pas complète car la conception institutionnelle préside à la détermination des règles de responsabilité civile du dirigeant de fait.

Mais l'examen du statut de dirigeant de fait révèle également que ce dirigeant est considéré comme un dirigeant social lorsque la société est soumise à une procédure collective. Ainsi, à la conception institutionnelle qui préside à la détermination des règles de responsabilité civile applicables au dirigeant de fait succède, lorsque la société est en difficulté, une conception fonctionnelle de la notion de dirigeant de fait dont les manifestations peuvent être observées dans la soumission du dirigeant de fait aux mêmes règles de responsabilité, *lato sensu*, que le dirigeant de droit.

¹ En application de l'article L. 333-3 du Code de la consommation, il a été jugé que le caractère professionnel d'une dette n'est pas exclusif de l'application des mesures de traitement prévues par les articles L. 331-7 et L. 331-7-1. Cass. civ. 1^{ère}, 2 oct. 2002, *Bull. civ. I*, n° 232; *D.* 2002, *AJ* p. 3077; *Contrats Conc. Consom.* 2003, n° 16, obs. RAYMOND.

Section II- La responsabilité fonctionnelle d'un dirigeant social

277- Le dirigeant de fait qui n'a pas respecté les contraintes qui lui sont imposées en matière fiscale et pénale encourt, en droit positif, la même responsabilité *lato sensu* que le dirigeant de droit, que la société soit ou non *in bonis*. Mais c'est lorsque la société est en difficulté que le dirigeant de fait est considéré comme un dirigeant social et soumis, en matière civile, pénale et fiscale aux mêmes règles que le dirigeant de droit parce qu'il a exercé les mêmes pouvoirs que ce dernier dans la gestion de la société. Ainsi, le dirigeant de fait est soumis à des règles de responsabilité fonctionnelle c'est-à-dire justifiées par les fonctions qu'il a assumées dans la gestion de la société. L'examen de la jurisprudence permet de démontrer que la faute qui fonde cette responsabilité est caractérisée par **la violation des obligations inhérentes aux fonctions de dirigeant social (§1)**. Elle expose le dirigeant de fait **aux sanctions d'un professionnel de la direction sociale (§2)**.

§1- La violation des obligations inhérentes aux fonctions de dirigeant social

278- Le dirigeant de fait assume les obligations inhérentes aux fonctions qu'il exerce dans la gestion de la société. En raison de ces fonctions, il est considéré comme un dirigeant social. Sa responsabilité, au sens large du terme, est soumise à la condition qu'il ait commis une faute durant l'exercice de son activité de gestion de la société. Cette faute est une faute de gestion car elle résulte de faits accomplis par le dirigeant en violation des obligations qu'il assume dans l'exercice du pouvoir de gestion de la société. **La notion de faute de gestion (A)** est liée à l'exercice du pouvoir de gestion. La faute de gestion peut donc être commise par un dirigeant social de droit ou de fait. Elle est une condition de la responsabilité civile et des sanctions applicables au dirigeant de fait en qualité de dirigeant social. Aussi, la conception fonctionnelle préside-t-elle à **la détermination de cette faute (B)**.

¹ Même si les dirigeants de droit et de fait de la société de personnes sont soumis aux règles du droit civil, la responsabilité du dirigeant de fait est délictuelle alors que celle du dirigeant de droit est contractuelle. *Supra* p. 259 s.

A- La notion de faute de gestion

279- La notion de faute de gestion¹ n'a pas été définie par le législateur. L'établissement d'une faute de gestion reste soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond². Ceux-ci qualifient de faute de gestion des faits très diversifiés intervenus dans la sphère d'exercice du pouvoir de gestion interne et externe de la société. Le périmètre du pouvoir de gestion³ correspond donc à celui de la faute de gestion. Celle-ci est caractérisée par des faits imputables au dirigeant social et dont le critère commun est qu'ils établissent **une atteinte à l'intérêt social**⁴.

La notion de faute de gestion recouvre des faits du dirigeant, de droit ou de fait, qui constituent une atteinte à l'intérêt social ou établissent la poursuite d'un intérêt contraire à celui de la société. La faute de gestion découle de la violation **intentionnelle ou non intentionnelle** d'une ou plusieurs obligations propres à la fonction de dirigeant social et qui porte atteinte à l'intérêt social ou à la promotion de celui-ci.

280- Le dirigeant de fait commet une faute de gestion non intentionnelle lorsqu'il fait preuve de passivité⁵, d'omission ou de négligence⁶ dans la conduite des

¹ Sur la notion de faute de gestion, voir *Dict. perm. Difficultés des entreprises*, v° « Responsabilité civile des dirigeants de l'entreprise », n° 34. Voir aussi, F. CHERCHOULY-SICARD, « *La responsabilité civile des dirigeants sociaux pour faute de gestion* », thèse, Paris, II, 1982 ; BOUILLON, *La faute de gestion du dirigeant de société*, thèse Lille II, 1982. Pour une bibliographie thématique sur la faute de gestion, voir, *Rev. sociétés* 1997, p. 679. Voir également, D. GIBIRILA, *Le dirigeant de société, statut juridique, social et fiscal*, Litec 1995 ; S. HADJI-ARTINIAN, *La faute de gestion en droit des sociétés*, Litec 2001, préf. A. VIANDIER.

² La Cour de cassation rappelle que la caractérisation de la faute de gestion relève du pouvoir souverain des juges du fond et qu'elle opère, pour sa part, un simple contrôle de qualification. Cf. Cass. Com. 13 nov. 2007, *Gaz. Pal.* 24 janv. 2008, n° 24, p. 68, note Th. MONTERAN ; Cass. com., 17 mars 1998, *Rev. proc. coll.* 1999, p. 46, no 9, note MARTIN-SERF.

³ Sur le pouvoir de gestion, voir *La substance du pouvoir de gestion*, supra n° 22 s.

⁴ Sur l'intérêt social, voir *La définition de l'intérêt social*, supra n° 47 s.

⁵ Cass. com. 27 févr. 2007, *legifrance.gouv.fr*, pourvoi n° 05-20038 : fait pour les dirigeants sociaux d'avoir laissé la situation financière de la société se dégrader sans prendre les mesures qui s'imposaient pour la redresser ; voir aussi Cass. com. 31 janv. 1995, *RJDA* 7/1995, n° 902. C.A Versailles, 2 déc. 1999, *RJDA* 4/2000, n° 456 : commet une faute de gestion, le dirigeant qui n'a pas respecté les obligations légales de tenue d'assemblée générale, de dépôt des comptes.

⁶ F. DERRIDA, *Procès de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 (Action en comblement d'insuffisance d'actif social) Petites affiches* 19 juill. 2001, n° 135, p. 6 ; I. GROSSI, op. cit. p. 52.

affaires sociales et nuit aux intérêts de la société sans avoir visé cet objectif. Une telle faute découle aussi de l'audace inconsidérée du dirigeant conduisant à une gestion hasardeuse¹ de la société. La faute de gestion non intentionnelle résulte d'une infortune, d'une incompetence d'un dirigeant, d'un manque de diligence² ou d'une imprudence inconsidérée que ne peut commettre un bon père de famille. Elle constitue une atteinte involontaire à l'intérêt social³. Elle ne suppose pas l'accomplissement de manœuvres frauduleuses par le dirigeant⁴ mais ressort plutôt de faits qui, d'une part, établissent que le dirigeant a réalisé une activité de gestion perçue par les juges comme insuffisante pour assurer la promotion de l'intérêt social et, d'autre part, révèlent un dirigeant honnête mais incompetent ou malheureux. Le dirigeant de fait peut donc commettre une faute de gestion lorsqu'il omet de déclarer la cessation des paiements⁵ et que cette omission a entraîné une aggravation de la situation financière de la société.

281- La faute de gestion du dirigeant de fait peut aussi être établie par des actes intentionnels de ce dirigeant qui nuisent à l'intérêt social. Il en est ainsi lorsque le dirigeant de fait viole de manière délibérée une ou plusieurs obligations liées aux fonctions qu'il exerce et que cette violation porte atteinte à la société ou aux associés ou qu'elle est motivée par la poursuite d'un intérêt contraire à celui de la société. Selon la Cour de cassation, commet une faute de gestion intentionnelle, le dirigeant de fait qui retarde la déclaration de cessation des paiements de la société dans le but de poursuivre la rémunération des membres de sa famille, salariés de la société, et de maintenir l'ensemble des sociétés du groupe⁶ auquel il appartenait. Il en est de même lorsqu'un tel dirigeant,

¹ Cass. com. 15 févr. 2000, *legifrance.gouv.fr*, pourvoi n° 97-12656 ; CA Paris, 25^e ch. B, 4 févr. 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 402, note PARIENTE : le fait pour un dirigeant d'avoir longuement gardé le silence sur des opérations hasardeuses et en définitive très dommageables pour la société.

² Pour M. WESTER-OUISSE, la faute de gestion est tout manque de diligence dans l'activité de direction de la société. Cf. "*Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant de société séparable de ses fonctions*", *D. affaires*, 1999, p. 782, spéc. p. 786.

³ Pour le Professeur LAGARDE : la faute de gestion désigne « une défaillance involontaire suffisamment caractérisée des pouvoirs fonctionnels des dirigeants sociaux pouvant conduire à la ruine de la société ». Cf. PARIENTE, note sous CA Paris, 25^e ch., sect. B, 4 février 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 402. Mais cette définition est trop restrictive car la faute de gestion peut aussi être caractérisée par des faits intentionnels.

⁴ Pour le dirigeant de fait : Cass. com. 2 juin 2001, *Bull. Joly* 2001, p. 1093, note B. SAINTOURENS.

⁵ Cass. com. 26 oct. 1999, *RJDA* 1999, n° 1368, p. 1100 : faute de gestion des dirigeants sociaux consistants en l'absence de déclaration de la cessation des paiements alors que le passif social avoisinait 7 millions de francs dont la moitié était constituée d'une créance de l'administration fiscale à propos de laquelle une transaction avait été conclue mais n'avait pas été exécutée. *C. com.* art. L.631-4 devenu l'art. L. 653-8 al. 3.

⁶ Cass. com. 11 juill. 2006, pourvoi n° 05-14890, *legifrance.gouv.fr*. V. aussi, Cass. com. 13 oct. 1998, n° 96-13393, *legifrance.gouv.fr* : usage de l'actif social à des fins personnelles et transfert à la société d'une

d'une part, embauche un membre de sa famille comme salarié de la société, dans le but de préparer le détournement de la clientèle sociale en vue de la constitution d'une autre société concurrente et, d'autre part, s'abstient de donner suite à des propositions d'augmentation de capital envisagées pour redresser la situation financière de l'entreprise¹.

La faute de gestion intentionnelle n'est pas une défaillance involontaire du dirigeant de fait mais désigne l'activité d'un dirigeant qui gère la société dans une finalité différente de celle pour laquelle le pouvoir de gestion existe, c'est-à-dire dans un intérêt personnel ou dans un intérêt contraire à celui de la société². Plus généralement, une telle faute est établie par des faits qui révèlent l'égoïsme ou la malhonnêteté du dirigeant. L'égoïsme ressort de l'exercice du pouvoir de gestion ou de l'utilisation des biens ou du crédit de la société dans un intérêt personnel. La malhonnêteté, elle, résulte du détournement ou de la dissimulation de l'actif ou encore de l'augmentation frauduleuse du passif d'une société soumise à une procédure collective³. Dans toutes ces hypothèses, les actes litigieux portent préjudice aux intérêts de la société, des associés et des créanciers sociaux.

282- L'atteinte à l'intérêt social confère à la notion de faute de gestion une acception large. Ainsi, les juges ont considéré comme une faute de gestion, « le fait de créer une société sans apporter de fonds propres suffisants pour assurer son fonctionnement dans des conditions normales »⁴ ou encore le fait pour les dirigeants sociaux de réaliser des investissements inadaptés ou excessifs¹. La faute de gestion est donc caractérisée par des faits imputables à un dirigeant social, qui ne favorise pas la promotion de l'intérêt social et qui parfois, ne présentent qu'un lien ténu avec la gestion de la société. Elle résulte de faits

activité déficitaire, contrairement à l'intérêt de celle-ci, en vue de favoriser une autre société dans laquelle le dirigeant avait la majorité du capital.

¹ Cass. Com. 6 oct. 1992, *JCP éd. G.* 1992, IV, p. 325, n° 2983.

² Ainsi, la faute de gestion comprend les faits qui constituent les causes de l'obligation aux dettes sociales (art. L. 652-1 C. com. et). Y sont même inclus, des faits constitutifs d'infractions pénales tels l'abus de biens sociaux. Tous ces faits qui établissent une atteinte à l'intérêt social ou la poursuite par le dirigeant d'un intérêt contraire à celui de la société. Cf. R. GANDUR, "Du gouvernement de l'entreprise à la gestion fautive, Quelques réflexions sur l'expertise judiciaire", Colloque, "L'expert face à la faute de gestion", Cour de cassation 6 mai 1999, *RJcom.* 2000, n° spécial, p. 15.

³ Cass. com. 27 juin 2006, *Gaz. Pal.* 07 octobre 2006, n° 280, p. 25, note Ph. ROUSSEL GALLE, Cass. crim. 4 déc. 1997, pourvoi n° 96-85729, *Juris-Data* n° 005471 : condamnation du dirigeant sur le fondement d'abus de biens sociaux et de banqueroute par augmentation frauduleuse du passif. Cass. crim. 3 oct. 1997, pourvoi n° 96-84717, condamnation pénale du dirigeant de fait pour banqueroute par détournement d'actif.

⁴ Cass. com. 23 nov. 1999, *RJDA* 4/2000, n° 457; *BRDA* 2000, n° 5, p. 4.

rendus possibles, favorisés ou facilités par les fonctions exercées par le dirigeant et qui ont porté préjudice à l'intérêt social.

En raison de la diversité des faits qui l'établissent, la faute de gestion peut être définie comme tout manque de diligence, intentionnel ou non intentionnel, dans la direction de la société et qui constitue une atteinte à l'intérêt de cette société par le dirigeant de droit ou de fait. Elle est protéiforme et recouvre aussi bien des actions que des omissions du dirigeant social, antérieures ou postérieures à la cessation des paiements de la société. Elle « ne résulte pas de la non application d'un texte, mais d'une infraction de caractère plus général ; il s'agit de l'infraction au devoir de diligence de tout responsable social »². La faute de gestion a donc une acception large liée à l'exercice du pouvoir de gestion par un dirigeant de droit ou de fait. Elle est appréciée par le juge.

B- La détermination de la faute de gestion du dirigeant de fait

283- La qualification de faute de gestion résulte d'une appréciation fonctionnelle des actes du dirigeant social de droit ou de fait. En principe, le dirigeant de fait est un dirigeant non institutionnel. Ses actes sont illicites car ils violent la défense d'immixtion dans la gestion de la société. Mais, lorsque la société est soumise à une procédure collective, le dirigeant de fait est considéré comme un dirigeant social. Son activité de gestion de la société est alors, comme celle du dirigeant de droit, soumise à une appréciation fonctionnelle. Dans cette hypothèse, les actes du dirigeant de fait peuvent être constitutifs d'une faute de gestion. Ainsi, la faute de gestion du dirigeant de fait n'est envisageable que lorsque la société est en difficulté. Elle **ne résulte pas de l'immixtion elle-même** car sa détermination est soumise à une **appréciation fonctionnelle** des actes du dirigeant de fait. Elle se **distingue** de la **faute** des articles 1382 et suivants du Code civil qui fonde la responsabilité civile du dirigeant de fait lorsque celui-ci est considéré comme un sujet de droit ordinaire.

284- La gestion de fait est une activité qui viole les règles d'organisation et d'attribution et d'exercice du pouvoir de gestion dans la société. Sous cette approche institutionnelle, les actes d'immixtion dans la gestion de la société sont illicites. Ils

¹ Cass. com. 19 mars 1996, *Bull. civ.* IV, n° 91, p. 77 ; D. 1996, I.R. 101.

² Cf. R. GANDUR, *op. cit.*

constituent des fautes. Mais, cette illicéité institutionnelle des actes d'immixtion n'établit pas l'existence d'une faute de gestion. Pour retenir une faute de gestion imputable au dirigeant de fait, le juge ne prend pas en considération l'irrégularité du pouvoir de gestion qu'exerce ce dirigeant mais plutôt l'absence de conformité de ces actes à la finalité du pouvoir de gestion c'est-à-dire à la promotion de l'intérêt social.

Ainsi, la faute de gestion du dirigeant de fait est, comme celle du dirigeant de droit, déterminée par un fait illicite accompli dans la gestion ou à l'occasion de la gestion de la société et constituant la violation par le dirigeant de fait, d'une obligation imposée à la personne à laquelle le pouvoir de gestion est reconnue ou à la personne qui exerce en fait ce pouvoir. Pour établir l'existence d'une faute de gestion, le demandeur doit démontrer que le dirigeant n'a pas respecté une obligation inhérente à la fonction de dirigeant social, l'obligation de veiller à la protection des intérêts de la société et des associés¹ ou l'obligation de ne pas poursuivre un intérêt contraire à celui de la société.

285- La faute de gestion est déterminée en considération de sa finalité, à savoir assurer la réparation d'un préjudice que le dirigeant a injustement causé à la société, aux associés ou aux tiers. Le résultat des actes accomplis ou visés par le dirigeant de fait participe donc de la détermination de la faute de gestion. Dans une affaire jugée le 13 novembre 2007 par la Cour de cassation², les juges du fond avaient condamnés, sur le fondement de la faute de gestion, les dirigeants de droit et de fait d'une société placée en liquidation judiciaire à combler une partie de l'insuffisance d'actif de ladite société. La Cour d'appel avait relevé à la charge de ces dirigeants, le retard dans le dépôt de la déclaration de cessation des paiements, l'absence de justification de la tenue d'une comptabilité régulière, l'absence de déclaration des charges sociales et fiscales et des retraits injustifiés sur les comptes de la société. Les juges du fond avaient précisé que ces faits avaient entraîné une aggravation du passif social.

Les dirigeants condamnés ont formé un pourvoi en cassation au motif que la Cour d'appel n'avait pas caractérisé les prétendues fautes de gestion. La Cour de cassation rejette le pourvoi par arrêt du 13 novembre 2007 en indiquant que l'ensemble des faits

¹ Sur cette obligation, voir *La promotion de l'intérêt social*, supra n° 227 s.

² Com. 13 nov. 2007, *Gaz. Pal.* 24 janv. 2008, n° 24, p. 68, note Th. MONTERAN.

relevés par la Cour d'appel « constituent des fautes de gestion ayant manifestement contribué à aggraver le passif de la société en permettant la poursuite d'une activité déficitaire ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la Cour d'appel n'a fait qu'user des pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 624-3 du Code de commerce en statuant comme elle l'a fait ».

Ainsi, le dirigeant de fait commet une faute de gestion lorsqu'il ne respecte pas les obligations que le législateur lui impose en qualité de dirigeant social et que cette attitude a porté préjudice à l'intérêt social. En cela, la faute de gestion se rapproche de la faute de l'article 1382 du Code civil. Les deux types de faute sont caractérisés par un fait illicite qui cause un dommage à autrui. Toutefois, alors que la faute de gestion est spécifique au droit des groupements car elle résulte de la violation d'une obligation propre aux fonctions de dirigeant, la faute de l'article 1382 du Code civil relève du droit commun et est établie par la violation du devoir général de ne pas nuire à autrui. La faute de gestion constitue une spécificité du dirigeant social. Elle est une espèce dans le genre qu'est la violation de l'obligation de ne pas nuire à autrui.

286- La détermination de la faute de gestion du dirigeant de fait enlève une grande part de son intérêt au principe de non immixtion dans la gestion des sociétés que le caractère institutionnel de la société induit. En effet, les actes qui établissent la faute de gestion du dirigeant de fait ne sont plus considérés *ipso facto* comme des actes délictueux de droit commun mais comme des actes de gestion car le dirigeant de fait est assimilé à un dirigeant de droit. La faute de gestion du dirigeant de fait est soumise à une appréciation fonctionnelle parce que dans les circonstances où cette faute peut être retenue à la charge du dirigeant de fait, c'est-à-dire lorsque la société est en difficulté, le but visé n'est pas de sanctionner la violation de la défense d'immixtion mais d'assurer, d'une part, la réparation du dommage que ce dirigeant social a causé à la société ou à la collectivité des créanciers par sa gestion de la société et, d'autre part, la sanction de la violation des obligations qu'il assume, en droit positif en qualité de dirigeant social.

Lorsque la société est en difficulté, le dirigeant de fait est considéré comme un acteur de la gestion sociale. Aussi, sa faute doit-elle être appréciée comme celle d'un dirigeant de droit, c'est-à-dire être établie par les actes du dirigeant de fait qui constituent la

violation de l'obligation de promouvoir l'intérêt social. En raison de cette appréciation fonctionnelle, les bonnes immixtions dans la gestion de la société sont tolérées en droit positif car elles peuvent être utiles ou bénéfiques pour la société ou la collectivité des créanciers.

287- La faute de gestion constitue une conséquence logique de la reconnaissance d'obligations à la charge du dirigeant de fait dans la gestion de la société. Ainsi, dès lors que les obligations du dirigeant de droit sont également imposées au dirigeant de fait, celui-ci ne commet plus de faute lorsqu'il gère en fait la société mais exécute simplement des obligations qui lui incombent en qualité de dirigeant social. Seule la violation de l'une de ses obligations peut être constitutive d'une faute de gestion, notamment si elle nuit à l'intérêt social.

La faute de gestion du dirigeant de fait a, comme celle du dirigeant de droit, un caractère professionnel car elle établit la violation d'une obligation intrinsèque au statut de dirigeant social, l'obligation d'assurer la promotion de l'intérêt social ou de ne pas nuire à cet intérêt. Seule la personne qui a la qualité de dirigeant social peut donc commettre une telle faute. La notion de faute de gestion suppose une appréciation de la façon dont le dirigeant social a utilisé les prérogatives que lui confère le pouvoir de gestion de la société. Elle est caractérisée par une inadéquation entre le pouvoir de gestion exercé par une personne et la finalité de ce pouvoir, c'est-à-dire la promotion de l'intérêt social. La notion de faute de gestion présente une unité qui permet de stigmatiser sous une même qualification juridique et de sanctionner dès leur apparition, les comportements des dirigeants susceptibles de nuire à la société, à court, moyen ou long terme. Cette faute peut constituer une infraction pénale et entraîner les sanctions afférentes.

La détermination de la faute de gestion du dirigeant de fait s'effectue en considération des obligations et des pouvoirs reconnus à ce dirigeant en raison des fonctions qu'il exerce dans la gestion de la société. Elle démontre que lorsque la société est soumise à une procédure collective, le législateur tire les conséquences de la reconnaissance, en droit positif, d'obligations au dirigeant de fait dans la gestion de la société. Dans cette hypothèse, le dirigeant de fait est assimilé au dirigeant de droit. Reste alors à vérifier si, **lorsque la société est en difficulté**, la conception fonctionnelle qui

préside à la détermination de la faute de gestion du dirigeant de fait est maintenue et entraîne l'application à ce dirigeant des règles de responsabilité et des sanctions élaborées pour le dirigeant de droit.

§2- Les sanctions d'un professionnel de la direction sociale

288- Le dirigeant de fait qui n'a pas respecté les contraintes fonctionnelles qui lui sont imposées en droit positif encourt la responsabilité d'un professionnel de la gestion de la société. Lorsque la société est *in bonis*¹, il est soumis aux mêmes règles de responsabilité en matière fiscale et pénale. Lorsque la société est en difficulté, la responsabilité du dirigeant de fait est identique à celle du dirigeant de droit en matière fiscales, pénales et civile. Dans cette hypothèse, le dirigeant de fait est, comme le dirigeant de droit, considéré comme un professionnel de la gestion sociale². Ainsi, en qualité de dirigeant social, le dirigeant de fait est soumis aux mêmes règles de responsabilité que le dirigeant de droit. Il s'expose aux sanctions applicables au dirigeant de droit. Le terme « sanction » est pris au sens large car les effets de cette responsabilité sont aussi bien des mesures de réparation que de répression d'un comportement. Le tribunal peut prononcer contre le dirigeant de fait, considéré comme un dirigeant social, les **mesures patrimoniales (A)** et les **sanctions professionnelles (B)** susceptibles d'être appliquées à tout **dirigeant de droit**.

A- Les mesures patrimoniales applicables au dirigeant social

289- En raison de la conception fonctionnelle de la notion de dirigeant de fait qui prévaut lorsque la société est soumise à une procédure collective, le dirigeant de fait est

¹ Lorsque la société est *in bonis*, des sanctions civiles peuvent aussi être appliquées au dirigeant de fait notamment par les juridictions répressives statuant sur les intérêts civils dans le cadre des poursuites exercées contre un tel dirigeant qui a commis dans la gestion de la société, l'une des infractions prévues et sanctionnées par les articles art. L. 241-3, 4° et 5° et L. 241-9 (SARL), L. 242-6 (SA), L. 244-1 et L. 244-4 (SAS), L. 243-1 (SCA), L. 246-2 (sociétés par actions) du *C. com.*. Lorsque la société est *in bonis*, le dirigeant de fait peut être condamné à réparer le dommage que sa faute a causé à la société, aux associés ou aux tiers. Les juges peuvent condamner de tels dirigeants à des peines patrimoniales s'ils ont poursuivi principalement ou exclusivement un intérêt contraire à celui de la société. Cass. crim. 5 sept. 2007, pourvoi n° 06-85902, *legifrance.gouv.fr* : condamnation du dirigeant de fait pour détournement d'actif social ; Cass. Crim. 10 mai 2007, pourvoi n° 06-86173, *legifrance.gouv.fr* : abus de biens sociaux par les dirigeants de droit et de fait.

² « La gestion d'une personne morale est, en soi, une activité professionnelle même si, en certaines circonstances, il convient de tenir compte de son caractère bénévole ». Cf. J.-F. BARBIERI, note sous Cass. com. 20 mai 2003, *Rev. sociétés* 2003, p. 479.

justiciable de toutes les actions en paiement susceptibles d'être intentées contre le dirigeant de droit en qualité de professionnel de la gestion. Ces actions sont dites « spéciales » car elles ne peuvent être exercées que contre le dirigeant. Lorsqu'elles sont fondées, les **actions spéciales en paiement (1)** produisent à l'égard du dirigeant de fait, **les mêmes effets (2)** qu'elles produisent à l'égard du dirigeant de droit.

1- Les actions spéciales en paiement exercées contre le dirigeant de fait

290- Deux actions spécifiques aux procédures collectives¹ et une action pour faute fiscale peuvent être exercées contre le dirigeant de fait pour le soumettre, en qualité de dirigeant social, aux contraintes patrimoniales susceptibles d'être imposées au dirigeant de droit lorsque la société est en difficulté. Toutes ces actions relèvent de la compétence du tribunal qui a ouvert la procédure collective.

Le dirigeant de fait est justiciable de deux actions propres aux procédures collectives. La première est « l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif » prévue par les articles L. 651-2 à L. 651-4 du Code de commerce. Elle est également appelée « action en comblement de passif ». La seconde action est relative à « l'obligation aux dettes sociales » prévue par les articles L. 652-1 à L. 652-5 du Code de commerce. Ces deux actions en paiement peuvent être exercées contre les dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale de droit privé soumise à une procédure collective et contre les personnes physiques représentants permanents de ces dirigeants personnes morales. Elles obéissent aux mêmes modalités d'exercice² mais ne se cumulent pas³.

¹ Voir Th. MONTÉRIAN, *Les sanctions pécuniaires et personnelles dans la loi du 26 juillet 2005*, Gaz. Pal., 10 sept. 2005 n° 253, p. 37 ; A.-F. ZATTARA-GROS, *Les sanctions dans les procédures, Petites affiches*, 20 mars 2007 n° 57, p. 33.

² La loi sur la sauvegarde des entreprises régit à l'identique le droit de saisine pour l'exercice de ces actions. Le liquidateur, le mandataire judiciaire, le ministère public peuvent saisir le tribunal. La loi supprime la saisine d'office par le tribunal mais autorise la saisine par les créanciers nommés contrôleurs, pour pallier la carence du mandataire judiciaire. Sur tous ces aspects, voir Ph. ROUSSEL GALLE, "*Responsabilités et sanctions des débiteurs après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*", *JCP E.*, 20 oct. 2005, n° 1512, p. 1761, spéc. p. 1762 à 1763.

³ L'action en obligation aux dettes sociales a vocation à absorber en grande partie l'action en insuffisance d'actif car, lorsqu'une faute constituant une des causes de l'obligation au paiement des dettes sociales est établie, l'action en insuffisance d'actif ne peut plus être exercée. Cf. *C. com.*, art. L. 652-1, al. 2. Voir P.-M. LE CORRE, « *Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises (loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005)* », *D. affaires* 2005, supplément au n° 33, 22 sept. 2005, spéc. n° 30, p. 2306.

291- L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif¹ est, selon l'article L. 651-2 du Code de commerce, soumise à la condition que le dirigeant ait commis une faute de gestion² ayant contribué à l'insuffisance d'actif. Comme sous le régime de l'ancien article L. 624-3 du même Code, antérieur à la loi du 26 juillet 2005 *sur la sauvegarde des entreprises*, cette action peut être exercée, selon l'article L. 651-2, contre le dirigeant de fait dont la faute de gestion a contribué à l'insuffisance d'actif. L'insuffisance d'actif se définit comme étant le montant résultant de la différence entre les créances antérieures à l'ouverture de la procédure et le produit de la réalisation des actifs³ au jour où le juge statue. Elle est « caractérisée lorsque le produit de la réalisation des actifs du débiteur et des actions et procédures engagées dans l'intérêt de l'entreprise ou de ses créanciers, ne permet plus de désintéresser même partiellement les créanciers ». Pour que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif aboutisse, la faute du dirigeant de fait, le préjudice et le lien de causalité⁴ entre les deux premiers éléments doivent être démontrés par le demandeur. Celui-ci doit établir que le dirigeant, de droit ou de fait, a commis, avant

¹ La responsabilité pour insuffisance d'actif a été introduite par l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 *sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes*, puis modifiée par l'art. 180 de la loi du 25 janvier 1985 *sur le redressement judiciaire et la liquidation des biens*. Sur l'action en comblement de passif, voir M. FABRE, *Etude jurisprudentielle des sanctions civiles applicables aux dirigeants de sociétés en liquidation des biens ou en règlement judiciaire*, thèse Montpellier, 1982 ; D. PLANTAMP, *Contribution à la recherche de certaines responsabilités encourues en cas de défaillance d'une société commerciale*, thèse Grenoble, 1987 ; J.-M. DELENEUVILLE, "L'action en comblement de l'insuffisance d'actif social de l'article L. 624-3 du Code de commerce", *Rev. proc. coll.* 2002, p. 76 ; A. MARTIN-SERF, "L'action en comblement de passif", *Rev. proc. coll.* 2002, p. 111 ; J.-P. SORTAIS, *Les contours de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif*, Mélanges P. BEZARD, 2002, p. 321. Cette action est maintenue par la loi *sur la sauvegarde des entreprises* qui y apporte quelques aménagements.

² Cet article reprend l'exigence de la faute de gestion contenue dans l'ancien article L. 624-3 du même Code.

³ Le montant de l'insuffisance d'actif résulte de la comparaison du montant du passif produit avec celui de l'actif réalisé. Le passif produit est le passif antérieur à l'ouverture de la procédure.

⁴ Cette triple exigence contenue dans l'art. 1382 du C. civ. démontre que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif a conservé le caractère d'une action en responsabilité civile de droit commun. La volonté de lui conférer cette nature a été déclarée par le ministre de la justice, M. Badinter, à l'Assemblée nationale (*J. O. déb. Ass. nat.* 11 avr. 1984, p. 1381 et 1382) et au Sénat (*J. O. déb. Sénat* 9 juin 1984, p. 1443 à 1445). La doctrine a aussi reconnu ce caractère. V. J.-J. DAIGRE, *De l'inapplicabilité de la responsabilité civile de droit commun aux dirigeants d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire*, *Rev. sociétés*, 1988, 199 ; *Encycl. Dalloz comm. et soc.*, V° Faillite (Règles propres aux personnes morales et à leurs dirigeants), n° 381 ; Y. CHAPUT, *Droit du redressement et de la liquidation judiciaire des entreprises*, PUF, 1990, n° 399 ; F. DERRIDA, P. GODE et J. P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, 2^e éd., n° 458 ; Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 2, n° 1373, p. 378 ; R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial de G. Ripert*, t. II, 10^e éd., 1986, n° 3282 ; B. SOINNE, *Traité théorique et pratique des procédures collectives de J. Argenon et G. Toujas*, 1987, n° 444, 1245 et 1333.

l'ouverture de la procédure collective¹, une faute de gestion qui est la cause, même partielle², de l'insuffisance d'actif.

292- Quant à l'obligation³ aux dettes sociales prévue par le nouvel article L. 652-1 du Code de commerce, elle a été introduite en droit français par la loi du 26 juillet 2005 *sur la sauvegarde des entreprises*⁴. Elle constitue une nouvelle mesure qui se substitue aux procédures collectives-sanctions applicables au dirigeant social. Elle est fondée sur l'une des fautes⁵ qui justifiaient, sous l'empire du droit antérieur, l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à l'encontre du dirigeant social, à l'exception des faits relatifs à la tenue de la comptabilité. Il s'agit de fautes d'une particulière gravité révélant la malhonnêteté du dirigeant concerné. Les faits qui établissent ces fautes démontrent que le dirigeant a exercé ses fonctions dans un intérêt personnel contraire à l'intérêt social et contribué ainsi à la cessation des paiements⁶ de la société.

¹ Cass. com. 28 févr. 1995, *RJDA* 1995, n° 651. La faute peut avoir été commise lors de la création de la société et pas nécessairement au stade de l'exploitation proprement dite : Cass. com. 19 mars 1996, *D.* 1996, I.R. 101.

² CA Paris, 18 févr. 2000, *RJDA* 2000, n° 1023 : la circonstance que les fautes de gestion commises par le gérant d'une SARL ne soient à l'origine que d'une partie des dettes sociales ne fait pas obstacle à ce que celui-ci soit condamné à supporter, au titre du comblement de passif, la totalité de ces dettes. L'article L. 651-2 du Code de commerce facilite l'établissement du lien de causalité entre la faute du dirigeant de fait et l'insuffisance d'actif en énonçant que les dettes de la personne morale peuvent être supportées totalement ou partiellement « *par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion* ». Dès lors, pour que ce lien soit prouvé, il n'est pas nécessaire que le dirigeant de fait ait commis seul la faute de gestion, il suffit qu'il ait simplement contribué à sa réalisation.

³ L'usage du terme obligation démontre qu'il ne s'agit pas d'une véritable action en responsabilité, mais d'une sanction pécuniaire prononcée contre le dirigeant en raison de la gravité des fautes qu'il a commises. Il n'y a donc pas de relation entre le dommage occasionné par le dirigeant et l'obligation qui lui est imposée.

⁴ Loi n° 2005-845, *J.O.* 27 juill. 2005, p. 12187 et s., entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006. V. le texte consolidé de cette loi *in Gaz. Pal.* 31 août 2005, p. 5.

⁵ *C. com.* art. L. 652-1 : « Au cours d'une procédure de liquidation judiciaire, le tribunal peut décider de mettre à la charge de l'un des dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale la totalité ou une partie des dettes de cette dernière lorsqu'il est établi, à l'encontre de ce dirigeant, que l'une des fautes ci-après a contribué à la cessation des paiements : 1° Avoir disposé des biens de la personne morale comme des siens propres ; 2° Sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements, avoir fait des actes de commerce dans un intérêt personnel ; 3° 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 ; 4° Avoir poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale ; 5° Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la personne morale ».

⁶ La cour de cassation a défini la notion de cessation des paiements comme « l'impossibilité pour le débiteur de faire face à son passif exigible avec son actif disponible ». Cf. Cass. com. 14 fév. 1978, *Bull. civ.* IV, n° 67 ; *D.* 1978, *Inf. Rap.* 443, obs. A. HONORAT. Cette définition a été reprise par l'article 3 de la loi du 25 janvier 1985 *sur le redressement et la liquidation judiciaires*. V. CHAPUS: *Règlement amiable et*

L'action en obligation aux dettes sociales¹ peut être exercée contre le dirigeant de fait. Elle n'implique pas, à la différence de l'action en insuffisance d'actif, la démonstration que le produit de la réalisation des actifs du débiteur et des actions et procédures engagées dans l'intérêt de l'entreprise ou de ses créanciers ne permet pas de désintéresser, même partiellement, les créanciers de la personne morale. En application de l'article L. 652-1, la faute du dirigeant de fait doit avoir « contribué à la cessation des paiements » pour justifier une action en obligations aux dettes sociales. Le demandeur doit donc établir que la faute du dirigeant de fait a contribué à créer l'incapacité de la société à faire face à son passif exigible avec son actif disponible. Cette condition diffère de celle qui justifie l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif qui, elle, est fondée sur une faute de gestion ayant contribué à la réalisation de cette insuffisance d'actif. L'action visant à obliger le dirigeant de fait aux dettes sociales peut être exercée alors même que les actifs de la société sont de nature à assurer, à terme, le règlement de tout le passif social. Elle n'est donc pas une action en responsabilité car elle n'a pas pour seul objectif la réparation du dommage causé par le dirigeant à la société ou à la collectivité des créanciers mais vise aussi à sanctionner le dirigeant de droit ou de fait qui a commis des fautes de gestion d'une gravité particulière révélant sa malhonnêteté. Aussi cette action est-elle considérée comme une « action en comblement de passif aggravée »².

293- L'exercice contre le dirigeant de fait des actions en paiement spécifiques aux procédures collectives démontre qu'en droit positif, le dirigeant de fait est considéré comme un dirigeant social lorsque la société est soumise à une procédure collective. Cette assimilation au dirigeant de droit ressort également de l'assujettissement du dirigeant de fait à l'article l'article L. 267 du Livre des procédures fiscales.

294- L'article L. 267 du *Livre des procédures fiscales* dispose : « lorsqu'un dirigeant d'une société, d'une personne morale ou de tout autre groupement, est

cessation des paiements, RTD com. 1986, n° spécial, p. 20 et s. ; ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial* de G. RIPERT, T. 2, 10^e éd. 1986, n° 2873 et s., p. 733-737.

¹ Cette action n'est possible que si la société est en liquidation judiciaire. Cf. C. com. art. L. 652-1 al. 1. La notion de dettes de l'entreprise recouvre en particulier le coût des licenciements, le coût de la dépollution et l'ensemble des dépenses entraînées par la liquidation judiciaire de l'entreprise.

² Exposé des motifs, p. 13 ; P.-M. LE CORRE, « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises (loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005) », D. affaires 2005, supplément au n° 33, 22 sept. 2005, spéc. n° 30, p. 2306 ; Ph. ROUSSEL GALLE, « Responsabilités et sanctions des débiteurs après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », J C P. éd. E. n° 42, 20 oct. 2005, p. 1761, spéc. n° 19, p. 1764.

responsable des manœuvres frauduleuses ou de l'inobservation grave et répétée des obligations fiscales qui ont rendu impossible le recouvrement des impositions et des pénalités dues par la société, la personne morale ou le groupement, ce dirigeant peut, s'il n'est pas déjà tenu au paiement des dettes sociales en application d'une autre disposition, être déclaré solidairement responsable du paiement de ces impositions et pénalités par le président du tribunal de grande instance. A cette fin, le comptable de la direction générale de la comptabilité publique ou le comptable de la direction générale des impôts assigne le dirigeant devant le président du tribunal de grande instance du lieu du siège social. Cette disposition est applicable à toute personne exerçant en droit ou en fait, directement ou indirectement, la direction effective de la société, de la personne morale ou du groupement ». En application de cet article, le dirigeant de fait encourt, en qualité de professionnel de la gestion de la société, une responsabilité pécuniaire, que la société soit ou non soumise à une procédure collective. L'action qui entraîne cette responsabilité se distingue, d'une part, de celle qui est fondée sur la fraude fiscale prévue par l'article 1741 du Code général des impôts et, d'autre part, des actions spécifiques à la procédure collective précédemment examinées.

L'action fondée sur l'article L. 267 du Livre des procédures fiscales est une action en responsabilité patrimoniale exercée, lorsque la société est en difficulté, devant le tribunal qui a ouvert la procédure collective et soumise au triptyque classique de la faute, du préjudice et du lien de causalité. Le demandeur doit établir que le dirigeant a commis des manœuvres frauduleuses ou violé de manière grave et répétée ses obligations en matière de déclaration et de paiement des impôts de la société. Il doit aussi démontrer que la faute du dirigeant a empêché le recouvrement des impositions et pénalités dues par la société. En revanche, l'action en responsabilité pour fraude fiscale¹ prévue par l'article 1741 du Code général des impôts² est exercée devant une juridiction correctionnelle, contre le dirigeant de droit ou de fait qui a intentionnellement soustrait ou tenté de soustraire la société à l'établissement ou au paiement de ses impôts. Elle vise à sanctionner le dirigeant auteur de la fraude.

¹ L'action de l'art. L. 267 du LPF est indépendante de celle des articles 1741 à 1743 du CGI.

² L'action fondée sur les art. 1741 et 1743 du CGI impose la preuve du caractère intentionnel des agissements reprochés au dirigeant. Cass. crim. 1^{er} juin 2005, *Bull. crim.* 2005 n° 170 p. 596 : condamnations pénale et civile de deux dirigeants de fait pour fraude fiscale. Cass. crim. 5 juin 1979, *Bull. crim.* 1979, n° 191. Sur la fraude fiscale réprimée par l'article 1741 précité, voir W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, Précis Dalloz, 6^e éd., 2005, n° 164 à 168.

295- L'action en responsabilité fondée sur l'article L. 267 se distingue aussi des actions propres aux procédures collectives. Elle est exercée individuellement par le comptable public alors que l'action en comblement de passif et l'action en obligation aux dettes sociales sont des actions collectives, c'est-à-dire qu'elles sont exercées par les organes de la procédure¹ pour obtenir réparation du dommage collectif causé à la société ou à l'ensemble des créanciers. L'action individuelle fondée sur l'article L. 267 ne relève pas du droit commun. Elle constitue une **exception à la règle du non cumul**² des actions individuelles avec les actions collectives en responsabilité³.

Les actions en paiement exercées contre le dirigeant de fait produisent dans le patrimoine de celui-ci, les effets qu'elles entraînent également à l'encontre du dirigeant de droit.

2- Les effets des actions spéciales en paiement exercées contre le dirigeant de fait

296- Les actions en paiement de l'insuffisance d'actif et en obligation des dettes sociales produisent dans le patrimoine du dirigeant de fait, des effets qui ne sont pas équivalents et qui ne correspondent pas aux effets de la responsabilité civile. Seule l'action en paiement des dettes sociales en application de l'article L. 267 du Livre des procédures fiscales entraîne la responsabilité civile du dirigeant de fait. La portée de ces effets peut être remise en cause par l'application au dirigeant de fait des règles du surendettement des particuliers ou par l'assurance de responsabilité civile professionnelle des dirigeants sociaux.

¹ Il s'agit du liquidateur, du mandataire judiciaire, du ministère public ou, en cas de carence du liquidateur, des contrôleurs créanciers.

² Cass. com., 9 décembre 1997, *Rev. sociétés* 1998, p. 316, note J.-J. DAIGRE ; *JCP. éd. E.* 1998. I. p. 659, chron. P. PETEL ; B. POULLAIN, *Responsabilité fiscale des dirigeants de personnes morales, Droit et Patr.* 1998, chron., p. 35. V. également Cass. com., 30 mai 2000 et 28 novembre 2000, *JCP.* 2001. I. 321, p. 995, n° 20, obs. P. PETEL. et *JCP.* 2001, p. 752. M.-Ch. Piniot, *Cumul de l'action en comblement de passif et de la responsabilité fiscale, R.J.D.A.* 1/1998, p. 3.

³ L'action en responsabilité fondée sur l'art. L. 267 du LPF s'exerce indépendamment des actions en comblement de passif et en obligation aux dettes sociales. Mais elle est irrecevable lorsqu'elle vise les dirigeants sociaux obligés aux dettes sociales en application de l'art. L. 652-1 du *nv. C. com.* car, solidairement responsables des dettes sociales, ces dirigeants ont déjà la charge des impositions et pénalités dues par la société. La mise en œuvre de l'art. L. 267 du LPF devient donc inutile. Sous le régime de la loi du 25 janv. 1985, la mise en œuvre de l'art. L. 267 du LPF était inutile lorsque le dirigeant était déjà condamné solidairement au paiement des dettes sociales. Cass. com., 21 juin 1994 : *RJF*, 1994/11, p. 716, n° 1272 ; CA Orléans, 4 déc. 1997, n° 95-1212 : *Dr. fisc.*, 1998, comm. n° 865.

297- Le tribunal saisi d'une **action en paiement de l'insuffisance** d'actif peut condamner le dirigeant de fait au paiement de tout ou partie du passif social qui n'a pas pu être payé avec les actifs de la société. La condamnation du dirigeant de fait peut même porter sur toute l'insuffisance d'actif alors que la faute de gestion de ce dirigeant n'a causé qu'une partie de cette insuffisance d'actif. Il n'y a donc pas de proportionnalité entre le montant de la condamnation et le préjudice résultant de la faute du dirigeant de fait. Par conséquent il ne s'agit pas d'une responsabilité mais d'une sanction infligée au dirigeant.

298- De même, **l'action en obligation aux dettes sociales** permet de mettre une partie ou la totalité des dettes de l'entreprise à la charge d'un dirigeant de droit ou de fait¹ qui a usé du pouvoir de gestion pour se livrer à des comportements répréhensibles dans son intérêt personnel. Cette sanction patrimoniale peut être prononcée par le tribunal sans que l'insuffisance d'actif n'ait été établie. La situation du dirigeant obligé aux dettes sociales est identique à celle d'un codébiteur, d'une personne indéfiniment et solidairement responsable des dettes sociales. L'obligation aux dettes sociales n'est donc pas une mesure de réparation mais une sanction infligée au dirigeant de droit ou de fait² qui a commis une faute en exerçant le pouvoir de gestion dans son intérêt personnel.

299- La responsabilité patrimoniale pour insuffisance d'actif et l'obligation aux dettes sociales n'ont pas le même caractère. Les sommes versées par le dirigeant en paiement de l'insuffisance d'actif entrent dans le patrimoine de la société et sont réparties entre les créanciers au marc le franc³. Elles permettent de désintéresser, même partiellement, les créanciers. La condamnation du dirigeant de fait, en application de l'article L. 652-1 du Code de commerce est donc une mesure de paiement des créanciers⁴. En revanche, les sommes payées par le dirigeant en exécution d'une obligation aux dettes

¹ Cass. com. 13 févr. 2007, pourvoi n° 05-12261, *legifrance.gouv.fr* : condamnation du dirigeant de fait au paiement d'une partie des dettes sociales. Voir aussi, P.-M. LE CORRE, *op. cit.*

² Cass. com. 13 févr. 2007, pourvoi n° 05-12261, *legifrance.gouv.fr* : condamnation du dirigeant de fait au paiement d'une partie des dettes sociales. Voir aussi, P.-M. LE CORRE, *op. cit.*

³ Cf. *C. com.*, art. L. 651-2 al. 3.

⁴ Déjà, sous la loi antérieure, l'obligation de combler le passif n'avait pas « pour objet principal de sanctionner un dirigeant incapable ou malhonnête, mais de réparer le dommage subi par les créanciers incomplètement payés en raison de l'insuffisance de l'actif social » que la faute du dirigeant avait contribué à créer. Cf. Y. GUYON, *Droit des affaires, t. 2, Entreprises en difficultés, Redressement judiciaire, Faillite*, 9^e éd. Economica, 2003, n° 1372. Il ressort du rapport AN, n° 2095, X. de ROUX précité, p. 410, que le législateur a fait prévaloir ce caractère indemnitaire dans la nouvelle loi. Cela justifie l'emploi du terme « responsabilité ».

sociales sont affectées aux créanciers selon l'ordre de leurs sûretés¹. L'objectif n'est donc pas de régler, même partiellement, toutes les créances mais seulement certaines d'entre elles, même si l'effet contraire n'est pas juridiquement impossible. Cela conforte l'idée que l'obligation aux dettes sociales n'a pas de caractère indemnitaire².

300- Les actions en paiement spécifiques aux procédures collectives exercées contre le dirigeant de fait n'ont pas pour objectif d'assurer la réparation d'un dommage qu'il a causé à la société, aux associés ou aux tiers puisque le tribunal conserve la faculté de le condamner au paiement d'une somme supérieure ou inférieure au montant du préjudice qui lui est imputable. Le tribunal peut même décider de ne pas condamner le dirigeant de fait au paiement d'une somme d'argent. Ainsi, en application des règles de responsabilité *lato sensu* spécifiques aux procédures collectives, le dirigeant de fait subit les conséquences patrimoniales de l'inexécution de ses obligations relatives à la gestion de la société. Il est donc considéré comme un dirigeant social et soumis à des règles dont l'objectif n'est pas d'assurer la réparation d'un dommage mais la sanction d'un comportement délictueux nuisible à la société, aux associés ou aux créanciers.

301- Mais, le dirigeant de fait assume, en qualité de dirigeant social, la responsabilité civile de ses actes sur le fondement de l'article L. 267 du Livre des procédures fiscales. En application de cet article, le tribunal peut le déclarer solidairement responsable du paiement des impôts et pénalités dus par la société qu'il a dirigée dès lors que sa faute a rendu impossible le recouvrement de ces dettes. Cette mesure a pour objectif d'assurer la réparation intégrale du dommage³ causé à l'Etat par la faute du dirigeant social. Aussi, le juge n'a-t-il pas le pouvoir de la moduler⁴. Il doit condamner le dirigeant de fait au paiement intégral des impôts et pénalités dus par la société, dès lors que la faute, le préjudice et le lien de causalité sont établis à la charge de ce dirigeant. Le paiement

¹ Cf. *C. com.*, art. L. 652-3. Les créanciers perçoivent les sommes qui leur sont dues comme si le paiement était effectué par la société elle-même. Il en résulte que seuls ceux qui sont titulaires de privilèges généraux seront payés par priorité car leur droit s'exerce sur tout le patrimoine de la société et non pas sur un élément précis de ce patrimoine. Cf. P.-M. LE CORRE, *op. cit.* n° 30.

² Cf. *Rapport AN*, n° 2095, X. de ROUX précité, p. 417. Sur cet aspect, voir Ph. ROUSSEL GALLE, *op. cit.* n° 22.

³ Le juge est obligé de condamner solidairement le dirigeant au paiement de tous les impôts et pénalités non recouverts par l'administration fiscale. La solidarité joue entre la société et ses dirigeants et entre ces derniers. Si plusieurs dirigeants sont concernés, le juge condamne chacun pour le tout. Mais, celui qui a payé toute la dette peut exercer une action récursoire contre les autres.

⁴ Cass. com. 11 janv. 2005, *Bull. Joly* 2005, § 136, p. 606 et s.

imposé au dirigeant, de droit ou de fait, en application de l'article L. 267 du Livre des procédures fiscales a un caractère indemnitaire¹.

Le caractère indemnitaire ressort aussi de la destination des sommes versées par le dirigeant de fait en exécution de la décision du tribunal. L'action en paiement exercée en application de l'article L. 267 est une action individuelle dont le résultat profite directement au demandeur. Ainsi, les sommes payées par le dirigeant sont directement affectées à l'Etat alors que celles payées au titre d'une condamnation au paiement de l'insuffisance d'actif ou de l'obligation aux dettes sociales sont réparties à différents créanciers.

302- Mais, qu'il s'agisse des impôts et pénalités dus par la société, de l'insuffisance d'actif ou des dettes sociales, l'imposition de ces charges patrimoniales au dirigeant de fait constitue une mesure qui n'est applicable qu'à la personne qui a exercé les pouvoirs de gestion de la société. Ainsi, en raison des fonctions qu'il a exercé dans la gestion de la société, le dirigeant de fait est assimilé au dirigeant de droit. Il assume, en qualité de dirigeant social et sur son patrimoine personnel, le paiement des sommes mises à sa charge par le tribunal. Le dirigeant de fait peut cependant se soustraire à ces contraintes patrimoniales grâce aux règles **du surendettement** des particuliers ou à **l'assurance de responsabilité** civile professionnelle des dirigeants sociaux.

303- Les dettes nées de l'inobservation des obligations spécifiques à la gestion de la société ne permettent pas l'admission du dirigeant de fait aux règles du surendettement des particuliers car ces dettes sont professionnelles. En revanche, le dirigeant de fait est éligible aux règles du surendettement des particuliers pour ses dettes non professionnelles. Celles-ci peuvent établir l'état de surendettement du dirigeant de fait² et justifier son éligibilité aux effets de la procédure de surendettement des particuliers. Or ces effets portent sur toutes les dettes, professionnelles ou non professionnelles³ du

¹ Elle est prononcée au terme d'une action en responsabilité civile fondée sur le triptyque classique de la faute, du préjudice et du lien de causalité. Aussi, doivent être remplies, les conditions relatives à la faute fiscale, au préjudice et au lien de causalité.

² Sur les conditions d'éligibilité à la procédure de surendettement des particuliers, voir *supra* p. 271 et s.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 2 oct. 2002, *Bull. civ. I*, n° 232; *D.* 2002, *AJ* p. 3077; *Contrats Conc. Consom.* 2003, n° 16, obs. RAYMOND. En application de l'article L. 333-3 du Code de la consommation, cet arrêt a jugé que le caractère professionnel d'une dette n'est pas exclusif de l'application des mesures de traitement prévues par les articles L. 331-7 et L. 331-7-1.

débiteur. Ainsi, même lorsqu'il doit assumer le paiement de dettes en qualité de dirigeant social, le dirigeant de fait peut se soustraire à cette charge en sollicitant l'application des règles du surendettement des particuliers sur le fondement de ses dettes non professionnelles. Il bénéficie donc des mêmes droits qu'un sujet de droit ordinaire en matière de surendettement alors que la qualité de dirigeant social devrait le priver du bénéfice de cette procédure civile.

304- Le dirigeant de fait peut aussi, grâce à l'assurance de responsabilité civile des dirigeants sociaux, se prémunir contre les charges patrimoniales susceptibles de lui être imposées, en raison de sa qualité de dirigeant social, par le tribunal.

L'assurance de responsabilité professionnelle des dirigeants sociaux garantit l'assuré, en l'occurrence le dirigeant, contre les conséquences pécuniaires de sa responsabilité civile personnelle encourue pour faute commise dans la gestion de la société. Elle est généralement souscrite par la société au profit de ses dirigeants, sans que ceux-ci ne soient nommément désignés¹. Les personnes assurées sont en premier lieu les dirigeants de droit. Dans leur grande majorité, les contrats d'assurance couvrent également les dirigeants de fait². Cette assurance présente le risque de nuire à l'efficacité pédagogique que la responsabilité civile doit avoir sur les dirigeants. Pour éviter ce risque³, les contrats d'assurances excluent du champ de la garantie, les charges patrimoniale imposées aux dirigeants sociaux en raison des fautes intentionnelles⁴ ou des infractions pénales¹

¹ Cela permet de couvrir automatiquement tous les dirigeants en exercice dans la société.

² Les dirigeants de fait sont « définis dans ces contrats d'assurance de la manière dont la doctrine et la jurisprudence les appréhendent juridiquement », c'est-à-dire comme « des personnes qui, dépourvues de mandat social, se sont immiscées par des actes positifs dans la gestion, l'administration ou la direction d'une société ». Sur les raisons de la couverture des dirigeants de fait et sur leur définition voir A. CONSTANTIN, *De quelques aspects de l'assurance de responsabilité civile des dirigeants sociaux*, RJDA 2003, p. 595 et s. L'auteur précise que certains contrats prévoient d'ailleurs de manière expresse que l'assurance jouera « sans même qu'un tribunal ait à se prononcer sur la qualité de dirigeant de fait ». Il donne l'exemple du contrat Business Guard de AIG Europe, présentation générale, art. 2.3.

³ Sur le risque de désresponsabilisation que le développement de l'assurance de responsabilité des dirigeants sociaux produit : F. DESCORPS-DECLERE, *Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, RTD com. 2003, p. 32. Sur l'incidence négative de l'assurance de responsabilité civile sur la fonction coercitive de la responsabilité civile : G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, thèse Paris 1965, L.G.D.J. 1965 ; *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, sous la dir. de J. GHESTIN, 3^e éd. L.G.D.J., 2008, p. 28 s., n° 21 s. ; S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ 1993, préf. G. VINEY, spéc. p. 4, n° 7, p. 14, n° 14 et p. 367 s., n° 325 s., thèse Paris 1993.

⁴ La loi exclut expressément la faute intentionnelle de l'assuré (art. L 113-1 du Code des assurances : « l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ». D'autres risques peuvent être exclus par les contrats eux-mêmes.

commises par ces dirigeants. Toutefois, la responsabilité des dirigeants sociaux pour insuffisance d'actif est souvent expressément couverte par les contrats d'assurance². En réalité, le dirigeant de droit ou de fait doit assumer personnellement le paiement de l'insuffisance d'actif lorsque cette charge lui est imposée en raison d'une faute de gestion intentionnelle ou constitutive d'une infraction pénale car les dommages résultant d'une telle faute sont exclus du champ de l'assurance. Il en est de même des mesures patrimoniales imposées au dirigeant dans le cadre de l'obligation aux dettes sociales.

A priori, les dettes auxquelles le dirigeant de fait est obligé en application de l'article L. 652-1 du Code de commerce ne sont pas exclues du champ de l'assurance. Mais dans la mesure où ces dettes ont leur origine dans des fautes intentionnelles³ commises par le dirigeant de droit ou de fait, elles ne peuvent pas être couvertes par l'assurance, notamment lorsque le contrat exclut du champ de la garantie, les charges patrimoniale imposées aux dirigeants sociaux en raison des fautes intentionnelles⁴ ou des infractions pénales⁵ commises par ces dirigeants. L'assurance de responsabilité civile ne doit couvrir que les dettes des dirigeants qui ont pour objectif la réparation d'un préjudice, c'est-à-dire les paiements qui ont un caractère indemnitaire. Elle doit exclure les mesures patrimoniales qui constituent des sanctions afin de ne pas encourager les dirigeants de fait, comme de droit, à commettre intentionnellement des fautes dans la gestion de la société.

L'absence de volonté de commettre les fautes ou de nuire à la société justifie le droit du dirigeant de fait de ne pas assumer personnellement, grâce à l'assurance de responsabilité professionnelle, les charges pécuniaires qui ont été prononcées contre lui par le tribunal pour des fautes non intentionnelles qu'il a commises dans la gestion de la société. En revanche, la couverture des dettes du dirigeant de fait nées de ses fautes

¹ G. GUIDICELLI-DELAGE et M. DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, PUF 4^e éd. 2000, p. 171 et s.

² Cf. A. CONSTANTIN, *op. cit.* n° 15, p. 602.

³ Les fautes en vertu desquelles le dirigeant peut être obligé aux dettes sociales sont des fautes commises par ce dirigeant dans le but d'atteindre ou d'assurer la poursuite d'un intérêt personnel.

⁴ La loi exclut expressément la faute intentionnelle de l'assuré (art. L 113-1 du Code des assurances : « l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ». D'autres risques peuvent être exclus par les contrats eux-mêmes.

⁵ G. GUIDICELLI-DELAGE et M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*

intentionnelles présente le risque de déresponsabiliser ce dirigeant en le soustrayant aux sanctions patrimoniales¹.

305- L'assurance de responsabilité professionnelle des dirigeants sociaux et la procédure de surendettement des particuliers permettent au dirigeant de fait de ne pas supporter la charge définitive des mesures patrimoniales que le tribunal peut prononcer contre lui en raison des fautes commises par ce dirigeant dans la gestion de la société. Ainsi, le dirigeant de fait bénéficie de l'amélioration de la situation du dirigeant social telle qu'elle est progressivement réalisée par le législateur depuis la loi du 25 janvier 1985, notamment en ce que le tribunal ne peut le soumettre au paiement de l'insuffisance d'actif, des dettes sociales ou des dettes fiscales que s'il a commis une faute dans l'exercice du pouvoir de gestion. Cette situation révèle qu'en droit positif, la conception fonctionnelle de la notion de dirigeant de fait préside à la détermination des règles relatives aux conséquences des actes imputables à ce dirigeant, lorsque la société est sujette à une procédure collective. Il en résulte qu'en matière patrimoniale, le dirigeant de fait est assimilé au dirigeant de droit. Cette assimilation se poursuit dans l'application des sanctions professionnelles au dirigeant de fait qui n'a pas respecté les contraintes liées au pouvoir de gestion.

B- Les sanctions professionnelles

306- Les sanctions professionnelles s'appliquent aux personnes qui exercent une profession et qui ont accompli des actes révélant leur malhonnêteté ou portant atteinte au crédit que requiert l'exercice de cette profession. Elles ont pour objectif d'écarter de l'environnement professionnel considéré, la personne à laquelle elles vont s'appliquer. Les sanctions professionnelles présentent donc une certaine gravité. Aussi répriment-elles les professionnels de la gestion que sont les dirigeants sociaux, de droit ou de fait, dont les fautes intentionnelles ont conduit la société à une procédure collective d'apurement du passif.

¹ Ce risque est d'autant plus déplorable que ces sanctions sont les seules que l'évolution du droit des affaires tend à conserver. Les réformes successives du droit des affaires se caractérisent par un allègement progressif des sanctions pénales auxquelles est exposé le dirigeant social, de droit ou de fait.

Le tribunal qui a ouvert la procédure collective de la société peut prononcer contre le dirigeant de fait de cette société, les sanctions professionnelles que sont **la faillite personnelle**¹ et **l'interdiction de gérer**² une ou plusieurs entreprises³. L'examen des **causes et des conséquences de ces sanctions** permet d'établir que le dirigeant de fait est considéré comme un professionnel de la gestion, en raison des fonctions qu'il a exercées.

307- La faillite personnelle du dirigeant de fait est prononcée par le tribunal⁴, sur saisine du mandataire judiciaire, du liquidateur, du ministère public ou de la majorité des créanciers nommés contrôleurs, en cas de carence du mandataire judiciaire⁵. Cette sanction est applicable au dirigeant de fait qui a commis l'une des fautes de nature à justifier l'obligation aux dettes sociales⁶ ou l'un des faits énumérés par l'article L. 653-5 et L. 653-6 du Code de commerce. Ces faits établissent l'usage des pouvoirs de gestion de la société dans un intérêt autre que celui de cette personne morale, la violation de dispositions légales de nature à interdire l'exercice des fonctions de gestion à une personne ou encore la violation des obligations que le législateur impose au dirigeant lorsque la société est soumise à une procédure collective⁷. Les fautes du dirigeant susceptibles d'entraîner sa faillite personnelle peuvent avoir été commise avant ou après⁸ l'ouverture de la procédure collective. Ainsi, la faillite personnelle peut être prononcée contre le dirigeant de fait qui a omis de faire dans le délai de quinze jours la déclaration de la cessation des paiements¹ ou qui n'a pas tenu de comptabilité, au mépris des textes applicables à la société concernée, dans le but de dissimuler l'usage des biens de la société à des fins autres que la poursuite de

¹ C. com. art. L. 653-3 et L. 653-4.

² C. com. art. L. 653-8.

³ V. P.-M. LE CORRE, *op. cit.*, n° 24 et 25, p. 2304 s. ; Ph. ROUSSEL GALLE, *op. cit.* n° 23 s., p. 1765 s.

⁴ Cf. C. com. art. L. 653-3 et s.

⁵ C. com. art. L. 653-7. Comme pour l'action en comblement de passif, le tribunal n'a plus le pouvoir de se saisir d'office et l'administrateur ne peut plus le saisir. La personne qui a saisi le tribunal doit établir les faits prévus par les articles L. 653-3, (Avoir poursuivi abusivement une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements ; Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de son actif ou frauduleusement augmenté son passif), L. 653-5 et L. 653-6 du Code de commerce.

⁶ Cf. art. L. 653-4 du C. com. Les faits énumérés par l'article L. 653-3 sont compris dans ceux qui justifient l'obligation aux dettes sociales.

⁷ L'article L. 653-6 dispose en effet que « le tribunal peut prononcer la faillite personnelle du dirigeant de la personne morale qui n'a pas acquitté les dettes de celle-ci mises à sa charge ».

⁸ Exemple, art. L. 653-5, 5 du C. com. : « avoir, en s'abstenant volontairement de coopérer avec les organes de la procédure, fait obstacle à son bon déroulement ». Cette faute a été substituée à la non-déclaration de la cessation des paiements dans le délai de 15 jours qui entraînait aussi la faillite personnelle du dirigeant de fait. Voir Cass. com. 6 janv. 1998, *JCP* 1998, II, 10068, note J.-J. DAIGRE. Cette faute est aussi une cause de l'interdiction de gérer. De même, le non-paiement par le dirigeant de fait des dettes de la société mises à sa charge peut entraîner la faillite personnelle de ce dirigeant. Cette faute existait dans l'ancien art. L. 625-6 du C. com. Elle est reprise à l'identique par le nouvel article L. 653-6 du même Code.

l'intérêt social². Elle s'applique aussi au dirigeant de fait qui a fait obstacle au bon déroulement de la procédure en s'abstenant volontairement de coopérer avec les organes de cette procédure.

La faillite personnelle emporte interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole ou toute entreprise ayant toute autre activité indépendante et toute personne morale³. Elle vise à écarter du milieu professionnel de la gestion des sociétés, le dirigeant contre lequel elle est prononcée⁴. Ainsi, pendant une période déterminée par le tribunal⁵, le dirigeant de fait condamné à la faillite personnelle ne peut pas légalement être choisi comme dirigeant de droit d'une personne morale.

308- Toutefois, la faillite personnelle présente peu d'efficacité à l'égard de la direction de fait car elle ne l'empêche pas. La personne qui en est frappée continue parfois d'exercer la gestion d'une personne morale de manière occulte. Le caractère occulte de la gestion empêche l'interdiction de gérer de produire toute son efficacité à l'égard de la gestion de fait. Il faudrait vraisemblablement que les juridictions pénales saisies de la

¹ Cass. com. 23 mai 2006, pourvoi n° 05-11989, *Bull. civ.* 2006, IV, n° 125, p. 128.

² Cass. com. 18 janv. 2005, *Gaz. Pal. spécial procédures collectives* 2005, n° 1, p. 49 : rejet du pourvoi intenté contre l'arrêt d'appel qui avait prononcé une mesure de faillite personnelle à l'encontre du dirigeant de fait qui n'avait pas observé l'obligation de tenir une comptabilité et qui avait volontairement nui aux intérêts de la société à des fins personnelles pour favoriser une nouvelle entreprise ayant toujours la même activité et dans laquelle il était impliqué.

³ Cf. *nv. C. com.* art. L. 653-2.

⁴ La faillite personnelle du dirigeant de fait peut être aggravée lorsque le tribunal la complète par l'incapacité d'exercer une fonction publique élective à titre complémentaire et facultatif. Auparavant, la faillite personnelle entraînait aussi des déchéances professionnelles, civiques et honorifiques. Cf. *Anc.* art. L. 625-2, al. 2 *C. com.* : « Elle entraîne également les interdictions et déchéances applicables aux personnes qui étaient déclarées en état de faillite au sens à ce terme antérieurement au 1^{er} janvier 1968 ». L'article 194 de la loi du 25 janvier 1985 prévoyait que le jugement prononçant soit la faillite personnelle, soit l'interdiction de gérer, emportait automatiquement l'incapacité d'exercer une fonction publique élective. Il étendait cette incapacité aux personnes physiques à l'égard desquelles une liquidation judiciaire avait été prononcée. Cette incapacité prenait effet de plein droit à compter de la notification faite à l'intéressé par l'autorité compétente, c'est-à-dire le parquet. Elle a été déclarée contraire à la constitution par le Conseil constitutionnel car sa systématisation n'était pas conforme au principe de « *nécessité des peines* ». Cf. décision n° 99-410 du 15 mars 1999, déclarant l'article 194 de la loi du 25 janvier 1985 contraire à la Constitution. Si bien que cette sanction a été supprimée des textes à l'occasion de la codification du livre VI du Code de commerce. Cf. *Rapport AN, n° 2095, X.* de ROUX préc., p. 436, interv. X. de ROUX, *Déb. AN, 8 mars 2005, 3^e séance, JOAN*, 9 mars 2005, p. 1800 ; P.-M. LE CORRE, *op. cit.* spéc. p. 13, n° 20. La règle posée par l'art. L. 625-2, al. 2 *C. com.* est abrogée par la loi du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises.

⁵ Le tribunal est obligé de fixer la durée de la faillite personnelle. Selon le nouvel art. L. 653-11 du *C. com.*, la durée de la faillite personnelle ne peut être supérieure à 15 ans.

violation de cette interdiction la sanctionnent sévèrement afin de dissuader les potentiels contrevenants¹.

Le tribunal peut prononcer à la place de la faillite personnelle du dirigeant de fait, **une interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler** directement ou indirectement, soit toute entreprise commerciale² ou artisanale, toute exploitation agricole et toute personne morale, soit une ou plusieurs de celles-ci. Cette sanction est moins sévère³ que la faillite personnelle. Mais l'interdiction de gérer et la faillite personnelle ont en commun certains effets. Par exemple, le droit de vote des dirigeants frappés de la faillite personnelle ou de l'interdiction de gérer est exercé dans les assemblées des personnes morales soumises à une procédure collective par un mandataire désigné par le tribunal à cet effet⁴. Le tribunal peut même obliger les dirigeants concernés à céder leurs actions ou parts sociales dans la personne morale. Les mesures relatives au droit de vote et aux actions permettent de neutraliser le dirigeant de fait en lui retirant les droits, d'une part, en vertu desquels il intervenait légalement dans le fonctionnement de la société et, d'autre part, qui ont pu faciliter son immixtion dans la gestion de cette personne morale. Ces mesures sont donc de nature à rendre effective l'exclusion du dirigeant de fait de la conduite des affaires de la société au sein de laquelle ses pouvoirs ont été ainsi neutralisés.

309- La faillite personnelle et l'interdiction de gérer n'entraînent pas systématiquement la condamnation pécuniaire du dirigeant de droit⁵ ou de fait, même si

¹ C'est l'attitude adoptée par la Cour d'appel de Nîmes, dans l'arrêt qu'elle a rendu le 14 septembre 2006 et par lequel elle a condamné le dirigeant de fait d'une société à huit mois d'emprisonnement ferme et 6000 euros d'amende pour complicité de banqueroute et violation de l'interdiction de gérer une société. Cf. CA Nîmes, Ch. corr., 14 sept. 2006, Arrêt confirmé par Cass. crim. 5 sept. 2007, pourvoi n° 06-87473, *legifrance.gouv.fr*.

² Cass. crim. 28 mars 2007, pourvoi n° 06-82666, *legifrance.gouv.fr*.

³ Ses effets sont modulables car l'article L. 653-8 du C. com. prévoit que le tribunal peut limiter l'interdiction à une ou plusieurs personnes morales ou entreprises, alors qu'en cas de faillite personnelle, l'interdiction a une portée générale. Comme pour la faillite personnelle, le tribunal doit fixer la durée de l'interdiction de gérer. Cass. com. 23 nov. 1999, n° 1842 D ; *Juris-Data* n° 043634 ; *Rev. proc. coll.* 2000, p. 115, n° 4 ; Cass. com. 9 janv. 1996, *D.* 1996, *I.R.* p. 43. Ces arrêts rappellent cette exigence.

⁴ Cf. art. L. 653-9 du *nv. C. com.*

⁵ Cass. com. 25 juin 2002, pourvoi n° 99-18643, *legifrance.gouv.fr*. Confirmation de la condamnation du Président du conseil de surveillance d'une société, en qualité de dirigeant de fait, à une faillite personnelle pour une durée de 7 ans, au motif qu'il n'avait pas déclaré dans le délai légal, l'état de cessation des paiements de la société. La Cour de cassation approuve également les juges du fond d'avoir refusé de condamner ce dirigeant de fait au paiement des dettes sociales au motif que son action avait eu pour effet de réduire globalement l'insuffisance d'actif de la société. Cette décision démontre que la condamnation à la faillite personnelle n'implique pas la sanction patrimoniale du dirigeant concerné.

elles peuvent, de manière accessoire, produire de telles conséquences¹. Elles ne constituent pas des sanctions pécuniaires et n'ont pas de caractère indemnitaire mais censurent les fautes commises par le dirigeant de fait en qualité de membre du milieu professionnel qu'est la gestion sociale. Il ne s'agit donc pas de mesures de réparation², ni même de mesures qui visent principalement le patrimoine de l'individu, à la différence de la condamnation à payer l'insuffisance d'actif et de l'obligation aux dettes sociales qui sont à finalité patrimoniale¹. Lorsqu'elles sont prononcées contre le dirigeant de fait, la faillite personnelle et l'interdiction de gérer visent à assainir le milieu de la gestion sociale en excluant ce dirigeant.

L'appréciation fonctionnelle de l'activité du dirigeant de fait conduit à soumettre ce dirigeant aux règles de responsabilité applicables au professionnel de la direction. Le dirigeant de fait qui n'a pas respecté les obligations qui lui sont imposées en droit positif, en raison des pouvoirs de gestion qu'il s'est attribués peut être assujéti aux mêmes sanctions que le dirigeant de droit. L'appréciation fonctionnelle de l'activité du dirigeant de fait entraîne donc la soumission de ce dirigeant aux sanctions professionnelles applicables aux personnes qui exercent l'activité de gestion de la société.

310- L'assujettissement du dirigeant de fait aux sanctions civiles patrimoniales et aux sanctions purement professionnelles démontre que ce dirigeant est considéré comme un professionnel de la gestion parce qu'il a exercé les fonctions inhérentes au pouvoir de direction. En droit positif, la fonction de gestion crée donc l'organe de gestion de la société. L'exercice du pouvoir de gestion par le dirigeant de fait justifie l'assimilation de ce dernier au dirigeant de droit qui prévaut en matière de responsabilités civile, pénale et fiscale, lorsque la société est soumise à une procédure collective. Ainsi, dans tout type de société en difficulté, le législateur attache des effets à l'usurpation du pouvoir de gestion

¹ Lorsque le dirigeant est obligé de céder ses actions ou parts sociales, le produit de la vente est affecté au paiement de la part des dettes sociales dans le cas où ces dettes ont été mises à sa charge. Cf. art. L. 653-9, al. 2 in fine. La faillite personnelle produit aussi des conséquences sur le patrimoine de la société. Elle constitue en effet une cause de reprise des poursuites individuelles des créanciers contre le débiteur après clôture de la procédure de liquidation judiciaire. Cf. *Nv. C. com.* art. L. 643-11, III, 1°.

² D'ailleurs, la détermination du préjudice occasionné à la société par le fait fautif du dirigeant n'est pas une condition du prononcé de la faillite personnelle ou de l'interdiction de gérer. Cass. com. 26 oct. 1999, *Juris-Data* n° 003877, *Rev. proc. coll.* 2000, p. 115, n° 6 : confirmation de l'arrêt d'appel qui avait condamné un dirigeant à une mesure d'interdiction de diriger une personne morale, sans mentionner le montant de l'insuffisance d'actif au jour où la déclaration de cessation des paiements aurait dû être déposée.

par le dirigeant de fait et à la reconnaissance d'obligations à la charge de ce dirigeant dans la gestion de la société en le soumettant aux règles de responsabilité et aux sanctions applicables aux dirigeants légaux. Il en résulte que dans la société soumise à une procédure collective, le dirigeant de fait a un régime juridique cohérent car les règles de responsabilité et les sanctions qui lui sont applicables constituent la contrepartie des pouvoirs qu'il s'est arrogé et des obligations qui lui sont imposées en droit positif dans la gestion de la société. Le régime juridique du dirigeant de fait est donc en adéquation avec les contraintes que ce dirigeant supporte dans la gestion de la société. Il est fondé sur une conception fonctionnelle de la notion de dirigeant de fait.

En revanche, lorsque la société est *in bonis*, la responsabilité du dirigeant de fait se caractérise par une hésitation entre les conceptions institutionnelle et fonctionnelle de la notion de dirigeant de fait, plus particulièrement dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions. Le dirigeant de fait est soumis, d'une part, aux règles de responsabilité civile patrimoniale d'un dirigeant non institutionnel et, d'autre part, aux règles qui régissent la responsabilité de tout dirigeant de droit en matières fiscale, sociale et pénale. Il est donc alternativement considéré comme un sujet de droit ordinaire et comme un dirigeant social. Son régime juridique est donc influencé alternativement par les conceptions institutionnelle et fonctionnelle de la notion de dirigeant de fait, lorsque la société est *in bonis*. Cette dualité des conceptions institutionnelle et fonctionnelle dans la détermination du régime juridique du dirigeant de fait n'est pas de nature à faciliter l'élaboration d'un fondement juridique homogène du statut du dirigeant de fait.

311- Le régime juridique du dirigeant de fait manque de cohérence, au regard des règles de responsabilité applicables à ce dirigeant lorsque la société est *in bonis*. En effet, d'un côté, dans toutes les sociétés, des obligations sont mises à la charge du dirigeant de fait lorsque la société fonctionne normalement. Le Code de commerce prévoit des peines de prison et des amendes à l'encontre du dirigeant de fait, auteur, dans la direction de la société, de faits constitutifs d'infractions tels la constitution d'hypothèque pendant la

¹ La faillite personnelle et l'interdiction de gérer peuvent donc se cumuler avec ces sanctions patrimoniales. Cass. com. 12 janv. 1988, *Bull. civ.* n° 18, p. 13.

période d'observation sans l'autorisation¹ du juge commissaire ou l'abus de biens sociaux ou du crédit ou encore des pouvoirs par les dirigeant de droit ou de fait². En outre, lorsque la société est *in bonis*, la jurisprudence étend au dirigeant de fait, les règles qui sanctionnent le dirigeant de droit qui a commis les délits d'escroquerie³, d'abus de confiance⁴, de fraude fiscale et d'émission de chèque sans provision⁵. Enfin, l'article L. 267 du Livre des procédures fiscales prévoit que le dirigeant de fait assume, comme le dirigeant de droit et dans les mêmes conditions, la responsabilité du dommage que sa faute a causé à l'Etat en matière de recouvrement des impôts et pénalités dus par la société. D'un autre côté, le dirigeant de fait n'est pas considéré comme un dirigeant social. Sa responsabilité civile est soumise aux règles de droit commun. Ainsi, le dirigeant de fait n'est pas assimilé au dirigeant de droit, alors que les obligations et les règles de responsabilité fiscales et pénales qui lui sont applicables induisent une telle assimilation.

En réalité, même si la responsabilité civile du dirigeant de fait n'est pas soumise aux mêmes règles que celles du dirigeant de droit, lorsque la société est *in bonis*, le statut du dirigeant de fait se rapproche progressivement de celui du dirigeant de droit dans ses aspects coercitifs. Ainsi, à la soumission du dirigeant de fait aux mêmes obligations, aux mêmes règles de responsabilité fiscales et aux mêmes sanctions pénales que le dirigeant de droit lorsque la société est *in bonis* s'ajoute, lorsque la société est en difficulté, l'application au dirigeant de fait des règles qui régissent la responsabilité et les sanctions du dirigeant de droit. Par conséquent, il convient de reconnaître qu'en dépit de la différence relative à la responsabilité du dirigeant de fait lorsque la société est *in bonis*, l'assimilation de ce dirigeant au dirigeant de droit est réelle. La question se pose alors de savoir comment justifier cette assimilation.

¹ Deux ans d'emprisonnement et une amende de 30 000 €, art. L. 654-8 du *nv. C. com.*

² *Nv. C. com.*, art. L. 654-2, 2°. Cass. crim. 30 novembre 2005, pourvoi n° 05-82707, *legifrance.gouv.fr*. Cass. crim. 20 mars 1997, *Rev. sociétés* 1997. 581, note BOULOC. Sur les abus de biens, du crédit ou des pouvoirs par les dirigeants de droit ou de fait et leurs sanctions en droit pénal des affaires, voir W. JEANDIDIER, *op. cit.* n° 269 et s.

³ Cass. crim. 5 avr. 2006, pourvoi n° 04-87765, *legifrance.gouv.fr*. Cass. crim. 18 nov. 1991, *Bull. crim.* n° 415 ; *RJDA*, nov. 1992, n° 245.

⁴ Cass. crim. 31 janv. 2007, pourvoi n° 06-85070, publié au *Bull.* ; voir aussi *legifrance.gouv.fr* : gérant de fait condamné pour abus de confiance en récidive. Cass. crim. 30 nov. 2005, pourvoi n° 05-80715 *legifrance.gouv.fr* ; Cass. crim. 8 octobre 2003, pourvoi n° 02-88011, *legifrance.gouv.fr*.

⁵ Cass. crim. 23 nov. 2004, *JCP E* 2005, n° 736, p. 815, obs. FORTIS et MULLER ; Cass. crim. 20 oct. 2004 précité, pourvoi n° 03-85.238, *Bull. crim.* 2004, n° 245, p. 935 ; Cass. crim. 18 nov. 1991, *Bull. crim.* n° 415, p. 1051 ; *RJDA* 1992, n° 245, p. 189.

**Titre II- LE FONDEMENT DU REGIME JURIDIQUE DU DIRIGEANT
DE FAIT**

312- Les obligations qu'assume le dirigeant de fait dans la gestion de la société ainsi que les règles qui lui sont applicables en matière de responsabilité révèlent que ce dirigeant n'est considéré, ni comme une personne totalement étrangère à la gestion sociale, ni comme un dirigeant social à part entière. Le régime juridique de la direction de fait dévoile, en droit positif, une hésitation entre les conceptions institutionnelle et fonctionnelle de la notion de dirigeant de fait. Il est hybride car il renferme, d'une part, des règles applicables aux personnes qui n'ont pas la qualité de dirigeant social et, d'autre part, des règles spécialement élaborées pour les dirigeants de droit. Ce caractère hybride ne facilite pas sa justification par une seule théorie juridique. Il est en effet difficile de justifier la coexistence des conceptions institutionnelle et fonctionnelle de la notion de dirigeant de fait dans la détermination des règles qui régissent la direction de fait.

La question du fondement de la direction de fait, en général et du statut du dirigeant de fait, en particulier, ne retient pas beaucoup l'attention de la doctrine. Monsieur NJOYA NKAMGA affirme que « Pourtant, par l'effet de la loi et de la jurisprudence, on voit dans la situation des dirigeants de fait la consécration de quelques variantes de mandat à savoir le *mandat tacite* et surtout le *mandat apparent*¹. En dehors de cette opinion, la doctrine reste silencieuse sur la justification du régime juridique de la direction de fait. Ce peu d'intérêt de la majorité des auteurs pour le fondement de la direction de fait étonne, d'autant que par ailleurs, la jurisprudence relative aux actions en responsabilité contre le dirigeant de fait et aux effets juridiques de ces actions est source d'une abondante doctrine.

313- Pourtant, il n'est pas sans intérêt de rechercher la théorie juridique qui permet de justifier le régime juridique de la direction de fait car cette justification doit permettre d'expliquer la coexistence de deux conceptions antinomiques du dirigeant de fait dans les règles applicables qui lui sont applicables. Le fondement du régime juridique de la direction de fait présente donc une grande utilité dans l'appréciation des règles auxquelles le dirigeant de fait est soumis en droit positif.

Le droit des sociétés oscille entre deux préoccupations majeures : la protection des intérêts de la société et des associés, d'une part, et la protection des intérêts des tiers, d'autre part. Ces préoccupations justifient le caractère institutionnel reconnu à la société et

¹ B. NJOYA NKAMGA, *Les dirigeants sociaux*, thèse, Université de Dschang, 2007, n° 373, p. 199.

les règles d'organisation qui en résultent pour la société. Elles justifient aussi les contraintes inhérentes au pouvoir de gestion qui pèsent sur le dirigeant de fait en droit positif, alors qu'il n'a pas la qualité de dirigeant de droit. Afin d'assurer la protection du crédit et des intérêts des personnes auprès desquelles le dirigeant de fait agit au nom et pour le compte de la société, la direction de fait a, à l'égard des tiers, les effets de **la théorie de l'apparence**, théorie qui fait produire les effets de la représentation parfaite ou régulière à la représentation irrégulière. Cela autorise-t-il à vérifier si **la direction de fait est une application de la théorie de l'apparence (chapitre I)**.

La théorie de l'apparence permet de justifier les effets d'un acte de représentation irrégulière à l'égard des tiers. Elle ne peut pas constituer le fondement valable de toutes les conséquences que la direction de fait entraîne à l'égard de la société, des associés et des tiers. Par conséquent, il est indispensable de rechercher le fondement du régime juridique de la direction de fait dans une institution susceptible de produire des effets juridiques semblables, par leur nature et leur ampleur, à ceux que le droit positif attache à la direction de fait ou à l'activité de gestion du dirigeant de fait.

Le dirigeant de fait est considéré alternativement, d'une part, comme une personne qui n'a pas le pouvoir d'agir au nom et pour le compte de la société et, d'autre part, comme un dirigeant social. Les règles qui lui sont applicables sont semblables à celles qui existent dans le quasi-contrat, mécanisme du droit privé qui fait produire à une situation qui ne remplit pas les conditions formelles prévues par le législateur ou la jurisprudence, les effets juridiques de la situation contractuelle dont elle s'inspire ou se rapproche. Pour cette raison, il convient de s'interroger sur la portée de ces similitudes entre la direction de fait et le quasi-contrat et de se demander si le régime juridique du dirigeant de fait peut être justifié par la théorie du quasi-contrat, c'est-à-dire si **la direction de fait est une application de la théorie du quasi-contrat (chapitre II)**.

Chapitre I- La direction de fait : une application de la théorie de l'apparence ?

314- La direction de fait résulte de l'exercice des pouvoirs de gestion d'une société par une personne à laquelle ces pouvoirs n'ont pas été régulièrement attribués. Son existence implique qu'une personne a agi auprès d'autres personnes, au nom et pour le compte d'une société, alors qu'elle n'avait pas le droit de le faire. Le dirigeant de fait se comporte comme un dirigeant de droit. Il en prend l'apparence. **L'apparence**¹ est, en droit, une vision tronquée de la réalité. Elle trompe les personnes qui y sont confrontées. L'apparence est l'objet d'une théorie jurisprudentielle dont le but est de lutter contre les effets néfastes que l'absence de pouvoir de représentation d'une personne produit à l'égard des tiers, notamment les nullités et l'inopposabilité. Cette théorie entraîne la reconnaissance à la situation erronée des effets juridiques que cette situation aurait produit à l'égard des tiers si elle avait été régulière.

La théorie de l'apparence jouit d'un accueil favorable en droit privé où elle assure la protection des intérêts des personnes qui ont pu être induites en erreur par la vraisemblance de la régularité des pouvoirs exercés par une autre personne². Elle dérive de l'interprétation des articles 2005 à 2009 du Code civil relatifs aux différentes manières dont le mandat finit³. Selon l'article 1984 du Code civil, « le mandat ou procuration est un

¹ Sur l'apparence : DANIS-FATOME A., *Apparence et contrat*, LGDJ, 2000 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *L'apparence en droit international privé - Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, préf. de Paul Lagarde, Paris, LGDJ, 1984, Bibl. dr. priv. ; ARRIGHI, *Apparence et réalité en droit privé. Contribution à l'étude de la protection des tiers contre les situations apparentes*, Thèse, Nice, 1974 ; J. CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, Thèse Montpellier 1959 ; J. LEAUTE, *Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence*, RTD civ. 1947, p. 295. V. aussi *La justification de l'autorité externe*, supra, n° 150 s. et la bibliographie indiquée à la note 1 du n° indiqué.

² Exemple dans le cadre du mariage, l'apparence a servi de base à l'élaboration du mécanisme du mandat tacite entre époux reconnu aux articles 1432 et 1539 du Code civil relatifs aux actes d'administration. En droit public, l'apparence n'a pas la faveur de la doctrine et de la jurisprudence ». La théorie de l'apparence est néanmoins appliquée dans la théorie du fonctionnaire de fait qui a pour but de protéger les intérêts des particuliers et de l'administration. CE. 11 mai 2004, req. n° 255886, Association AC ! et autres ; 5 nov. 2004, req. n° 252102, Union des organisations de fonctionnaires et assim., *Petites affiches*, 5 août 2005, n° 155, p. 7, 1^{ère} et 2^e esp. Note J. GUEZ ; CE, 2 déc. 1983, Charbonnel, *Lebon*, p. 474 ; E. JOUVE, *Recherches sur la notion d'apparence en droit administratif français*, RDP 1968, p. 285 et 289. G. JEZE, *Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait*, RDP, 1914, p. 55.

³ A. BATTEUR, *Le mandat apparent en droit privé*, Thèse Caen, 1989 ; LESCOT, *Le mandat apparent*, JCP. 1964. I. 1826 ; SOURIOUX, « La croyance légitime » : JCP, 1982, I, 3058.

acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ». Le mécanisme du mandat apparent est le procédé par lequel les effets qu'un mandat régulier a à l'égard des tiers sont reconnus à un mandat irrégulier¹. Il constitue une technique d'application de la théorie de l'apparence.

De profondes similitudes existent entre la situation du mandataire apparent et celle du dirigeant de fait. Ce dernier est soumis à des règles qui sont, pour une grande part, identiques à celles qui s'appliquent au dirigeant de droit qui est lui-même « mandataire »² de la société. **Les conditions d'existence de la direction de fait et du mandat apparent concordent (section I)**. Mais la théorie de l'apparence ne peut constituer un fondement de la direction de fait que si le mécanisme du mandat apparent **justifie aussi le régime juridique de la direction de fait (section II)** à l'égard des tiers.

Section I- La concordance des conditions d'existence de la direction de fait et du mandat apparent

315- Deux conditions président à la reconnaissance d'un mandat apparent : l'apparence que la personne qui agit au nom d'une autre a le pouvoir régulier de le faire et la croyance légitime des tiers en la régularité de ce pouvoir. Quant à la direction de fait, elle suppose aussi qu'une personne se comporte comme si la communauté des associés d'une société lui avait donné mandat de diriger cette société. La direction de fait prend **l'apparence d'une direction sociale régulière (§1)** car le dirigeant de fait exerce les pouvoirs que le droit attribue normalement aux dirigeants sociaux légaux. La qualité de

¹ Cependant, alors qu'il est restreint par le législateur aux hypothèses où un mandat a existé mais a pris fin, le mécanisme du mandat apparent a été étendu par la jurisprudence aux situations dans lesquelles le mandataire a dépassé ses pouvoirs (Civ. 30 nov. 1965, *JCP*. 1966, II. 14631, note L.R.; *D.* 1966. 449, note CALAIS-AULOY; *RTD civ.* 1966. 830, obs. CORNU.) et celles dans lesquelles le mandat n'a jamais existé. La théorie de l'apparence est également reconnue de façon tacite, en l'absence totale de pouvoir de représentation, par le Code civil dans les articles 1372 à 1375 relatifs à la gestion d'affaires.

² La qualification du dirigeant en « mandataire » est discutée. Cf. Stéphane ASECIO, *Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun*, *Rev. Sociétés*, octobre - décembre 2000, p. 690, n° 8 ; Raymond GIANNO et Anne-Élisabeth COMBES, *La dénaturation du mandat social par la pratique dans les sociétés anonymes*, *Gaz. Pal.*, 2-4 juin 2002, n° spécial statut des dirigeants sociaux, p. 4. La notion de mandataire social désigne les personnes qui ont le pouvoir de représenter la société. Elle comprend, aux termes du Rapport BOUTON en date du 23 septembre 2002 : le président, le directeur général, les directeurs généraux délégués dans les sociétés à conseil d'administration, le président et les membres du directoire dans les sociétés à directoire et conseil de surveillance. Les actionnaires, même majoritaires, ne sauraient être, en tant que tels, considérés comme des mandataires sociaux car ils n'ont pas le pouvoir d'accomplir des actes au nom et pour le compte de la société.

dirigeant de fait n'est attribuée à une personne que si les personnes sur lesquelles celle-ci exerce son autorité ou celles auprès desquelles elle intervient au nom et pour le compte de la société **croient en la régularité de la direction (§2)** exercée.

§1- L'apparence d'une direction régulière

316- Le fait qu'une personne accomplisse des actes au nom et pour le compte d'une société alors que ce pouvoir ne lui a pas été régulièrement attribué ne peut pas, en principe, être justifié par la théorie de l'apparence. Les mesures relatives à la désignation des dirigeants sociaux font l'objet d'une publicité impérative dont l'un des objectifs est d'informer les tiers sur l'identité des personnes qui ont le pouvoir d'agir au nom et pour le compte de la société et sur l'étendue de leur pouvoir. Par conséquent, il est difficile d'admettre la théorie de l'apparence en matière de société. Pourtant, **la théorie de l'apparence** a une place en matière de direction **des sociétés (A)**, notamment dans la direction de fait car le dirigeant de fait a **l'apparence d'un dirigeant social régulier (B)**.

A- La théorie de l'apparence en matière de direction des sociétés

317- La théorie de l'apparence, appliquée à la représentation, permet aux personnes victimes d'une apparence de représentation de jouir des effets juridiques que le droit positif attache à la représentation régulière. Elle suppose une méprise sur la réalité, un décalage entre ce qui apparaît et la réalité. La jurisprudence **l'applique quelquefois** en matière de direction de la société.

La théorie de l'apparence a été créée pour protéger les personnes qui ont légitimement cru que la personne qui, en apparence, accomplissait des actes pour le compte d'une autre avait le pouvoir de représenter celle-ci. Son application permet « aux tribunaux de préserver les intérêts des victimes de cette erreur contre les effets néfastes d'une représentation erronée de la réalité »¹. La théorie de l'apparence conduit donc à ne pas considérer comme nuls à l'égard des tiers, les actes par lesquels une personne représente une autre auprès de ces tiers alors que ce pouvoir ne lui a pas été régulièrement attribué. De tels actes ont l'efficacité reconnue aux actes accomplis en vertu de pouvoirs de

représentation régulièrement attribués, afin de faire coïncider l'apparence créée avec la réalité prétendue ou escomptée. Ces actes sont valables à l'égard des tiers qui ne pouvaient pas connaître la réalité.

318- En général, la jurisprudence n'accueille pas favorablement l'invocation de la théorie de l'apparence lorsque des actes ont été accomplis au nom d'une société par une personne qui n'avait pas la qualité de dirigeant légal² ni celle de mandataire social³. La personne qui prétend avoir cru que celle qui a accompli des actes de représentation de la société avait la qualité de dirigeant de droit de cette société se voit opposer la nullité⁴ de l'acte, ou l'inopposabilité⁵ de celui-ci à la société. Il en est ainsi parce que la nomination des dirigeants sociaux est sujette à une publicité⁶ impérative, essentiellement l'inscription au *registre du commerce* et l'insertion d'un avis au *Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales* dans le ressort du siège de la société concernée. Cette publicité purge la désignation des dirigeants sociaux de ses irrégularités éventuelles⁷ et la rend opposable aux tiers.

¹ S. VACRATE, *Que cache l'apparence derrière la société créée de fait ? Petites affiches*, 27 févr ; 2004, n° 42, p. 5.

² Exemples : Cass. com. 4 mai 1993, *Rev. sociétés* 1993, p. 567, note B. SAINTOURENS; *Bull. Joly* 1993, p. 727, note P. LE CANNU ; *JCP. éd. E* 1994, I, n° 331, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; Cass. com. 26 nov. 1996, *Bull. Joly* 1997, § 81, p. 215, note P. LE CANNU : cassation d'un arrêt qui avait opposé à la société une convention revêtant le caractère d'une opération commerciale courante alors que l'acte revêtu d'une signature différente de celle de son gérant est inopposable à la société sauf délégation de pouvoir dont la preuve n'était pas rapportée en l'espèce. CA Paris, 15e ch., sect. B, 8 déc. 1995, *Bull. Joly*, 1996 p. 199, note Paul LE CANNU.

³ Ici, le terme mandataire social est entendu largement puisqu'il comprend non seulement les dirigeants sociaux, mais aussi toutes les personnes qui peuvent engager la société au titre du mandat qui leur a été confié. Il peut donc s'agir d'un mandat pour diriger la société, ou d'un mandat pour la représenter simplement dans l'accomplissement d'un ou plusieurs actes.

⁴ CA Paris, 17 sept. 1981 : *D.*, 1982, IR, p. 456 ; Cass. com., 11 février 1986, *Rev. sociétés*, 1987, p. 258, note Ph. DIDIER ; CA Paris, 15° Ch. B, 31 mars 1989 : *D.*, 1989, IR, p. 169.

⁵ Cass. com., 11 juillet 1988 : *Bull. civ. IV*, n° 246 ; *Bull. Joly*, 1988, p. 666, § 217, note P. LE CANNU ; *Rev. Sociétés*, 1989, p. 53, note Ph. DIDIER ; CA Paris, 3° Ch. B, 13 février 1991, *Bull. Joly*, 1991, p. 405, § 132, note Ph. DELEBECQUE ; Cass. com., 8 novembre 1994 : *Bull. Joly*, 1995, p. 31, § 4, note J.-L. MEDUS ; *Deffrénois*, 1995, art. 36017, p. 256, obs. P. LE CANNU ; *Rev. sociétés*, 1995, p. 63 et 307, note Ph. DELEBECQUE.

⁶ *C. civ.* art. 1846-2 : « *La nomination et la cessation de fonction des gérants doivent être publiées* ».

⁷ L'alinéa 2 de l'art. 1846-2 dispose : « *Ni la société ni les tiers ne peuvent, pour se soustraire à leurs engagements, se prévaloir d'une irrégularité dans la nomination des personnes chargées de gérer, d'administrer ou de diriger la société, lorsque cette nomination a été régulièrement publiée* ». Cette règle est reprise textuellement par l'article L. 210-9 *C. com.* Elle a pour but d'éviter que les tiers ne soient obligés de procéder à des vérifications en cascades qui sont, selon le Pr. Y. GUYON, « à peu près impossibles à effectuer et qui ne donneraient qu'une sécurité relative ». Cf. *Droit des affaires, t. 1, Droit commercial général et sociétés*, 12° éd., 1^{er} août 2003, Economica, n° 191, p.199. Les personnes qui

Le tiers qui traite avec une personne qui prétend représenter la société doit donc vérifier que ce pouvoir a été régulièrement attribué à cette personne, c'est-à-dire que l'identité de cette personne correspond bien à celle de son représentant légal régulièrement publiée. A défaut de pouvoir régulier, le prétendu dirigeant social n'engage pas la société par les actes de gestion qu'il accomplit. Ainsi, les mesures de publicité des décisions de nomination ou de cessation des fonctions des dirigeants sociaux constituent un obstacle à l'application de la théorie de l'apparence en droit des sociétés et plus précisément à la direction de fait. La théorie de l'apparence ne peut donc pas, en principe, être invoquée pour opposer à la société les actes accomplis par une personne qui n'avait pas la qualité de dirigeant social.

319- La doctrine approuve généralement l'exclusion de la théorie de l'apparence en matière d'actes accomplis au nom et pour le compte de la société par une personne qui n'avait pas mandat pour représenter cette société. En ce qui concerne la qualité de dirigeant social, le professeur HALLOUIN estime que « la théorie du mandat apparent n'a pas de place en matière de sociétés pour les actes accomplis au nom de la société »¹ parce que les tiers sont légalement informés de l'identité et des pouvoirs des dirigeants sociaux. Le professeur BARBIERI considère que les décisions par lesquelles la jurisprudence rejette le mécanisme du mandat apparent satisfont « au minimum de vigilance attendue habituellement de tout contractant »² de la société. Il existe donc une obligation, du moins, une possibilité pour les tiers de vérifier³ que la personne qui prétend agir au nom et pour le compte de la société a régulièrement un tel pouvoir.

320- Mais des arrêts reconnaissent depuis de nombreuses années que le mécanisme du mandat apparent peut s'appliquer en matière de sociétés lorsque les tiers ont été trompés par l'apparence qu'une personne avait régulièrement le pouvoir d'agir au nom

contractent avec la société peuvent se fier à l'apparence de régularité de la désignation de dirigeants sociaux dès lors que cette désignation a été régulièrement publiée.

¹ Cf. *Rev. sociétés* 1997, p. 113 et s. n° 7.

² Cf. J.-F. BARBIERI, *D.S.* 1997, *Somm. comm.*, 227 et *Rev. sociétés* 1997, p. 113 et s.

³ Le Pr. LE CANNU, *Bull. Joly* 1997, § 81, p. 219, relève cependant que le système de vérification qu'implique la publicité régulière des décisions relatives à la désignation des dirigeants sociaux est exagérément lourd pour les actes courants des sociétés commerciales, accomplis par les salariés de celles-ci. Il propose notamment de présumer que les salariés d'une société qui sont en rapport avec la clientèle ont le pouvoir de conclure les actes courants au nom de la société. D'autres auteurs pensent que la théorie de l'apparence légitime vaut en tout domaine, mais qu'elle a un caractère subsidiaire. Cf. GHESTIN,

d'une autre¹. Dans un arrêt rendu le 12 janvier 1993, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir estimé « qu'un entrepreneur de travaux à qui toute la correspondance litigieuse avait été adressée sur papier à en-tête d'une société, avait pu légitimement croire avoir contracté avec la société elle-même... »² Plus récemment, dans un arrêt rendu le 23 janvier 2007, la même juridiction affirme, qu'une personne peut invoquer la théorie du mandat lorsqu'elle a cru que la personne qui agissait au nom d'une société avait le pouvoir de représenter cette société³.

Dans les arrêts précédemment cités, la Haute juridiction admet que le mécanisme du mandat apparent peut être invoqué par une personne pour engager la société à raison des actes accomplis au nom et pour le compte de cette société par une personne qui n'en était pas le dirigeant de droit, ni n'avait le mandat de la représenter. La Cour de cassation accueille donc favorablement, mais sous des conditions restrictives, la théorie de l'apparence en matière de sociétés régulièrement constituées⁴, alors que les règles impératives de publicité relatives à la désignation des dirigeants sociaux et à l'étendue de leurs pouvoirs ont été respectées. Cette attitude permet de concilier la nécessité, d'une part, d'assurer la sécurité des tiers qui ont pu croire que la personne qui prétendait agir au nom

GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^e éd., L.G.D.J. 1997, n° 856 s.

¹ Cass. com., 25 mai 1959 : *Bull. civ.* III, n° 215, p. 191 ; Ass. plén. 13 déc. 1962, *Bull.* n° 2, *JCP.* 1963, II, 13105, note ESMEIN ; *D.* 1963, p. 277, note J. CALAIS-AULOY . CA Paris, 5 déc. 1953 : *D.*, 1954, 315 ; Cass. com. 29 oct. 1973, *Bull. civ.* III, n° 299, p. 267 ; C.A. Bordeaux, 5 oct. 1992, *Cahiers jurispr. Aquitaine*, 1993/2, n° C 440, p. 264, note B. SAINTOURENS. Cet arrêt décide que l'épouse du gérant d'une SARL, qui détient la moitié des parts de cette société, l'engage valablement en signant un contrat de location-vente de matériel de surveillance à distance, en qualité de mandataire apparent. Sur l'application de la théorie de l'apparence en droit des sociétés : C. PAGNON, " *L'apparence face à la réalité économique et sociale* ", *D.* 1992, *Chron.* 285 ; M. DE GAUDEMARIS, " *Théorie de l'apparence et sociétés* ", *Rev. sociétés* 1991, p. 465.

² Cass. com. 12 janv. 1993, *Bull. Joly*, 1^{er} mars 1993, n° 3, p. 340.

³ Cass. com. 23 janv. 2007, pourvoi n° 05-20973, *legifrance.gouv.fr*. En l'espèce, les juges du fond avaient retenu la responsabilité d'une banque à l'égard d'une société qui avait subi un préjudice du fait de l'exécution par cette banque des ordres passés par le directeur financier et homme de confiance du Président de cette société mais qui n'avait pas mandat de représenter celle-ci. La banque a donc invoqué le mécanisme du mandat apparent pour échapper à cette responsabilité. La Cour de cassation casse cette décision sous le visa de l'article 1985 du Code civil en affirmant « qu'une personne peut être engagée sur le fondement d'un mandat apparent lorsque la croyance du tiers aux pouvoirs du prétendu mandataire a été légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient ce tiers à ne pas vérifier lesdits pouvoirs ».

⁴ En revanche, dans les sociétés créées de fait, l'application de la théorie de l'apparence est très courante. Le créancier qui se prévaut de l'existence de la société doit rapporter la preuve d'une apparence globale de société sans avoir à démontrer la réunion de ses éléments constitutifs. Les tribunaux décident que la personne qui a créé à l'égard d'un tiers une apparence de société est tenue des obligations contractées envers ce tiers. Cf. Cass. com. 15 nov. 1994, *Rev. Sociétés*, 1995, p. 33 ; 29 mars 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 665 ; 3

et pour le compte de la société avait un mandat régulier et, d'autre part, de favoriser la rapidité des échanges en dispensant les cocontractants de la société de vérifier avant chaque acte, la réalité des pouvoirs du prétendu mandataire.

Le mécanisme du mandat apparent est souvent reconnu par les tribunaux¹ dans les groupes de sociétés. Le groupe de sociétés² se caractérise par l'existence d'un état de dépendance entre les différents membres. Il est constitué par plusieurs sociétés dépendantes les unes des autres ou placées sous la dépendance de l'une d'entre elles appelée société mère. En droit, les sociétés membres d'un groupe conservent chacune, comme toute société commerciale ou civile, leur pleine autonomie juridique³, quel que soit le degré de dépendance qui les lie entre elles ou à la société mère. La société membre du groupe n'est donc pas dirigée par une autre du même groupe ou par la société mère. Mais une société peut prendre l'apparence d'un mandataire, voire d'un dirigeant d'une autre. Les juges affirment qu'un tiers qui traite avec une société du groupe est fondé à demander le paiement de sa créance ou l'exécution d'une obligation à une autre société du groupe si la première société avec laquelle il a contracté avait l'apparence d'un mandataire de la seconde. Ainsi, dans un arrêt rendu le 23 septembre 2004, la Cour de cassation⁴ a approuvé la décision des juges du fond qui avait condamné sous astreinte la société Volvo Trucks France à produire des pièces détenues par une autre société du groupe des sociétés Volvo, au motif que la première était le mandataire apparent des autres sociétés du groupe Volvo.

321- Dans les groupes de sociétés⁵, la théorie de l'apparence constitue un moyen pour les juges d'atténuer les risques que l'application du principe de l'autonomie juridique fait courir aux créanciers des différentes sociétés membres du groupe. Son admission est un moyen de protéger les tiers contre toute tentative de ces sociétés, « de trouver dans la

novembre 1988, *Joly* 1989, p. 87. Sur la théorie de l'apparence en matière de société créée de fait, voir S. VACRATE, *op. cit.*

¹ C.A. Versailles, 21 avr. 2000, *Bull. Joly* 1^{er} oct. 2000, n° 10, p. 914 ; Aix-en-Provence, 18 juin 1975 : *RJ com.*, 1976, 95, n° 770, note J. CALAIS-AULOY ; Cass. ass. plén., 13 décembre 1962 : *JCP*, 1963, II, 13105, note ESMEIN.

² Pour reconnaître l'existence d'un groupe, la jurisprudence exige aussi une unité de direction qui fasse apparaître une politique commune visant à assurer la prééminence de l'intérêt du groupe.

³ Cass. com., 3 novembre 1988 : *BIS*, février-mars 1989, *Inf.* n° 15, qui a approuvé une cour d'appel condamnant un dirigeant à payer une dette qu'il prétendait à la charge du « groupe de sociétés ». A l'égard des sociétés du groupe, cette autonomie signifie que les membres du groupe jouissent de la pleine capacité.

⁴ Cass. civ. 2e ch. 23 sept. 2004, pourvoi n° 02-15782, *Bull. civ.* 2004, II, n° 428, p. 362. Décision attaquée : CA Versailles, du 10 avr. 2002.

⁵ Cf. J. CALAIS-AULOY, *op. cit.*

complexité des relations intragroupes une façon de se dégager de toute responsabilité »¹. Plus généralement, en matière de société, l'acceptation de la théorie de l'apparence vise à assurer la protection des personnes victimes d'une représentation erronée ou déformée de la réalité du pouvoir dans une société. Son application constitue une dérogation à la force probatoire des mesures de publicité des décisions de nomination des dirigeants sociaux. Dans la direction de fait, la théorie de l'apparence peut être invoquée pour reconnaître à ce mode de gestion de la société, les mêmes effets que la direction de droit car le dirigeant de fait prend l'apparence d'un dirigeant social régulier.

B- L'apparence d'un dirigeant social régulier

322- L'apparence désigne la vraisemblance d'une situation. Elle est de nature à induire en erreur les personnes auprès desquelles le dirigeant de fait exerce la gestion externe de la société. Les tribunaux admettent le mécanisme du mandat apparent pour décider qu'une société peut être engagée auprès des tiers par des actes accomplis par un dirigeant de fait au motif que celui-ci avait l'apparence d'un dirigeant régulier de cette société. Ces décisions doivent être examinées afin de préciser les éléments qui établissent que le dirigeant de fait prend l'apparence d'un dirigeant régulier de la société.

Dans une affaire jugée le 10 mars 1998 par la Cour de cassation², le mari de la gérante d'une société, avait été condamné, en qualité de dirigeant de fait, avec la gérante de droit, pour concurrence déloyale envers ladite société. Les juges du fond avaient justifié la qualification de dirigeant de fait en indiquant que l'intéressé s'était comporté comme un « dirigeant apparent ». La Cour de cassation approuve cette décision au motif que les juges du fond avaient relevé les éléments permettant d'établir la qualité de dirigeant de fait du mari de la gérante. La qualification de dirigeant de fait étant soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond, le conjoint de la gérante qui avait pris l'apparence d'un dirigeant régulier a pu être qualifié de dirigeant de fait par la Cour d'appel.

Dans une autre affaire jugée le 8 juillet 2003 par la Cour de cassation³, l'associé d'une société à responsabilité limitée contestait la décision de l'arrêt de la Cour d'appel de

¹ Cf. M. PARIENTE, note sous C.A. Versailles, 21 avr. 2000, *Bull. Joly* 1^{er} oct. 2000, n° 10, p. 914.

² Cass. com. 10 mars 1998, pourvoi n° 96-13.407, *legifrance.gouv.fr*.

³ Cass. com. 8 juill. 2003, pourvoi n° 00-18.250, *legifrance.gouv.fr*.

Rouen rendu le 29 juin 2000 qui l'avait condamné à contribuer à l'insuffisance d'actif de la société, en qualité de dirigeant social. Le pourvoi reprochait à la Cour d'appel de lui avoir attribué la qualité de dirigeant au motif que l'intéressé avait « pris l'apparence d'un dirigeant de droit » en signant l'acte de cession du fond de commerce, que cet acte mentionnait sa qualité de gérant de la société et que cet associé avait procédé à la déclaration de la cessation des paiements de la société alors que l'assemblée générale qui avait décidé de sa désignation en qualité de dirigeant social ne s'était jamais tenue et que cette nomination n'avait pas fait l'objet de publicité. Il sollicitait donc la cassation de cette décision au motif que n'ayant pas la qualité de dirigeant social, il ne pouvait pas être condamné à payer l'insuffisance d'actif. Mais dans l'arrêt rendu le 8 juillet 2003, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir attribué la qualité de dirigeant à cet associé en se fondant sur l'apparence de dirigeant de droit prise par l'intéressée et sur les actes de gestion effectivement réalisés par celui-ci. La Cour de cassation affirme donc que la qualité de dirigeant peut être reconnue à la personne qui en prend l'apparence en accomplissant en toute indépendance et autonomie des actes de gestion de la société alors que ce pouvoir ne lui a pas été régulièrement attribué¹.

Dans les affaires jugées le 8 juillet 2003 et le 10 mars 1998, comme dans d'autres espèces², les tribunaux établissent la qualité de dirigeant de fait d'une personne en relevant que l'activité de gestion exercée indûment par cette personne avait, pour les tiers, l'apparence de la régularité. Dans la mesure où la Cour de cassation approuve ces décisions des juges du fond, force est de reconnaître que l'apparence de la qualité de dirigeant de droit est, selon la jurisprudence, un élément de nature à justifier l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à la personne qui accomplit des actes de gestion de la société alors qu'elle n'a pas été régulièrement désignée en qualité de dirigeant social. En conséquence, le mécanisme de l'apparence peut être un élément de qualification de la direction de fait lorsque la personne qui n'a pas de pouvoir régulier de gestion de la société se comporte

¹ L'intéressé a été condamné à combler le passif social. La jurisprudence selon laquelle les dirigeants poursuivis ne peuvent se prévaloir de l'irrégularité de leur désignation pour échapper à leur responsabilité pécuniaire aurait aussi pu être invoquée pour condamner le dirigeant à combler le passif social, (Cass. com., 24 août 1981 : *Rev. sociétés*, 1981, 637, note HONORAT ; *JCP*, 1982, II, 19760, note VIANDIER).

² Cass. com. 21 mars 1995, pourvoi n° 93-13.132, *legifrance.gouv.fr*; cass. com. 16 févr. 1993, pourvoi n° 93-18.389, *legifrance.gouv.fr* ; Cass. com. 29 mai 1967, *Bull.* 1967, n° 212.

comme un mandataire social, au sens où ce terme vise la personne qui a le pouvoir d'exercer la gestion externe de la société.

323- La direction de fait et le mandat apparent ont en commun l'apparence de représentation d'une personne. Certes, dans les deux situations, l'étendue du pouvoir exercé n'est pas nécessairement la même, la direction de fait supposant un pouvoir général de décision dans la gestion interne et externe de la société alors que le mandat apparent peut caractériser la situation dans laquelle une personne a accomplis des actes de représentation d'une autre dans un domaine précis ne correspondant pas à la gestion externe de la société. Mais le dirigeant de fait et le mandataire apparent interviennent tous en représentation d'une autre personne alors que ce pouvoir ne leur a pas été régulièrement attribué. Leur pouvoir de représentation prend l'apparence de la régularité. Les faits qui établissent les qualités de dirigeant de fait et de mandataire apparent sont composés des mêmes éléments formel et matériel.

Au plan formel, le dirigeant de fait et le mandataire apparent n'ont pas le pouvoir régulier d'agir au nom et pour le compte d'une personne. Le premier n'a pas le pouvoir régulier de gérer l'intérêt commun des associés parce qu'il n'a pas été régulièrement désigné en qualité de dirigeant social. Quant au second, il n'a pas reçu « mandat ou procuration » « de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ». Les qualités de dirigeant de fait et de mandataire apparent supposent respectivement une absence de pouvoirs réguliers de gestion externe d'une société et de représentation d'une personne auprès des tiers.

324- L'élément matériel générateur des qualités de dirigeant de fait et de mandataire apparent s'apprécie à l'aune des actes réalisés par les personnes auxquelles ces qualités sont attribuées. Le dirigeant de fait et le mandataire apparent usurpent respectivement les pouvoirs que le droit attribue au dirigeant de droit et au mandataire. Le dirigeant de fait agit en violation des règles organisant l'exercice du pouvoir de gestion de la société. Quant au mandataire apparent, son action aussi s'accomplit au mépris du principe de l'autonomie de la volonté de la personne qu'il prétend représenter.

La direction de fait procède, comme le mandat apparent, d'une action spontanée accomplie par une personne au nom et pour le compte d'autrui. Concrètement, le dirigeant de fait d'une société est une personne qui se comporte et agit comme si elle avait le pouvoir de diriger cette société. Son attitude crée aux yeux des tiers une illusion quant à son aptitude à décider au nom de cette société et à la représenter. Elle introduit la vraisemblance de la qualité de dirigeant de droit, l'apparence d'un dirigeant social régulier. Ainsi, les tribunaux qualifient quasi-systématiquement de dirigeant de fait la personne qui a pris auprès des tiers, l'apparence d'un dirigeant social en exerçant la gestion externe de la société¹. L'apparence de la régularité du pouvoir de gestion externe est donc un élément essentiel de la qualité de dirigeant de fait, à l'instar de la qualité de mandataire apparent. Encore faut-il que cette apparence créée par le comportement du dirigeant de fait entraîne, dans l'esprit des tiers, la croyance que le pouvoir de représentation que ce dirigeant exerce lui a été régulièrement attribué.

§2- La croyance en la régularité de la direction

325- La croyance est, selon le dictionnaire *Le petit Robert*, l'action ou le fait de croire une chose vraie, vraisemblable ou possible. Elle est la confiance, le crédit accordé par une personne à autre ou à une situation. En droit, la théorie de l'apparence fait produire des effets à la croyance des tiers en la régularité des pouvoirs exercés par un mandataire apparent si ces tiers ont légitimement cru en la régularité des pouvoirs exercés. Le mécanisme du mandat apparent peut justifier le régime juridique de la direction de fait si les tiers croient légitimement que le pouvoir de représentation du dirigeant de fait est légitime. Les tribunaux établissent au cas par cas les **éléments constitutifs (A)** et le **caractère légitime de la croyance des tiers en la régularité des pouvoirs exercés (B)** par le dirigeant de fait dans la représentation de la société.

¹ Cf. *La gestion externe de la société et la qualité de dirigeant de fait*, supra n° 40 s.

A- Les éléments constitutifs de la croyance en la régularité des pouvoirs exercés

326- La croyance en une qualité ou en une réalité est fondée sur l'existence d'un élément matériel et d'un élément moral que l'on peut considérer comme des signes ou, selon l'expression du professeur SOURIOUX, comme « des marques »¹. Pour cet auteur, « les marques sont des éléments à la fois matériels et visibles dont la constatation relève du pouvoir souverain du juge du fait ». Elles établissent un rapport entre la situation qui les matérialise et une réalité juridique dont elles sont en principe l'émanation. Les marques peuvent donc être définies comme des éléments qui rendent crédible la croyance des tiers à la réalité illusoire.

La croyance que les pouvoirs de représentation exercés par le dirigeant de fait lui ont été régulièrement attribués est établie par divers éléments relatifs au statut de cette personne à l'égard de la société ou des associés et à son comportement. Il s'agit principalement de la qualité **d'associé**, de celle **d'ancien dirigeant de droit**, de **l'intensité des relations entre la société et un cocontractant** et de **la parenté ou de l'alliance** qui lie une personne à un associé ou un dirigeant de la société. Tous ces éléments n'ont cependant pas la même force de conviction.

327- La croyance en la régularité du pouvoir exercé par un dirigeant de fait en représentation d'une société peut résulter du **comportement d'un associé**, surtout majoritaire. La qualité d'associé majoritaire n'implique pas automatiquement celle de dirigeant social de droit ou de fait, ni même celle de mandataire de la société. Les tribunaux décident en effet que « la qualité d'associé, même **majoritaire**, n'emporte pas nécessairement celle de dirigeant de fait, car, elle ne peut être considérée en elle-même comme impliquant une participation effective à la gestion sociale »². Cependant, lorsqu'un associé majoritaire accomplit des actes de gestion de la société, les tiers sont prédisposés à croire qu'il est un dirigeant social régulier parce qu'il a, dans la société, une autorité alors que celle-ci découle de la position éminente que lui confère sa participation importante au

¹ Cf. J.-L. SOURIOUX, "La croyance légitime", *JCP*. 1982, I, 3058, n° 7 à 13.

² C. A. Paris, 19 sept. 1995, *RJDA* 1995, n° 1368, p. 1051 : refus d'attribuer la qualité de dirigeant de fait à l'époux d'une gérante de S.A.R.L. contre lequel il n'a pas été établi des actes de gestion impliquant un contrôle général sur le fonctionnement de la société ou un contrôle effectif des dirigeants de droit, hormis quelques actes de gestion isolés. V. aussi, Paris, 12 mars 1996, *Rev. sociétés* 1996, p. 596 ; C. A. Paris, 6 oct. 2000, *Bull. Joly* janv. 2001, § 6, p. 32 : le fait d'être associé même à 50% ne présume ni ne caractérise la direction de fait de la société. V. aussi *supra* n° 91 s.

capital social. Il en résulte que même si la qualité d'associé majoritaire n'est pas en elle-même un élément de la croyance en la qualité de dirigeant social de cet associé, l'influence qu'un tel associé a dans la société peut induire les tiers en erreur sur la réalité de ses pouvoirs, lorsqu'il accomplit des actes au nom et pour le compte de cette société. La qualité d'associé majoritaire est donc un élément qui participe à l'établissement de la croyance des tiers en la régularité du pouvoir de gestion exercé par cet associé, même lorsque ce pouvoir ne lui a pas été régulièrement attribué.

De même, un ancien **dirigeant** de droit d'une société peut être considéré par les tiers comme ayant toujours cette qualité lorsqu'il continue d'agir au nom et pour le compte de cette société. Les tiers sont enclins à croire qu'il a toujours le pouvoir d'agir au nom de cette société¹. L'ignorance des tiers sur la cessation des fonctions d'un ancien dirigeant est donc un élément qui entraîne leur croyance en la régularité des actes accomplis par cet ancien dirigeant de droit en représentation de la société.

328- La croyance qu'une personne a la qualité de dirigeant régulier d'une société résulte parfois de l'intensité des relations que cette personne entretient avec la dite société. Elle est plus vraisemblable lorsque la personne concernée collabore avec les organes de direction de la société. Il en est ainsi des cadres². Lorsque ces salariés accomplissent des actes susceptibles de lier la société envers d'autres personnes, celles-ci peuvent croire que les auteurs matériels de ces actes ont un pouvoir régulier de gestion externe de la société.

En revanche, lorsqu'il s'agit d'une personne extérieure à la société, professionnel libéral ou entreprise, sa position externe n'incite pas, *a priori*, à croire qu'elle est un dirigeant social régulier. Ainsi, la qualité de commissaire aux comptes d'une société n'est pas, par elle-même, de nature à faire croire aux tiers que l'intéressé a un

¹ L'ancien dirigeant social, devenu directeur technique salarié, qui a continué d'engager le personnel et de négocier les chantiers au nom de la société. Cf. Cass. crim. 12 sept. 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 268 p. 791.

² Cass. soc. 26 mars 2002, pourvoi n° 00-42.223, *Legifrance.gouv.fr* : qualité de dirigeant de fait reconnue au directeur technique et commercial qui était le père du gérant de la société et qui exerçait son activité sans recevoir de directive et sans être soumis au contrôle du dirigeant social. Cass. com. 1^{er} juill. 1997, n° 95-15.149, *Dict. perm. diff. entr.*, *Bull.* 162, p. 6906 : confirmation de la décision des juges du fond attribuant la qualité de dirigeant de fait au salarié qui avait la maîtrise de l'ensemble des sociétés du groupe et jouait un rôle actif au sein de celle qui a été déclarée en redressement judiciaire. Les juges du fond avaient relevé que l'intéressé avait continué de diriger la société même après la désignation d'un nouveau gérant.

pouvoir régulier de gestion externe de la société¹. Les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation², attribuent la qualité de dirigeant de fait à des personnes qui ne sont ni associées, ni salariées de la société, à condition, d'une part, que ces personnes aient exercé sans procuration, des fonctions liées à la direction de la société et, d'autre part, que ce comportement ait créé dans l'esprit des tiers, la croyance qu'elles avaient été régulièrement mandatées pour diriger la société. Ainsi, le fait qu'une personne ne soit pas associée ou salariée d'une société n'exclut pas *ipso facto* la croyance des tiers en sa qualité de dirigeant social car elle peut en avoir l'apparence lorsqu'elle exerce les pouvoirs que le droit attribue exclusivement aux dirigeants de droit dans la gestion externe de la société. Les tiers peuvent donc croire qu'une personne, interne ou externe à la société, a le pouvoir régulier de gestion de cette société lorsqu'elle se comporte, dans la représentation de celle-ci, comme un dirigeant social.

329- La croyance des tiers en la régularité du pouvoir de gestion exercé par une personne est aussi le résultat des relations qu'elle entretient avec les dirigeants sociaux ou les associés majoritaires. Dans un arrêt rendu le 22 décembre 1975, la Cour de cassation³ a approuvé les juges du fond d'avoir décidé qu'une société était fondée à croire à la qualité de mandataire social du frère du Président directeur général d'une société anonyme au motif qu'il ne faisait aucun doute pour la cocontractante que le prétendu mandataire ne pouvait qu'avoir été désigné par la société présidée par son frère pour exercer les pouvoirs de gestion externe de cette société et que l'on ne s'expliquait pas autrement qu'il ait pu être présent à une réunion à laquelle, dans l'hypothèse inverse, il n'avait pas à participer. Pour la Haute juridiction, la Cour d'appel a, par cette motivation, caractérisé la croyance légitime de la société tierce à la régularité du pouvoir exercé par le frère du dirigeant social de droit. Par cette décision, la Haute juridiction approuve les juges du fond d'avoir décidé que les liens entre le dirigeant de droit et la personne qualifiée de dirigeante de fait peuvent être un

¹ En outre, l'alinéa 1 de l'article L. 823-10 du Code de commerce interdit au commissaire aux comptes de s'immiscer dans la gestion des sociétés auprès desquelles il exerce ses fonctions. Cf. *La défense d'immixtion du commissaire aux comptes dans la gestion de la société*, n° 74 s.

² Cass. com. 19 déc. 1995, *Bull. civ. IV*, n° 307, p. 281 ; *Dr. affaires*, 1996, chron. p. 153 ; *Rev. sociétés* 1996, p. 347, note P. LE TOURNEAU. Cass. com. 17 oct. 1995, *Bull. civ. IV*, n° 246, p. 227 ; *D.* 1997, *Somm.* 57, 2^e espèce, obs. FERRIER : franchisé considéré comme le mandataire apparent du franchiseur à l'égard duquel il n'avait aucune autonomie.

³ Cass. com. 22 déc. 1975, *Bull. civ. IV*, n° 313, p. 261.

élément constitutif de la croyance du cocontractant de la société en la régularité des pouvoirs de gestion exercés par ce dirigeant de fait¹.

Dans une autre affaire jugée le 6 mars 2007 par la Cour de cassation², le concubin de la gérante d'une société avait passé commande de la fourniture et de la pose de stores sur le bâtiment dans lequel cette société exploitait un restaurant. La société a refusé de payer le fournisseur au motif que la commande avait été passée par une personne qui n'avait pas le pouvoir de l'engager auprès des tiers. Ayant été condamnée par les juges du fond³ à payer au fournisseur la somme correspondant à la commande, la société s'est pourvue en cassation.

Le pourvoi reprochait à la Cour d'appel d'avoir considéré que les seuls liens unissant la gérante de droit de la société au nom de laquelle la commande avait été passée et l'auteur de cette commande autorisaient le fournisseur à ne pas vérifier les limites du pouvoir de gestion externe exercé alors que ces liens étaient insuffisants à faire présumer mandataire social, l'auteur de la commande litigieuse. Mais la Cour de cassation rejette ce recours au motif que la Cour d'appel « a valablement déduit de l'existence de liens étroits et stables entre la gérante et l'auteur de la commande, une circonstance qui autorisait le tiers à ne pas vérifier la régularité du pouvoir exercé ».

Les arrêts précédemment évoqués démontrent que la croyance des tiers à la régularité des pouvoirs exercés par une personne qualifiée de dirigeante de fait peut être justifiée par l'étroitesse des relations entre cette personne et le dirigeant légal de la société ou l'associé majoritaire. Il s'agit en pratique des conjoints⁴, père⁵ ou fils des dirigeants légaux ou des associés majoritaires. Les tiers sont enclins à croire que le pouvoir que ces personnes exercent éventuellement leur a été régulièrement attribué par les associés ou par

¹ Voir aussi Cass. com. 29 oct. 1973, *Bull. civ.* III, n° 299, p. 267 ; C.A. Bordeaux, 5 oct. 1992 : l'épouse du gérant d'une SARL qui détient la moitié des parts de cette société, l'engage valablement en signant un contrat de location-vente de matériel de surveillance à distance, en qualité de mandataire social apparent., *Cahiers jurisprud. Aquitaine*, 1993/2, n° C 440, p. 264, note B. SAINTOURENS.

² Cass. com. 6 mars 2007, pourvoi n° 03-15072, *Legifrance.gouv.fr*.

³ CA Lyon, 16 janvier 2003.

⁴ Cass. com. 9 mars 1999, *Bull. civ.* IV, n° 57, p. 47.

⁵ Cass. crim. 12 sept. 2000, *Bull. crim.* 2000 n° 268, p. 791 : qualité de dirigeant de fait reconnue au père du gérant légal au motif qu'il exerçait au sein de la société les pouvoirs d'un cogérant. Il disposait de l'autorité et des moyens nécessaires pour embaucher et affecter les salariés sur les chantiers et pour assurer la sécurité de ces chantiers.

le juge. Cette croyance est fondée sur la confiance que les liens de parenté ou d'alliance instaurent entre les prétendus dirigeants sociaux et les dirigeants de droit ou les associés majoritaires. Plus généralement, le statut d'une personne ou les fonctions qu'elle exerce dans la société, les relations qu'elle entretient avec les dirigeants sociaux de droit ou les associés majoritaires de cette société sont des circonstances qui entraînent la croyance des tiers en la régularité des pouvoirs de gestion exercés par cette personne. Mais le droit n'accorde de protection aux personnes qui ont cru en une apparence que si cette croyance en l'attitude d'autrui est légitime.

B- Le caractère légitime de la croyance en la régularité des pouvoirs exercés

330- De jurisprudence constante, le mécanisme de l'apparence produit des effets si les tiers qui ont traité avec le mandataire apparent pouvaient légitimement croire qu'il avait le pouvoir d'engager la société. Cette position a été adoptée clairement par la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 13 décembre 1962¹ et relatif à l'application du mécanisme du mandat apparent dans les sociétés. Cet arrêt précise aussi les éléments qui caractérisent la croyance légitime des tiers en la régularité du pouvoir exercé par un mandataire apparent. Les mêmes éléments peuvent permettre, dans la direction de fait, de **caractériser la croyance légitime** des tiers en la régularité du pouvoir exercé par le dirigeant de fait.

Dans l'arrêt rendu le 13 décembre 1962, la Cour de cassation a approuvé la décision des juges du fond qui avait condamnée une banque, sur le fondement du mandat apparent, à respecter le cautionnement solidaire souscrit en son nom par son dirigeant, en faveur de l'Administration des Domaines, alors que ce dirigeant n'avait pas le pouvoir d'accomplir de tels actes. La Haute juridiction précise que « le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, même en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ces pouvoirs ». Selon cet arrêt, le caractère légitime de la croyance du tiers en la régularité des pouvoirs exercés par le prétendu mandataire est établi si le tiers pouvait être

¹ Cf. Ass. plén. 13 déc. 1962, *Bull. des arrêts Ass. plén.* 1962, n° 2 ; *JCP.* 1963, II, 13105, note ESMEIN ; *D.* 1963, p. 277, note J. CALAIS-AULOY. Rejet du pourvoi intenté par la banque contre l'arrêt de la CA

dispensé de vérifier la réalité des pouvoirs d'un tel mandataire¹. La croyance légitime est établie si les tiers ignoraient à juste titre que cette personne n'avait pas le pouvoir d'engager la société. Cette position est reprise par la jurisprudence.

Dans un arrêt rendu le 27 février 2001, la Cour de cassation² approuve les juges du fond d'avoir condamné une banque à payer un billet à ordre signé par son préposé au motif que le porteur de cet effet de commerce pouvait légitimement croire que ledit préposé avait le pouvoir d'engager la banque et que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ses pouvoirs. De même, un arrêt rendu le 9 mars 2007 par la Cour de cassation³ approuve les juges du fond d'avoir décidé qu'est libératoire, le paiement qu'un client a effectué entre les mains d'une société auprès de laquelle il avait commandé des produits fabriqués par une autre société au motif que la croyance de ce client à l'étendue des pouvoirs de la première société était légitime, les circonstances l'autorisant à ne pas vérifier les limites exactes de ces pouvoirs⁴.

Ainsi, selon la jurisprudence⁵, une personne peut légitimement croire que le pouvoir de représentation de la société exercé par une autre personne, en qualité de mandataire, est régulier si en raison des circonstances, la première personne pouvait s'abstenir de vérifier la régularité de ce pouvoir.

Poitiers, du 6 mai 1957. Cet arrêt a aussi une grande importance dans la justification du mécanisme de l'apparence en droit des sociétés. Cf. *supra* n° 317 s.

¹ V. J.-L. SOURIOUX, *La croyance légitime*, *JCP G* 1982. I. 3058, n° 5. Cet auteur définit la croyance légitime comme « une croyance à la fois vraisemblable et dispensée de vérification ».

² Cass. com. 27 févr. 2001, pourvoi n° 98-16374, *legifrance.gouv.fr*.

³ Cass. com. 9 mai 2007, pourvoi n° 05-16154, *legifrance.gouv.fr*.

⁴ Voir aussi, CA Toulouse, 2e ch., 11 mai 1994, Groupe Frey c/ Sté Sinso, *Bull. Joly*, 01 juillet 1995 n° 7-8, P. 662, note C. RIVIRE. Cet arrêt a décidé que si les sociétés commerciales liées entre elles par des participations ou des dirigeants communs conservent chacune leur pleine autonomie juridique et ne sont donc pas tenues de répondre des dettes les unes pour les autres, la société mère peut néanmoins se trouver engagée à l'égard d'un tiers de bonne foi, dès lors que la croyance de ce tiers envers son mandataire apparent a été légitimement accréditée par des éléments de fait objectifs et qu'il a été empêché, en temps opportun et du fait de cette société mère, de réclamer le paiement de sa dette à la société filiale.

⁵ Cass. civ. 3e ch., 15 déc. 2004, *Bull. civ.* III, n° 246, p. 220 : L'acceptation par une société des prix et conditions d'une vente de terres agricoles que le notaire instrumentaire lui avait notifiés, rend la vente parfaite, sauf à démontrer que la dite société ne pouvait pas légitimement croire que le notaire, officier public ministériel, chargé d'instrumenter et investi d'une mission légale d'information du prix, des charges, des conditions et modalités de la vente projetée, disposait des pouvoirs nécessaires pour engager le vendeur. Cass. civ. 29 avr. 1969, *D.* 1970, p. 23, note J. CALAIS-AULOY; *JCP.* 1969, II, 15972, note R. LINDON; *Jour. not.* 1969, 49288, p. 1202, note VIATTE : « si une personne peut être engagée sur le fondement d'un mandat apparent, c'est à la condition que la croyance des tiers au pouvoir du prétendu mandataire soit légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient les tiers à ne pas vérifier lesdits pouvoirs ».

331- Les circonstances qui caractérisent la croyance légitime en la régularité des pouvoirs exercés par le mandataire apparent peuvent aussi établir, dans la direction de fait, le caractère légitime de la croyance des tiers en la régularité des pouvoirs exercés par le dirigeant de fait. Comme dans le mandat apparent, ces circonstances sont relatives au comportement du dirigeant de fait¹. Dans un arrêt rendu le 10 mars 1998 et déjà examiné², la Cour de cassation³ a approuvé la décision des juges du fond qui avaient attribué la qualité de dirigeant de fait au mari de la gérante d'une société au motif que celui-ci se comportait comme un « dirigeant apparent ». En l'espèce, le caractère légitime de la croyance des tiers en la régularité des pouvoirs exercés par le dirigeant de fait résultait de l'accomplissement d'actes de gestion externe de la société tel la représentation de la société auprès de ses créanciers et la signature du courrier.

De même, dans l'affaire jugée le 8 juillet 2003 par la Cour de cassation⁴, les juges du fond avaient attribué la qualité de dirigeant de fait à l'associé d'une société à responsabilité dont l'activité avait induit les tiers en erreur sur la réalité de son pouvoir dans la gestion externe de la société. Cet associé avait signé l'acte de cession du fond de commerce en qualité de gérant de la société, qualité mentionnée dans cet acte. Il avait aussi procédé à la déclaration de la cessation des paiements de la société. Ledit associé se comportait donc comme « le dirigeant de droit » de la société car il accomplissait de manière répétée ou habituelle, des actes de gestion externe de cette société. Ces circonstances autorisaient les tiers à ne pas vérifier la régularité des pouvoirs exercés. Elles établissaient le caractère légitime de leur croyance en la régularité du pouvoir de gestion externe de la société exercé par cet associé. Elles justifiaient la qualité de dirigeant de fait attribuée à cet associé.

Ainsi, lorsqu'une personne accomplit habituellement des actes de représentation de la société⁵, les tiers peuvent légitimement croire que cette personne a un pouvoir régulier de gestion externe de la société. Le caractère habituel des actes de représentation de la société confère de la crédibilité à l'apparence de dirigeant social de la personne qui

¹ Cass. com. 13 déc. 1963 précité.

² Cf. *L'apparence d'un dirigeant social régulier*, supra n° 322 s.

³ Cass. com. 10 mars 1998, pourvoi n° 96-13.407, *legifrance.gouv.fr*.

⁴ Cass. com. 8 juill. 2003, pourvoi n° 00-18.250, *legifrance.gouv.fr*. Cf. supra n° 322.

⁵ Cass. com. 12 janv. 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 340, note J.-F. BARBIERI (utilisation du papier à en tête social).

réalise ces actes. Il autorise les tiers à ne pas vérifier la régularité des pouvoirs exercés par le dirigeant de fait même si les mesures de publicité relatives à la désignation des dirigeants sociaux ont été régulièrement accomplies. En réalité, les effets des mesures de publicité relatives à la désignation des dirigeants légaux peuvent être limités à l'égard des tiers par l'appréciation que les tribunaux font de la situation. En effet, les circonstances qui caractérisent la croyance légitime des tiers sont souverainement appréciées par les juges du fond, la Cour de cassation se réservant le pouvoir de contrôler leur valeur¹. La légitimité de l'erreur des tiers est établie lorsque les juges ont estimé que les tiers méritaient d'être protégé dans leur croyance, que leur erreur était excusable au vu du comportement de la personne qui exerce les pouvoirs de gestion externe de la société et des circonstances de l'espèce². Il en est ainsi lorsque les juges ont estimé que toute autre personne placée dans les mêmes conditions que la victime de l'erreur pouvait s'abstenir de vérifier la régularité des pouvoirs exercés et croire que la situation apparente correspondait à la réalité.

332- Il est tentant de conclure que la croyance légitime est une croyance « commune »³ car, comme l'affirme le Professeur LARROUMET, il ne semble pas y avoir de différence entre « l'erreur commune » et « l'erreur légitime ». Selon cet auteur « l'erreur commune suppose qu'elle aurait pu être commise par n'importe quelle personne se trouvant dans la même situation que le cocontractant du mandataire. Ce n'est qu'à cette condition qu'elle peut apparaître comme légitime »⁴.

¹ Cass. com. 27 juin 2000, *Bull. Joly*, 01 déc. 2000 n° 12, p. 1135, note Ph. DIDIER : Dès lors qu'il est établi que la signature figurant sur le document litigieux n'est pas celle du gérant qui avait, seul, le pouvoir d'engager la société et que les circonstances de l'espèce (remise d'une plaquette publicitaire de la SARL à un démarcheur de la société demanderesse) n'ont pu légitimement faire croire à la société à la réalité des pouvoirs du signataire d'engager la SARL, les parties n'étant pas en relations d'affaires constantes, l'action en paiement engagée par la société demanderesse doit être rejetée.

² Cf. J.-P. ARRIGHI sous Cass. com., 27 mai 1974, *D.* 1977, *J.* 421.

³ L'acceptation du mandat apparent a parfois été conditionnée par "l'erreur commune". La croyance en l'existence et en l'étendue du mandat devait donc être partagée par toute personne normalement raisonnable. Cass. civ. 30 nov. 1965, *JCP.* 1966, II, 14631, obs. R. L.; *D.* 1966, 449, note J. CALAIS-AULOY. Dans d'autres circonstances, la théorie du mandat apparent est reconnue sans aucune référence à l'adage "*error communis facit jus*". Cf. J. LEAUTE, *Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence*, *RTD civ.* 1947, p. 288 et s, spécialement, p. 289, n° 3.

⁴ Cf. Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. 3 : *les obligations, le contrat*, 6^e éd., Economica, 2007, n° 175, p. 150, note 1.

Mais pour reconnaître le mécanisme du mandat apparent, la jurisprudence¹ n'exige pas une « erreur commune » mais une « croyance légitime ». La croyance légitime est une croyance sincère c'est-à-dire une croyance de bonne foi² de la personne qui a cru. Aussi est-elle excusable. Elle est une erreur susceptible d'être justifiée en droit alors que l'erreur commune est celle qui est partagée par tous. Il n'est pas nécessaire que cette erreur soit commune ; il suffit que la croyance soit légitime pour justifier l'application de la théorie de l'apparence³. Il n'est pas non plus exigé que le tiers démontre que le pseudo mandant ou le prétendu mandataire a commis une faute délictuelle ou contractuelle⁴ pour que le mécanisme du mandat apparent soit retenu par le tribunal. Le droit positif français se distingue, sur ce point du droit belge. Dans celui-ci, l'application de la théorie du mandat apparent impose à la personne qui s'en prévaut de démontrer notamment que l'apparence doit pouvoir être imputée au prétendu mandant, dans le sens que celui-ci a, par son comportement ou par sa passivité et sans que cela ne soit nécessairement constitutif d'une faute, créé cette apparence⁵.

Dans la direction de fait, l'attitude de la société, à l'instar du comportement du mandant⁶, n'est pas une condition de reconnaissance de la direction de fait. Elle peut cependant accréditer la croyance en la régularité des pouvoirs du dirigeant de fait. Il en est ainsi lorsque la société a respecté les actes par lesquels le dirigeant de fait l'a engagée à l'égard des tiers. La croyance légitime des tiers à la régularité du pouvoir du dirigeant de fait résulte du comportement de ce dirigeant et de l'appréciation que les tribunaux font de son impact sur les tiers. La croyance légitime du tiers en la qualité de dirigeant social de la

¹ Ass. plén. 13 déc. 1962 ; Cass. civ. 29 avr. 1969 ; Cass. civ. 3e ch., 15 déc. 2004 ; Cass. com. 27 févr. 2001 ; Cass. com. 9 mai 2007 précités.

² Req. 9 févr. 1934 : S. 1934, 1, 143. La bonne foi se présume. Il appartient donc au mandant de démontrer que le tiers était de mauvaise foi au moment où il a prétendu contracter avec la société, c'est-à-dire qu'il savait que le mandat n'était pas réel ou que le mandataire dépassait ses pouvoirs. Cass. com. 17 juin 1997, *RJDA* 1997, n° 1341 : « il appartient au mandant d'établir que le tiers qui a traité avec son mandataire était informé de la révocation du mandat ».

³ Pour les professeurs Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit civil, contrats spéciaux*, 14e éd. 2001/2002, Cujas, n° 580, p. 371, note 2, « malgré les analogies que le mot apparence suggère avec la théorie du propriétaire apparent, il n'est pas nécessaire qu'à la bonne foi du tiers s'ajoute l'erreur commune ; il suffit que la croyance soit légitime ».

⁴ La condition relative à la faute a expressément été écartée par l'arrêt du 13 déc. 1962 précité.

⁵ C.A. Bruxelles, 5 mars 2005, *Dr. Banc. Fin.*, 2006/II, p. 82 ; C.A. Anvers, 12 janvier 2006, *Dr. Banc. Fin.*, 2006/II, p. 87 ; C.A. Anvers, 12 janvier 2006, *Dr. Banc. Fin.*, 2006/II, p. 91. Sur ce point, voir, O. POELMANS, *Chronique de jurisprudence européenne : responsabilité bancaire* (1ere partie), *Gaz. Pal.*, 11 sept. 2007, n° 254.

⁶ Cass. com. 13 déc 1962 précité.

personne qui exerce la gestion externe de la société suffit aux tribunaux pour reconnaître la direction de fait¹. Ainsi, à l'instar du mécanisme du mandat apparent, la direction de fait est une situation irrégulière fondée sur l'apparence. Celle-ci fait produire à la situation irrégulière, les effets de la situation régulière dont elle se rapproche. L'apparence peut justifier les effets que la direction de fait produit à l'égard des tiers.

Section II – La justification du régime juridique de la direction de fait

333- La théorie de l'apparence permet à la jurisprudence d'assurer, en matière de sociétés, la protection des personnes tierces qui ont cru contracté avec une société alors que la personne qui prétendait agir au nom de cette société n'avait que l'apparence d'un mandataire. Elle justifie donc les effets qui sont reconnus, en faveur des tiers, aux situations qui ont l'apparence de la régularité. Le mécanisme de la représentation apparente, plus particulièrement le mécanisme du mandat apparent, peut justifier, indépendamment de tout recours aux règles de la responsabilité civile délictuelle ou contractuelle², les effets que la qualité de dirigeant de fait produit en droit positif à l'égard des tiers car l'apparence est une source autonome d'obligations. La technique du mandat apparent constitue un fondement valable du **pouvoir de représentation exercé par le dirigeant de fait (§1)** et de **la responsabilité de la société envers les tiers à raison des actes du dirigeant de fait (§2)**.

§1- La justification du pouvoir de représentation exercé par le dirigeant de fait

334- L'exercice irrégulier d'un pouvoir de représentation relevant de la compétence des dirigeants sociaux doit être sanctionné par la nullité des actes accomplis. Telle est la conséquence logique que la conception institutionnelle de la société attache à l'exercice irrégulier du pouvoir de gestion externe de cette personne morale. Cependant, les actes de gestion de fait produisent à l'égard des tiers, les effets de la direction régulière. Le mécanisme du mandat apparent permet de justifier **la validité des actes du dirigeant de**

¹ Cf. *La gestion externe de la société et la qualité de dirigeant de fait*, supra n° 40.

² Cf. J.-L. SOURIOUX, *La croyance légitime*, JCP. 1982, I, 3058, spéc. n° 5 : l'auteur a plaidé pour la reconnaissance de l'autonomie de la croyance légitime par rapport à la croyance erronée ; A. BATTEUR, *La théorie du mandat apparent et la protection des tiers contractants*, *Petites affiches*, 26 avr. 1996, n° 51,

fait, à l'égard des tiers (A). Mais des incertitudes subsistent sur le sort des actes du dirigeant de fait qui dépassent les pouvoirs reconnus au dirigeant de droit. Aussi convient-il de déterminer les **actes du dirigeant de fait susceptibles d'engager la société envers les tiers (B).**

A- La validité des actes réalisés par le dirigeant de fait

335- Le mécanisme de la représentation apparente permet à un tiers de faire reconnaître qu'il a légitimement cru, en raison d'un ensemble de circonstances, en l'existence des pouvoirs d'une personne pour représenter une autre. L'intérêt de ce mécanisme pour les tiers est d'obliger la société à respecter les engagements souscrits en son nom et pour son compte par le prétendu mandataire social envers ces tiers. Conformément à l'arrêt rendu le 13 décembre 1962 par la Cour de cassation, « le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent... » par les actes réalisés en son nom et pour son compte par le prétendu mandataire, comme si le pouvoir exercé par celui-ci lui avait été régulièrement attribué. La Cour de cassation a précisé récemment, dans un arrêt rendu le 29 janvier 2008, que « le mandat apparent a pour seul effet d'obliger le mandant à exécuter les engagements pris envers les tiers par le mandataire apparent, mais non d'y obliger ce dernier »¹. Ainsi, le mandat apparent entraîne l'application de l'article 2009 du Code civil² à une représentation irrégulière. Cet article établit en faveur des tiers victimes de l'apparence, la validité des actes accomplis par le prétendu mandataire. Le mécanisme de l'apparence fait donc produire à la représentation irrégulière, les effets de la représentation régulière à l'égard des tiers.

336- En ce qui concerne la direction de fait, la jurisprudence reconnaît que les actes réalisés par le dirigeant de fait au nom et pour le compte de la société engagent cette dernière envers les tiers, malgré le caractère irrégulier du pouvoir exercé par ce dirigeant. Il convient d'apprécier la portée de cette jurisprudence pour démontrer la validité des actes réalisés par le dirigeant de fait.

p. 13 ; P.A. FORTIERS, *L'apparence, source autonome d'obligations, ou application du principe général de l'exécution de bonne foi*, *Journal des tribunaux*, Bruxelles, 7 octobre 1989.

¹ Cass. Com. 29 janv. 2008, pourvoi n° 06-20489, *legifrance.gouv.fr*.

² L'article 2009 du Code civil constitue une dérogation au principe énoncé par l'alinéa 2 de l'article 1998 du Code civil selon lequel, le mandant n'est pas tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement.

Dans certaines affaires, les tribunaux justifient expressément par la théorie de l'apparence la validité, à l'égard des tiers, des actes passés par le dirigeant de fait et leur opposabilité à la société. Dans un arrêt rendu le 15 juin 1999, la Cour de cassation a approuvé la décision de la Cour d'appel qui avait reconnu la validité d'un contrat de travail signé par le responsable d'exploitation d'une société, au motif que l'intéressé, qualifié de dirigeant de fait, avait, aux yeux des tiers, « l'apparence d'un mandataire social »¹. En l'espèce, la Haute juridiction reconnaît que les contrats signés par le dirigeant de fait, au nom et pour le compte de la société, lient cette dernière à l'égard des tiers qui ont cru que leur interlocuteur avait le pouvoir de représenter cette société.

Le même raisonnement est adopté dans l'arrêt rendu le 5 décembre 2000 par la Cour de cassation². En l'espèce, un associé avait négocié et obtenu au nom et pour le compte d'une société, un crédit de trésorerie versé au compte de cette société. Poursuivie en remboursement du crédit par le banquier prêteur, la société a refusé au motif que ledit associé n'avait pas le pouvoir de l'engager. Les juges du fond ont, en retenant la qualité de dirigeant de fait de cet associé, condamné la société à rembourser le crédit litigieux au motif que ledit associé avait eu l'apparence d'un mandataire social. La Cour de cassation approuve cette décision au motif que la Cour d'appel a pu déduire des circonstances qu'elle a relevées, que les tiers ont pu croire que l'associé était le gérant de la société. Cet arrêt reconnaît expressément que la société peut être engagée à l'égard des tiers par les actes passés par le dirigeant de fait parce que celui-ci a l'apparence d'un mandataire social.

Il résulte de ces arrêts que les tiers peuvent se prévaloir du mécanisme du mandat apparent pour exiger à la société de respecter les engagements pris en son nom par le dirigeant de fait. La théorie de l'apparence permet aux tribunaux de justifier expressément la validité des actes du dirigeant de fait à l'égard des tiers car en application de cette théorie, la représentation irrégulière produit, à l'égard des tiers, les mêmes effets que la représentation régulière.

337- Mais même dans les hypothèses où les tribunaux ne relèvent pas expressément que le dirigeant de fait a pris l'apparence d'un dirigeant de droit, la théorie de

¹ Cass. com. 15 juin 1999, *Bull. civ.* V, n° 282, p. 203.

² Cass. com. 5 déc. 2000, pourvoi n° 97-19.582, *legisfrance.gouv.fr*.

l'apparence permet de justifier les effets de la direction de fait à l'égard des tiers. En effet, les juridictions du fond, approuvées par la Cour de cassation, reconnaissent la validité des actes de gestion de fait au motif que les tiers ont cru en la qualité de dirigeant de la personne qui exerçait en toute indépendance et souveraineté, le pouvoir de gestion de la société¹. Cela démontre que la croyance légitime, élément en vertu duquel la théorie de l'apparence est appliquée en matière de sociétés, constitue le fondement de la validité des actes passés par le dirigeant de fait.

338- La direction de fait entraîne l'obligation pour la société de respecter les engagements pris en son nom par le dirigeant de fait. Tout se passe comme si la société avait régulièrement conféré au dirigeant de fait, le pouvoir d'exercer sa gestion externe et donc de la représenter auprès des tiers. Ainsi, par le fait volontaire de ce dirigeant et parce que les tiers ont cru en la régularité de son pouvoir, la société est engagée dans les liens d'un contrat. Le mandat apparent consacre donc l'existence d'un lien contractuel entre la société et le tiers contractant, alors qu'il n'y a pas eu accord de volonté. Cette situation rappelle le quasi-contrat². L'application du mécanisme de l'apparence dans la direction de fait instaure une situation quasi-contractuelle entre la société et le dirigeant de fait.

En raison de sa nature juridique et de son mécanisme identiques à ceux de la gestion d'affaire³, la théorie générale de l'apparence a déjà été rattachée aux quasi-contrats⁴ et le mandat apparent qualifié de quasi-contrat⁵. A l'instar de la gestion d'affaire, le mandat apparent est en effet établi dans le cadre d'un rapport tripartite⁶. Il en est de même de la direction de fait. Cette qualification quasi-contractuelle du mandat apparent influence la nature juridique des obligations de la société à l'égard des tiers auprès desquels le

¹ Voir aussi Cass. com. 19 nov. 2002, *RJDA* 2003, p. 229, n° 259 ; Cass. com. 12 févr. 2002, *RJDA* 2002, p. 651, n° 775 ; Paris 1^{er} juin 2001, *Dr. sociétés* 2002, n° 10, note D. VIDAL. CA. Paris, 3^e ch. B, 2 mai 2003, *Rev. sociétés* 2003, p. 574, *RJDA* 2004, n° 817, p. 763 : directeur salarié qui reçoit du gérant de droit une délégation de tous les pouvoirs statutairement conférés à la gérance (donc gérant de fait), est l'interlocuteur privilégié des fournisseurs et engage la société en signant des contrats.

² C. civ. art. 1371 : « *Les quasi-contrats sont des faits, purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties* ».

³ Le concept de gestion d'affaire caractérise la situation d'une personne, le gérant, qui gère sans en avoir été autorisée et de façon opportune, les affaires d'une autre personne appelée le géré ou le maître de l'affaire. Cf. C. civ. art. 1372.

⁴ Cf. M. BENABENT, dès la première édition de son manuel relatif aux droit des obligations. Cf. A. BENABENT, *Droit civil, les obligations*, éd. Montchrestien, 1987, n° 300.

⁵ A. BATTEUR, *Le mandat apparent en droit privé*, thèse Caen 1989, dactyl. n° 848 et s.

⁶ La théorie de l'apparence « suppose toujours une situation à trois personnes ». Cf. A. BENABENT, op. cit. n° 332. Il s'agit du titulaire réel du droit, du titulaire apparent et du tiers contractant.

mandataire apparent a représenté cette société. Elle doit également produire des conséquences dans la nature juridique des obligations de la société à l'égard des tiers auprès desquels le dirigeant de fait a engagé cette société. En effet, si le mécanisme de l'apparence est une justification du régime juridique de la direction de fait, la qualification quasi-contractuelle du mandat apparent doit conférer à l'obligation pour la société de respecter ou d'exécuter les actes passés par le dirigeant de fait, une nature contractuelle. Il en est ainsi parce que le quasi-contrat¹ instaure entre, d'une part, la personne au nom et pour le compte de laquelle une action a été réalisée mais sans son accord et, d'autre part, les tiers, les obligations qui résulteraient d'une relation contractuelle. Ainsi, les actes passés par le dirigeant de fait sont valables à l'égard de la société ainsi dirigée. Se pose alors simplement la question du critère des actes du dirigeant de fait qui peuvent engager la société envers les tiers.

B- Les actes du dirigeant de fait susceptibles d'engager la société envers les tiers

339- Ni la loi, ni la jurisprudence n'énumère les actes de gestion de droit ou de fait susceptibles d'engager la société à l'égard des tiers. Ne sont pas non plus précisées en droit positif, les conditions que doivent remplir les actes de gestion du dirigeant de fait pour être valables à l'égard des tiers. La doctrine aussi est muette sur ce sujet dont l'intérêt est accru lorsque le dirigeant de fait a accomplis des actes en dépassement des pouvoirs que le droit reconnaît au dirigeant institutionnel. En effet, des incertitudes subsistent sur la validité des actes accomplis par le dirigeant de fait au mépris des restrictions légales ou statutaires au pouvoir de direction.

Il est possible de déterminer les actes du dirigeant de fait susceptibles d'engager la société à l'égard des tiers. En effet, le mécanisme de la représentation apparente entraîne à l'égard des tiers, les effets de la représentation régulière. Ainsi, les actes par lesquels le dirigeant de fait peut engager la société envers les tiers sont ceux que le dirigeant de droit peut valablement accomplir. A ce sujet, une distinction, doit être établie entre les restrictions au pouvoir de gestion fixées par la communauté des associés ou les statuts et celles prévues par le législateur.

¹ Selon l'article 1371 du Code civil, « *Les quasi-contrats sont des faits, purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties* ». Voir *infra*, p. 383 s.

340- Les statuts peuvent restreindre le pouvoir du dirigeant de droit d'engager la société à l'égard des tiers. Dans cette hypothèse, la validité des actes passés par le dirigeant de fait dépend du type de sociétés.

341- Dans les sociétés où la responsabilité des associés est limitée à leurs apports, la société est engagée même par les actes de ses dirigeants qui ne relèvent pas de « l'objet social¹ 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 »². La protection accordée aux tiers est liée à leur bonne foi. La société ne peut donc pas être engagée à l'égard des tiers à la charge desquels il est prouvé qu'ils ont eu connaissance de la limite de l'objet social. Mais le législateur précise que les clauses statutaires limitant ce pouvoir des dirigeants sociaux d'engager la société sont inopposables aux tiers, « *peu important qu'ils en aient ou non connaissance* »³. Les actes du dirigeant de fait engagent donc la société envers les tiers même lorsqu'ils ont été accomplis en dépassement de l'objet social. Cette règle peut être transposée à la direction de fait car le mécanisme de l'apparence entraîne dans la direction de fait, les effets de la direction de droit envers les tiers. Ainsi, dans les sociétés où la responsabilité des associés est limitée à leurs apports, les actes de gestion de fait sont susceptibles d'engager la société envers les tiers même lorsqu'ils ont été accomplis en dépassement du pouvoir reconnu au dirigeant de droit par la communauté des associés. Mais les tiers peuvent se prévaloir de ces limitations lorsqu'ils y ont intérêt.

342- En revanche, dans les sociétés où les associés sont indéfiniment et solidairement responsables du passif social, les dirigeants de droit engagent la société à

¹ L'objet social est « le genre d'activité de la personne morale, la nature des opérations où elle va chercher la source des bénéfices escomptés » (CORDONNIER, *L'objet social*, D. 1952, chr., p. 172), « l'ensemble des activités déterminées par le pacte social, que la société peut exercer » (CHAPUT, *De l'objet des sociétés commerciales*, thèse dact. Clermont, 1973, p. 35), « l'entreprise pour laquelle la société se constitue » (LAMBERT-FAIVRE, *L'entreprise et ses formes juridiques*, RTD com. 1968, p. 974).

² C. com. art. L. 223-18, al. 5 pour les SARL ; L. 225-35, al.2 et L. 225-56 al. 2 pour les S.A. avec conseil d'administration ; L. 225-64, al 2 pour les S. A. avec directoire et conseil de surveillance ; L. 226-7 al. 2 pour les sociétés en commandite par actions.

³ C. com. art. L. 223-18, al. 6 pour les SARL ; L. 225-35, al. 3 et L. 225-56 al 3 pour les S.A. avec conseil d'administration ; L. 225-64, al 3 pour les S. A. avec directoire et conseil de surveillance ; L. 226-7 al. 3 pour les sociétés en commandite par actions. Cass. com. 2 juin 1992, *Bull. civ. IV*, n° 213; *JCP. 1992, IV*, 2240; *R.J.D.A.* 1992, n° 836, p. 682; *Bull. Joly* 1992, n° 307, p. 946, note P. LE CANNU, (art. L. 223-18 al. 6 du C. com.). CA Paris, 1^{er} ch. A, 15 déc. 1999, Assier de Pompignan c/M. du Buit, ès qual., *Bull. Joly* 2000, p. 327, note DAIGRE. Sur cette question, voir CHUNG-WU CHEN, *Apparence et représentation en droit positif français*, L.G.D.J., 2000, préf. J. GHESTIN, n° 159, 165 et s.

l'égard des tiers par des « actes qui entrent dans l'objet social »¹. Dans ces sociétés, la validité des actes de représentation de la société est définie en fonction de leur conformité à l'objet social. La société est donc engagée par les actes conformes à l'objet social même ceux que les statuts interdisent au dirigeant de droit d'accomplir car les clauses statutaires limitant les pouvoirs des dirigeants sont inopposables aux tiers². Dans la mesure où le dirigeant de fait a pris l'apparence d'un dirigeant de droit et que cette apparence a créé, dans l'esprit des tiers, la croyance légitime qu'il avait le pouvoir d'exercer la gestion externe de la société, celle-ci doit être tenue de respecter à l'égard des tiers, tous les actes de ce dirigeant de fait qui entrent dans l'objet social même lorsque ces actes violent les restrictions au pouvoir de gestion fixées par les statuts.

343- La validité des actes de représentation accomplis par le dirigeant de fait en violation des limites fixées par les statuts est déterminée selon les règles qui permettent de reconnaître la validité des tels actes lorsqu'ils ont été passés par le dirigeant de droit. Le mécanisme de l'apparence permet de justifier l'application des règles de la direction de droit à la direction de fait. Ainsi, les actes de représentation de la société accomplis par le dirigeant de fait en violation des limites fixées par les statuts conservent leur validité à l'égard des tiers car les clauses statutaires limitant les pouvoirs du dirigeant sont inopposables aux tiers. Dans cette hypothèse, la clause restrictive ne reçoit d'effet que dans le cadre interne à la société. La violation des restrictions au pouvoir de direction peut entraîner éventuellement la mise en jeu de la responsabilité du dirigeant de fait envers les associés ou envers la société.

344- Mais, en raison de leur nature et des risques d'atteinte à l'intérêt social qu'ils présentent, certains actes du dirigeant sont, notamment dans la société anonyme, soumis par la loi à autorisation du conseil d'administration¹. Il en est ainsi des avals, garanties et cautionnements signés par le dirigeant au nom et pour le compte de la société et en faveur des tiers. Pour éviter des atteintes graves à l'intérêt de la société ou pour empêcher le dirigeant de promouvoir un intérêt contraire à celui de la société, la jurisprudence décide que la société n'est pas engagée, même sur le fondement du mandat

¹ C. com. art. L. 221-5 al. 1 pour les S.N.C. et pour la SCS, par renvoi de l'art. L. 222-2.

² C. com. art. L. 221-5 al. 3 pour les S.N.C. et les S.C.S.

apparent, par les garanties accordées sans l'autorisation du conseil d'administration² car nul n'est sensé ignorer la loi. Ainsi, le créancier, même de bonne foi, ne peut pas se prévaloir de la théorie de l'apparence pour obtenir paiement par une société anonyme, d'une créance garantie par un cautionnement, lorsque ce cautionnement, signé par le président, n'a pas été préalablement autorisé par le conseil d'administration de cette société³. Corrélativement, les actes du dirigeant de fait qui violent les restrictions légales au pouvoir de direction ne peuvent pas engager valablement la société à l'égard des tiers car la jurisprudence n'applique pas le mécanisme de la représentation apparente à de tels actes.

345- La validité des actes de représentation accomplis par le dirigeant de fait est déterminée selon les règles qui permettent de reconnaître, dans une société, la validité de tels actes lorsqu'ils sont passés par le dirigeant de droit. La technique du mandat apparent permet, dans la direction de fait, de justifier ce raisonnement par analogie car ce mécanisme de l'apparence conduit à transposer à une situation irrégulière, les règles que le droit positif a définies pour la situation à laquelle les tiers ont légitimement cru. La représentation apparente produit ses effets dans le cadre et dans les limites des pouvoirs du représentant de droit. Ainsi, le dirigeant de fait peut engager la société envers les tiers par les mêmes actes et sous les mêmes conditions que le dirigeant de droit de cette société. Cette position est d'ailleurs celle adoptée par la jurisprudence. La Cour de cassation approuve les juges du fond de reconnaître que la société peut être engagée par les actes d'un dirigeant de fait, dès lors que celui-ci a exercé les pouvoirs reconnus au dirigeant de

¹ Ainsi l'article L. 225-35 alinéa 4 du Code de commerce dispose que « Les cautions, avals et garanties donnés par des sociétés autres que celles exploitant des établissements bancaires ou financiers font l'objet d'une autorisation du conseil dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat ».

² Cass. com. 26 mars 2008, pourvoi n° 07-11941, *legifrance.gouv.fr* : cassation d'un arrêt de la CA de Bordeaux du 21 novembre 2006 qui avait reconnu sur le fondement du mandat apparent, la validité d'un cautionnement donné au nom de la société, par le président du conseil d'administration de cette société, en vue de garantir l'emprunt contracté par une autre société, alors que les statuts réservaient au seul conseil d'administration le pouvoir d'accorder un tel cautionnement. V. aussi, Cass. com. 24 juin 2003, *Bull. civ. IV* n° 109 p. 118 ; Cass. com. 22 mai 2001, *Bull. civ. IV* n° 99 p. 92. Sur les contrats signés par la société avec un dirigeant : Cass. com. 20 nov. 2007, pourvoi n° 06-18621, *legifrance.gouv.fr* : cassation de l'arrêt qui avait reconnu la validité du bail par lequel le président du conseil d'administration d'une S.A. avait, sans l'autorisation préalable du conseil d'administration, loué à cette société un local à usage commercial au motif que la société ayant exécuté le bail pendant trois ans, elle ne pouvait plus invoquer la nullité de ce bail au motif qu'il avait été conclu sans l'autorisation du conseil d'administration ; Cass. com. 12 déc. 2006, pourvoi n° 04-20839, *legifrance.gouv.fr* : annulation d'un contrat de fournitures conclu entre la société et son dirigeant, sur le fondement de l'article L. 225-38 du Code de commerce, pour défaut d'autorisation préalable du conseil d'administration.

³ CA Paris, 15e ch., sect. B, 8 décembre 1995, Cabinet Dugois c/ Sté nouvelle ACP, n°94/17140, *Bull. Joly*, 01 mars 1996 n° 3, p. 199 :

droit¹. Ce raisonnement permet d'éviter que le dirigeant de fait n'ait, dans la représentation de la société, plus de pouvoir que le dirigeant de droit alors que seul ce dernier a été régulièrement choisi pour conduire les affaires sociales.

Le mécanisme de la représentation apparente permet de reconnaître à l'égard des tiers, la validité des actes accomplis par le dirigeant de fait d'une société, comme si ces actes avaient été réalisés par le dirigeant de droit de cette société. Il entraîne la responsabilité de la société à raison de la direction de fait.

§2- La justification de la responsabilité de la société à raison de la direction de fait

346- La faute intentionnelle de la société est celle qui a été commise de manière délibérée par le représentant légal de cette société, au nom et pour son compte de celle-ci. Il en est ainsi lorsque le dirigeant de droit commet des actes de contrefaçon en faisant exploiter par la société qu'il gère, des marques appartenant à une autre société sans que celle-ci n'ait donné son autorisation à cette exploitation. La faute intentionnelle de la société peut résulter des actes réalisés par le dirigeant de fait. Il en est ainsi **en matière d'assurances (A)** alors que des incertitudes subsistent **en matière pénale (B)** sur la possibilité d'imputer à la société la faute du dirigeant de fait.

A- L'imputation de la faute du dirigeant de fait à la société en matière d'assurances

347- La faute intentionnelle de la société résulte des actes accomplis en son nom par les personnes habilitées à la diriger ou à la représenter. Dans la direction de fait, les actes de gestion de fait sont imputables à la société. En matière d'assurance, la faute intentionnelle de la société peut être établie par les actes de gestion de fait. Le mécanisme du mandat apparent permet de justifier l'imputabilité de la faute du dirigeant de fait à la société.

¹ Voir aussi Cass. com. 19 nov. 2002, *RJDA* 2003, p. 229, n° 259 ; Cass. com. 12 févr. 2002, *RJDA* 2002, p. 651, n° 775 ; Paris 1^{er} juin 2001, *Dr. sociétés* 2002, n° 10, note D. VIDAL. CA. Paris, 3^e ch. B, 2 mai 2003, *Rev. sociétés* 2003, p. 574, *RJDA* 2004, n° 817, p. 763 : directeur salarié qui reçoit du gérant de droit une délégation de tous les pouvoirs statutairement conférés à la gérance (donc gérant de fait), est l'interlocuteur privilégié des fournisseurs et engage la société en signant des contrats.

348- L'article L. 113-1, alinéa 2, du Code des assurances dispose que « l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ». Lorsque l'assuré est une société, cette disposition empêche ladite société d'obtenir le remboursement par l'assureur des pertes et dommages qu'elle a subis et qui ont été occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de cette société elle-même. La difficulté est de déterminer les personnes dont les fautes sont susceptibles d'être imputées à la société puisque celle-ci, comme toute personne morale, ne peut pas agir que par l'intermédiaire de représentants de droit ou de fait. En principe, les fautes imputables à la société sont celles commises en son nom et pour son compte par ses représentants légaux.

Mais, la Cour de cassation a décidé, dans un arrêt rendu le 6 avril 2004, que lorsqu'un contrat d'assurance est souscrit au nom d'une personne morale, la faute intentionnelle au sens de l'article L. 113-1, alinéa 2 du Code des assurances, s'apprécie en la personne du dirigeant de droit ou de fait de cette société¹. En l'espèce, un incendie avait détruit l'immeuble loué par une société. Le propriétaire de l'immeuble a été indemnisé par son assureur du dommage que cet incendie lui avait causé. Exerçant son recours subrogatoire, l'assureur du propriétaire a recherché la garantie de la compagnie auprès de laquelle la société locataire avait souscrit une assurance de responsabilité couvrant le risque d'incendie. Pour dénier sa garantie sur le fondement de l'article L. 113-1, alinéa 2, du Code des assurances, cette compagnie a fait valoir que les dommages dont l'indemnisation était réclamée avaient pour origine la faute intentionnelle du fils du gérant de la société, condamné pénalement pour complicité d'incendie volontaire. Les juges du fond lui ont donné raison et débouté l'assuré de sa demande d'indemnisation en retenant que la faute génératrice du dommage causé à l'immeuble avait été définitivement reconnue comme intentionnelle par une décision dont l'autorité s'imposait à la juridiction civile et que cette faute était bien celle d'un assuré au sens de l'article L. 113-1 du Code des assurances. L'assureur de la société s'est pourvu en cassation.

Le pourvoi reprochait aux juges du fond d'avoir reconnu le droit de l'assureur de ne pas indemniser l'assuré sur le fondement de l'article L. 113-1, alinéa 2 du Code des

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 6 avr. 2004, pourvoi n° 01-03494. *Revue Générale du Droit des Assurances*, 01 avr. 2004 n° 2004-2, P. 370.

assurances, alors, d'une part, que l'auteur de la faute intentionnelle à l'origine du préjudice n'était pas le dirigeant de la société et, d'autre part, que la faute intentionnelle au sens du texte susvisé, n'exclut de la garantie due par l'assureur à l'assuré, condamné pénalement, que le dommage que cet assuré a recherché en commettant l'infraction. Ce moyen reprochait donc à la Cour d'appel de ne pas avoir démontré que le dommage dont l'indemnisation était réclamée avait été causé par la faute intentionnelle de l'assurée elle-même, c'est-à-dire la société.

La Haute juridiction casse cet arrêt au motif que la Cour d'appel, après avoir constaté que l'auteur de la faute intentionnelle n'était pas le gérant de la société, a déclaré que la compagnie d'assurance était fondée à opposer au demandeur l'exclusion de garantie prévue par l'article L. 113-1, alinéa 2 du Code des assurances, sans rechercher si l'auteur de l'incendie n'était pas, pour autant, le dirigeant de fait de l'assurée et sans établir que le dommage dont l'indemnisation était réclamée correspondait à celui que la société aurait intentionnellement recherché.

349- Cet arrêt présente un grand intérêt en ce qu'il affirme que « la faute intentionnelle de la société au sens de l'article L. 113-1, alinéa 2, du Code des assurances, s'apprécie en la personne du dirigeant de droit ou de fait ». Certes, il est prématuré de se prononcer sur la pérennité de cette position tant qu'elle n'aura pas été confirmée par d'autres arrêts de la Cour de cassation. Toutefois, cet arrêt montre que la recherche de la faute intentionnelle imputable à la société n'est plus cantonnée aux actes accomplis par ses dirigeants ou représentants institutionnels mais englobe aussi les actes réalisés par les dirigeants de fait. Ainsi, la faute intentionnelle du dirigeant de fait peut être imputée à la société alors même que le dirigeant de fait n'a pas été régulièrement désigné pour agir au nom et pour le compte de la société.

Mais, au regard de la condition relative à la représentation de la société, la décision rendue par la Cour de cassation le 6 avril 2004 trouve ses limites. En effet, dans cette affaire, le lien n'est pas établi entre l'acte consistant à incendier l'immeuble et la représentation de la société. Il y a certes eu faute intentionnelle de l'auteur de l'incendie mais cette faute n'a pas été commise au nom ni pour le compte de la société. Elle ne

pourrait donc pas être imputée à la société, même si la qualité de dirigeant de fait était attribuée à son auteur.

En revanche, la faute du dirigeant de fait peut être imputée à la société lorsque cette faute a été commise en représentation de cette société, c'est-à-dire lorsqu'elle résulte d'actes accomplis au nom et pour le compte de la société.

350- Même si le mécanisme de l'apparence a pour objet la protection des intérêts des tiers trompés par l'apparence, il n'en demeure pas moins qu'il peut aussi servir de fondement à la détermination des relations entre le mandant et le mandataire. En ce sens, ce mécanisme est de nature à justifier l'imputabilité des actes du dirigeant de fait à la société car il fait produire aux relations entre cette société et le dirigeant de fait, les effets qui existent entre le dirigeant de droit et la société. Ainsi, parce qu'elle a l'apparence d'une activité de représentation de la société, la direction de fait est imputable à la société. Corrélativement, la faute intentionnelle commise par le dirigeant de fait au nom et pour le compte de la société est imputable à celle-ci. Cette faute peut même recevoir une qualification pénale.

B- L'imputation de la faute du dirigeant de fait à la société en matière pénale

351- La loi du 22 juillet 1992 *portant réforme des dispositions générales du Code pénal*¹ a introduit dans le nouveau Code pénal² le principe de la responsabilité pénale des personnes morales³ à l'exception de l'Etat. Selon l'article 121-2, alinéa 1 de ce Code, les personnes morales sont responsables pénalement des infractions commises, « pour leur compte », par leurs organes ou représentants. En application de cette disposition, seules les actes de gestion réalisés par les dirigeants et représentants institutionnels de la société et pour le compte de celle-ci peuvent entraîner la responsabilité pénale de cette société. La faute pénale de la société est donc recherchée exclusivement dans les actes des dirigeant de

¹ Loi n° 92-683, *J.O.* n° 169, 23 juill. 1992, p. 9864.

² Code pénal en vigueur depuis le 1^{er} mars 1994.

³ Auparavant, le droit français se caractérisait par une irresponsabilité pénale des personnes morales affirmée par la jurisprudence, avec toutefois des exceptions d'origine légale. Cass. crim., 8 mars 1883, *DP* 1884, I, p. 428, affirmant que « l'amende..., étant personnelle comme toute peine..., ne peut être prononcée contre une société commerciale, être moral, laquelle ne peut encourir qu'une responsabilité civile » ; Cass. crim., 26 nov. 1963, *Gaz. Pal.* 1964, I, p. 189. Sur ce point, voir Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et sociétés*, 12e éd. août 2003, n° 194 ; B. BOULOC, *La responsabilité pénale des entreprises*, *Rev. int. dr. comp.*, 1994, p. 669 ;

droit. En réalité, tout dépend du sens accordé aux termes « organes » et « représentants ». S'agit-il des dirigeants et représentants institutionnels ou au contraire de toute personne qui agit au nom et pour le compte de la société même sans un mandat régulier ?

Les règles de droit pénal sont d'interprétation stricte. Elles ne doivent donc pas être interprétées de manière extensive. Toutefois en matière pénale, la jurisprudence a, par le passé, raisonné par analogie pour soumettre le dirigeant de fait à des règles de droit pénal qui ne visaient que les dirigeants de droit. Ainsi, dans le domaine de l'hygiène et de la sécurité des travailleurs, la jurisprudence a étendu au dirigeant de fait, la responsabilité pénale prévue pour le dirigeant de droit pour inobservation des dispositions légales et réglementaires relatives à la protection de l'hygiène et de la sécurité des travailleurs¹. Dans cette matière, la faute pénale de la société peut résulter aussi bien des actes du dirigeant de droit que de ceux du dirigeant de fait. Le législateur n'est intervenu que le 10 juillet 2000 avec la loi *tendant à préciser la définition des délits non intentionnels*² pour ouvrir légalement la possibilité de sanctionner les dirigeants de fait sur le fondement des dispositions relatives à la protection de l'hygiène et de la sécurité des travailleurs. Par conséquent, il n'est pas exclu qu'en application de l'article 121-2 alinéa 1 du Code pénal, la jurisprudence devance une fois de plus le législateur et décide d'appréhender la faute pénale de la société en prenant en considération les actes commis par le dirigeant de fait pour le compte de la société.

Mais, reconnaître que les actes du dirigeant de fait peuvent établir la faute pénale de la société peut être injuste. En effet, dans de nombreuses hypothèses, la société subit la direction de fait plus qu'elle ne l'approuve. Dans ces conditions, elle est victime plutôt que coupable des agissements du dirigeant de fait. Toutefois, il convient aussi d'éviter qu'une société ne profite impunément des actes délictueux d'un dirigeant de fait ou n'utilise les services d'un dirigeant de fait pour réaliser des actes délictueux et échapper ainsi à la responsabilité pénale de ces actes. Il peut donc être utile d'appréhender la faute

¹ Cass. crim., 22 mai 1973, *Bull. crim.*, n° 230 p. 548 ; Cass. crim. 30 juin 1998, *Bull. crim.* 1998, n° 210, p. 602 ; *JCP.* 1999, p. 691, note J.-Y. CHEVALLIER ; A. COURET, *La responsabilité en droit pénal du travail : continuité et rupture*, *Rev. sc. crim.* 1992, p. 477 ; H. SEILLAN, *L'obligation de sécurité du chef d'entreprise*, *D.* 1981, p. 250.

² Loi n° 2000-647, J.O. 11 juill. 2000, p. 10484. J.-D. NUTTENS, *La loi Fauchon du 10 juillet 2000 ou la fin de la confusion de la faute civile et de la faute pénale d'imprudence*, *Gaz. Pal.* 4-5 oct. 2000, p. 7.

pénale de la société dans les actes d'un dirigeant de droit ou de fait, accomplis en représentation de la société.

352- Le mécanisme de la représentation apparente permet de justifier l'obligation pour la société de respecter, à l'égard des tiers, les actes de la direction de fait. En tant que personne morale, la société peut répondre sur le fondement contractuel, de l'inexécution des actes par lesquels le dirigeant de fait l'a engagée à l'égard des tiers. Cette responsabilité civile de la société à l'égard des tiers doit, en vertu du mécanisme du mandat apparent, être soumise aux mêmes conditions que la responsabilité du mandant. Le mécanisme de la représentation apparente justifie aussi l'imputabilité à la société des fautes commise par le dirigeant de fait dans la représentation de la société.

Mais, même si des similitudes existent entre la direction de fait et le mécanisme de la représentation apparente, celui-ci a des effets limités aux relations entre le prétendu représenté et les tiers. Il a pour objectif d'assurer à l'égard des tiers, la validité des actes accomplis par une personne, au nom et pour le compte d'une autre sans que cette dernière ne lui ait donné mandat. Il en résulte que la justification du régime juridique de la direction de fait par le mécanisme de l'apparence est limitée aux effets que ce mode de gestion de la société produit à l'égard des tiers.

Or, les effets de la direction de fait ne sont pas restreints aux relations entre la société et les tiers. Ils s'étendent aux rapports entre, d'un côté, le dirigeant de fait et de l'autre, la société et les tiers. Ainsi, même si le mécanisme de la représentation apparente est séduisant en ce qu'il apporte une explication aux règles de droit qui régissent les actes par lesquels une personne agit, sans mandat régulier, au nom et pour le compte d'une autre, ses effets sont trop restrictifs pour englober ceux de la direction de fait. La technique du mandat apparent est donc impropre à justifier à elle seule le statut du dirigeant de fait, que la société soit *in bonis* ou en difficulté. Dès lors, le fondement de ce statut doit être recherché dans une institution susceptible d'être assimilée à la direction de fait tant en ce qui concerne ses éléments constitutifs que son régime juridique.

Chapitre II- La direction de fait : une application de la théorie du quasi-contrat ?

353- Il n'est pas facile de justifier le régime juridique appliqué au dirigeant de fait, en raison du silence du législateur et de la doctrine. La diversité des règles qui composent ce régime juridique ajoute à la difficulté car, elle empêche de trouver dans les institutions classiques du droit civil ou du droit commercial, le fondement juridique de la direction de fait d'une société.

Le régime juridique du dirigeant de fait se caractérise par une assimilation de ce dirigeant au dirigeant de droit, au mépris des règles institutionnelles qui organisent les pouvoirs dans la société. Cette assimilation fait produire à l'activité objectivement illicite que constitue la direction de fait, les effets de la direction légale. Ainsi la direction de fait ne peut pas être classée parmi les sources d'obligations que constituent les délits et les quasi-délits, c'est à dire les faits accomplis en violation de normes de comportements édictées par le législateur ou dégagées par la jurisprudence. Le régime juridique du dirigeant de fait est également marqué par le rejet de la conception contractuelle de la société car, dans la direction de fait, des pouvoirs de gestion de la société sont reconnus à une personne qui n'a pas été régulièrement choisie comme dirigeant social par la société ou la communauté des associés. En l'absence d'accord préalable de volontés entre le dirigeant de fait et la société ou les associés, la direction de fait ne peut pas être considérée comme un contrat.

Les caractères contractuel et institutionnel de la société justifient les pouvoirs que le droit positif attribue à la personne qui exerce la direction d'une société en vertu d'une désignation régulière. La responsabilité que le dirigeant de droit assume est la conséquence de la violation de ses obligations à l'égard de la société, des associés ou des tiers. Elle est fondée sur la notion de contrat, lorsque le dirigeant n'a pas respecté une obligation conventionnelle ou sur la notion de délit ou de quasi-délit, lorsque le dirigeant a méconnu des règles qui lui sont imposées en raison du caractère institutionnel de la société¹. En revanche, l'efficacité ou la validité des actes objectivement illicites accomplis

¹ Cf. B. PETIT et C. ROBBEZ-MASSON, *Le statut du chef d'entreprise*, éd. Liaisons 1994, n° 178 et s.

par ce dirigeant et les obligations qui pèsent sur celui-ci ne peuvent être justifiées par la conception contractuelle ni par la conception institutionnelle de la société.

354- Globalement, l'assimilation du dirigeant de fait au dirigeant de droit est une situation qui présente de nombreuses similitudes avec le sort qui, en droit positif, est réservé aux faits juridiques qui ne sont ni des délits ou des quasi-délits, ni des contrats : les quasi-contrats. Il est donc très tentant, pour justifier l'assimilation du dirigeant de fait au dirigeant de droit, d'analyser la direction de fait comme une application de la théorie du quasi-contrat.

L'examen de la notion de quasi-contrat s'impose afin de vérifier si cette notion peut servir de fondement au statut du dirigeant de fait. Selon l'article 1371 du Code civil, « les quasi-contrats sont des faits, purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties »¹. Traditionnellement, trois types de quasi-contrat sont reconnus en droit positif : la gestion d'affaires, le paiement de l'indu et l'enrichissement sans cause. Le concept de gestion d'affaire caractérise, selon l'article 1372 du Code civil², l'action d'une personne, le gérant, qui gère sans en avoir été autorisée et de façon opportune, les affaires d'une autre personne appelée le géré ou le maître de l'affaire³. Le gérant d'affaires n'agit pas en son nom, ni pour son compte mais au nom et pour le compte du géré. Il intervient en représentation d'une autre personne. Le paiement de l'indu est prévu par l'article 1376 du

¹ Sur la notion de quasi-contrat, voir H. VIZIOZ, *La notion de quasi-contrat, étude historique et critique*, thèse, Bordeaux, 1912 ; M. DOUCHY, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Economica, 1997, préf. A. SERIAUX ; H. CHANTELOUP, *Les quasi-contrats en droit international privé*, LGDJ, « Bibl. dr. privé », 1998, préf. M.-L. NIBOYET ; J. HONORAT, *Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel*, *RTD civ.*, 1969, 653 ; Ph. LE TOURNEAU, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Quasi-contrat* ; R. BOUT, *J.-Cl. Notarial*, v° *Quasi-contrats*, art. 1372 à 1375 ; M. LECENE-MARENAUD, *Le rôle de la faute dans les quasi-contrats*, *RTD civ.*, 1994, 515. Sur l'histoire des quasi-contrats, J.-Ph. LEVY, *Histoire des obligations*, Litec, Les Cours du droit (licence), 1995, 105 ; J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, « Droit fondamental », 1^{ère} éd., 1992, n° 14 ; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, Thémis, « Droit privé », 2004, n° 370.

² Art. 1372 du *C. civ.* : « Lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore, celui qui gère contracte l'engagement tacite de continuer la gestion qu'il a commencée, et de l'achever jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même ; il doit se charger également de toutes les dépendances de cette même affaire ». Al. 2 du même article : « Il se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire ».

³ Sur la gestion d'affaires, voir ; F. GORE, *Rep. civ. Dalloz*, v° *Gestion d'affaires*, n° 120 ; CARREZ, *La gestion d'affaires en droit civil français* ; R. BOUT, *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, thèse Aix, 1972 ; Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, thèse Paris II, 2000, n° 443 et s.

Code civil¹ et désigne le mécanisme par lequel une personne qui a payé volontairement ce qu'elle ne devait pas est autorisée, par le législateur, à en réclamer la restitution au bénéficiaire, c'est-à-dire la répétition². Quant à l'enrichissement sans cause, il constitue un type de quasi-contrat introduit par la jurisprudence à partir du célèbre arrêt « Boudier » rendu par la Cour de Cassation³ en application du principe d'équité qui interdit de s'enrichir injustement au détriment d'autrui. Il permet à une personne qui a procuré à une autre un avantage que ne justifie aucune cause légale ou contractuelle de réclamer à cette dernière personne une indemnité correspondant au profit injustement perçu⁴. L'action visant à rétablir l'équilibre rompu par l'enrichissement sans cause est appelée *action de in rem verso*.

Ainsi, dans sa conception classique, la notion de quasi-contrat ne vise pas les faits constitutifs de la direction de fait d'une société. Mais, la notion de quasi-contrat évolue. Elle recouvre une acception nouvelle plus large que l'acception classique et susceptible d'intégrer la direction de fait. Celle-ci peut donc **être qualifiée de quasi-contrat (section I). La théorie du quasi-contrat permet de justifier le régime juridique de la direction de fait (section II)** et, incidemment, le statut du dirigeant de fait.

Section I- La qualification de la direction de fait en quasi-contrat

355- Dans la conception classique, la gestion d'affaires, le paiement de l'indu et l'enrichissement sans cause ont, au-delà des particularités de chacune de ces situations, des

¹ C. civ. art. 1376 : « Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu ».

² Sur le paiement de l'indu, voir : I. DEFRENOIS-SOULEAU, *La répétition de l'indu objectif*, *RTD civ.*, 1989, 243 ; R. LENOAN, *Du recours du véritable créancier contre celui qui a reçu indûment un paiement à sa place*, *RTD civ.*, 1923, 925 ; PERRUCHOT-TRIBOULET, *L'indu à trois*, *RTD civ.*, 2003, 427 ; R. THUNHART, *Le paiement de l'indu en droit comparé français, allemand, autrichien et suisse*, *RID comp.*, 2001, 183.

³ Cass. req. 15 juin 1892, *S. 1893, I*, p. 281, note LABBE ; *D.* 1892, 1, p. 596 ; H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 11^e éd., n° 154. Cette affaire est également appelée affaire « des engrais ». Cass. civ. 2 mars 1915, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11^e éd. n° 228 ; *D.P.* 1920. 1. 102, 1^{ère} espèce.

⁴ O. BARRET, *L'appauvrissement injuste aux dépens d'autrui*, thèse Paris I, 1985 ; BEGUET, *L'enrichissement sans cause*, thèse, Alger, 1945 ; GORE, *L'enrichissement aux dépens d'autrui*, thèse, Paris, 1945 ; LEYVAL, *L'enrichissement injuste en droit romain classique*, thèse Alger 1935, G. MONNERVILLE, *Labbé et l'enrichissement sans cause*, thèse, Toulouse 1921 ; DEROIN, *Le paiement de la dette d'autrui : répétition de l'indu et enrichissement sans cause*, *D.* 1980, *chron.*, 199 ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ., 4^e éd. 1949, n° 134.

caractéristiques communes qui constituent, selon la doctrine, les critères¹ de la notion de quasi-contrat. Ces critères sont : la **spontanéité** du fait générateur de la qualification quasi-contractuelle, le **résultat de ce fait** et le **régime juridique** des obligations que le droit fait peser sur les parties à cette relation. Ils établissent l'unité de cette notion dans la conception classique. Il en résulte une théorie générale du quasi-contrat.

L'examen de la théorie générale du quasi-contrat telle qu'elle ressort de la doctrine classique est de nature à démontrer **l'inadéquation entre la direction de fait et la théorie classique du quasi-contrat (§2)**. Pour la doctrine, le quasi-contrat est « un fait purement volontaire dont il résulte un droit au profit de son auteur, ou une obligation à sa charge, ou des obligations réciproques entre un tiers et lui »². Cette définition renferme les éléments fondamentaux de la théorie du quasi-contrat. Mais elle laisse également la possibilité d'y inclure des faits étrangers aux quasi-contrats classiques. La Cour de cassation entreprend cette démarche en appliquant cette théorie à des situations qui ne sont ni la gestion d'affaires, ni le paiement de l'indu, ni l'enrichissement sans cause. Il résulte de cette approche une nouvelle conception de la notion de **quasi-contrat susceptible d'intégrer la direction de fait (§2)**.

§1- L'inadéquation entre la direction de fait et la théorie classique du quasi-contrat

356- La jurisprudence et la doctrine classiques se montrent réfractaires³ à qualifier de quasi-contrat des situations qui ne correspondent ni à la gestion d'affaires, ni au paiement de l'indu, ni à l'enrichissement sans cause. La qualification d'une situation en quasi-contrat implique que cette situation renferme les critères d'au moins un des types classiques de quasi-contrat précités. Or, la direction de fait d'une société ne satisfait pas

¹ Sur les critères du quasi-contrat dans la conception classique, voir F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1028 ; Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, Litec, 2001, spéc. p. 325 ; D. MAZEAUD, *D'une source, l'autre*, note sous Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, *D.* 2002, p. 2963 ; C. ASFAR, *Vers un élargissement de la catégorie des quasi-contrats, ou une nouvelle interprétation de l'article 1371 du Code civil, Droit & patr.* n° 104, mai 2002, p. 28, spéc. p. 30 où l'auteur présente une théorie générale du quasi-contrat marquée par des critères communs aux différents types de quasi-contrats classiques ; ces critères établissent l'unité de la notion.

² Cf. FLOUR et AUBERT, *Les obligations*, t. 1, n° 58, p. 38. Pour JOSSERAND, le quasi-contrat est « un monstre légendaire » à « bannir du vocabulaire juridique ». Cf. *Cours de droit civil positif français*, 3^e éd. t. 2, n° 10.

³ Cf. PLANIOL, *Classification des sources des obligations : Rev. crit. Lég. et jur.* 1904, p. 224 et s.; H. VIZIOT, *op. cit.*

cette exigence. Elle présente des **différences avec les éléments constitutifs (A) du quasi-contrat et avec son fondement (B).**

A- Les différences relatives aux éléments constitutifs de la direction de fait et du quasi-contrat classique

357- Les qualifications de direction de fait et de quasi-contrat sont appliquées à des interventions réalisées par l'homme. Mais, aux plans structurel, institutionnel et fonctionnel, les faits constitutifs de la direction de fait et du quasi-contrat sont différents.

358- Au plan structurel, les qualifications de direction de fait et de quasi-contrat caractérisent des faits de nature volontaire accomplis par une personne alors qu'elle n'y était pas obligée. La notion de quasi-contrat est limitée aux seules hypothèses où, selon l'expression d'un auteur, « l'homme est uniquement mû par sa propre volonté »¹. Elle est donc incompatible avec l'exécution d'une obligation légale ou conventionnelle. Aussi, la jurisprudence refuse-t-elle de qualifier de quasi-contrat les situations où l'engagement est fondé sur le respect d'une loi² ou d'un contrat³. Quant à la notion de direction de fait, elle aussi désigne une intervention qui n'a pas de fondement légal ou conventionnel. Le dirigeant de fait est une personne qui n'a pas la qualité de dirigeant de droit mais qui accomplit spontanément c'est-à-dire, de sa propre initiative, des actes de gestion de la

¹ Cf. P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Zeller, 1968, t. XIII, p. 469-470. Sur cet aspect, voir H. CHANTELOUP, *op. cit.* p. 28 et s. : Le caractère « purement volontaire » exigé par l'article 1371 du Code civil fait référence à l'intention du gérant, du *solvens* ou de l'appauvri d'accomplir le fait générateur. Il décrit simplement le fait matériel dont les effets juridiques seront assimilés à ceux d'un contrat et distingue le quasi-contrat de l'engagement unilatéral de volonté qui est la manifestation de volonté d'un débiteur de s'obliger envers un créancier, sans que le consentement de ce dernier soit nécessaire.

² Cass. civ. 17 juill. 1996, *Bull. civ. I*, n° 323 ; *J. C.P.* 1997. I. 4015, n° 8, obs. VIRASSAMY. Selon cet arrêt, la suppléance d'un avocat empêché ne constitue pas une gestion d'affaires car elle est l'exécution d'une obligation légale. Cass. civ. 28 mai 1991, *Bull. civ. I*, n° 167 ; *RTD civ.* 1992, p. 96, obs. MESTRE : la gestion d'affaire ne saurait être retenue lorsque le prétendu gérant a agi dans son seul intérêt. Dans cette affaire, le généalogiste avait uniquement recherché les héritiers dans le but de leur demander ensuite la reconnaissance des droits locatifs dont il prétendait être titulaire sur la parcelle litigieuse. La Cour de cassation l'a également débouté sur le terrain de l'enrichissement sans cause. Pour la Cour, « les héritiers puisent leur enrichissement dans l'un des modes légaux d'acquisition des droits, en l'occurrence dans les règles légales régissant la dévolution de la succession de leur auteur ». V. aussi Cass. civ. 24 sept. 2002, *Bull. civ. I*, n° 218 ; *D.* 2003. 369, note AUBERT ; *RTD civ.* 2003. 284, obs. MESTRE et FAGES.

³ Cass. com. 18 février 2004, *Bull. Civ. IV*, n° 38 : les restitutions consécutives à une annulation ne relèvent pas de la répétition de l'indu mais seulement des règles de nullité. Ainsi, l'action en restitution d'intérêts conventionnels non régulièrement stipulés au contrat est soumise à la prescription quinquennale et non décennale car, il s'agit d'une action en restitution d'un paiement dans le cadre d'une nullité des dispositions contractuelles et non pas d'une action en restitution de l'indu. Cass. com. 18 janv. 1994, *Bull. civ. IV*, n° 27 : il n'y a pas enrichissement sans cause dans l'hypothèse où le profit a été procuré à une personne par un contrat.

société. Cette spontanéité résulte de l'exercice de pouvoirs qu'une personne s'est attribuée irrégulièrement ou même d'un dépassement des pouvoirs qui lui ont été régulièrement octroyés. L'absence de fondement légal ou conventionnel de l'intervention est donc un caractère commun aux concepts de quasi-contrat et de direction de fait.

359- Mais, au regard de la définition structurelle donnée par l'article 1371 du Code civil, la notion de quasi-contrat vise « tous faits licites qui produisent des effets de type contractuel ». Cela signifie que l'intervention volontaire ou spontanée susceptible d'être qualifiée de quasi-contrat ne s'opère pas en violation d'une loi ou d'un contrat ; elle ne résulte pas d'un acte contraire au droit. Le fait générateur du quasi-contrat est un acte licite. La *licéité de l'intervention* est donc un critère de qualification du quasi-contrat.

En revanche, la direction de fait constitue une intervention dans la gestion de la société en violation des règles légales et statutaires organisant le fonctionnement de celle-ci, notamment les règles relatives à la désignation des organes légaux ou à la limitation des pouvoirs des dirigeants sociaux. Le dirigeant de fait intervient dans la conduite des affaires sociales en violation des règles relatives à la direction de la société. Plus généralement, il viole le principe qui interdit à toute personne qui n'a pas de pouvoirs réguliers de direction d'une société, de s'immiscer dans la gestion de cette dernière. Son activité est donc, au plan institutionnel, illicite alors que l'intervention qualifiée de quasi-contrat est licite. La direction de fait résulte donc d'un fait fautif ou sens où la faute désigne ce qui est contraire au droit, alors que le quasi-contrat caractérise une situation qui n'est pas considérée comme fautive¹ par le droit.

Certes, cet aspect institutionnel très marqué dans la responsabilité civile patrimoniale du dirigeant de fait, lorsque la société est *in bonis*, tend à disparaître au profit du caractère fonctionnel de l'activité de gestion de fait, lorsque la société est soumise à une procédure collective d'apurement du passif. Dans cette dernière hypothèse, la direction de fait et la direction de droit sont toutes deux des modes de gestion de la société. Aussi la responsabilité du dirigeant de fait et celle du dirigeant de droit sont-elles régies par les

¹ Même si quelque fois, le fait générateur du quasi-contrat peut être précédé par un acte illicite. Exemple la violation du domicile d'une personne pour éteindre le feu qui a pris dans sa maison. Sur les rapports entre la faute et le quasi-contrat, cf. M. LECENNE-MARENAUD, *Le rôle de la faute dans les quasi-contrats*, *RTD civ.* 1994, 516 et s.

mêmes règles. Cependant, il n'en demeure pas moins que dans cette hypothèse également, la direction de fait est l'exercice du pouvoir de gestion de la société par une personne à laquelle ce pouvoir n'a pas été régulièrement attribué. Elle se définit précisément par sa carence institutionnelle. Ainsi, même lorsque l'entreprise est en difficulté, la direction de fait caractérise aussi, au plan institutionnel, une intervention illicite dans la gestion d'une personne morale. Ce caractère illicite de l'intervention dans la gestion de la société justifie la qualification de cette intervention en direction de fait alors qu'il exclut la qualification de quasi-contrat. Il en résulte que le fait générateur de la direction de fait est un fait illicite alors que le quasi-contrat a sa source dans un fait licite¹. Cette différence structurelle relative aux faits générateurs respectifs de la direction de fait et du quasi-contrat est complétée par une différence fonctionnelle.

360- Au plan fonctionnel, la notion de quasi-contrat a pour origine un fait désintéressé mais dont le résultat profite à une autre personne. En effet, l'auteur du fait volontaire doit avoir agi dans l'intérêt d'autrui. Le quasi-contrat désigne un fait juridique réalisé par une personne et qui a entraîné un enrichissement ou tout au moins une préservation du patrimoine d'une autre personne. La qualification quasi-contractuelle implique, dans la conception classique, une modification de l'équilibre patrimonial entre deux personnes par un fait imputable à l'une d'elles et qui n'a pas de justification légale ou conventionnelle. Elle suppose une appréciation de la « *qualité* » de l'influence du fait générateur, une appréciation du résultat de l'acte réalisé, afin de vérifier si cet acte a apporté un avantage patrimonial à une autre personne et déterminer s'il était ou non opportun. Dès lors, la notion de quasi-contrat désigne des actes volontaires d'une personne qui ont eu une incidence positive sur le patrimoine d'une autre personne et sans contrepartie.

361- Quant à la direction de fait, le résultat de l'intervention qui en est à l'origine est certes pris en considération, dans la mesure où le concept de direction de fait est limité à l'immixtion dans la gestion qui a eu une influence déterminante sur le fonctionnement de la société ou sur son patrimoine². Mais c'est la « *réalité* » de l'influence

¹ Le critère de la licéité distingue également le quasi contrat du délit et du quasi-délit. Le délit est un fait illicite et intentionnel alors que le quasi-délit est un fait illicite mais non intentionnel c'est-à-dire commis sans l'intention de causer le dommage. Le délit et le quasi délit constituent l'un une faute volontaire et l'autre une faute involontaire, par imprudence ou négligence. En revanche, le quasi contrat n'est pas un fait illicite. Il ne constitue donc pas une faute.

² Cf. *L'influence de l'activité de gestion de fait de la société*, supra, p. 177 s.

de cette activité qui est appréciée pour établir l'existence de la direction de fait et non pas la « *qualité* » de cette influence. En revanche, la « *qualité* » de l'influence des actes de gestion ne constitue pas un critère de qualification de la direction de fait. Dès lors, l'existence ou non d'un avantage procuré à la société par l'activité de gestion de la société exercée indûment ne détermine pas la reconnaissance de la direction de fait. Ainsi, à l'inverse du quasi-contrat, la direction de fait peut être constituée par toute activité de gestion de la société qui est accomplie en toute indépendance et souveraineté par une personne autre qu'un dirigeant de droit et qui a des conséquences positives ou négatives sur la société.

Certes, une tendance jurisprudentielle¹ minoritaire refuse de qualifier de direction de fait des immixtions dans la gestion de la société qui ont été bénéfiques à celle-ci ou qui tendaient à limiter le préjudice causé à une personne tierce par cette société. Ainsi, dans un arrêt rendu le 25 février 2004, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir refusé de qualifier de direction de fait, l'immixtion d'une société mère dans l'exécution et la cessation du contrat de bail conclu par sa filiale, au motif que « cet acte n'était pas de nature à porter préjudice à la bailleuse puisqu'il tendait à libérer des locaux pour lesquels les loyers n'étaient plus payés »². Pour les juges du fond comme pour la Cour de cassation, il n'y avait pas d'intérêt à retenir la direction de fait puisque l'activité de gestion exercée indûment n'avait pas causé de dommage. L'utilité de cette immixtion interdisait donc de qualifier de direction de fait les actes de la société mère alors que cette qualification n'est pas soumise à une telle condition³. Cette tendance jurisprudentielle⁴ restreint la qualification de direction de fait aux mauvaises immixtions. Dans cette approche, la bonne immixtion peut être assimilée à la gestion d'affaire, en raison de son utilité⁵. Mais même dans cette conception restrictive, la direction de fait se distingue de la

¹ Sur cet aspect, voir *La distinction jurisprudentielle entre les bonnes et mauvaises immixtions*, *supra* p. 189 s.

² La décision de la société mère de cesser l'activité de la filiale et corrélativement, de libérer les locaux loués, « ne relevait pas davantage d'un acte d'immixtion dans le contrat de location d'autant que cet acte n'était pas de nature à porter préjudice à la bailleuse puisqu'il tendait à libérer des locaux pour lesquels les loyers n'étaient plus payés ». Cf. Cass. civ. 25 févr. 2004, *Bull. civ.* III, n° 38; *RTD civ.* 2004, p. 747, obs. P.-Y. GAUTIER ; *Rev. sociétés* 2004, p. 418, note J.-F. BARBIERI; *Bull. Joly* 2004, § 129, p. 666, note J.-Ph. DOM ; *RDC* 2004, p. 740, note F.-X. LUCAS.

³ Sur cette critique, voir *supra* p. 189 s..

⁴ Voir aussi, C.A. Paris, 3^e ch. 5 févr. 1999, *RTD com.* 2000, p. 373, note C. CHAMPAUD et D. DANET : refus de la Cour d'appel de Paris d'attribuer la qualité de dirigeant de fait à l'associé dont l'immixtion dans la gestion de la société visait à dénoncer des anomalies de gestion et avait empêché la disparition des stocks de cette société.

⁵ La gestion d'affaire produit tous ses effets lorsqu'elle a été utile. Cf. *C. civ.*, art. 1375 : « Le maître dont l'affaire a été bien administrée doit remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom,

gestion d'affaire en ce que la première est établie en fonction de son caractère nuisible alors que la seconde est établie en fonction de son caractère bénéfique.

La direction de fait constitue donc une intervention volontaire et illicite, au nom et pour le compte de la société dirigée alors que le quasi-contrat reste, dans la conception classique, une intervention volontaire et licite d'une personne qui procure un avantage patrimonial à une autre personne. Les faits générateurs respectifs des deux institutions ne sont donc pas concordants. A ces différences relatives aux éléments constitutifs de la direction de fait et du quasi-contrat présentent s'ajoute des différences tenant au fondement de ces institutions.

B- Les différences relatives au fondement de la direction de fait et du quasi-contrat classique

362- La direction de fait et le quasi-contrat sont des interventions réalisées, de sa propre volonté, par une personne et qui ont un impact dans le patrimoine d'une autre personne. Mais les deux interventions ne produisent pas les mêmes effets. Les règles qui leur sont applicables en droit positif n'ont pas la même finalité, le même fondement et ce, **quel que soit le type de quasi-contrat considéré.**

363- Le quasi-contrat caractérise un fait altruiste entraînant une modification de l'équilibre entre deux patrimoines. Dans la gestion d'affaires, le gérant accomplit sans mandat et sans rémunération, des actes au nom et pour le compte du géré afin d'assurer la préservation des intérêts de ce dernier. De même, le paiement de l'indu et l'enrichissement sans cause sont des situations dans lesquelles une personne s'est enrichie injustement au

l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris, et lui rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites ». Cette disposition conduit la jurisprudence et la doctrine à affirmer que l'utilité est une condition d'existence de la gestion d'affaire, la condition principale relative à l'affaire gérée. Cf. Cass. com. 12 janv. 1999, *Bull. civ. IV*, n° 7 : cet arrêt a retenu la responsabilité pour faute d'une banque qui avait cédé les titres de l'un de ses clients en se bornant à invoquer l'utilité de leur aliénation, sans pouvoir établir que ce client ne pouvait pas agir lui-même pour la sauvegarde de ses intérêts, ni caractériser la gravité des risques que le maintien de la situation pouvait lui faire courir. Cass. com. 15 déc. 1992, *Bull. civ. IV*, n° 415 ; *Deffrénois* 1994. 50, note DAGORNE-LABBE ; Bordeaux, 10 janv. 2006, *Dr. Fam.* 2006, Etude 41, par NAUDIN : cet arrêt accorde une rémunération à un généalogiste sur le fondement de la gestion d'affaires. Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Droit civil, Droit civil, Les obligations*, 10^e éd. 1999/2000, Cujas, n° 913 ; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations, op. cit.* n° 357, p. 951 ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 9^e éd., Précis Dalloz, 2005, n° 1041 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 683 et s. Voir aussi, *D. affaires* 1999. 453, obs. J. F. ; *JCP* 1999. II. 10070, note PETIT ; *RTD civ.* 1999. 839, obs. MESTRE.

détriment d'une autre. Dans le quasi-contrat, il y'a donc soit un transfert injustifié¹ de valeur d'un patrimoine à un autre et l'appauvrissement corrélatif de la personne qui a agi, cas de l'enrichissement sans cause et du paiement de l'indu, soit un service pour préserver le patrimoine d'une autre personne, alors que ce service n'est justifié ni par une loi, ni par un contrat, hypothèse de la gestion d'affaires. En revanche, la direction de fait ne produit pas nécessairement, à la différence des quasi-contrat précités, un enrichissement injustifié d'une personne au détriment d'une autre. Ses effets peuvent être bénéfiques, nuisibles ou sans incidences sur le patrimoine de la société ou pour les tiers.

Le résultat du fait générateur du quasi-contrat a conduit le droit à appliquer aux situations qualifiées de quasi-contrat, les règles de nature à rétablir l'équilibre économique rompu entre deux patrimoines par le transfert de valeur indu dans l'un de ces patrimoines. Aussi, un mouvement de valeur en sens inverse est-il organisé. Le but du mécanisme du quasi-contrat est donc de rétablir le *statu quo ante* en permettant la restitution des valeurs sorties du patrimoine du *solvens* ou l'indemnisation du gérant d'affaires. Il en résulte que ces quasi-contrats sont fondés sur un principe d'équité.

Le mécanisme du quasi-contrat a donc pour finalité le rétablissement de l'équilibre rompu sans cause entre deux patrimoines. Les règles qui lui sont applicables visent la réparation d'une « lésion injuste »², selon l'expression de PLANIOL. Le fondement du quasi-contrat est la préservation du « devoir moral d'entraide »³ entre les individus. Ainsi, à la différence de la responsabilité civile où c'est la faute qui est source d'obligations,

¹ Le caractère injustifié ou l'absence de cause du transfert de valeur constitue l'élément juridique de ces quasi-contrats alors que le paiement ou l'enrichissement constitue l'élément économique ou matériel. Cf. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 9^e éd., Précis Dalloz, 2005, n^{os} 1051 à 1052 et n^{os} 1067 à 1068 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, 22^e éd. refondue, PUF, 2000, n^o 303, p. 535-536, n^o 307, p. 543-545.

² PLANIOL distinguait les quasi-contrats des obligations légales. Il rangeait les premiers à côté des délits, parmi les institutions qui appellent l'intervention de la loi en vue de la réparation d'une « lésion injuste ». Quant aux obligations légales, elles sont, selon l'auteur, ordonnées en vue d'une prévision des lésions futures. Cf. *Classification des sources des obligations*, *Rev. crit. Lég. et Juris* 1904, n^o 807 et 808.

³ Cette idée résulte des travaux préparatoires au Code civil de 1804. En effet, TARRIBLE soulignait dans son discours devant le Corps Législatif que « cette gestion appartient aux actes de bienfaisance et c'est dans cette source pure qu'il faut puiser les règles propres à concilier les intérêts du gérant et du propriétaire ». Cf. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, p. 482. Ce fondement est confirmé par DOMAT : « Les lois civiles invitent toutes sortes de personnes à ce devoir, donnant à ceux qui prennent soin des affaires des personnes, l'assurance que ce qu'ils auront fait raisonnablement sera confirmé et qu'ils seront remboursés des deniers qu'ils auront fournis pour un emploi utile », cf. DOMAT, *Les lois civiles*, Livre II, Titre IV.

« dans les quasi-contrats, c'est le bénéfice, l'avantage reçu d'autrui qui fait naître des obligations »¹, parce que cet avantage est dépourvu de cause.

364- Certes, en ce qui concerne la gestion d'affaires, il peut paraître difficile de justifier les obligations imposées au gérant d'affaires par la référence au principe de l'enrichissement sans cause. En effet, ces obligations ont pour finalité d'assurer que le gérant interviendra raisonnablement dans l'affaire d'autrui. Tout en encourageant l'entraide ou l'altruisme, il est apparu nécessaire d'encadrer cette intervention afin d'éviter qu'elle ne soit réalisée à la légère ou au-delà du raisonnable. Mais hormis cette particularité, dans la gestion d'affaires comme dans les autres quasi-contrats, le gérant a procuré au maître de l'affaire « un certain avantage sans qu'il y ait de justification juridique à celui-ci »². Aussi est-il équitable que le maître de l'affaire, bénéficiaire de cet avantage, selon les termes de l'article 1375 du Code civil, « indemnise le gérant de tous les engagements personnels qu'il a pris, et lui rembourse toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites ».

Ainsi, les règles applicables aux quasi-contrats classiques sont motivées par le fait qu'une personne a octroyé, sans cause, un avantage à une autre personne. Par conséquent, dans la conception classique, le fondement de la théorie du quasi-contrat est la règle morale qui interdit de s'enrichir – sans cause – au détriment d'autrui³.

¹ Cf. M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, Thémis, PUF, 2004, n° 368, p. 971.

² F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*

³ *Ibis.* F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1028. La référence à l'équité constitue donc le fondement commun à tous les quasi-contrats. Pour M. V. PERRUCHOT-TRIBOULET, *L'indu à trois*, *RTD civ.*, 2003, 430 *in limine*, « il résulte des travaux préparatoires du Code civil et des nombreux commentaires savants qui l'ont suivi que les quasi-contrats peuvent tous se recommander du principe d'équité formulé par l'adage *jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiores* (d'après le droit naturel, il est équitable que nul ne s'enrichisse injustement au détriment d'autrui), cf. ROLAND (Henri) et BOYER (Laurent), *Adages du droit français*, 3^e éd. Litec, 1992, n° 182, p. 378. L'auteur indique également que la maxime est expressément visée par POTHIER comme fondement possible d'une action en répétition de l'indu, cf. R. J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, t. 4, éd. BECHET, 1835, *in* *Traité du prêt de consommation et des matières qui y ont rapport*, 3^e partie, Du quasi-contrat appelé *promutuum*, et de l'action condition *indebiti*, n° 140, p. 129. ; M. DOUCHY, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Economica, 1997, préf. A. SERIAUX, l'auteur entend démontrer l'unité du concept de quasi-contrat. Il rejette la conception archaïque du quasi-contrat conçu presque comme un contrat et retient une conception objective caractérisée par un déplacement de valeur dépourvu de cause. H. VIZIOZ, *La notion de quasi-contrat, étude historique et critique*, thèse, Bordeaux, 1912, n° 75, p. 314, qui propose de faire abstraction du concept et de lui substituer une pluralité de sources autonomes fondées sur le principe de l'enrichissement sans cause.

En revanche, le concept de direction de fait vise principalement à permettre au droit positif d'imputer à la personne qui exerce cette activité, la responsabilité de ses conséquences néfastes à l'égard de la société, des associés et des tiers.

365- La direction de fait n'implique pas systématiquement le transfert d'une valeur économique à une partie, ni l'appauvrissement de l'autre partie. Certes, ses effets néfastes dans le patrimoine de la société peuvent être perçus comme un appauvrissement injuste de cette société. Mais les règles de responsabilité applicables dans cette hypothèse rapprochent plus la direction de fait du délit ou du quasi-délit que du quasi-contrat, car elles sanctionnent un fait illicite ou un fait fautif dommageable. Le dirigeant de fait assume une responsabilité civile à l'égard des victimes de ses actes et encourt des sanctions sur le fondement de la faute¹, que la société soit *in bonis* ou en difficulté. Les règles applicables à la direction de fait ne sont donc pas fondées sur l'équité mais visent plutôt à sanctionner le dirigeant de fait qui a commis des fautes préjudiciables à autrui ou qui a méconnu les obligations inhérentes aux fonctions qu'il a exercées dans la gestion de la société. Même lorsque l'activité de direction de fait a enrichi la société, le dirigeant de fait ne peut obtenir une indemnité pour sa prestation car il a commis une faute en s'immisçant dans la gestion de cette société. Par conséquent, il résulte des règles applicables au dirigeant de fait que le rétablissement de l'équité qui constitue le fondement de la qualification d'une situation en quasi-contrat n'a pas cours dans la direction de fait.

366- En raison des différences qu'elle présente avec les types classiques de quasi-contrat, la direction de fait ne peut être assimilée ni à la gestion d'affaires, ni au paiement de l'indu, ni à l'enrichissement sans cause. De plus, dans la mesure où les fondements respectifs de la direction de fait et du quasi-contrat diffèrent, la direction de fait ne peut pas être considérée comme une application de la théorie classique du quasi-contrat. Dans cette hypothèse, la notion de quasi-contrat ne justifie pas le régime juridique de la direction de fait et, corrélativement, le statut du dirigeant de fait.

Mais la théorie classique du quasi-contrat est contestable car elle restreint la notion de quasi-contrat aux trois types traditionnels alors que ceux-ci ne sont que des

¹ Cf. *La faute du dirigeant de fait : faute de droit commun* (*supra*, n° 262 s.) et *faute de gestion* (*supra* n° 279 s.).

illustrations de ce concept, des exemples de quasi-contrats. Une autre théorie du quasi-contrat est actuellement en formation en droit français. Il convient de vérifier si la direction de fait peut y être incluse.

§2- L'intégration de la direction de fait à la nouvelle théorie du quasi-contrat

367- La définition de la notion de quasi-contrat donnée par l'article 1371 du Code civil est de plus en plus contestée par une grande partie de la doctrine¹ qui la juge imprécise et inexacte. La notion de quasi-contrat s'élargit progressivement en droit positif, sous la férule des juges de la Cour de cassation qui intègrent dans cette notion, des situations distinctes de celles qui permettent de retenir l'un des trois types classiques de quasi-contrat. En raison de **cette évolution (A)** qu'il convient d'examiner, la direction de fait peut être considérée comme **une application de la théorie renouvelée du quasi-contrat (B)**.

A- L'évolution de la notion de quasi-contrat

368- L'évolution de la notion de quasi-contrat a d'abord été suggérée par la doctrine qui a proposé de ne pas restreindre cette notion à la gestion d'affaire, au paiement de l'indu et à l'enrichissement sans cause. Mais, c'est la jurisprudence récente qui a réalisé cet élargissement que l'on observe également dans d'autres pays européens².

369- Monsieur le professeur HONORAT, dans un article intitulé « Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel »³, a affirmé que les différents quasi-contrats classiques n'avaient pas un fondement commun. Il s'est appuyé sur la définition⁴

¹ Cf. J.-M. JACQUET, quasi contrats, *Jur. cl. civ., art. 1370 et 1371*, n° 26 à 38. V. aussi, Ph. MALAURIE, L. AYNES qui présentent un préambule historique des quasi-contrats, cf. *Droit civil, Les obligations, vol. 2, Les contrats et quasi contrats*, 11^e éd. Cujas, 2001/2002, n° 640 et s ; Ch. LARROUMET, *Droit civil, t. 3, Les obligations, le contrat*, 6^e éd., Economica, 2007, n° 46.

² Par exemple en droits allemand et suisse avec les conséquences de la théorie du contrat de fait. Cf. P. ANCEL, *Contrat de fait et comportements sociaux typiques*, *Rev. Contrats*, 1^{er} oct. 2004, n° 4, p. 1087. Voir aussi F. HUBEAU, *Le principe de la protection de la confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, *Cahiers de droit européen* 1983, p. 143 et s. ; M.-H. PLANCHON, *Le principe de la confiance légitime devant la Cour de justice des Communautés européennes*, *RRJ* 1994, p. 448 et s. ; M.-P. PEIS-HITIER, *De la croyance légitime comme critère de définition des quasi-contrats*, *Petites affiches*, 25 janv. 2006, n° 18, p. 8.

³ Cf. *RTD civ.*, 1969, 653.

⁴ Le Pr. HONORAT définissait le quasi-contrat comme « une obligation imposée, mais qui crée néanmoins entre les personnes auxquelles elle incombe une relation juridique et matérielle semblable à celle résultant

du mécanisme du quasi-contrat telle qu'elle ressort de l'article 1371 du Code civil pour proposer d'élargir la notion de quasi-contrat à toutes les opérations juridiques « légales par leur origine et conventionnelles par leur régime », autrement dit à « toutes les obligations qui sans avoir été voulues par les parties ne s'en présentent pas moins sous une forme contractuelle »¹. Plus récemment, des auteurs² dont le nombre ne fait que croître approuvent l'élargissement de la notion de quasi-contrat à une variété de situations³ qui ne correspondent pas à l'un des types classiques de quasi-contrats⁴ et qui sont qualifiées de quasi-contrats innommés ou *sui generis* par la jurisprudence.

L'élargissement de la notion de quasi-contrat est historiquement justifiée par l'origine des différents types de quasi-contrats retenus dans la conception classique. Alors que le législateur n'avait expressément prévu que deux types de quasi-contrat, la gestion d'affaires et le paiement de l'indu, le droit positif et la doctrine ont admis, dans la catégorie des quasi-contrats, l'enrichissement sans cause, création prétorienne. L'admission de ce quasi-contrat montre que l'énumération faite par le Code civil n'est pas limitative mais indicative. Elle autorise à qualifier de quasi-contrat, des situations qui ne relèvent ni de la gestion d'affaires, ni du paiement de l'indu, ni de l'enrichissement sans cause.

d'un contrat déterminé ». *Op. cit.* n° 25. En considération de cette définition, il a suggéré de qualifier de quasi-contrat, la vente sur saisie immobilière.

¹ J. HONORAT, *op. cit.*, n° 14.

² A. PONSARD et N. DEJEAN de la BATIE dans la 7^e édition de l'ouvrage d'AUBRY et RAU, *Droit civil français*, t. VI, Litec, § 293 ; J.-M. JACQUET, *J.-Cl. civ.*, art. 1370-1371, n° 66 et s. ; D. MAZEAUD, *D'une source, l'autre...*, note sous Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, *D.* 2002, jurispr. p. 2963 ; Ph. LE TOURNEAU, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Quasi-contrat*, n° 36 ; M. DOUCHY, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Economica, 1997, précité ; A. SERIAUX, *Droit des obligations*, 2^e éd., PUF, 1998, n° 69 et s. ; J. CARBONNIER, *Les obligations*, 22^e éd., PUF, 2000, n° 198 ; A. BENABENT, ouvrage précité, n° 450 et s.

³ Il peut s'agir de « l'acte d'assistance à une personne en danger, du « transport bénévole », de « la procréation d'enfant hors mariage », du « dépôt nécessaire », de « la théorie de l'apparence » et même du « contrat de travail ». Sur tous ces points et les références doctrinales relatives à cette qualification, voir, Ph. LE TOURNEAU et Alexandre ZABALZA, *Le réveil des quasi-contrats (à propos des loteries publicitaires)*, *Contrats, conc., consom.* 2002, chron. 22, spécialement p. 8, note 52 à 58 ; C. ASFAR, *Vers un élargissement de la catégorie des quasi-contrats, ou une nouvelle interprétation de l'article 1371 du Code civil*, *op. cit.* spéc. p. 31, note 22.

⁴ H. CHANTELOUP, *Les quasi-contrats en droit international privé*, L. G. D. J., Bibliothèque de droit privé, tome 304, 1998, préf. de M.-L. NIBOYET, p. 7 s. « La définition technique du quasi-contrat commande d'accueillir au sein de cette catégorie diverses institutions qu'il n'est pas de tradition de lui attacher ». L'auteur poursuit en affirmant qu'en vertu de cette définition structurale donnée par l'article 1371 du Code civil et aux interprétations dont il a fait l'objet, « seront qualifiés de quasi-contrats tous les faits juridiques licites qui produisent des effets de type contractuel ». Exemples : la lésion, les impenses, les récompenses entre époux qui sont également fondés sur le principe de l'enrichissement sans cause. Toutefois, cet élargissement repose sur un fondement commun mais pas exclusif aux quasi-contrats classiques à savoir l'interdiction de l'enrichissement sans cause.

370- La jurisprudence récente de la Cour de cassation élargit la notion de quasi-contrat. Cette juridiction a rendu le 26 octobre 1999 un arrêt condamnant, sur le fondement de l'article 1371 du Code civil, une société cessionnaire à indemniser la société cédante pour le préjudice occasionné à cette dernière du fait de l'inexécution des engagements pris dans le plan de cession adopté par le tribunal¹. Cet arrêt occupe une place importante dans le mouvement d'élargissement de la notion de quasi-contrat en droit positif français.

Dans l'affaire jugée le 26 octobre 1999 par la Cour de cassation, le tribunal avait arrêté, par jugement, le plan de cession d'une entreprise, dans le cadre d'une procédure collective. Mais aucun contrat de cession n'était intervenu en aval pour exécuter cette décision. Dix mois après l'adoption dudit plan, la société cessionnaire informait l'administrateur de la société cédante de son impossibilité d'honorer ses engagements et déclarait la cessation de ses paiements. Après la mise en liquidation judiciaire des deux sociétés, le liquidateur de la société cédante déclarait à la procédure collective de la cessionnaire une créance au titre de l'indemnisation du préjudice subi par la société cédante du fait de l'inexécution du plan. Le juge-commissaire rejeta cette créance. La Cour d'appel de Paris confirma ce rejet par arrêt du 8 mars 1996, au motif qu'un plan de cession arrêté par un tribunal dans le cadre d'une procédure collective était indépendant de la vente des éléments de l'entreprise cédante, une telle vente ne pouvant résulter que de contrats synallagmatiques concrétisant la cession. La Cour d'appel conclut que, faute de signature de ces contrats de cession à la date d'ouverture du redressement judiciaire, le liquidateur judiciaire de la société cédante ne pouvait, sur le fondement de l'article 1184 alinéa 2 du Code civil, prétendre à des dommages intérêts pour la résolution de ce plan. Le liquidateur se pourvut en cassation.

La Chambre commerciale de la Haute juridiction censure la décision de la Cour d'appel, par arrêt du 26 octobre 1999. Elle retient, sous le double visa des articles 1371 du Code civil et 62 alinéa 1^{er} de la loi du 25 janvier 1985 devenu l'article L. 626-10 du Code de commerce, « qu'en se prononçant ainsi, sans retenir, en présence de l'inexécution de l'engagement pris par la société IFR, une cause d'exonération de sa responsabilité, la Cour

¹ Cass. com. 26 oct. 1999, *Bull. civ.*, IV, n° 193, p. 164 ; *D. aff.* 2000, *somm.*, p. 328, obs. A. HONORAT ; *D.* 2000, *jurisp.* p. 383, note A. PELISSIER ; *JCP. éd. E.* 2000, p. 127, n° 7, obs. M. CABRILLAC et P. PETEL, *Dr. & patr.* 2000, n° 78, p. 100, obs. M.-H. MONSERIE-BON ; *Dr. & patr.* 2002, n° 104, p. 28, obs. C. ASFAR.

d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ». Par cette motivation, la Cour de Cassation admet implicitement que l'engagement d'un cessionnaire en vertu d'un plan de cession lors d'une procédure collective fait peser sur celui-ci, des obligations dont l'inexécution peut entraîner la responsabilité du dit cessionnaire, à moins qu'une cause d'exonération de sa responsabilité ne soit relevée.

La référence à l'article 1371 du Code civil qui définit les quasi-contrats oblige à reconnaître que le fondement des obligations du cessionnaire est le quasi-contrat¹, même si l'arrêt ne l'affirme pas expressément. Ainsi, le plan de cession est assimilé à un quasi-contrat lorsque, même en l'absence de contrat synallagmatique concrétisant ce plan de cession arrêté par le tribunal, le cessionnaire, par son comportement, a créé chez le cédant, la croyance qu'il exécutera ses engagements contenus dans ledit plan. Le fait juridique à l'origine de cette qualification quasi-contractuelle des relations entre le cessionnaire et le cédant paraît être la fausse promesse qui a généré chez autrui une illusion, c'est-à-dire la croyance erronée que le plan de cession serait respecté. La qualification d'une situation en quasi-contrat peut donc être fondée sur la croyance que le comportement d'une personne crée chez une autre personne.

Par l'arrêt du 26 octobre 1999, la Chambre commerciale de la Cour de cassation adopte une approche du quasi-contrat qui s'écarte de la conception classique de cette notion selon laquelle le fait générateur est l'intervention d'une personne mue par sa seule volonté et qui entraîne, sans contrepartie, un transfert de valeur patrimonial d'une personne à une autre ou l'exécution d'une prestation au profit d'une autre personne.

Un autre arrêt rendu le 6 septembre 2002 par la Cour de cassation réunie en Chambre mixte a condamné, sur le fondement de l'article 1371 du Code civil, l'organisateur d'une loterie publicitaire à délivrer à un consommateur, le lot qu'il croyait avoir gagné². Le visa de l'article 1371 relatif aux quasi-contrats confère une grande importance à cet arrêt dans le renouvellement de la notion de quasi-contrat. En l'espèce, une entreprise de vente

¹ La motivation de cette décision est critiquée par des auteurs cependant favorables à l'élargissement de la catégorie des quasi-contrats. Cf. Ph. LE TOURNEAU et Alexandre ZABALZA, *op. cit.* ; C. ASFAR, *Vers un élargissement de la catégorie des quasi-contrats, ou une nouvelle interprétation de l'article 1371 du Code civil, Droit et patr.* n° 104, mai 2002, p. 28.

² Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, *Contrats, conc., consom.* 2002, comm. 151, obs. G. RAYMOND, 2^e esp.; *D.* 2002, *jurisp.* p. 2963, note D. MAZEAUD.

par correspondance avait annoncé à un consommateur, le gain d'une somme de 105 750 F à la seule condition qu'il renvoyât le bon de validation joint à la correspondance qui lui était adressée. Croyant avoir gagné cette somme, le consommateur se dépêcha d'obtempérer. Cependant, il ne reçut pas la somme annoncée. Il assigna alors la société en paiement du lot promis alors que l'association de consommateurs UFC « Que Choisir » réclama une somme de 100 000 F de dommages et intérêts pour l'atteinte portée à l'intérêt des consommateurs par la société de vente par correspondance. Les juges du fond condamnèrent la société de vente par correspondance à payer 5 000 F au consommateur et un franc à l'association, au titre de la réparation de leurs préjudices respectifs. Le consommateur et l'association formèrent un pourvoi en cassation.

Dans l'arrêt du 6 septembre 2002, la Cour de Cassation rejette le pourvoi de l'association au motif que « la Cour d'appel a apprécié souverainement le montant du préjudice dont elle a justifié l'existence par l'évaluation qu'elle en a faite, sans être tenu d'en préciser les divers éléments ». Mais, en ce qui concerne l'action du consommateur, la Haute juridiction sanctionne la décision des juges du fond en relevant d'office un moyen de pur droit. Elle rappelle, au visa de l'article 1371 du Code civil, que « les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers ». Elle en déduit que « l'organisateur d'une loterie qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa s'oblige, par ce fait purement volontaire, à le délivrer ». Pour la Cour de Cassation, l'annonce volontaire d'un gain à une personne dénommée crée à la charge de son auteur l'obligation de délivrer ce gain à cette personne. Même si cela n'est pas expressément dit dans l'arrêt, le comportement de la société de vente crée entre cette société et le consommateur concerné, une relation quasi-contractuelle. Ainsi, la société est liée envers le consommateur par la promesse de gain qu'elle a faite à ce dernier comme si elle s'était engagée par contrat à lui délivrer ce gain.

En application de l'article 1371 du Code civil, la Cour de cassation dans sa formation civile reprend la même solution dans deux arrêts rendus le 18 mars 2003¹ et le 13 juin 2006¹ dans des affaires semblables en tous points à celle jugée le 6 septembre 2002.

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 18 mars 2003, *Bull. civ. I*, n° 85, p. 64 ; *D. 2003. IR. 1009, Defrenois 2003. 1168*, obs. LIBCHABER.

Dans toutes les affaires précédemment évoquées, les mécanismes litigieux établissaient un engagement volontaire réalisé dans le propre intérêt de son auteur sans créer un profit en faveur d'une autre personne mais simplement un espoir de profit. Il n'y a donc pas eu transfert réel d'une valeur par une personne à une autre personne, ni appauvrissement de l'auteur de l'acte. Or, ce double élément constitue une condition structurelle et fondamentale d'existence du quasi-contrat dans la conception classique car il établit la réalité d'un enrichissement sans cause². En décidant qu'en dépit de cette carence, les mécanismes litigieux faisaient naître des obligations à la charge de leur auteur et en faveur de l'autre personne, la Cour de cassation reconnaît l'existence de quasi-contrats dans des hypothèses qui ne correspondent pas à la conception classique de cette notion. Il résulte donc de ces arrêts une nouvelle conception de la notion de quasi-contrat.

371- L'évolution de la notion de quasi-contrat est facilitée par le caractère autonome³ de cette source d'obligations. Selon la doctrine⁴, « le critère du quasi-contrat réside moins dans son origine, sa fonction et son fondement, que dans le régime de l'obligation imposée par la loi à la personne qui a bénéficié du fait profitable accompli par autrui ; régime presque contractuel... »⁵. En réalité, il nous apparaît que la nouvelle notion de quasi-contrat peut se définir à partir des trois critères classiques mais désormais élargis : la **spontanéité** du fait générateur de la relation quasi-contractuelle, le **résultat du fait** générateur et le **régime juridique** des obligations qui régissent la situation ainsi créée.

372- La spontanéité du fait générateur est un critère classique du quasi-contrat. La nouveauté est que la nature de ce fait s'est élargie. Dans la conception classique, ce fait ne doit pas être lié à un engagement préalable d'une personne ni à une loi alors que dans la conception nouvelle, il peut présenter un lien avec un engagement pris par son auteur, que cet engagement soit ou non formalisé par contrat. Ainsi, la promesse faite par une

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 13 juin 2006, *Bull. civ. I*, n° 308, p. 267 ; *D. 2006. IR. 1772* ; *JCP. 2007. I. 104*, n° 18 et s., obs. SAUPHANOR-BROUILLAUD.

² Cf. F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 9^e éd., Précis Dalloz, 2005, n° 1028.

³ Cass. ch. mixte, 12 avr. 2002, affirmant expressément à propos de l'action en répétition de l'indu qu'il existe un « régime spécifique des quasi-contrats ». Cf. *D. 2002*, p. 2433, note C. AUBERT de VINCELLES. Cette décision est inédite car par le passé, la Cour de Cassation avait jugé le contraire, voir Cass. civ. 1^{ère} 4 mars 1986, *Bull. civ. I*, n° 45.

⁴ D. MAZEAUD, note précitée sous Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002. L'auteur renvoie au professeur A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 8^e éd., Montchrestien, 2001, n^{os} 450, 451 et 501.

⁵ D. MAZEAUD, *op. cit.*

personne, dans une lettre, de payer à une autre personne une somme que celle-ci aurait gagnée peut faire naître entre les deux personnes, une relation quasi-contractuelle. Aussi, le promettant a-t-il l'obligation de délivrer cette somme¹. Le fait générateur du quasi-contrat inclut donc désormais l'**engagement** pris par une personne d'exécuter une prestation au profit d'une autre personne ou de lui payer une somme d'argent au titre d'un gain, lorsque la personne qui prend cet engagement n'a pas indiqué la possibilité de ne pas l'exécuter en raison d'un aléas ou lorsque cette personne a, par son comportement, laissé croire à l'autre qu'elle respecterait sa promesse.

373- Le résultat du fait générateur a aussi évolué. Dans la conception classique de la notion de quasi-contrat, le fait générateur est un acte ou une intervention qui entraîne un transfert de valeur d'un patrimoine à un autre, sans contrepartie. Il s'agit d'un acte profitable à autrui et accompli dans un but totalement altruiste. Dans la conception nouvelle du quasi-contrat; le fait générateur peut désormais consister en une simple promesse de gain. Dans les arrêts ci-dessus examinés, il n'y a pas eu de transfert de valeur dans le patrimoine d'une personne mais seulement une promesse de transfert de valeur. De plus, le caractère altruiste de l'acte n'est plus exigé puisque le fait générateur du quasi-contrat peut maintenant avoir été réalisé par une personne agissant dans son propre intérêt².

374- Le dernier critère est **le régime juridique** des obligations qui naissent du **quasi-contrat**. Ce critère ne varie pas puisque comme dans la conception classique du quasi-contrat, **le régime juridique** des obligations que le droit impose aux parties à la relation quasi-contractuelle est celui de la situation dont le fait générateur se rapproche ou celle dont il a l'apparence³. Mais, il inclut pour les parties, des obligations et des règles de responsabilité dont le fondement n'est plus cantonné au rétablissement de l'équilibre rompu par l'enrichissement sans cause. Ce fondement varie maintenant en fonction du contrat dont la situation visée s'inspire ou se rapproche.

¹ Cass. com. 26 oct. 1999, Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, Cass. civ. 1^{ère}, 18 mars 2003 et Cass. civ. 1^{ère}, 13 juin 2006 précités.

² Le quasi-contrat de gestion d'affaires avait déjà été admis dans des hypothèses où le gérant avait également agi dans son propre intérêt. Cf. R. BOUT, *J.-Cl. Notarial*, v^o *Quasi-contrats*, art. 1372 à 1375, fasc. B1, n^o 11. L'auteur note l'existence de gestions d'affaires intéressées qui s'éloignent de l'altruisme originaire. Cass. com. 14 nov. 1989, *D.* 1991, *Somm.* 33, obs. M. VASSEUR.

³ Cf. A. BENABENT, *op. cit.* n^o 501 et s. ; H. CHANTELOUP, *op. cit.* n^o 61 et s.

375- Les critères de définition du quasi-contrat dans sa conception nouvelle sont larges. Ils permettent d'intégrer dans cette catégorie juridique aussi bien les faits traditionnellement considérés comme des quasi-contrats que ceux qui ne correspondent pas à l'un de ces types de quasi-contrats. Leur efficacité à l'égard des quasi-contrats classiques permet de rétablir l'homogénéité de la notion de quasi-contrat et d'apaiser ainsi les inquiétudes manifestées par le professeur MAZEAUD¹ sur la destruction de cette homogénéité par la Cour de Cassation. En considération de ces critères, le quasi-contrat désigne « tout fait accompli volontairement par une personne au nom et pour le compte ou au profit d'une autre personne qui ne s'y oppose pas et en vertu duquel le droit positif impose aux personnes concernées des obligations identiques à celles qu'elles auraient assumées si le fait avait été réalisé en vertu d'un contrat ». Cette définition englobe les types classiques de quasi-contrat comme le paiement de l'indu et des situations juridiques qui ne correspondent pas à ces exemples comme la direction de fait.

B- La direction de fait : un nouveau quasi-contrat

376- La direction de fait peut valablement être qualifiée de quasi-contrat si elle réunit les critères à partir desquels le quasi-contrat se définit dans sa conception renouvelée. La **spontanéité** du fait générateur de la direction de fait, le **résultat de ce fait** et le **régime juridique** des obligations du dirigeant de fait doivent concorder avec les critères du quasi-contrat dans sa conception nouvelle. Des précisions doivent être apportées au sujet de l'espèce que constitue la direction de fait dans le genre qu'est le quasi-contrat.

377- La nature du **fait spontané, générateur** du quasi-contrat est élargie dans la nouvelle conception de cette catégorie juridique. Dans cette conception, ce fait peut consister en un engagement pris par son auteur, que cet engagement soit ou non formalisé par contrat. En raison de cette souplesse l'activité de direction de fait peut être considérée comme un fait générateur du quasi-contrat. Le seul obstacle à cette qualification pourrait être constitué par l'illicéité de cette activité. Mais cet obstacle disparaît en droit positif, car l'illicéité de la direction de fait s'apprécie au regard de la nature intrinsèque de l'acte et non

¹ Le professeur D. MAZEAUD démontre comment la Cour de Cassation opère une profonde mutation dans le critère de la notion de quasi-contrat. Tout en reconnaissant que l'arrêt du 6 septembre 2002 constitue une avancée considérable pour la notion de quasi-contrats, il se demande si « la Cour, par excès de générosité, ne nuit pas à la notion même de quasi-contrat en la privant de la moindre homogénéité ». Cf. note sous Cass. ch. mixte 6 sept. 2002 précité, n° 12 à 14.

pas au regard de l'absence de cause de son intervention¹. En effet, que la société soit ou non soumise à une procédure collective, la direction de fait n'est pas, par elle-même, considérée en droit positif comme une activité illicite. Elle n'entraîne pas *ipso facto* la responsabilité de son auteur envers la société ou les tiers, en l'absence de faute causant un préjudice à ces personnes. De même, l'activité de gestion de fait n'est pas en elle-même constitutive d'un délit puisqu'elle n'est pas pénalement sanctionnée. Au contraire, le droit reconnaît à cette activité, les effets que la direction de droit produit à l'égard de la société et en faveur des tiers. L'absence de cause juridique à l'activité qualifiée de gestion de fait n'établit donc pas le caractère illicite de cette activité mais simplement son caractère spontané ou volontaire. Il en est ainsi parce que la conception fonctionnelle influence l'appréciation de la direction de fait, quelle que soit la situation de la société. Les faits générateurs de la direction de fait sont, par conséquent licites, car l'immixtion dans la gestion d'une société n'est pas, par essence, un délit ou un quasi-délit. Ils sont de même nature juridique que ceux qui peuvent être qualifiés de quasi-contrat dans la conception nouvelle de cette notion, c'est à dire qu'ils sont licites et ont été accomplis spontanément par une personne.

Le caractère spontané signifie également que la partie qui agit impose une relation à une autre puisque cette dernière n'a pas donné son consentement à l'intervention réalisée ou que l'acceptation de cette intervention n'est pas certaine. Une divergence peut toutefois apparaître sur l'interprétation de cette incertitude dans la direction de fait d'une société.

378- En cas d'incertitude sur l'accord de volontés, la jurisprudence hésite à retenir la qualification de quasi-contrat². Les tribunaux procèdent à une étude¹ des relations antérieures entre les parties, à l'examen du comportement adopté par les parties ou des actes matériels accomplis, pour en déduire l'existence ou non d'une volonté réciproque de contracter ou de considérer comme établie la relation contractuelle. Appliquée à la direction de fait, ce raisonnement peut conduire les tribunaux à supposer que l'accord de la société à être dirigée en fait est réel, par exemple lorsque la gestion de la société se poursuit

¹ A l'inverse, au plan institutionnel, l'illicéité d'un acte s'apprécie au regard de l'absence de cause juridique de son intervention.

² Cf. H. CHANTELOUP qui précise que les tribunaux recourent plus aisément à l'artifice de la volonté fictive plutôt qu'à l'article 1371 du C. civ. *Op. cit.* p. 39, n° 53 et les nombreux arrêts cités par l'auteur à la note 89.

au-delà du mandat régulièrement attribué² ou en cas d'exécution par la société des contrats conclus par le dirigeant de fait³. Dans ces conditions, la direction de fait peut être qualifiée de mandat tacite de gestion de la société, qualification exclusive de toute référence au quasi-contrat.

Mais pour la doctrine, l'incertitude sur l'accord de volontés instaure une « relation contractuelle de fait »⁴ entre les parties, une situation contractuelle extérieure à tout accord de volontés mais à laquelle sont pourtant attachés des effets contractuels. Au plan structurel, cette situation se caractérise par l'existence d'un fait volontaire accompli par une personne au nom et pour le compte d'une autre personne en l'absence de consentement réel mais simplement supposé de celle-ci. Les auteurs estiment qu'en raison de l'incertitude sur l'accord de volonté, ces « situations contractuelles de fait » ont plus de liens avec le quasi-contrat qu'avec le contrat. Ils considèrent donc ces « situations contractuelles de fait » comme quasi-contractuelles, même si les juges hésitent à retenir cette qualification.

379- Les situations dans lesquelles une partie a agi au nom et pour le compte d'une autre sans que cette dernière n'ait donné son accord ressemblent à celles qui, en droit allemand, sont appelées « contrats de fait »⁵. Il s'agit des situations dans lesquelles « un comportement social typique peut valoir acceptation tacite d'un contrat, sans qu'il y ait à tenir compte des déclarations contraires faites par la partie contractante »⁶. Dès lors, des

¹ Sur la recherche d'une manifestation de volonté certaine et sa différenciation avec l'absence de volonté, voir H. CHANTELOUP, *op. cit.* p. 40, n° 54 et 55.

² Cette hypothèse se rapproche de celle caractérisée par l'existence de relations d'affaires antérieures entre les parties et qui est considérée comme un cas de silence circonstancié qui amène le juge à supposer établi l'accord de la partie à laquelle une offre est faite. Exemple Cass. com. 25 juin 1991, *Bull. civ.* IV, n° 234 : exécution du contrat par la personne sollicitée. Sur l'absence d'acceptation expresse : Cf. MALAURIE et AYNES, *op. cit.* n° 390.

³ Cass. com. 15 juin 1999, *Bull. civ.* V, n° 282, p. 203. La Cour de Cassation a confirmé la validité du contrat de travail par lequel un dirigeant de fait avait embauché un salarié au motif qu'en faisant produire des effets juridiques au contrat litigieux, la société l'a approuvé. Il s'agit d'une ratification tacite. Pour un exemple de ratification tacite, voir aussi Cass. civ. 3 juin 1998, *D. affaires* 1998, p. 1357, obs. J. F. En l'espèce, la ratification des actes du mandataire était établie par le fait que la société avait conservé le matériel commandé par un associé qui avait utilisé à cet effet du papier à en-tête de la société.

⁴ L. LEVENEUR, *Les situations de fait en droit privé*, L.G.D.J. 1990, thèse Paris, 1989 ; R. HOUIN, *Les situations de fait*, rapport général et discussion, Travaux de l'association Henri CAPITANT, tome XI, 1957, p. 322 ; LE TOURNEAU, *Rep. civ. Quasi-contrats* ; J.M. JACQUET, *Quasi-contrats, J.-Cl. Droit civil*, 1985, n° 87, J. HONORAT, art. préc., *RTD civ.* 1969. 686, n° 31.

⁵ Sur la notion de contrat de fait, voir P. ANCEL, *Contrat de fait et comportements sociaux typiques*, *Revue des contrats* 2004, n° 4, p. 1087 et l'abondante bibliographie présente dans cet article.

⁶ Arrêt du BGH du 30 avr. 2003 (VIII ZR 279/02) reconnaissant la conclusion d'un contrat entre un propriétaire d'immeubles à usage locatif et une compagnie de fourniture d'eau et d'assainissement, alors même que le propriétaire avait clairement déclaré qu'il ne voulait pas passer lui-même le contrat.

effets contractuels peuvent se produire sans qu'il y ait véritablement contrat au sens d'accord de volontés, mais en raison de simples relations de fait, de « contacts sociaux » imposant de traiter les personnes concernées comme des contractants, qu'elles le veuillent ou non.

La notion de « contrat de fait » est à l'origine une création doctrinale¹ allemande. Elle a connu, dans un premier temps, une consécration éclatante dans la jurisprudence allemande² avant d'être aujourd'hui, largement abandonnée. Toutefois, elle continue d'avoir une influence indirecte à travers la notion de « comportement social typique »³ qui lui est liée et qui permet de conclure à la formation d'un contrat qui n'a pas été expressément accepté, voire qui a été explicitement refusé. Selon toute vraisemblance, la notion de « contrat de fait » a aussi influencé la doctrine française qui s'en est inspirée pour élargir la notion de quasi-contrat à des situations dans lesquelles l'incertitude sur l'accord de volonté était réelle.

380- Mais il est aléatoire et inutile de chercher dans l'attitude de la société, les signes d'une acceptation de la gestion de fait car la volonté de la société n'est valablement établie que si elle s'est manifestée conformément aux règles relatives à la représentation de cette personne morale. De sorte que même si le dirigeant légal a pu accepter de manière tacite la gestion d'une personne qui n'est pas dirigeante de droit, le consentement de la société n'est toujours pas établi parce que les règles formelles relatives à la désignation des dirigeants sociaux ou à la délégation de pouvoir n'ont pas été observées. L'activité de gestion ainsi acceptée par le dirigeant de droit reste de fait. Il en résulte qu'en l'absence de certitude sur la régularité de la délégation de pouvoir ou de la désignation des dirigeants, la nature quasi-contractuelle que la doctrine attribue aux situations qui instaurent une relation contractuelle de fait doit également être reconnue à la direction de fait de la société, à condition toutefois que cette activité de gestion remplisse les autres critères du nouveau

¹ La notion de « contrat de fait » a été développée par G. HAUPT en 1941 dans un article publié deux ans plus tard dans un recueil de mélanges (G. HAUPT, Über faktische Vertragsverhältnisse, Festschrift für Silber, Bd II, Leipzig 1943, 5 ff).

² La décision de référence est l'arrêt dit « du parking de Hambourg » rendu par le BGH en 1956 (Hamburger Parkplatzfall, BGH 14 juillet 1956, BGHZ 21, 319 - texte intégral accessible sur le site Internet du Pr. Lorenz, Universität München, qui permet d'accéder aux décisions allemandes les plus importantes : <http://www.lrz-muenchen.de/lorenz>.

³ Sozialtypisches Verhalten.

concept de quasi-contrat. Parmi ces critères figure le résultat de l'intervention génératrice du quasi-contrat.

381- La direction de fait peut être qualifiée de quasi-contrat si l'activité induite de gestion de la société produit **un résultat conforme à celui du fait générateur** du quasi-contrat dans sa conception renouvelée. Dans la conception classique, le quasi-contrat résulte d'un fait volontaire d'une personne entraînant un enrichissement d'une autre personne, au détriment ou sans contrepartie pour la personne qui a agi. Dans la nouvelle conception du quasi-contrat, le profit s'entend largement. Il n'est plus seulement un avantage patrimonial procuré à autrui. Il intègre la simple promesse de profit, comme dans les affaires jugées par la Cour de cassation les 26 octobre 1999 et 6 septembre 2002. Le fait générateur du quasi-contrat est un fait volontaire dont les conséquences peuvent être évaluées financièrement. Il inclut donc les effets des actes de direction de fait car même si cette activité n'entraîne pas systématiquement et de prime abord un enrichissement de la société dirigée, elle est une prestation réalisée au nom et pour le compte de cette personne morale - c'est-à-dire à son profit - et dont la valeur patrimoniale peut être déterminée. Par conséquent, le résultat de la direction de fait est conforme au résultat ou à la fonction du fait volontaire retenue dans la nouvelle conception du quasi-contrat.

Enfin, le quasi-contrat est caractérisé par **le régime des obligations** que le droit impose aux parties à cette relation. Contrairement à ce qu'affirment certains auteurs¹ restés fidèles à l'idée de rétablissement de l'équilibre économique ou patrimonial comme fondement du quasi-contrat, la personne qui assume principalement des obligations dans le quasi-contrat n'est pas nécessairement celle qui a bénéficié de l'intervention d'autrui. Il peut s'agir de l'une quelconque des parties au quasi-contrat. Dans sa conception nouvelle, le quasi-contrat est caractérisé par le fait que les juges imposent, au moins à la personne à l'origine du fait volontaire, des obligations identiques à celles qu'elle aurait assumées si elle avait agi en vertu d'un contrat, parce que cette personne a laissé croire à une autre qu'elle s'engageait véritablement. Il en est ainsi dans la direction de fait. En droit positif, le dirigeant de fait est soumis aux mêmes obligations que le dirigeant de droit, que la société

¹ D. MAZEAUD, et A. BENABENT, *op. cit.*, p. 51.

soit ou non *in bonis*¹. Plus généralement, le régime juridique du dirigeant de fait est identique à celui du dirigeant de droit car celui-ci a exercé des pouvoirs normalement reconnus à celui-là. Ainsi, dans la direction de fait, les obligations qui incombent à la personne qui a agi spontanément sont identiques à celles qu'elle aurait assumées si elle avait agi en vertu d'un contrat.

382- La direction de fait réunit tous les critères du quasi-contrat dans sa conception renouvelée. Par conséquent, elle peut être valablement qualifiée de quasi-contrat. La question se pose alors de savoir si elle est un quasi-contrat nommé, innommé ou *sui generis* ?

Le **quasi-contrat nommé**² est celui dont l'intitulé, la qualification et les règles sont fixés par le législateur. Il en est ainsi de la gestion d'affaires et du paiement de l'indu. Le législateur n'a pas expressément qualifié la direction de fait de quasi-contrat, il ne l'a pas nommé es qualité. La direction de fait ne peut donc pas être un **quasi-contrat nommé**. Elle a des caractères qui sont identiques à ceux d'un **quasi-contrat innommé**. Celui-ci est, selon la doctrine, « un contrat qui ne fait l'objet d'aucune réglementation spéciale légale » ; mais qui « peut avoir en fait un nom lorsqu'il entre dans une des catégories spontanément créées par la pratique, qui lui en a donné un »³. Le législateur n'a pas élaboré de règles spécialement pour le dirigeant de fait. Celui-ci est soumis aux règles initialement édictées pour le dirigeant de droit. La direction de fait entre dans la catégorie des situations de fait, catégorie spontanément créée par la pratique⁴. Sa dénomination lui a été attribuée par les praticiens du droit⁵. La direction de fait est donc un quasi-contrat innommé. Cette qualification est préférable à celle de quasi-contrat *sui generis*⁶ car ce dernier concept

¹ Voir le chapitre relatif aux obligations du dirigeant de fait, *supra* n° 206 s.

² Ph. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Contrats spéciaux*, 14^e éd., Cujas, 2001/2002, n° 17 et s.

³ Cf. D. GRILLET-PONTON, *Essai sur le contrat innommé*, thèse Lyon, 1982. V. aussi, RONEO, *Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle*, D. 2000, chron. 331 ; J.F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, L.G.D.J., 1969 ; X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, thèse Nancy II, 1992. Et pour une typologie fondée sur la cause : J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, L. G. D. J., 1999.

⁴ R. HOUIN, *Les situations de fait*, rapport général et discussion, Travaux de l'association Henri CAPITANT, tome XI, 1957, p. 322.

⁵ *Supra* n° 11 s.

⁶ Même si certains auteurs ne distinguent pas entre les deux qualifications. Par exemple D. GRILLET-PONTON, qui considère le contrat *sui generis* comme un contrat "innommé typique". *Op. cit.*

renvoie à une situation qui ne peut être placée dans une catégorie préexistante, voire à un refus de qualification¹.

La direction de fait peut être considérée comme un quasi-contrat car l'activité dont elle résulte, les effets qu'elle produit et les règles que le droit positif lui applique sont identiques à ceux qui caractérisent la direction de droit. Elle est une situation qui peut être intégrée à la conception renouvelée du quasi-contrat. La qualification de la direction de fait en quasi-contrat offre l'opportunité de justifier le régime juridique du dirigeant de fait par le mécanisme du quasi-contrat.

Section II- La justification du régime juridique de la direction de fait par le mécanisme du quasi-contrat

383- Le régime juridique de la direction de fait est caractérisé par la reconnaissance à ce mode de gestion de la société, de certains effets de la direction de droit. Dans la direction de fait, le législateur accorde aux actes accomplis par le dirigeant de fait une efficacité identique à celle qu'il reconnaît aux actes du dirigeant de droit. Il applique à la direction de fait les effets de la direction de droit afin d'assurer la protection des intérêts des tiers et de la société. Par conséquent, le régime juridique du dirigeant de fait est quasiment identique à celui du dirigeant de droit². La direction de fait produit de tels effets parce qu'elle est une application de la théorie du quasi-contrat, théorie qui permet à une situation qui a seulement les apparences d'une situation contractuelle, de produire certains effets de cette situation contractuelle. Ainsi, **la validité des actes de gestion de fait (§1)** et **l'application au dirigeant de fait des règles de responsabilité et des sanctions (§2)** auxquelles le dirigeant de droit est soumis peuvent être justifiées par le mécanisme du quasi-contrat.

¹ Ph. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, précité, n° 19 : « En fait, cependant, le recours à l'institution *sui generis* n'est souvent qu'un refus paresseux d'analyse ».

² A l'exception de la responsabilité du dirigeant de fait à l'égard de la société et des tiers lorsque la société est *in bonis*. *Supra* n° 262 s.

§1- La justification de la validité des actes de gestion de fait

384- L'article 1371 du Code civil définit les quasi-contrats comme « des faits, purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties ». La validité des actes de gestion de fait peut être considérée comme un des effets du quasi-contrat indiqués par cet article. Parce qu'elle est un quasi-contrat, la direction de fait entraîne **la soumission du dirigeant de fait aux obligations (A)** qui pèsent sur le dirigeant de droit et **l'engagement corrélatif de la société à raison des actes de gestion de fait (B)**.

A- La justification des obligations du dirigeant de fait

385- La direction de fait crée entre la personne qui l'exerce, la société et les tiers, mais pas réciproquement, des obligations identiques à celles qui existent dans la direction de droit. Le dirigeant de fait est soumis à des obligations¹ fonctionnelles et institutionnelles qui peuvent être considérées comme des effets du mécanisme du quasi-contrat. Ces obligations doivent être rappelées avant de démontrer qu'elles sont justifiées par le mécanisme du quasi-contrat.

386- Les obligations fonctionnelles sont celles que la loi et la jurisprudence imposent à un dirigeant en raison de ses fonctions, de son activité dans la gestion de la société. Leur but est d'empêcher que les prérogatives inhérentes au pouvoir de gestion ne soient exercées dans un but autre que celui pour lequel elles existent, c'est-à-dire dans un but autre que la promotion de l'intérêt social. Ces obligations peuvent être imposées implicitement au dirigeant de fait. Elles se déduisent alors des dispositions légales qui sanctionnent l'inexécution ou la mauvaise exécution par ce dirigeant des fonctions relatives à la gestion de la société². Le dirigeant de fait peut aussi y être soumis expressément par le

¹ Cf. *Les obligations du dirigeant de fait*, supra p. 206 s.

² Par exemple, dans les SARL, l'article L. 241-9 du Code de commerce prévoit que les articles L. 241-2 à L. 241-6 du même Code relatifs aux infractions commises dans la gestion de cette société et à leur sanctions « sont applicables à toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la gestion d'une société à responsabilité limitée sous le couvert ou au lieu et place de son gérant légal ».

législateur. Il en est ainsi lorsque la loi impose expressément au dirigeant de fait de remplir des fonctions ou des missions qui relèvent de la gestion de la société¹.

Les obligations fonctionnelles que le dirigeant de fait assume peuvent être justifiées par le mécanisme du quasi-contrat parce que par ce mécanisme, le législateur impose à une partie ou aux deux parties à une relation extracontractuelle, des obligations que des personnes sont tenues de respecter en raison d'un contrat. La soumission du dirigeant de fait aux obligations fonctionnelles de la gestion sociale est justifiée par le mécanisme du quasi-contrat. Mais ces obligations elles-mêmes ont des fondements propres à certains types de quasi-contrats.

387- Le **fondement général** du quasi-contrat permet de justifier la soumission du dirigeant de fait aux obligations fonctionnelles de la gestion sociale. Dans la conception nouvelle de la notion de quasi-contrat, le fondement général de cette source d'obligations n'est plus cantonné à l'enrichissement sans cause ou à la recherche de l'équité. Il inclut la perte d'un gain espéré ou annoncé. Le professeur MAZEAUD affirme ainsi que « le critère de l'obligation quasi contractuelle ne réside plus dans l'avantage indûment reçu d'autrui à la suite d'un fait volontaire spontané et désintéressé, mais dans l'illusion légitime créé chez autrui à la suite d'un fait volontaire, fût-il intéressé »². Dès lors, plutôt que de chercher à réparer, comme dans les quasi-contrats classiques, un déséquilibre injustifié entre deux patrimoines, la soumission du dirigeant de fait aux obligations inhérentes à la gestion sociale a essentiellement pour fondement la réalisation de l'espérance légitime de gain que son activité a créée auprès de la société. Ainsi, parce qu'il agit comme si le pouvoir de gérer la société lui avait été régulièrement attribué, le dirigeant de fait est soumis par la loi et la jurisprudence aux **obligations fonctionnelles** que la personne qui a la qualité de dirigeant de droit assume dans la gestion de la société. La soumission du dirigeant de fait

¹ Par exemple, en matière d'hygiène et de sécurité des travailleurs, l'article 121-3 du Code pénal relatif aux *délits non intentionnels* prévoit que « les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer ». Cette disposition impose à toute personne qui exerce le pouvoir de décision dans la société, de prendre les mesures de nature à empêcher la réalisation d'un délit préjudiciable à autrui. Elle soumet les dirigeants de droit ou de fait à l'obligation de sécurité, parce que tous ont les moyens de garantir le respect de cette obligation.

² Note sous Cass. ch. mixte 6 sept. 2002, *op. cit.*, n° 13.

aux **obligations fonctionnelles** de la gestion sociale est donc fondée sur le mécanisme du quasi-contrat. Ce mécanisme impose à une personne qui a agi comme un cocontractant, les contraintes propres au contrat que son comportement a fait apparaître comme réel, c'est-à-dire les contraintes du contrat auquel fait penser son activité ou son action.

388- Les obligations que le dirigeant de fait assume dans la gestion de la société ont, elles-mêmes, des fondements propres à chacune d'elles mais qui peuvent être communs à différents types de quasi-contrat. Il en est ainsi de l'obligation de diligence et de l'obligation de poursuivre la gestion de la société.

L'obligation pour le dirigeant de fait de poursuivre la gestion de la société a pour fondement la promotion de l'intérêt de la personne morale ainsi dirigée, c'est-à-dire la promotion de l'intérêt social. Cette obligation a pour but d'assurer la continuité de la relation quasi-contractuelle que le dirigeant de fait a instaurée en gérant la société sans mandat. Elle vise à apporter à la direction de fait, une stabilité, une continuité identique à celle qui existe dans la direction de droit, afin de rendre efficace l'activité exercée.

Le fondement de l'obligation de persévérance du dirigeant de fait n'est pas spécifique à la direction de fait. Il vaut également pour la gestion d'affaires, quasi-contrat dans lequel la même obligation est imposée par la loi au gérant de l'affaire d'autrui. En application de l'article 1372 du Code civil relatif à la gestion d'affaires, celui qui gère sans mandat l'affaire d'autrui est obligé, dans les termes du mandat, « de continuer la gestion qu'il a commencé et de l'achever jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même ; il doit se charger également de toutes les dépendances de cette même affaire ». Cette règle instaure à la charge du gérant d'affaires, l'obligation d'accomplir tous les actes nécessaires à la réussite de son intervention.

Ainsi, dans la direction de fait comme dans la gestion d'affaires, la personne qui exerce indûment la gestion de la société contracte implicitement l'engagement de continuer cette gestion. Dans ces deux institutions, le mécanisme du quasi-contrat impose à la personne qui gère sans mandat les affaires d'une autre, d'accomplir tous les actes de nature à permettre à cette intervention de produire des effets bénéfiques pour le maître de l'affaire ou pour la société. Le fondement de l'obligation de persévérer dans la gestion entreprise

volontairement est donc commun à la direction de fait et à la gestion d'affaires. Il s'agit de garantir la continuité de la gestion.

Quant à l'obligation de diligence qui pèse sur le dirigeant de fait, elle impose à celui-ci de remplir consciencieusement les fonctions relatives à la gestion de la société. Elle est motivée par le souci d'éviter une gestion de fait imprudente ou légère qui causerait des dommages à la société. Aussi, le dirigeant de fait doit-il se comporter en *bon père de famille* en respectant, dans la gestion de la société, toutes les règles de conduite d'origine légale ou jurisprudentielle qui s'appliquent au dirigeant de droit. L'obligation de diligence est commune à toutes les personnes qui gèrent, sans mandat, les affaires d'autrui. Ainsi, dans la gestion d'affaires, l'article 1374 alinéa 1 du Code civil dispose que le gérant est « tenu d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'un bon père de famille ».

En exerçant sans mandat le pouvoir de gestion de la société, le dirigeant de fait s'astreint, comme le gérant d'affaires, à apporter à cette gestion, toute la diligence que le droit attend d'une personne qui conduit les affaires d'une autre en vertu d'un contrat. En ce sens, la direction de fait est semblable à la gestion d'affaires car dans l'une et l'autre institution, la personne qui intervient volontairement dans la gestion de l'affaire d'autrui est soumise à des obligations fonctionnelles dont l'objectif est d'assurer l'efficacité de la gestion entreprise sans mandat. Les obligations de diligence et de persévérance sont fondées sur la volonté du législateur d'empêcher que des personnes ne se mêlent inconsidérément de la conduite des affaires d'une société. Elles participent, comme dans la gestion d'affaires, à la « conscientisation » de la direction de fait.

389- Le mécanisme du quasi-contrat permet aussi de justifier la soumission du dirigeant de fait aux **obligations institutionnelles**¹ que le dirigeant de droit assume dans la gestion de la société. Ces obligations sont des contraintes liées non pas à la volonté des associés, mais au caractère institutionnel de la société. Il s'agit de restrictions légales au pouvoir de gestion dont le but est d'assurer la protection de la personne morale et de son patrimoine. Il en est ainsi des autorisations et interdictions par lesquelles le législateur conditionne l'accomplissement de certains actes de gestion de la société et dont le but est

¹ Cf. *Les obligations institutionnelles du pouvoir de direction, supra*, n° 225 s.

d'éviter que le dirigeant n'use du pouvoir de gestion dans un intérêt personnel ou contraire à l'intérêt social.

Le mécanisme du quasi-contrat conduit à imposer à la personne qui intervient volontairement dans la gestion des affaires d'autrui, le respect des règles impératives par lesquelles le législateur vise à empêcher que la gestion effectuée n'ait pour objectif la poursuite d'un intérêt propre à la personne qui agit. Dans la direction de fait comme dans la gestion d'affaire, l'action du gérant est fondée sur l'altruisme¹. Dans la direction de fait, l'altruisme est caractérisé par le fait que le dirigeant doit user de ses pouvoirs dans l'intérêt de la société et non pas dans son propre intérêt². Cela justifie que l'article L. 241-9 du Code de commerce soumette le dirigeant de fait aux sanctions pénales prévues par l'article L. 241-3, 4^o et 5^o du même Code contre les dirigeants qui ont poursuivi un intérêt contraire à celui de la société³.

390- La qualification de la direction de fait en quasi-contrat permet de justifier la soumission du dirigeant de fait aux obligations⁴ fonctionnelles et institutionnelles qui s'imposent au dirigeant de droit. En s'immisçant dans la gestion de la société, le dirigeant de fait se comporte comme un dirigeant de droit alors qu'il n'en a pas la qualité. Le mécanisme du quasi-contrat fait produire à ce comportement, les effets que le législateur reconnaît à l'activité qu'une personne exerce au nom et pour le compte d'une autre, en vertu d'un mandat. La soumission du dirigeant de fait aux obligations du dirigeant de droit a pour conséquences la reconnaissance d'un pouvoir de gestion à ce dirigeant et l'engagement de la société à l'égard des tiers, à raison des actes de gestion de fait.

¹ De nombreux auteurs affirment en effet que l'altruisme de celui qui agit pour autrui est déterminant dans le fondement de la gestion d'affaires car, il impose la reconnaissance sociale de son acte et justifie sa protection. Les obligations que le législateur impose aux parties dans ce quasi-contrat tendent à concilier les intérêts du gérant et du propriétaire. DEMOLOMBLE, *Cours de Code Napoléon*, tome XXXI, n° 46 ; DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome III, n° 15.

² Mais il n'est pas exclu que la gestion de fait soit aussi motivée par un intérêt propre de son auteur. Il en est ainsi lorsqu'un associé gère en fait une société dans le but d'assurer la protection de ses propres intérêts. Même dans cette hypothèse, le caractère quasi-contractuel de la direction de fait peut être reconnu car le quasi-contrat (de gestion d'affaires) a déjà été admis dans des hypothèses où le gérant avait également agi dans son propre intérêt. Cass. com. 14 nov. 1989, *D.* 1991, *Somm.* 33, obs. M. VASSEUR. Cf. R. BOUT, *J.-Cl. Notarial*, v° *Quasi-contrats*, art. 1372 à 1375, fasc. B1, n° 11.

³ Les articles L. 242-6 et L. 246-2 du C. com. reprennent la même disposition dans les sociétés par actions. Pour les sociétés en commandite par actions, voir C. com. art. L. 243-1.

⁴ La nature de ces obligations varie en fonction de leur origine. Elles sont soit quasi contractuelles, si elles sont prévues par les statuts ou par un acte de la société, soit légales si elles sont imposées par la loi.

B- La justification de l'engagement de la société à l'égard des tiers

391- La soumission du dirigeant de fait aux obligations du dirigeant de droit a pour corollaire, la reconnaissance d'un pouvoir de gestion au dirigeant de fait. En effet, en imposant au dirigeant de fait les obligations fonctionnelles et institutionnelles relatives au pouvoir de gestion, le droit positif met à la charge de ce dirigeant l'obligation de diriger la société en respectant les règles propres à cette personne morale. Par conséquent, le dirigeant de fait peut accomplir des actes de gestion de la société. Le mécanisme du quasi-contrat permet de justifier l'absence d'engagement du dirigeant de fait à raison des actes de gestion qu'il a accomplis et la validité¹ de ces actes à l'égard de la société.

Le dirigeant de fait n'est pas personnellement engagé à l'égard des tiers par les actes de gestion de la société qu'il a accomplis sans mandat régulier parce que dans le mécanisme du quasi-contrat, les actes entrepris par une personne au nom et pour le compte d'une autre engagent cette dernière seule. Ainsi, dans la gestion d'affaire, le gérant n'est pas tenu par les engagements qu'il a contractés au nom et pour le compte du maître de l'affaire². Le mécanisme du quasi-contrat produit les effets de l'apparence, en faveur des tiers. Aussi, les actes du dirigeant de fait sont valables à l'égard de la société. Ils peuvent engager cette dernière à l'égard des tiers.

La société est seule tenue à l'égard des tiers par les actes de gestion de fait parce que la qualification de la direction de fait en quasi-contrat a pour résultat de faire produire à la « représentation apparente » réalisée par le dirigeant de fait, les effets de la représentation parfaite. Comme dans la gestion d'affaires où le maître est tenu des engagements que le gérant a contractés en son nom, la société est seule tenue à raison des actes de gestion accomplis par le dirigeant de fait.

392- La validité des actes de gestion de fait à l'égard de la société est un effet du mécanisme du quasi-contrat. Le droit fait produire à la gestion de fait, les effets de la gestion de droit parce que l'activité de gestion de fait de la société a créé entre cette société et l'auteur de cette gestion, une relation contractuelle de fait. Ainsi, même si le pouvoir de

¹ Cf. *La validité des actes réalisés par le dirigeant de fait*, supra n° 335 s.

² C. civ. art. 1375.

gestion de la société ne lui a pas été régulièrement attribué, le dirigeant de fait peut valablement engager la société à l'égard des tiers, par ses actes de gestion. L'engagement de la société à l'égard des tiers, en raison des actes de gestion de fait est fondé sur la relation quasi-contractuelle créée entre la société et le dirigeant de fait par l'activité de gestion de fait.

393- La qualification de la direction de fait en quasi-contrat rend inutile la recherche aléatoire du fondement de la validité des actes du dirigeant de fait dans une analyse du comportement de la société qui tendrait à démontrer l'existence de son consentement à la direction de fait. Le recours à la notion de quasi-contrat évite également de rechercher le fondement de l'efficacité des actes du dirigeant de fait dans une validation, *a posteriori*, par la société, des actes de gestion de fait. Les actes du dirigeant de fait sont valables à l'égard de la société parce que, comme dans le mécanisme du quasi-contrat, la loi attache à l'activité de ce dirigeant, les effets juridiques qu'elle reconnaît à l'activité de la personne qui a été régulièrement désignée pour exercer le pouvoir de gestion de la société.

Mais, si la société est tenue envers les tiers, à raison des actes de gestion de fait, elle n'est pas obligée d'exécuter les actes de gestion interne pris par le dirigeant de fait. Ainsi, le dirigeant de droit a la latitude de dénier toute validité aux actes par lesquels le dirigeant de fait a réorganisé les horaires de travail dans la société ou le fonctionnement de l'établissement exploité par la société. Toutefois, dans la mesure où le quasi-contrat peut être fondé sur l'idée d'équité, la société qui a tiré un bénéfice de la gestion de fait interne doit rembourser au dirigeant de fait toutes les dépenses utiles ou nécessaires à la gestion¹.

394- La direction de fait produit des effets à l'égard, du dirigeant de fait, de la société et des tiers. Ces effets ne peuvent pas être liés au mécanisme de la représentation apparente car ce mécanisme ne produit les effets de la représentation régulière qu'à l'égard des tiers qui ont légitimement cru que la personne qui prétendait agir au nom et pour le compte d'une autre avait régulièrement le pouvoir qu'elle exerçait. Or, dans la direction de

¹ Cette règle est posée dans la gestion d'affaires par l'art. 1375 C.civ. Elle a pour objectif d'éviter un appauvrissement de la personne qui a agi, afin de ne pas décourager la réalisation spontanée des actes pour le compte d'autrui. Sur le remboursement des dépenses dans le quasi-contrat, voir F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 9^e éd., Précis Dalloz, 2005, n° 1047.

fait, la validité des actes du dirigeant de fait à l'égard des tiers est reconnue sans qu'il soit exigé de ces tiers qu'ils établissent avoir cru légitimement que la personne qui exerçait le pouvoir de gestion de la société en était le dirigeant de droit.

La validité des actes de gestion de fait relève des effets du quasi-contrat indiqués dans cet article. Parce qu'elle est un quasi-contrat, la direction de fait impose des obligations au dirigeant de fait comme si ce dernier avait été régulièrement désigné en qualité de dirigeant social. Ainsi, le dirigeant de fait est tenu d'exercer et de poursuivre la gestion de la société avec diligence. Il engage valablement la société à l'égard des tiers par les actes de gestion qu'il accomplit. La qualification de la direction de fait en quasi-contrat présente aussi l'intérêt de justifier l'application au dirigeant de fait des règles de responsabilité et des sanctions auxquelles est soumise la personne qui a été régulièrement désignée en qualité de dirigeant de droit.

§2- La justification des règles de responsabilité applicables au dirigeant de fait

395- Le dirigeant de fait est soumis aux mêmes règles de responsabilité que le dirigeant de droit. Lorsqu'il viole une obligation propre au pouvoir de gestion, il est justiciable des règles de responsabilité applicables exclusivement aux personnes qui ont exercé la gestion de la société. Il peut aussi être soumis aux règles de responsabilité de droit commun ou ordinaire applicables à tout sujet de droit, lorsqu'il n'a pas respecté le devoir général de ne pas nuire à autrui. Le mécanisme du quasi-contrat permet de **justifier les règles de responsabilité applicables au dirigeant de fait en qualité de dirigeant social (A) ou en qualité de sujet de droit ordinaire (B).**

A- La justification des règles de responsabilité applicables au dirigeant de fait en qualité de dirigeant social

396- Le dirigeant de fait est justiciable des règles de responsabilité applicables à tout dirigeant social, lorsqu'il a violé une obligation fonctionnelle ou institutionnelle relatives au pouvoir de gestion qu'il exerce. **Les conditions et les effets** de cette responsabilité peuvent être justifiés par l'application du mécanisme du quasi-contrat à la direction de fait. Des incertitudes subsistent sur la nature de la responsabilité que le dirigeant de fait assume en qualité de dirigeant social.

397- Le dirigeant de fait encourt, comme le dirigeant de droit, une responsabilité civile patrimoniale, professionnelle ou pénale lorsqu'il a violé une obligation que le droit lui impose en raison du pouvoir qu'il exerce dans la gestion de la société. La violation d'une telle obligation est constitutive d'une faute lorsqu'elle porte atteinte à l'intérêt de la société ou des tiers. La détermination de cette faute susceptible d'entraîner la responsabilité civile patrimoniale, professionnelle ou pénale du dirigeant de fait, en qualité de dirigeant social, est soumise à une appréciation fonctionnelle de l'activité de gestion de fait¹. Comme dans le mécanisme du quasi-contrat, l'activité de gestion du dirigeant de fait est considérée comme celle d'une personne à laquelle des pouvoirs de gestion ont été attribués régulièrement.

La faute du dirigeant de fait est établie selon les mêmes critères que la faute du dirigeant de droit parce que le législateur applique à l'activité extracontractuelle de gestion de fait, les règles qu'il a élaborées pour une activité de gestion exercée par une personne qui a régulièrement le mandat de diriger la société. Ainsi l'activité du dirigeant de fait est appréciée selon les mêmes critères que l'activité dont elle a l'apparence. Elle n'est pas considérée comme une activité illicite mais comme une activité de gestion de la société. L'absence de mandat susceptible de justifier le fait générateur de la relation quasi-contractuelle n'est pas, en elle-même, une faute de nature à entraîner la responsabilité de la personne qui agit. Il en résulte que le dirigeant de fait ne commet de faute susceptible d'entraîner sa responsabilité, au sens large du terme, en qualité de dirigeant social, que s'il a violé une ou plusieurs obligations liées au pouvoir de gestion d'une société.

La qualification de la direction de fait en quasi-contrat a pour conséquence que la faute du dirigeant de fait est, comme celle de l'auteur du fait générateur d'un quasi-contrat, appréciée en fonction de la qualité ou du résultat de l'acte et non pas en fonction de la nature institutionnelle de cet acte, comme si le pouvoir exercé par le dirigeant de fait lui avait été attribué régulièrement par la communauté des associés ou par le tribunal. La faute du dirigeant de fait est donc établie par des actes de gestion de ce dirigeant qui constituent la mauvaise exécution des fonctions qu'il s'est volontairement attribué dans la gestion de la société. Elle peut aussi, conformément à la nouvelle acception du quasi-contrat, être établie

¹ Sur l'appréciation de cette faute du dirigeant de fait, voir *La détermination de la faute de gestion du dirigeant de fait*, *supra* n° 283 s.

lorsque la personne qui a pris l'initiative d'agir n'a pas réalisé l'espérance de gain que son attitude a créée chez autrui. Elle est susceptible de produire à l'égard du dirigeant de fait, les mêmes effets qu'à l'égard du dirigeant de droit.

398- L'inobservation par le dirigeant de fait d'une obligation relative à la gestion de la société peut produire sur ce dirigeant, les effets de la responsabilité civile patrimoniale, pénale ou professionnelle d'un dirigeant de droit¹. En qualité de quasi-contrat, la direction de fait entraîne l'application à son auteur des effets de la responsabilité d'un dirigeant de droit. Le mécanisme du quasi-contrat produit à l'égard de l'auteur du fait générateur de la relation quasi-contractuelle, les effets de la responsabilité qu'il aurait assumée si cette relation avait été contractuelle. Ainsi, en matière civile, dans l'arrêt rendu le 6 septembre 2002², la Cour de cassation a condamné, sur le fondement de l'article 1371 du Code civil, l'organisateur d'une loterie publicitaire à délivrer à un consommateur, le lot qu'il croyait avoir gagné. La Haute juridiction a appliqué les règles de responsabilité définies pour la situation dont le comportement de la société avait créé l'apparence.

Dans la direction de fait, les effets de la responsabilité du dirigeant de fait doivent être ceux de la responsabilité du dirigeant de droit. Le mécanisme du quasi-contrat justifie que le dirigeant de fait soit traité comme un professionnel de la gestion de la société parce qu'il s'est comporté comme un dirigeant de droit. Comme dans la gestion d'affaires, le dirigeant de fait se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès de gestion qui lui aurait été donné par la communauté des associés ou par le tribunal. Sa responsabilité est la conséquence de la violation de ces obligations. Aussi peut-il être condamné à payer l'insuffisance d'actif³ ou les dettes sociales¹, comme un dirigeant de droit.

399- La qualification de la direction de fait en quasi-contrat permet de déterminer la nature de la responsabilité civile qu'assume le dirigeant de fait en qualité de dirigeant social. En matière de quasi-contrat, la responsabilité civile que l'auteur du fait générateur de la relation quasi-contractuelle assume à l'égard de l'autre partie est la

¹ Sur cette responsabilité, voir *les sanctions d'un professionnel de la gestion sociale, supra*, n° 288 s.

² Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, précité, *Contrats, conc., consom.* 2002, comm. 151, obs. G. RAYMOND, 2° esp.; *D.* 2002, *jurisp.* p. 2963, note D. MAZEAUD.

³ *C. com.* art. L. 651-1 à L. 651-4. Sur la responsabilité pour insuffisance d'actif, *supra* n° 297 s

conséquence de l'inobservation, par le premier, des obligations contractuelles qui lui sont imposées. Ainsi, la responsabilité civile du gérant d'affaires à l'égard du géré doit être contractuelle. Dans la gestion de fait, la responsabilité du dirigeant de fait envers la société est la conséquence de l'inexécution, par ce dirigeant, des obligations qu'il assume dans la gestion de la société, comme s'il avait la qualité de dirigeant de droit. Par conséquent, en application du mécanisme du quasi-contrat, la responsabilité qu'assume le dirigeant de fait en qualité de dirigeant social doit être de nature contractuelle car la faute qui fonde cette responsabilité est l'inexécution d'une obligation contractuelle relative à la gestion de la société et non pas la violation d'une obligation de droit commun.

La qualification contractuelle de la responsabilité du dirigeant de fait permet, comme dans le quasi-contrat, « de témoigner une certaine clémence pour celui qui, désireux de venir en aide à autrui, commet des maladresses susceptibles de le rendre civilement responsable envers la personne assistée... »² Elle est conforme à l'appréciation fonctionnelle de la responsabilité du dirigeant de fait à l'égard de la société. En effet, dans cette appréciation, le dirigeant de fait n'encourt pas de responsabilité civile à raison de son immixtion dans la gestion de la société mais seulement pour des faits qui établissent qu'il n'a pas respecté ses obligations dans la gestion de la société.

La soumission du dirigeant de fait aux règles de responsabilité applicables au dirigeant de droit est un effet du mécanisme du quasi-contrat. Il laisse aussi subsister dans le régime juridique du dirigeant de fait, les règles de responsabilité de droit commun.

B- La justification des règles de responsabilité applicables au dirigeant de fait en qualité de sujet de droit ordinaire

400- Le dirigeant de fait est soumis, en qualité de sujet de droit ordinaire, aux règles qui assurent la réparation du dommage qu'une personne a causé à une autre ou répriment les infractions commises par tout sujet de droit. Le mécanisme du quasi-contrat

¹ Sur l'obligation aux dettes sociales, *supra* p. 298 s.

² Cf. D. AQUARONE, *La nature juridique de la responsabilité civile du gérant d'affaires dans ses rapports avec le maître de l'affaire*, D. 1986. Chron. 21, n° 3 ; J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse Paris II, 1978, n° 173 à 201. Pour cette position, voir également H. et L. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Les obligations*, 10^e éd., Montchrestien, 2000, n° 688 ; G. VINEY, *La responsabilité : Les conditions*, 3^e éd., L.G.D.J., 2006, n° 191.

permet de justifier l'application de ces règles au dirigeant de fait, alors même qu'il est aussi assujéti aux règles applicables au dirigeant de droit.

401- Le dirigeant de fait répond, sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil, du dommage que sa faute a causé à une autre personne. Le mécanisme du quasi-contrat **justifie les conditions** et les **effets** de cette responsabilité civile de droit commun qu'assume ce dirigeant.

402- Certes, dans le quasi-contrat, les parties sont soumises à des obligations contractuelles. Dans la gestion d'affaire, le législateur impose au gérant des obligations contractuelles identiques à celles qu'assume une personne qui intervient dans la gestion des affaires d'une autre en vertu d'un mandat. Mais à coté de ces obligations subsistent des obligations que le droit commun impose à toute personne. La violation d'une de ces obligations établit la faute de droit commun sur le fondement de laquelle le gérant d'affaires encourt une responsabilité civile patrimoniale.

Dans la direction de fait, le dirigeant de fait aussi est soumis au droit commun de la responsabilité. Il a l'obligation de ne pas nuire à autrui. La violation de cette obligation est une faute susceptible d'entraîner sa responsabilité, lorsque cette faute a causé un préjudice à autrui. Le mécanisme du quasi-contrat n'entraîne pas l'exclusion de ces règles de responsabilité de droit commun des lors que les faits imputables à ce dirigeant peuvent recevoir une qualification autre que l'exécution des fonctions relatives à la gestion de la société. Ainsi, dans le quasi-contrat, l'activité du dirigeant de fait peut recevoir une qualification extracontractuelle et justifier, lorsqu'elle est constitutive d'une faute préjudiciable à autrui, la responsabilité civile patrimoniale de ce dirigeant, sur le fondement des articles 1382 ou 1383 du Code civil. En application de ces articles, le dirigeant de fait assume, sur le fondement du droit commun, la réparation intégrale du dommage que sa faute extracontractuelle a causé à autrui. Lorsque cette faute est constitutive d'une infraction pénale susceptible d'être commise par toute personne, elle peut entraîner la responsabilité du dirigeant de droit.

Le dirigeant de fait peut encourir une responsabilité pénale lorsque la faute qui lui est imputable constitue une infraction pénale de droit commun. Il en est ainsi lorsqu'il

commet une infraction pénale en dehors de la gestion de la société. Le mécanisme du quasi-contrat n'empêche pas les dispositions pénales de droit commun de produire leurs effets à l'égard des personnes qui ne les ont pas respectées.

D'une manière générale, les règles de responsabilité de droit commun sont applicables aux situations dans lesquelles les actes du dirigeant de fait ne sont pas appréciés au plan fonctionnel. Le quasi-contrat comme le contrat ont un effet relatif. Ainsi, dans le quasi-contrat comme dans la direction de fait, les règles de responsabilité délictuelle et contractuelle coexistent.

403- La qualification de la direction de fait en quasi-contrat permet de justifier les obligations et la responsabilité qu'assume le dirigeant de fait dans la gestion ou à l'occasion de la gestion de la société, en qualité de dirigeant social ou de sujet de droit ordinaire. Elle coïncide avec l'attitude du législateur à l'égard de la direction de fait. En effet, le législateur manifeste une grande tolérance envers ce mode gestion de la société parce qu'il a conscience qu'elle peut s'avérer nécessaire. Ainsi, les obligations imposées au dirigeant de fait et la responsabilité qui résulte de leur inobservation visent essentiellement à insérer la direction de fait dans un corps de règles de nature à la rapprocher de la direction de droit et non pas à l'éradiquer. La qualification de la direction de fait en quasi-contrat permettrait de réaliser cet objectif car le mécanisme du quasi-contrat fait produire à la relation entre deux personnes, les effets d'un contrat alors que ces personnes n'ont pas donné leur accord à la création de cette relation.

404- La qualification de la direction de fait en quasi-contrat est intéressante en raison de la souplesse qu'offre la notion de quasi-contrat dans la justification des obligations et des règles de responsabilité auxquelles le législateur soumet les parties à une situation à l'origine extracontractuelle, voire illicite. Le quasi-contrat, comme la direction de fait, « concilie les avantages du régime de la défaillance contractuelle et de la responsabilité délictuelle sans pour autant hériter de leurs inconvénients respectifs. En effet, il s'apparente aux faits juridiques dans sa formation, il se rapproche des contrats

quant à son exécution »¹. Tirant profit de l'aptitude du quasi-contrat à emprunter des obligations et des règles de responsabilité au contrat mais aussi au délit ou au quasi-délit, la qualification quasi-contractuelle de la direction de fait permet de puiser dans chacune de ces sources d'obligations et même dans différentes disciplines juridiques, le fondement qui sied le mieux aux droits que le législateur veut protéger, lorsqu'une société dirigée par une personne qui n'a pas la qualité de dirigeant légal est *in bonis* ou lorsqu'elle est soumise à une procédure collective d'apurement du passif.

D'une manière générale, la direction de fait et les autres situations considérées comme quasi-contractuelles en vertu de la conception nouvelle de la notion de quasi-contrat se caractérisent par un fait générateur dont l'objectif principal est la satisfaction d'un intérêt altruiste mais qui n'est pas incompatible avec la poursuite d'un intérêt personnel. Les règles de responsabilité qui leur sont applicables sanctionnent la mauvaise exécution d'une obligation que le législateur impose à la personne qui a réalisé le fait générateur de la relation quasi-contractuelle. En cela ces quasi-contrats se distinguent des types classiques qui naissent d'une action principalement altruiste et dont les règles ont pour objectif principal le rétablissement de l'équilibre rompu par le transfert réel et injustifié d'une valeur dans le patrimoine d'une autre personne. Ces disparités entre différents types de quasi-contrat démontrent que la notion de quasi-contrat peut s'appliquer à des situations diverses et répondre à des objectifs variés.

405- Conclusion de la 2^{de} partie - La notion de quasi-contrat constitue une véritable solution pour déterminer les règles applicables aux situations qui se trouvent dans une zone comprise entre ce que permet et ce qu'interdit le droit, entre le licite et l'illicite. Comme l'affirme un auteur, « le quasi-contrat tendrait ainsi à devenir un moyen purement technique permettant d'établir artificiellement un lien de droit entre deux personnes se trouvant dans des situations juridiques originales qui ne sont adaptées ni à l'application intégrale du régime de la responsabilité contractuelle, ni à celle de la responsabilité délictuelle »². Le régime juridique applicable au dirigeant de fait en droit privé ne correspond pas exclusivement à celui d'une personne soumise aux règles de droit commun, ni à celui d'un dirigeant de droit de la société. Il est hybride car il comprend des éléments

¹ Cf. Ph. LE TOURNEAU et A ZABALZA, *op. cit.*

² C. ASFAR, *op. cit.*, spéc. p. 32.

de l'un et l'autre régime. La théorie de l'apparence ne justifie que partiellement les effets liés à la qualité de dirigeant de fait en droit positif, notamment les effets de la direction de fait à l'égard des tiers. Seule le mécanisme du quasi-contrat permet de justifier tous les effets liés à la qualité de dirigeant de fait : les effets à l'égard de ce dirigeant, de la société, des associés et des tiers. La qualification de la direction de fait en quasi-contrat fonde valablement les règles de droit commun et celles de droit commercial applicables à la direction de fait.

406- La notion de dirigeant de fait relève de la catégorie plus large des situations de fait. Cette catégorie se présente, pour emprunter l'expression de HOUIN, « comme un moyen jurisprudentiel de compléter la loi, de tourner même quelquefois la loi, d'aller au-delà de la loi »¹, dans le but de résoudre des litiges qui sont soumis au juge et pour lesquels l'application stricte de la loi reste inefficace ou aboutit à des solutions injustes. Il convient toutefois de prendre garde à ce que l'usage de la notion de quasi-contrat serve uniquement à justifier des situations ou des comportements qui ne sont ni expressément interdits par la loi, ni expressément autorisés ou acceptés par les personnes auxquelles ces faits sont imposés afin de ne pas favoriser la violation de règles de droit impératives.

¹- Cf. R. HOUIN, *Rapport général sur les situations de fait*, Travaux de l'Association H. Capitant, 1957, t. XI, p. 320.

CONCLUSION GENERALE

407- La situation du dirigeant de fait est influencée par la conception fonctionnelle¹ de la notion de dirigeant de fait. Cette influence s'exerce sur la qualification de dirigeant de fait et sur le régime juridique qui lui est applicable en droit positif.

408- L'attribution de la qualité de dirigeant de fait suppose certes une appréciation institutionnelle de l'organisation de la société en ce que le dirigeant de fait est la personne qui viole les règles d'attribution et d'exercice du pouvoir de gestion dans la société. Mais elle poursuit une finalité qui est d'assurer la protection des intérêts des tiers, principalement, de la société et des associés, accessoirement. Aussi, les tribunaux établissent-ils progressivement un lien entre la détermination des personnes susceptibles de répondre des difficultés de la société et l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à une personne. La distinction entre les bonnes et les mauvaises immixtions s'inscrit dans cette approche fonctionnelle de la notion de dirigeant de fait. Elle conduit les tribunaux à reconnaître la qualité de dirigeant de fait aux seules personnes dont l'immixtion dans la gestion de la société a été néfaste pour celle-ci car les actions en responsabilité du préjudice subi par la société, les associés ou les tiers peuvent être exercées contre ces personnes qualifiées de dirigeant de fait.

409- Quant au régime juridique appliqué au dirigeant de fait en droit privé, il se caractérise par une assimilation progressive de ce dirigeant au dirigeant de droit, en raison de l'identité des fonctions exercées par ces deux personnes. Sa finalité est d'assurer la sécurité des affaires en déterminant le sort des actes de la direction de fait et en soumettant le dirigeant de fait aux règles applicables au dirigeant de droit. Mais l'assimilation ne s'effectue pas sur les aspects positifs mais seulement sur les aspects négatifs du statut du dirigeant de droit. Ainsi, le dirigeant de fait est soumis aux contraintes inhérentes à l'exercice du pouvoir de gestion alors qu'il ne bénéficie pas des avantages attachés à

¹ La conception fonctionnelle d'une notion est l'idée que l'on se fait de cette notion lorsqu'on ne prend en considération que son efficacité, sa fonctionnalité ou sa finalité. Alors que la notion conceptuelle est celle qui peut être définie de façon abstraite selon des critères qui ne varient pas. Sur les notions fonctionnelle et conceptuelle, voir, *supra*, n° 201. G. VEDEL, *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, JCP. 1950, I, 851. Sur la notion fonctionnelle et la notion

l'exercice de ce pouvoir, tel la rémunération de son activité. Cela démontre que le régime juridique appliqué au dirigeant de fait poursuit une finalité qui est d'imposer à la personne qui a cette qualité, les conséquences négatives de l'exercice du pouvoir de gestion.

410- Le régime juridique appliqué au dirigeant de fait maintient la direction de fait dans la catégorie des situations de fait¹. En droit positif, celui qui est à l'origine du fait générateur de la situation de fait est soumis aux mêmes contraintes que si son intervention avait été conforme au droit, mais il ne bénéficie pas des droits et avantages reconnus à la personne qui accomplit les mêmes actes en vertu d'une loi ou d'un contrat. Ainsi, l'assimilation du dirigeant de fait au dirigeant de droit n'est pas complète. Mais, comme d'autres situations de fait, la direction de fait peut être considérée comme un quasi-contrat en raison de ses éléments constitutifs et des effets que le législateur lui fait produire à l'égard du dirigeant de fait, de la société, des associés et des tiers.

411- La qualification de la direction de fait en quasi-contrat peut modifier la **position institutionnelle** ou légale du dirigeant de fait dans la société, son **régime juridique** voire **la conception de la société** elle-même.

412- La qualification quasi-contractuelle de la direction de fait exerce une influence sur la nature institutionnelle du dirigeant de fait dans la société. Celui-ci est, au plan institutionnel, un individu qui viole les règles d'organisation de la société. La qualité de dirigeant de fait suppose l'accomplissement d'une activité de gestion en violation du principe interdisant l'immixtion dans la gestion de la société. Ainsi, le dirigeant de fait est un dirigeant non institutionnel et comme tel, son positionnement juridique dans la société est celui d'un individu qui a commis un délit ou un quasi-délit, un fait illicite.

413- La position institutionnelle du dirigeant de fait est modifiée par la qualification de la direction de fait en quasi-contrat. Avec la conception renouvelée du quasi-contrat, la nature juridique du fait générateur de la situation quasi-contractuelle s'est élargie. L'immixtion dans la gestion de la société peut être appréciée sous l'angle institutionnel ou sous l'angle fonctionnel. Dans la première hypothèse, elle est une activité

conceptuelle, voir aussi T. FORTSAKIS, *conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, L.G.D.J. 1987, p. 315 et s.

¹ L. LEVENEUR, *Les situations de fait en droit privé*, thèse LGDI, 1990, spéc., n° 76.

illicite parce que exercée par une personne qui n'en avait pas régulièrement le pouvoir. Dans la seconde hypothèse, elle est une activité de gestion de la société. La qualification quasi-contractuelle de la direction de fait relève d'une appréciation fonctionnelle de l'immixtion dans la gestion de la société. En qualité de quasi-contrat, la direction de fait est une activité de gestion de la société réalisée sans mandat. Au plan fonctionnel, la position du dirigeant de fait n'est pas celle d'une personne qui a commis un délit ou un quasi-délit, mais celle d'une personne qui a dirigé la société. L'absence de mandat pour diriger la société n'est pas considérée comme un comportement illicite, mais comme un comportement spontané ou volontaire. Ainsi, l'approche fonctionnelle prévaut dans la détermination de la nature institutionnelle du dirigeant de fait dans le quasi-contrat de direction de fait. Elle modifie la nature institutionnelle d'un tel dirigeant.

414- Le changement de la nature institutionnelle du dirigeant de fait par la qualification quasi-contractuelle de la direction de fait trouve un soutien dans le droit positif contemporain. En droit positif, la direction de fait n'est pas considérée comme un fait délictuel ou quasi-délictuel susceptible, du seul fait de sa réalisation, d'entraîner la responsabilité ou la sanction de son auteur. La qualité de dirigeant de fait n'entraîne pas, *ipso facto*, la responsabilité civile, sociale, fiscale ou pénale de celui auquel elle est attribuée, si les conditions spécifiques à chacun de ces types de responsabilité ne sont pas également réunies. Ainsi, alors que la direction de fait est une activité entreprise en violation de la défense d'immixtion dans la gestion de la société, le droit positif ne la considère pas comme un fait illicite puisqu'il ne lui applique pas les conséquences qu'il réserve à de tels actes. La qualification de la direction de fait en quasi-contrat nouveau modifie donc la nature juridique de la direction de fait et, incidemment, la nature institutionnelle du dirigeant de fait.

415- Le fondement quasi-contractuel de la direction de fait produit aussi des **conséquences dans le régime juridique du dirigeant de fait**. Il justifie les obligations qui pèsent sur ce dirigeant en droit positif. Le régime juridique applicable au dirigeant de fait présente des similitudes avec celui du commerçant de fait. Il est dominé par l'idée de fraude. Cette idée conduit à faire peser sur le dirigeant de fait, les obligations et les contraintes que le droit impose au dirigeant de droit et à l'exclure du bénéfice des droits et avantages reconnus au dirigeant de droit. Cela justifie que le dirigeant de fait ne puisse pas

prétendre aux droits et avantages liés au statut de dirigeant de droit. Mais la qualification de la direction de fait en quasi contrat ne modifie-t-elle pas cette logique ? L'assimilation progressive du dirigeant de fait au dirigeant de droit est-elle compète du fait de la qualification quasi-contractuelle de la direction de fait ?

416- Dans la conception moderne du quasi-contrat, l'altruisme de la personne qui a réalisé le fait générateur de la relation quasi-contractuelle n'est plus un critère déterminant. Le fait générateur n'est plus exclusivement un acte accompli dans un but totalement altruiste. Il peut être motivé par une espérance de gain ou d'enrichissement de son auteur¹. Par conséquent, dès lors que la direction de fait est un quasi-contrat, rien n'interdit au dirigeant de fait dont l'activité de gestion a été bénéfique pour la société de solliciter une rémunération pour cette activité. Il est parfaitement admissible de reconnaître au dirigeant de fait le droit d'obtenir, non seulement le remboursement de toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites en gérant la société, mais aussi une rémunération pour l'activité de gestion réalisée, du moins si cette activité a été bénéfique pour la société. Dans cette hypothèse, les droits reconnus au dirigeant de droit doivent être également reconnus au dirigeant de fait.

Par ailleurs, dans la mesure où celui qui est qualifié de dirigeant de fait n'a pas été régulièrement choisi pour exercer les pouvoirs de gestion, l'enrichissement que son activité de gestion procure à la société peut être considéré comme sans cause. Or, dans la direction de fait, il n'y a pas d'*action de in rem verso*. La rémunération de la direction de fait peut donc apparaître comme le rétablissement de l'équilibre patrimonial entre le dirigeant de fait et la société. La qualification quasi-contractuelle de la direction de fait est donc de nature à favoriser la reconnaissance de la valeur économique de l'activité développée par le dirigeant de fait dans la gestion de la société. Elle peut justifier l'attribution au dirigeant de fait des droits et avantages reconnus au dirigeant de droit.

¹ Ainsi, dans l'affaire jugée le 26 octobre 1999 par la Cour de cassation (Cass. com. 26 oct. 1999, *Bull. civ.*, IV, n° 193, p. 164. Sur cet arrêt, voir *supra* n° 370 s. Même si le fait juridique à l'origine du nouveau quasi-contrat de cession paraît être « la fausse promesse qui a généré chez autrui la croyance erronée que le plan de cession serait respecté », il n'en demeure pas moins que l'engagement du cessionnaire n'était pas fondée sur son altruisme, mais plutôt sur la recherche d'un profit propre. Sur la gestion d'affaires dans l'intérêt propre du gérant, cf. R. BOUT, *J.-Cl. Notarial*, v° *Quasi-contrats*, art. 1372 à 1375, fasc. B1, n° 11. L'auteur note l'existence de gestion d'affaires intéressées qui s'éloignent de l'altruisme originaire. Cass. com. 14 nov. 1989, *D.* 1991, *Somm.* 33, obs. M. VASSEUR.

417- La qualification de la direction de fait en quasi-contrat peut justifier la soumission, en droit positif, du dirigeant de fait aux obligations inhérentes à l'exercice du pouvoir de gestion. Elle peut aussi constituer le fondement de la reconnaissance au dirigeant de fait des droits et avantages liés au statut du dirigeant de droit. En droit positif, le régime juridique du dirigeant de fait se caractérise par une assimilation progressive de ce dirigeant au dirigeant de droit. Mais avec l'application des règles du quasi-contrat à la direction de fait, cette assimilation devient complète. Ainsi, en matière fiscale et sociale, les dirigeants de droit et de fait doivent être soumis aux mêmes règles.

418- Les effets du fondement quasi contractuel de la direction de fait peuvent aussi se répercuter dans la société elle-même. La qualification de la direction de fait en quasi-contrat est de nature à modifier **l'évolution de la conception juridique de la société**. Alors que le débat sur la nature de la société n'est pas définitivement tranché¹, l'approche fonctionnelle qui prévaut dans la qualification de la direction de fait en quasi-contrat peut, lorsqu'elle est appliquée à la société elle-même, influencer la conception de ce groupement.

La conception fonctionnelle de la société n'est pas nouvelle. Pour déterminer la nature juridique de la société, la doctrine dite de l'Ecole de Rennes avait déjà rejeté les conceptions contractuelle et institutionnelle² de la société. Elle a relevé que l'analyse de la

¹ PARDESSUS faisait déjà remarquer que le mot société désignait à la fois le contrat créateur et la personne morale créée. Cf. *Traité de droit commercial*, 1825, t. IV, p. 1 et 16. Sur la société acte unilatéral, voir J.-P. BERTEL, *Le débat sur la nature de la société : Mélanges A. SAYAG*, Litec, 1997. L'acceptation de la société unipersonnelle modifie fondamentalement la conception traditionnelle de la société. Elle constitue, selon le Pr. PAILLUSSEAU « l'une des manifestations de la crise qui secoue le droit des sociétés et qui porte sur l'idée même de la société, sa conception et sa notion ». Cf. J. PAILLUSSEAU, *Les fondements modernes du droit des sociétés*, J. C. P. éd. E. 1984, II, n° 14193. Pour la théorie institutionnelle, voir ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 2, 15^e éd. n° 695, 698 et 784 s. Cf. *Liberté contractuelle et sociétés. Essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés*, RTD com. 1996, p. 595 ; Jean-Pierre BERTEL, *La cohabitation de la révocabilité ad nutum et du contradictoire, une nouvelle illustration de la " théorie du juste milieu " en droit des sociétés*, Dr. et Patr., oct. 1998, p. 74.

² Pour une étude de la nature juridique de la société : J.-P. BERTREL, *Le débat sur la nature de la société*, in, Droit et vie des affaires, Études à la mémoire d'A. SAYAG, Litec, 1997, p. 131 et s. ; S. ASENCIO, *Le dirigeant de société, un mandataire spécial d'intérêt commun*, Rev. soc. 2000, p. 682 ; Céline LAPEYRE, *La nature de la société depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques*, Bull. Joly Sociétés, 01 janvier 2004 n° 1, p. 21. Sur la théorie institutionnelle, voir RENARD, *L'institution*, 1923 ; *La philosophie de l'institution*, 1925 ; HAURIOU, *Théorie de l'institution*, 1935 ; Cl. DUCOULOUX-FAVARD, *Trente années d'influence du droit communautaire sur le droit français des sociétés*, Congrès Camerino, 25-29 sept. 1995, Rev. Sociétés, 1995, p. 649 et l'article précité du même auteur. La théorie institutionnelle a été introduite en France par la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales et confortée par la loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 (relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée, J. O. 12 juillet 1985, p. 7862; Rect. J. O. 13 juillet 1985, p.

société ne pouvait pas se limiter à une approche purement conceptuelle¹ qui n'intégrerait pas la finalité ou la fonctionnalité de cette structure. Selon cette doctrine², la finalité est un élément indispensable à la compréhension de la notion de société. Aussi, la société a-t-elle été analysée comme « une technique d'organisation de l'entreprise », un moyen de satisfaire les besoins de l'entreprise considérée comme une organisation juridique de production de biens ou de services. Ainsi, selon la doctrine de l'Ecole de Rennes, la finalité ou la fonctionnalité de la société est un élément d'appréciation de la réalité de cette personne morale.

Dans le quasi-contrat de direction de fait, l'approche fonctionnelle prévaut dans la détermination des règles relatives à l'exercice du pouvoir de gestion. Selon cette approche, l'efficacité ou la fonctionnalité est le critère d'appréciation d'une situation ou d'une notion. En considération de ce critère, la nature juridique de la société peut être déterminée en fonction de la finalité de cette personne morale. Or, si l'efficacité ou encore la fonctionnalité devient le critère d'appréciation des comportements dans la société et détermine ce qui est permis ou ne l'est pas, la conception de la société peut devenir « fonctionnelle ». Ainsi, le mécanisme du quasi-contrat instaure une conception de la société fondée sur la finalité de cette personne morale. Cette conception est donc conforme à la tendance utilitariste du droit moderne. Il convient toutefois d'éviter que son développement ne rende caduques les règles qui organisent l'attribution du pouvoir de représentation d'une personne et notamment le principe de l'autonomie de la volonté.

7922) qui, à propos de la constitution de la société, affirme que la société peut être « instituée » par l'acte de volonté d'une seule personne. PARDESSUS faisait déjà remarquer que le mot société désignait à la fois le contrat créateur et la personne morale créée. Cf. *Traité de droit commercial*, 1825, t. IV, p. 1 et 16.

¹ L'approche conceptuelle est celle qui aborde une notion selon des critères qui permettent de déterminer une fois pour toutes et de façon abstraite, le contenu de cette notion. Cf. G. VEDEL, *op. cit.* Selon B. GENY, *De la méthode et de la technique du droit privé positif à celles du droit administratif*, Livre Jubilaire du Conseil d'État, p. 291 et s., la notion conceptuelle existe par et pour elle-même. Elle renferme sa propre finalité.

² Sur cette doctrine dite de l'Ecole de Rennes : C. CHAMPEAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962 ; « *Le contrat de société existe-t-il encore ?* » in *Le droit contemporain des contrats*, Travaux de la faculté des Sciences juridiques de Rennes, 1987, *Économica* ; J. PAILLUSEAU, *La SA technique d'organisation de l'entreprise*, Thèse, Rennes, 1967 ; « *Les fondements du droit moderne des sociétés* » : JCP, éd. G, 1984, I, n° 3148 ; « *La modernisation du droit des sociétés commerciales* », *D.* 1996, chron., p. 287 ; « *Le droit de la personne morale* », *RTD civ.*, 1993, p. 705. Auparavant, le doyen Ripert avait déjà soutenu que la société était au service d'une finalité, voir, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951, 2^e éd.

BIBLIOGRAPHIE ESSENTIELLE

OUVRAGES GENERAUX

- ALBIGES (Christophe), *De l'équité en droit privé*, Biblio. de droit Privé, L.G.D.J., 2000 ;
- ARNAUD (André-Jean), *Les origines doctrinales du Code civil français*, Biblio. de philosophie du droit, vol. IX, L.G.D.J., 1969 ;
- ATIAS (Christion), *Epistémologie juridique*, Précis Dalloz, 1^{ère} éd. 2002 ;
- BELAID (Sadok), *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Biblio. de philosophie du droit, L.G.D.J., Vol. XVII, 1974 ;
- BERGEL (Jean-Louis), *Théorie générale du droit*, coll. Méthodes du droit, Dalloz, 4^e éd., 2003 ;
- BORNIER (Philippe), *Conférences des ordonnances de LOUIS XIV*, t. II, Paris, 1737 ;
- CARBONNIER (Jean), *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 1998 ;
- CESARO (Jean-François), *Le doute en droit privé*, Droit privé., Panthéon-Assas, L.G.D.J., 2003 ;
- COZIAN (Maurice), *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Litec, 1999 ;
- DELANGLE, *Des sociétés de commerce*, 1835, t. I ;
- FARICELLI (Jean) et JESSUA (Claude), *L'entreprise dans l'évolution de la pensée économique*, Connaissance politique, Dalloz, 1, 1983 ;
- FAYOL (Henri), *Administration industrielle et générale*, Paris 1931 ;
- FENET (Alain), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Zeller, t. XIII, 1968 ;
- FORTSAKIS (Théodore), *conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, L.G.D.J. 1987 ;
- GAILLARD (Emmanuel), *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985 ;
- HAURIOU (Maurice), *Théorie de l'institution*, 1935 ;
- LEVY-BRÜHL (Henri), *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII^e et XVIII^e siècles*, 1938 ;
- MONTESQUIEU (Charles Louis de Secondat), *De l'esprit des lois*, I, Folio essais, Gallimard 1995 ;

- POTHIER (Jacques), *Œuvres de Pothier*, t. 4, éd. BECHET, 1835 ;
- RENARD (Georges) :
 - * *L'institution*, Sirey, 1923 ;
 - * *La philosophie de l'institution*, Sirey, 1925 ;
- RIPERT (Georges) :
 - * *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd, L.G.D.J., 1998 ;
 - * *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ., 4^e éd. 1949 ;
- SAVARY (Jacques), *Le parfait négociant*, Paris, 1675 ;

Traité et Précis

- AUBRY et RAU t. 6, vol. 2. Responsabilité délictuelle, par DEJEAN de la BATIE (Noël), Litec, 1989 ;
- BAUDRY-LACANTINERIE (Gabriel) et WAHL (Albert), *Traité théorique et pratique de droit civil ; des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction*, 3^e éd., t. 1, Paris, 1907 ;
- BENABENT (Alain), Droit civil, *Les obligations*, 8^e éd., Montchrestien, 2001 ;
- CALAIS-AULOY (Jean), STEINMETZ (Frank), *Droit de la consommation*, 7^e éd., Précis Dalloz, 2006 ;
- CARBONNIER (Jean) :
 - * *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, éd. Puf, 2004 ;
 - Droit civil, Les obligations*, t. 4, 22^e éd. refondue, PUF 2000 ;
- COZIAN (Maurice) et VIANDIER (Alain), DEBOISSY (Florence), *Droit des sociétés*, 20^e éd., Litec, 2007 ;
- COZIAN (Maurice), *Précis de fiscalité des entreprises 2006-2007*, 30^e éd., Litec 2006 ;
- De JUGLART (Michel) et IPPOLITO (Benjamin), *Les sociétés commerciales*, 10^e éd. Montchrestien, 1999 ;
- DEMOLOMBLE (Charles), *Cours de Code Napoléon*, tome XXXI, 1880 ;
- FABRE-MAGNAN (Muriel), *Droit civil, Les obligations*, PUF, collection Thémis, Droit privé, 2004 ;
- FERRIERE (Frédéric), CHATAIN (Pierre-Laurent), avec la collaboration de F. LEPLAT, *Surendettement des particuliers*, Dalloz, 2006 ;
- FLOUR (Jacques) et AUBERT (Jean-Luc) et SAVAUX (Eric), *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, 12^e éd., Sirey, 2007 ;

- FLOUR (Jacques) et AUBERT (Jean-Luc), *Droit civil, Les obligations, 2. Le fait juridique*, 5^e éd., Sirey, 1991 ;
- GHESTIN (Jacques), GOUBEAUX (Gilles) et FABRE-MAGNAN (Muriel), *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4e éd., L.G.D.J. 1997 ;
- GUIDICELLI-DELAGE (Genéviève) et DELMAS-MARTY (Mireille), *Droit pénal des affaires*, PUF 4^e éd. 2000 ;
- GUINCHARD (Serge), *Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès*, 2^e éd., Précis Dalloz, 2003 ;
- GUYON (Yves) :
 - * *Traité de Droit des affaires, t. 1 : Droit commercial général et sociétés*, 12^e éd., Economica, 2003 ;
 - * *Traité de Droit des affaires, t. 2 : Entreprises en difficulté, Redressement judiciaire, Faillite*, 9^e éd., Economica, 2003 ;
- JEANDIDIER (Wilfrid), *Droit pénal des affaires*, 6^e éd., Précis Dalloz, 2005 ;
- JEANTIN (Michel), *Droit des sociétés*, 3^e éd., Montchrestien, 1994 ;
- JEANTIN (Michel), LE CANNU (Paul), *Droit commercial, instruments de paiement et de crédit, entreprises en difficulté*, Précis Dalloz, 7^e éd., 2005 ;
- LARGUIER (Jean), CONTE (Philippe), *Droit pénal des affaires*, 11^e éd., Armand Colin, 2004 ;
- LARROUMET (Christian), *Droit civil, t. 3 : les obligations, le contrat*, 6^e éd., Economica, 2007 ;
- MALINVAUD (Philippe), *Droit des obligations*, Litec, 2001 ;
- LEVASSEUR (Georges), CHAVANNE (Albert), MONTREUIL (Jean), BOULOC (Bernard), MATSOPOULOU (Haritini), *Droit pénal général et procédure pénale*, 15^e éd., Sirey, 2004 ;
- MALAURIE (Philippe), AYNES (Laurent) :
 - * *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd., Cujas, 1999/2000 ;
 - * *Droit civil, les obligations, vol. 2 : les contrats et quasi contrats*, 11^e éd., Cujas 2001/2002 ;
- MALAURIE (Philippe), AYNES (Laurent), STOFFEL- MUNCK (philippe), *Droit civil, les obligations*, 2^e éd. Defrénois, 2005 ;
- MALAURIE (Philippe), AYNES (Laurent), GAUTHIER (Pierre-Yves), *Droit civil, Les contrats spéciaux*, 2^e éd. Defrénois, 2005 ;
- MAZEAUD (Henri), (Léon) et (Jean) et CHABAS (François), *Leçons de droit civil, t. II, vol. 1, Les obligations*, 9^e éd. Montchrestien, 1991 ;

- MAZEAUD (Henri) et (Léon) et CHABAS (François), *Traité de la responsabilité civile*, t. 1, 6^e éd. Montchrestien, 1983 ;
- MERLE (Philippe), *Sociétés commerciales*, Précis Dalloz, 11^e éd., 2007 ;
- PARDESSUS (Jean-Marie), *Traité de droit commercial*, t. IV, 1825 ;
- PELISSIER (Jean), SUPPIOT (Alain) et JEAMMAUD (Antoine), *Droit du travail*, 23^e éd. Précis Dalloz, 2006 ;
- PETIT (Bruno) et ROBBEZ-MASSON (Charles), *Le statut du chef d'entreprise*, éd. Liaisons 1994 ;
- PIC (Paul), *Traité de droit commercial, Sociétés commerciales*, t. 1 ; Paris, 1908 ;
- PIN (Xavier), *Droit pénal général*, Dalloz, 2007 ;
- PRADEL (Jean), *Droit pénal général*, 15 éd., Cujas, 2004 ;
- RIPERT (Georges) et ROBLOT (René), par GERMAIN (Michel), *Traité de droit commercial*, t. 1, vol. 2, 18^e éd., L.G.D.J., 2002 ;
- RIVES-LANGE (Jean-Louis) et M. CONTAMINE-RAYNAUD (Monique), *Droit bancaire*, 6e éd., Dalloz, 1995 ;
- SAVATIER (René) in PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., L.G.D.J., 1952 ;
- SERIAUX (Alain), *Droit des obligations*, PUF, 1992 ;
- SERLOOTEN (Patrick), *Droit fiscal des affaires*, Précis Dalloz, 6^e éd. 2007 ;
- SOINNE (Bernard), *Traité théorique et pratique des procédures collectives de J. Argenson et G. Toujas*, Litec, 1987 ;
- STARCK (Boris), ROLAND (Henri) et BOYER (Laurent), *Obligations I, Responsabilité délictuelle*, 5^e éd., Litec, 1996 ;
- STEFANI (Gaston), BOULOC (Bernard) et LEVASSEUR (Georges), *Droit pénal général*, 20^e éd. Dalloz 2007 ;
- TERRE (François), LEQUETTE (Yves), SIMLER (Philippe), *Droit civil, Les obligations*, 9^e éd., Précis Dalloz, 2005 ;
- TRUCHY (Henri), *Cours d'économie politique*, t. 1, 4^e éd., Sirey, 1936 ;
- VINEY (G), *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, sous la direction de J. GHESTIN, 3^e éd. L.G.D.J., 2008 ;
- VINEY (Genéviève), JOURDAIN (Patrice) :
 - * *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité civile*, sous la direction de J. GHESTIN, 3^e éd., L.G.D.J., 2006 ;

* *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, sous la direction de J. GHESTIN, 2^e éd., L.G.D.J., 2001, 819 pages ;

Codes et dictionnaires

- *Code civil*, 2008, 107^e éd., Dalloz ;
- *Code de commerce*, 2008, Litec-LexisNexis ;
- *Code de la consommation*, 2008, Dalloz ;
- *Code de la sécurité sociale*, 2008, Litec-LexisNexis ;
- *Code de procédure civile*, 2008, Litec-LexisNexis ;
- *Code de procédure pénale*, 2008, Litec-LexisNexis ;
- *Code des assurances*, 2007, Dalloz ;
- *Code du Travail*, 2007, Dalloz ;
- *Code Général des impôts, Livre des Procédures Fiscales, Directives et autres textes*, 2008, éd. F. Lefèbvre ;
- *Code monétaire et financier*, 2005, Litec-LexisNexis ;
- *Code pénal*, 2007, Litec-LexisNexis ;
- *Dictionnaire permanent. Difficultés des entreprises*, 1985 ;
- *Lexique Gestion*, par MARTINET (Alain Charles) et SILEM (Ahmed), 7^e éd. Dalloz, 2005.
- *Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant*, sous la dir. de G. CORNU, PUF, 2000 ;

Mélanges

- Mélanges Christian MOULY, t. 2, Litec 1998 ;
- Mélanges dédiés à Louis BOYER, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1996 ;
- Mélanges en hommage à André BRETON et Fernand DERRIDA, Dalloz, 1991 ;
- Mélanges en hommage à François TERRE, *L'avenir du droit*, Dalloz, PUF, éd. du Jurisclasseur, 1999 ;
- Mélanges en hommage à Roland DRAGO, *L'unité du droit*, Economica, 1996 ;

- Mélanges en l'honneur de Jacques BORE, *La création du droit jurisprudentiel*, Dalloz, 2007 ;
- Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, *L'architecture du droit*, Economica, 2006 ;
- Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ, *Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz 2006 ;
- Mélanges offerts à Jean-Luc AUBERT, *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz 2005 ;
- Mélanges offerts à Pierre COUV RAT. *La sanction du droit*, Publication de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, T. 39, PUF, 2001 ;
- Mélanges offerts en Hommage à Alain SAYAG, *Droit et vie des affaires*, Litec, 1997 ;

Lamy, Jurisclasseurs et Mémentos

- *Jurisclasseur Pénal des affaires*, éd. du Juris-classeur, 2004 ;
- *Jurisclasseur Procédure collective*, éd. du Juris-classeur, 1997 ;
- *Jurisclasseur Responsabilité civile et assurances*, éd. Techniques, 1988 ;
- *Jurisclasseur Sociétés*, éd. du Juris-classeur, 2001 ;
- *Mémento pratique Francis Lefebvre, Sociétés commerciales*, 2001 ;
- *Lamy Droit du dirigeant d'entreprise*, 2008 ;
- *Lamy Entreprises en difficulté*, 2008 ;
- *Lamy Social*, 2008 ;
- *Lamy Sociétés commerciales*, 2008 ;

Journaux officiels

- *J.O. Déb. AN.* ;
- *J.O. de la République Français* ;

OUVRAGES SPECIALISES

- CARVAL (Suzanne), *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. VINEY, LGDJ 1993 ;
- CHAMPAUD (Claude), *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey 1962 ;
- CHANTELOUP (Hélène), *Les quasi-contrats en droit international privé*, LGDJ, « Bibl. dr. privé », 1998, préf. M.-L. NIBOYET ;
- CHAPUT (Yves), *Droit du redressement et de la liquidation judiciaire des entreprises*, PUF, 1990 ;
- CHUNG-WU CHEN, *Apparence et représentation en droit positif français*, L.G.D.J., 2000, préf. J. GHESTIN ;
- DANIS-FATOME (Anne), *Apparence et contrat*, L.G.D.J., 2004 ;
- DERRIDA (Fernand), GODE (Pierre) et SORTAIS (Jean-Pierre), *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, 3^e éd., Dalloz, 1991 ;
- DOUCHY (Mélina), *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Economica, 1997, préf. A. SERIAUX ;
- GAZZANIGA (Jean-Louis), *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, « Droit fondamental », 1^{ère} éd., 1992 ;
- GIBIRILA (Deen), *Le dirigeant de société, statut juridique, social et fiscal*, Litec 1995 ;
- GRANIER (Th) et MONEGER (J), *Le commissaire aux comptes*, préface D. Kling, Dalloz, 1995 ;
- HADJI-ARTINIAN (Serge), *La faute de gestion en droit des sociétés*, Litec 2001, préf. A. VIANDIER ;
- JOBARD-BACHELLIER (Marie-Noëlle), *L'apparence en droit international privé - Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, préf. de Paul Lagarde, Paris, LGDJ, 1984, Bibl. dr. priv. ;
- JOSSERAND (Louis), *Cours de droit civil positif français*, 2^e éd., Sirey, 1933 ;
- KOJEVE (Alexandre), *La notion d'autorité*, éd. Gallimard, 2004 ;
- LAMORLETTE (Thierry), *Les actes anormaux de gestion*, 2^e éd., Economica, 1985 ;
- LEFEBVRE (Francis), *Dirigeants de sociétés commerciales, statut juridique, contrat de travail, protection sociale, régime fiscal et juridique des rémunérations, responsabilités*, éd. Francis Lefèbvre, 2002 ;
- LESCOEUR (Charles), *Essai historique et critique sur la législation des sociétés commerciales en France et à l'étranger*, Paris, 1877 ;

- LEVENEUR (Laurent), *Situations de fait et droit privé*, L.G.D.J. 1990 ;
- LEVY (Jean-Philippe), *Histoire des obligations*, Paris, Les Cours du droit (licence), 1997 ;
- MAROT (Yves), *Le droit de la franchise*, Mémento juridique, 5^e éd., Gualino, 2003 ;
- OVERSTAKE (Jean-François), *Essai de classification des contrats spéciaux*, L.G.D.J., 1969 ;
- ROCHFELD (Judith), *Cause et type de contrat*, L. G. D. J., 1999 ;
- ROUSSEL GALLE (Philippe), *La réforme du droit des entreprises en difficulté : de la théorie à la pratique*, 2^e éd., Litec, 2007 ;
- SALEILLES (Raymond), *Histoire des sociétés en commandite*, *Annales de droit commercial*, 1895 ;
- SCHOLASTIQUE (Estelle), *Le devoir de diligence des administrateurs de société, droit français et anglais*, LGDJ, 1998 ;
- STORCK (Michel), *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, L.G.D.J. 1982 ;
- VIANDIER (Alain), *La notion d'associé*, L.G.D.J., 1978 ;
- VIRASSAMY (Georges), *Les contrats de la distribution*, Collection Traité des contrats, L.G.D.J., 1999 ;

THESES

- ARRIGHI (Jean-Baptiste), *Apparence et réalité en droit privé. Contribution à l'étude de la protection des tiers contre les situations apparentes*, Thèse, Nice, 1974 ;
- BACACHE-GIBEILI (Mireille), *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, thèse Paris II, 1996 ;
- BARRET (Olivier), *L'appauvrissement injuste aux dépens d'autrui*, thèse Paris I, 1985 ;
- BATTEUR (Annick), *Le mandat apparent en droit privé*, thèse Caen, 1989 ;
- BEGUET (Jean-Pierre), *L'enrichissement sans cause*, thèse, Alger, 1945 ;
- BOURGUIGNON (Prosper), *Notion juridique de l'interposition de personne*, Thèse Paris 1906 ;
- BOUT (Roger), *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, thèse Aix, 1972 ;

- CALAIS-AULOIS (Jean), *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, thèse Montpellier, 1959, Impri. J. Reschly, préf. H. CABRILLAC ;
- CANIN (Patrick), " *Les actions récursoires entre coresponsables* ", thèse Grenoble 1993 ;
- CARVAL (Suzanne), *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, thèse Paris I, 1993 ;
- CHAPUT (Yves), *De l'objet des sociétés commerciales*, thèse dact. Clermont, 1973 ;
- COVIAUX, *L'habitude individuelle dans le droit des obligations*, Paris 1974 ;
- DIDIER (Philippe), *De la représentation en droit privé*, thèse multigr. Paris II, 1997 ;
- FABRE (Muriel), *Etude jurisprudentielle des sanctions civiles applicables aux dirigeants de sociétés en liquidation des biens ou en règlement judiciaire*, thèse Montpellier, 1982 ;
- FAIDIDE (Renée), *L'immixtion dans la gestion des sociétés commerciales*, thèse Paris II, 1973 ;
- GORE (François), *L'enrichissement aux dépens d'autrui*, thèse, Paris, 1945 ;
- GRILLET-PONTON (Dominique), *Essai sur le contrat innommé*, thèse Lyon, 1982 ;
- HENRY (Xavier), *La technique des qualifications contractuelles*, thèse Nancy II, 1992 ;
- MACQUERON (Jean-Marie), *La notion de dirigeant de fait (étude de la jurisprudence française de ses origines à 1981)*, Rouen 1982 ;
- MARTEAU-PETIT (Mireille), *La notion d'acte de gestion et le droit des sociétés*, Paris 2, 1992 ;

ARTICLES ET CHRONIQUES

- ALIBERT (Bernard), *La gestion : essai de définition juridique*, *Petites affiches*, 26 fév. 1997, n° 25, p. 10 ;
- ANCEL (Pascal), *Contrat de fait et comportements sociaux typiques*, *Rev. Contrats*, 1^{er} oct. 2004, n° 4, p. 1087 ;
- ASENSIO (Stéphane), *Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun*, *Rev. sociétés* 2000, p 683 ;
- BARBIERI (Jean-François), *Immixtion dans la gestion d'une filiale et responsabilité de la société mère*, *Rev. sociétés* 2004, p. 418 ;
- BERGERES (Maurice-Christian), *Responsabilité fiscale des dirigeants sociaux*, *D.* 1993, chron. p. 199 ;

- BATTEUR (Annick), *La théorie du mandat apparent et la protection des tiers contractants*, *Petites affiches* 26 avril 1996 n° 51, p. 13 ;
- BERTREL (Jean-Pierre) :
 - * *Liberté contractuelle et sociétés*, *Essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés*, *RTD com.*, octobre – décembre 1996, p. 595 ;
 - * *Le débat sur la nature de la société*, *Etudes à la mémoire de A. SAYAG*, Litec 1997, spéc. n° 4 ;
 - * *L'intérêt social*, *Dr. et patr.* avril 1997, p. 42 ;
- BEZARD (Pierre), "*La compétence et le devoir des dirigeants sociaux en droit français*", *Journées de la société de législation comparée*, 1988, p. 519 ;
- BISSARA (Pierre), *Les véritables enjeux du débat sur « le gouvernement d'entreprises »*, *Rev. sociétés* janvier- mars 1998, p. 5 ;
- BOISMAIN (Corinne), *Etude sur l'évaluation des dommages intérêts par les juges du fond*, *Petites affiches* 22 févr. 2007, n° 39, p. 7 ;
- BORE (Jacques), "*Le recours entre coobligés in solidum*", *J.C.P.* 1967, 1, 2126 ;
- BOULOC (Bernard), *La responsabilité pénale des entreprises*, *Rev. int. dr. comp.*, 1994, p. 669 ;
- BOUTEILLER (Patrice), *Responsabilité du banquier*, *J.Cl. commercial*, Fasc. 3100 ;
- BUREAU (Dominique), *La loi relative aux nouvelles régulations économiques ; aspects de droit des sociétés*, *Bull. Joly sociétés*, n° 6, 01 juin 2001, p. 553 s. ;
- CALAIS AULOY (Marie-Thérèse), *La libération du droit de la responsabilité par l'abandon de la notion de faute*, *D.* 1998, n° 14, Dernière actualité ;
- CHAMPAUD (Claude) :
 - * *Le contrat de société existe-t-il encore ?* in *Le droit contemporain des contrats*, Travaux de la faculté des sciences juridiques de Rennes, Economica, 1987 ;
 - * *Droit administratif et droit des affaires*, *A.J.D.A.* 1995, n° spécial (juin), p. 82 ;
- CHAPUT (Yves) :
 - * *Le commissaire aux comptes, partenaire de l'entreprise*, Presse de Sciences po/CREDA, 1999, p. 84 ;
 - * *Règlement amiable et cessation des paiements*, *RTD com.* 1986, n° spécial, p. 20 ;
- CONSTANTIN (Alexis) :
 - * *L'intérêt social, quel intérêt ?* : *Etudes B. MERCADAL* éd. Francis Lefebvre 2002, p. 317 ;
 - * *De quelques aspects de l'assurance de responsabilité civile des dirigeants sociaux*, *RJDA* 2003, p. 595 ;
- COZIAN (Maurice), *L'abus de droit en fiscalité, proposition d'un universitaire : et si on supprimait l'abus de droit ?* *Rev. sociétés* 2002, chron. 499 ;
- COURET (Alain) :

- * *Le droit des sociétés et le besoin de sécurité à l'aube du troisième millénaire*, *Rev. sociétés*, numéro spécial, 1/2000, p. 89 ;
- * *Interrogations autour de la réparation du préjudice, de l'actionnaire* : *RJDA* 5/97, p. 391 ;
- * *Les apports de la théorie micro-économique à l'analyse du droit des sociétés*, *Rev. sociétés* 1984, p. 243 ;
- * *Le gouvernement d'entreprise (la Corporate governance)*, Dalloz 1995, chron., p. 163 ;
- * *La responsabilité en droit pénal du travail : continuité et rupture*, *Rev. sc. crim.* 1992, p. 477 ;

- DAIGRE (Jean-Jacques.),
 - * *Le gouvernement d'entreprise : feu de paille ou mouvement de fond ? Dr. et patr.*, juillet- août 1996, p. 21 ;
 - * *De l'inapplicabilité de la responsabilité civile de droit commun aux dirigeants d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire*, *Rev. sociétés*, 1988. 199 ;

- DE BERMOND DE VAULX (Jean-Marie), *Le sort des droits sociaux détenus par le dirigeant d'une société en redressement ou en liquidation judiciaires*, *Rev. sociétés* 1990, p. 221 s. ;

- DE BERTIER-LESTRADE (Bérénice), *Des fautes sans responsabilité*, *Petites affiches* 25 janv. 2005, n° 17, p. 11 s. ;

- DEDESSUS- LE- MOUSTIER (Nathalie), *La responsabilité des dirigeants de fait*, *Rev. sociétés* 1997, p. 499 ;

- DEFRENOIS-SOULEAU (Isabelle), *La répétition de l'indu objectif*, *RTD civ.*, 1989, 243 ;

- DELATTRE (Christophe), *L'inlassable travail de la Cour de cassation quant à la détermination de la notion de direction de fait*, *JCP. E* 2007, p. 1872 ;

- DELEBECQUE (Philippe), *L'administrateur de fait par personne interposée : une notion à définir*, *JCP E*, 2005, n° 234 ;

- DELGA (Jacques), *Révocation sans indemnités des P.-D.G. de SA en France*, Dalloz affaires 1996, pp. 763 s. ;

- DERRIDA (Fernand), *Procès de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 (Action en comblement d'insuffisance d'actif social)* *Petites affiches* 19 juill. 2001, n° 135, p. 6 ;

- DESCORPS DECLERE (Frédéric), *Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, *RTD com.* 2003, p. 25 ;

- DESDEVISES (Yvon), *L'immixtion dans la gestion d'une société*, *Rev. Eco. et comptabilité*, déc. 1980, p. 3 ;

- DEVEZE (Jean), *Les dirigeants cautions*, *JCP*, n° 3, 2001, p. 27 ;

- DIDIER (Philippe) :
 - * *Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, *Rev. sociétés* avril- juin 2003, p. 238 ;
 - * *La théorie contractualiste de la société*, *Rev. sociétés* n° spéc. 1/2000, *Le changement de millénaire et le droit des sociétés*, p. 95 à 99 ;

- DORAT des MONTS (Roger), *L'unification des sociétés civiles et commerciales : vers un droit commun ?* *RTD Com.* 1982, p. 505 s. ;

- DUCOULOUX-FAVARD (Claude) :
 - * *Trente années d'influence du droit communautaire sur le droit français des sociétés*, Congrès Camerino, 25-29 sept. 1995, *Rev. sociétés.* 1995, p. 649 ;
 - * *Notes de leçons sur le contrat social*, *D* 1997, 1, chron. 319 ;

- DUPICHOT (Jacques), *L'indemnisation*, *Petites affiches* 31 août 2006, n° 174, p. 33 ;

- DU PONTAVICE (Emmanuel), *Le principe de non-immixtion des commissaires aux comptes dans la gestion à l'épreuve des faits* : *Rev. sociétés*, 1973, p. 599 ;

- FREYRIA (Charles) :
 - * *Libres propos sur la responsabilité civile de la gestion d'une entreprise*, Mélanges L. BOYER 1996, p. 179 s. ;
 - * *L'assurance de responsabilité civile du management*, *D.* 1995, chron. p. 120 ;

- GANDUR Robert, "Du gouvernement de l'entreprise à la gestion fautive, *Quelques réflexions sur l'expertise judiciaire*", Colloque, "L'expert face à la faute de gestion", Cour de cassation 6 mai 1999, *RJcom.* 2000, n° spécial, p. 15 ;

- GARDELLA (Gérard), *Le devoir de conseil du banquier*, *Gaz. Pal.* 2000, 2, doct. p. 2128 ;

- GARRON (F), *La rémunération excessive des dirigeants de sociétés commerciales*, *Rev. sociétés* 2004 , chron., p. 795 ;

- GERMAIN (Michel) :
 - * Rapport de synthèse, Colloque sur *la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, Université René Descartes, 16-12-2002, *Rév. sociétés*, avril-juin 2003, p.37 s.
 - * *L'intérêt commun des actionnaires*, *JCP.* 1996/4, éd. E., II, Cahier de droit des entreprises, p. 13 ;

- GERSCHEL (Christophe), *Le principe de non-immixtion en droit des affaires*, (1^{ère} partie), *Petites affiches* 30 août 1995, n° 104, p. 8 ;

- GIANNO (Raymond) et COMBES (Anne-Élisabeth), *La dénaturation du mandat social par la pratique dans les sociétés anonymes*, *Gaz. Pal.*, 2-4 juin 2002, n° spécial statut des dirigeants sociaux, p. 4 ;

- GIBIRILA (Deen), *Les responsabilités et les sanctions du dirigeant dans la loi de sauvegarde des entreprises*, *Répertoire du Notariat Deffrénois*, 30 juin 2006 n° 12, p. 989 ;

- GROSSI (Isabelle), *La responsabilité des dirigeants*, colloque "Entreprise et responsabilité civile", Institut de droit des affaires d'Aix-Marseille, 13 juin 2003, *Dr. et patr.* 2003, n° 118, p. 50 ;
- GROUDEL (Hubert), *Les surprises du mandat apparent*, *Resp. civ. et ass.* 1992, déc. Chron., n° 39;
- GUYON (Yves), *La fraternité dans le droit des sociétés*, *Rev. Soc.*, 1989, p. 439 ;
- HAMEL (Joseph) :
 - * *L'affectio societatis*, *Rev. Trimestrielle*, 1925, p. 761 s. ;
 - * *La personnalité morale et ses limites*, *D.* 1949, chron. 141 ;
- HONORAT (Jean), *Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel*, *RTD civ.*, 1969, 653 ;
- HOUIN (Roger), *Rapport général sur les situations de fait*, Travaux de l'Association H. Capitain, 1957, t. XI, p. 320 s. ;
- HUBEAU (Francis), *Le principe de la protection de la confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, *Cahiers de droit européen* 1983, p. 143 ;
- JEZE (Gaston), *Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait*, *RDP*, 1914, p. 55 ;
- JOUVE (Edmond), *Recherches sur la notion d'apparence en droit administratif français*, *RDP* 1968, p. 285 et 289 ;
- LAMBERT-FAIVRE (Yvonne), *L'entreprise et ses formes juridiques*, *RTD com.* 1968, p. 974 ;
- LEAUTE (Jacques), *Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence*, *RTD civ.* 1947, p. 289 ;
- LE CANNU (Paul) :
 - * *La nature juridique des fonctions des membres du conseil de surveillance d'une société anonyme*, *Bull. Joly* 1989, p. 479, § 174 ;
 - * *Les précisions apportées par le droit des procédures collectives au régime de la délégation de pouvoirs dans une société*, *Bull. Joly*, 1997, p. 628, § 243 ;
 - * *Direction de fait et contrat avec la société dirigée*, *Bull. Joly*, 1998, n° 1, p. 5 ;
- LE CORRE (Pierre-Michel), *Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises (loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005)*, *D. affaires* 2005, supplément au n° 33, 22 sept. 2005, p. 2306 ;
- LE GALL (Jean-Pierre) et BLANLUET (Gauthier), *La responsabilité fiscale des dirigeants d'entreprise*, *Rev. soc.* 1992, 669 ;
- LE TOURNEAU (Philippe) et Alexandre ZABALZA, *Le réveil des quasi-contrats (à propos des loteries publicitaires)*, *Contrats, conc., consom.* 2002, chron. 22 ;

- LENOAN (Roger), *Du recours du véritable créancier contre celui qui a reçu indûment un paiement à sa place*, *RTD civ.*, 1923, 925 ;
- LESCOT (Pierre), *Le mandat apparent*, *JCP.* 1964, I, 1826 ;
- LUCAS (François-Xavier), *Responsabilité bancaire : le banquier administrateur de fait par personne interposée*, *RD bancaire et fin.*, 2004, p. 271 ;
- MARCHI (Jean-Pierre), *Responsabilité des dirigeants sociaux et crise économique*, *Gaz. Pal.* 1986, II, p. 434 ;
- MAROT (Yves), *La collaboration entre franchiseur et franchisé*, *Petites affiches* 31 août 2000, n° 174, p. 4 ;
- MARTIN (Jean-François), *Les membres du conseil de surveillance sont-ils des dirigeants sociaux au sens de la loi du 25 janvier 1985 ?* *Gaz. Pal.* 1991, 1, doct. 24 ;
- MARTIN-SERF (Arlette), *L'action en comblement de passif*, *Rev. proc. coll.* 2002, p. 111 ;
- MATSOPOULOU (Haritini), *La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales*, *Rev. sociétés*, 2004, chron. p. 283 ;
- MONTÉRAND (Thierry), *Les sanctions pécuniaires et personnelles dans la loi du 26 juillet 2005*, *Gaz. Pal.*, 10 sept. 2005 n° 253, p. 37 ;
- NOTTE (Gérard), *La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives*, *JCP. CI.* 1980, 8560 ;
- NURIT PONTIER (Laure), *Le statut social des dirigeants de société*, *JCP E.* 2002, p. 210 ;
- NUTTENS (Jean Dominique), « *La loi Fauchon du 10 juillet 2000 ou la fin de la confusion de la faute civile et de la faute pénale d'imprudance* », *Gaz. Pal.* 4-5 oct. 2000, p. 7 ;
- NUTTENS (Jean Dominique), *La loi Fauchon du 10 juillet 2000 ou la fin de la confusion de la faute civile et de la faute pénale d'imprudance*, *Gaz. Pal.* 4-5 oct. 2000, p. 7 ;
- PAILLUSSEAU (Jean) :
 - *L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir*, *Petites affiches*, 19 juin 1996, n° 74, p. 17 ;
 - * *Le droit est aussi une science d'organisation*, *RTD com.* 1989, p. 1 ;
 - * *Les fondements du droit moderne des sociétés*, *JCP. Ed. G.* 1984, n° 3148 ;
 - * *Le droit moderne et la personnalité morale*, *RTD civ.* 1993, n° 4, p. 705 ;
- PAISANT (Gilles) :
 - * *La loi du 31 décembre 1989 relative au surendettement des ménages*, *JCP.* 1990, éd. E. II. 15896, n° 20 ;
 - * *Surendettement et dettes délictuelles*, *RTD com.* 1997, p. 140 ;

- PARACHKÉVOVA (Irina), *La nouvelle responsabilité des dirigeants dans les procédures collectives : révolution ou évolution ? Petites affiches*, 19 déc. 2006, n° 252, p. 4 ;
- PEIS-HITIER (Marie-Pierre), *De la croyance légitime comme critère de définition des quasi-contrats*, *Petites affiches*, 25 janv. 2006, n° 18, p. 8.
- PERREAU (Etienne Ernest Hippolythe), *Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé*, *RTD civ.* 1911, p. 229 ;
- PETEL (Philippe) ; POUILLAIN (Bernard), *Responsabilité fiscale des dirigeants de personnes morales*, *Droit et Patr.* 1998, chron., p. 35 ;
- PETIT (Bruno), *Cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social*, *Rép. Sociétés Dalloz*, tome II, 2002, p. 1 ;
- PIC (Paul) :
 - * *La défense d'immixtion des commanditaires dans la gestion des sociétés*, *D.H.* 1933, *Chron.* p. 21 ;
 - * *De l'élément intentionnel dans le contrat de société*, *Annales* 1906, p. 153 ;
- PIC (Paul), *De l'élément intentionnel dans le contrat de société*, *Annales* 1906, p. 153 ;
- PINIOT (Marie-Charlotte), *Cumul de l'action en comblement de passif et de la responsabilité fiscale*, *R.J.D.A.* 1/1998, p. 3 ;
- PIROVANO (Antoine), *La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? D.* 1997, chron., p. 189 ;
- PLANIOL (marcel), *Classification des sources des obligations : Rev. crit. Lég. et jur.* 1904, p. 224 ;
- POLLAUD-DULIAN (Frédéric) :
 - * *L'habitude en droit des affaires*, *Mélanges A. SAYAG*, 1997, p. 349 ;
 - * *De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires*, *RTD com.* 1997, p. 349 ;
- RADE (Christophe) :
 - * *Harcèlement moral et responsabilités au sein de l'entreprise : l'obscur éclaircissement*, *Dr. soc.*, n°s 9/10, sept.-oct. 2006, p. 825 à 833 ;
 - * *L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile*, *D.* 1998, chron. p. 301 ;
- REBOUL (Nadège), *Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis*, *Rev. Sociétés*, 2000, p. 425 ;
- RIVES-LANGE (Jean-Louis), *La notion de dirigeant de fait (au sens de l'art. 99 de la loi du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens)*, *D.* 1975, *Chron.* p. 41, n° 5 ;

- ROLLAND (Blandine), *Considération sur la fictivité des filiales dans le cadre d'une action en extension de procédure de redressement judiciaire*, *Petites affiches* 28 janv. 2005, p. 17, note sous C.A Douai, 2 oct. 2003 ;
- ROUSSEL GALLE (Philippe), *Responsabilités et sanctions des débiteurs après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*, *JCP E.*, 20 oct. 2005, n° 1512, p. 1761 ;
- SAINT- ALARY- HOUIN (Corinne) :
 - * *La responsabilité patrimoniale des dirigeants de société en difficultés*, *JCP*, n° 3, 2001, p. 30 ;
 - * *Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises : continuité, rupture ou retour en arrière ? Dr. et patr.* janv. 2005, n° 133, p. 40 ;
- SALEILLES (Raymond), *Histoire des sociétés en commandite*, *Annales de droit commercial*, 1895, p. 10 et 49, 1897, p. 29 ;
- SEILLAN (Hubert), *L'obligation de sécurité du chef d'entreprise*, *D.* 1981, p. 250 ;
- SERLOOTEN (Patrick), *Rémunération du dirigeant : liberté et impôt*, *JCP*, n° 3, 2001, p. 7 ;
- SORDINO (Marie-Christine), *Aménagement conventionnel et révocation « ad nutum » des dirigeants des sociétés anonymes*, *Mélanges C. MOULY*, Litec 1998, t. II, p. 245
- SORTAIS (Jean-Pierre), *Les contours de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif*, *Mélanges P. BEZARD*, 2002, p. 321
- SOURIOUX (Jean-Louis), *"La croyance légitime"*, *JCP*. 1982, I, 3058 ;
- STEICHEN (Pascale), *Le courtier, mandataire de l'assureur ? Petites affiches*, 07 avr. 1995 n° 42, p. 4 ;
- STORP (Roger), *La GmbH & Co. KG (Une forme hybride de société en droit allemand)*, *Gaz. Pal.*, 1989, 2, Doctr. 395 ;
- TALLON (Denis), *Pourquoi parler de faute contractuelle ? Mélanges CORNU*, 1994, p. 429 ;
- TIGER (Philippe), *Les procédures collectives après cessation des paiements en droit harmonisé de l'Ohada*, *Petites affiches*, 13 oct. 2004, n° 205, p. 35 ;
- TREBULLE (François-Guy), *Stakeholders Theory et droit des sociétés*, (1^{ère} partie), *Bull. Joly* 2006, n° 12, p. 1337 ;
- TRICOT (Daniel), *Les critères de la gestion de fait*, *Dr. et patr.* janv. 1996, p. 24 ;
- TUNC (André), *La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence*, *JCP* 1945, I, p. 449 ;
- VACRATE (Sabine), *Que cache l'apparence derrière la société créée de fait ? Petites affiches*, 27 févr ; 2004, n° 42, p. 5 ;

- VALLENS (Jean-Luc), *La loi sur le surendettement des particuliers*, ALD 1990, p. 871, n° 33 ;
- VATINET (Raymonde) :
 - * *La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux*, *Rev. sociétés* 2003, 247, colloque Paris V, sur "*La responsabilité civile des dirigeants sociaux*", *Rev. sociétés* 2003, p. 195 ;
 - * *Cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail*, *Les frontières du salariat*, *Rev. Juridique d'Ile de France*, 1996, p. 209 ;
 - * *Des hypothèses de non cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social*, *RTD com.* 1999, p. 273 ;
- VEDEL (Georges), *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, *J.C.P.* 1950, I, 851 ;
- VIDAL (Dominique), *Responsabilité civile des dirigeants sociaux*, *JCP éd. E.* 2001, n° 24, suppl. n° 3, p. 16 ;
- VIRASSAMY (Georges), *Regard sur le phénomène de la réitération en droit privé français*, *D.* 1989, chron., p. 279 ;
- ZAQUIN (Gérard), *La gérance de fait de la SARL en droit fiscal*, *JCP.* 1976, éd. C. I., II, 12074 ;
- ZATTARA-GROS (Anne-Françoise), *Les sanctions dans les procédures*, *Petites affiches*, 20 mars 2007 n° 57, p. 33 ;

BASES DE DONNEES

- *doctrinal.fr*
- *juris-classeur.com* ;
- *lamylinereflex.fr* ;
- *legifrance.gouv.fr* ;
- *lextenso.com*.

INTRODUCTION GENERALE	7
PREMIERE PARTIE	29
LA QUALIFICATION DE DIRIGEANT DE FAIT	29
Titre I – L’EXERCICE ILLICITE DE LA GESTION DE LA SOCIETE	33
Chapitre I- L’exercice du pouvoir reconnu au dirigeant de droit	35
Section I – La substance du pouvoir de gestion	36
§1- La gestion interne de la société.....	36
A- La distinction entre la direction interne et les autres pouvoirs internes à la société	37
B- L’influence de la direction interne sur la qualification de dirigeant de fait	42
§2- La gestion externe de la société	45
A- L'exercice du pouvoir de représentation de la société	45
B- La gestion externe de la société et la qualité de dirigeant de fait.....	49
Section II- La finalité du pouvoir de gestion	53
§1- La réalisation de l’intérêt social.....	54
A- La définition de l’intérêt social.....	54
B- La détermination de l’intérêt social	58
§2- L’influence de l’intérêt social dans la qualification de dirigeant de fait	61
A- La détermination des actes de gestion de fait	61
B- La limitation du pouvoir du dirigeant de fait par l’intérêt social	65
Chapitre II- L’irrégularité du pouvoir de gestion exercé par le dirigeant de fait	69
Section I – L’élément formel de l’irrégularité du pouvoir de gestion du dirigeant de fait	71
§1- L’interdiction expresse de l’immixtion dans la gestion d’une société	72
A- La défense d’immixtion du commanditaire dans la gestion externe de la commandite .	72
B- La défense d’immixtion du commissaire aux comptes dans la gestion de la société	76
§2- L’interdiction implicite de l’immixtion dans la gestion des sociétés	81

A- Les origines du principe de non-immixtion dans la gestion des sociétés	82
B- La portée du principe de non immixtion dans la gestion des sociétés	86
Section II – L’élément matériel de l’irrégularité du pouvoir de gestion du dirigeant de fait.....	90
§1- L’empiètement du pouvoir de contrôle sur le pouvoir de gestion	91
A- L’immixtion des associés dans la gestion de la société	91
1- L’immixtion des associés majoritaires et/ou unique dans la gestion de la société.....	91
2- L’immixtion d’une société dans la gestion d’une autre du même groupe.....	95
B- L’immixtion des organes de contrôle dans la gestion de la société.....	101
§2- Le débordement des fonctions techniques sur les fonctions directoriales.....	106
A- L’immixtion des salariés dans la gestion de la société	107
B- L’immixtion des franchiseurs et concédants dans la gestion de la société	111
TITRE II - L’EXERCICE EFFECTIF DE LA GESTION DE LA SOCIETE.....	117
Chapitre I- L’activité autonome de gestion de la société.....	120
Section I- L’indépendance de l’activité de gestion de fait.....	121
§1- Les éléments généraux d’appréciation de l’indépendance	122
A- Les relations considérées pour apprécier l’indépendance de l’activité de gestion de fait	122
B- Le critère d’appréciation de l’indépendance	127
§2- L’appréciation de l’indépendance d’une activité imputable aux personnes morales ..	134
A- La détermination de la juridiction compétente	134
B- La réalité de l’indépendance des personnes morales	140
Section II- L’autorité de l’auteur de la gestion	145
§1- L’autorité interne	146
A- L’emprise de l’auteur de la gestion induite sur les dirigeants légaux	146
B- La maîtrise de l’affaire	151
§2- L’autorité externe	154
A- La portée de l’autorité externe	155
B- La justification de l’autorité externe	159
Chapitre II- L’importance de l’activité de direction de fait	163

Section I- La permanence de l'activité de gestion de fait	164
§1- L'exercice habituel de l'activité de gestion de fait de la société.....	165
A- La pluralité des actes de gestion de fait	166
B- La diversité des actes de gestion de fait de la société	169
§2- L'activité continue de gestion de fait.....	174
A- La définition du concept de « continuité de l'activité de gestion de fait »	174
B- L'appréciation du caractère continu d'une activité de gestion de fait.....	177
Section II- L'influence de l'activité de gestion de fait de la société.....	182
§1- L'influence réelle.....	183
A- Le critère de la nature des actes de gestion.....	183
B- Le critère patrimonial.....	188
§2- L'influence néfaste	192
A- La distinction jurisprudentielle entre les bonnes et les mauvaises immixtions	193
B- Critique de la distinction entre les bonnes et les mauvaises immixtions.....	199
SECONDE PARTIE :.....	207
LE STATUT DU DIRIGEANT DE FAIT	207
TITRE I- LE REGIME JURIDIQUE DU DIRIGEANT DE FAIT	210
Chapitre I- Les obligations du dirigeant de fait.....	213
Section I- Les obligations fonctionnelles du dirigeant de fait.....	214
§1- L'obligation implicite d'exercer le pouvoir de direction.....	214
A- L'attribution de fonctions au dirigeant de fait	215
B- La portée des fonctions du dirigeant de fait	218
§2- Les manifestations expresses de l'obligation de diriger la société.....	221
A- Les obligations du dirigeant de fait en matière de sécurité.....	221
B- L'exécution des obligations fiscales de la société	226
Section II- Les obligations institutionnelles du pouvoir de direction.....	229
§1- Les obligations relatives à la finalité du pouvoir de direction.....	229
A- La promotion de l'intérêt social.....	230
B- Le respect des restrictions imposées par l'intérêt social au pouvoir de direction	232
§2- Les obligations liées au respect des intérêts des tiers	237
A- L'obligation de respecter les limitations des droits de la société	238

B- Le devoir général de ne pas nuire à autrui	241
Chapitre II- La responsabilité du dirigeant de fait	246
Section I- La responsabilité civile de droit commun de tout sujet de droit	248
§1- Le fondement de la responsabilité civile de droit commun du dirigeant de fait.....	249
A- La justification de la soumission du dirigeant de fait aux règles de responsabilité civile de droit commun	249
B- La faute de droit commun du dirigeant de fait.....	256
§2- Les conséquences de la responsabilité civile de droit commun du dirigeant de fait ...	261
A- La réparation du dommage imputable au dirigeant de fait	261
B- L'éligibilité du dirigeant de fait au bénéfice des règles du surendettement des particuliers	264
Section II- La responsabilité fonctionnelle d'un dirigeant social	270
§1- La violation des obligations inhérentes aux fonctions de dirigeant social	270
A- La notion de faute de gestion	271
B- La détermination de la faute de gestion du dirigeant de fait	274
§2- Les sanctions d'un professionnel de la direction sociale.....	278
A- Les mesures patrimoniales applicables au dirigeant social.....	278
1- Les actions spéciales en paiement exercées contre le dirigeant de fait.....	279
2- Les effets des actions spéciales en paiement exercées contre le dirigeant de fait	284
B- Les sanctions professionnelles	290
TITRE II- LE FONDEMENT DU REGIME JURIDIQUE DU DIRIGEANT DE FAIT	298
Chapitre I- La direction de fait : une application de la théorie de l'apparence ?	301
Section I- La concordance des conditions d'existence de la direction de fait et du mandat apparent.....	302
§1- L'apparence d'une direction régulière.....	303
A- La théorie de l'apparence en matière de direction des sociétés.....	303
B- L'apparence d'un dirigeant social régulier	308
§2- La croyance en la régularité de la direction.....	311
A- Les éléments constitutifs de la croyance en la régularité des pouvoirs exercés	312
B- Le caractère légitime de la croyance en la régularité des pouvoirs exercés.....	316

Section II – La justification du régime juridique de la direction de fait	321
§1- La justification du pouvoir de représentation exercé par le dirigeant de fait	321
A- La validité des actes réalisés par le dirigeant de fait	322
B- Les actes du dirigeant de fait susceptibles d’engager la société envers les tiers	325
§2- La justification de la responsabilité de la société à raison de la direction de fait.....	329
A- L’imputation de la faute du dirigeant de fait à la société en matière d’assurances ...	329
B- L’imputation de la faute du dirigeant de fait à la société en matière pénale	332
Chapitre II- La direction de fait : une application de la théorie du quasi-contrat ?.	335
Section I- La qualification de la direction de fait en quasi-contrat.....	337
§1- L’inadéquation entre la direction de fait et la théorie classique du quasi-contrat.....	338
A- Les différences relatives aux éléments constitutifs de la direction de fait et du quasi-contrat classique.....	339
B- Les différences relatives au fondement de la direction de fait et du quasi-contrat classique.....	343
§2- L’intégration de la direction de fait à la nouvelle théorie du quasi-contrat	347
A- L’évolution de la notion de quasi-contrat.....	347
B- La direction de fait : un nouveau quasi-contrat	354
Section II- La justification du régime juridique de la direction de fait par le mécanisme du quasi-contrat	360
§1- La justification de la validité des actes de gestion de fait	361
A- La justification des obligations du dirigeant de fait	361
B- La justification de l’engagement de la société à l’égard des tiers.....	366
§2- La justification des règles de responsabilité applicables au dirigeant de fait.....	368
A- La justification des règles de responsabilité applicables au dirigeant de fait en qualité de dirigeant social	368
B- La justification des règles de responsabilité applicables au dirigeant de fait en qualité de sujet de droit ordinaire	371
CONCLUSION GENERALE	376