



## LES DIRIGEANTS DE FAIT : DU NEUF DANS DE L'ANCIEN<sup>1</sup>

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT & COMMERCE

TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS - 4 JUIN 2018

PAR JULIA HEINICH\*

Le thème choisi pour cette conférence est celui des dirigeants de fait, avec cette précision un peu mystérieuse : « du neuf dans de l'ancien ».

De l'ancien, d'abord, parce que la notion de dirigeant ou de gérant de fait, est loin d'être nouvelle. Elle renvoie, très classiquement, à l'attention que porte le droit aux situations de fait, qui ont été très bien décrites par le professeur Laurent Leveneur dans sa thèse de doctorat<sup>2</sup>. Il s'agit, comme les définit l'auteur, de « situations irrégulières auxquelles sont attachées certains des effets d'une situation de droit correspondante »<sup>3</sup>. La notion est bien connue du droit privé en général, avec par exemple le concubinage, l'apparence ou la séparation de fait. Elle est aussi connue du droit des affaires à travers les notions de société de fait ou créée de fait, de commerçant de fait et, pour ce qui nous intéresse aujourd'hui, de direction de fait.

L'expression de dirigeant de fait est apparue depuis longtemps sous la plume du législateur. On la retrouve dans la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales ou encore dans celle du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes. Par ailleurs, cette notion a fait

l'objet d'importantes études en doctrine<sup>4</sup> et elle donne lieu à une jurisprudence abondante<sup>5</sup>. En réalisant une rapide recherche sur Légifrance sur les dix dernières années avec les mots-clés « dirigeant de fait », l'on n'obtient pas moins de 1281 décisions émanant de la seule Cour de cassation. Le résultat n'est pas si surprenant, tant les conséquences attachées par la loi à cette qualification peuvent être importantes en matière pénale, fiscale ou encore en droit des entreprises en difficultés.

Mais si la notion est si classique, quoi de neuf pour justifier cette conférence ? En réalité, le dynamisme de la notion et la récurrence du contentieux sur cette question pourraient expliquer, à eux seuls, le choix de ce sujet. Au-delà, on peut également remarquer que des solutions nouvelles, dont certaines peuvent apparaître regrettables, ont récemment été apportées par la Cour de cassation concernant les règles applicables au dirigeant de fait. De sorte que le régime construit par la loi et la jurisprudence pourrait sans doute être encore amélioré sur certains aspects.

En effet, on pourrait penser qu'à l'instar de ce qui est prévu à l'article L. 123-8 du code de commerce pour le commerçant de fait, le dirigeant de fait devrait être soumis de manière

---

\* Julia Heinich est professeur à l'Université de Bourgogne.

1 - Ce texte est celui d'une conférence donnée au tribunal de commerce de Paris le 4 juin 2018. Le style oral a été conservé.

2 - L. Leveneur, *Situations de fait et droit privé*, préf. M. Gobert, LGDJ, 1990.

3 - L. Leveneur, *Situations de fait et droit privé*, op. cit., n° 3.

---

4 - V. not. J.-L. Rives-Lange, « La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 », D. 1975, p. 41 ; G. Notté, *Les dirigeants de fait des personnes morales de droit privé*, Thèse Paris I, 1978 ; D. Tricot, « Les critères de la gestion de fait », Droit et patr. Janv. 1996, p. 24 ; N. Dedessus-Le-Moustier, « La responsabilité du dirigeant de fait », Rev. sociétés 1997, p. 499.

5 - C. Delattre, « L'inlassable travail de la Cour de cassation quant à la détermination de la notion de dirigeant de fait », JCP E 2007, 1872.

générale à toutes les règles contraignantes applicables au dirigeant de droit, sans pouvoir invoquer à son bénéfice celles qui lui sont favorables<sup>6</sup>. Cette intuition est pourtant rapidement contredite par l'étude de la jurisprudence. Ce n'est que lorsque la loi assimile explicitement dirigeant de droit et de fait que les sanctions prévues pour le premier sont applicables au second. Or cette assimilation n'est pas systématique dans les textes de droit des sociétés, ce qui permet parfois au dirigeant de fait d'échapper aux poursuites. C'est le cas par exemple lorsque la Cour de cassation refuse d'ouvrir l'action *ut singuli* à l'encontre du dirigeant de fait, en considérant que cette action ne peut être exercée qu'à l'encontre d'un dirigeant de droit<sup>7</sup>. En même temps, il est aussi regrettable que parfois, les actions positives de certaines personnes qui s'immiscent ponctuellement et à bon escient dans la gestion d'une société ne soient pas mieux protégées et récompensées.

En somme, les dirigeants de fait sont bien présents en droit positif, mais il existe cependant quelques lacunes dans le traitement de cette situation de fait particulière. Il faudra donc d'abord présenter la construction progressive du régime applicable aux dirigeants de fait, pour déterminer dans quelles conditions une personne peut être sanctionnée pour s'être immiscée dans la gestion de la société (I). Puis il faudra démontrer que cette construction est encore à parfaire, à la fois concernant la responsabilité des dirigeants de fait dont les actions s'avèrent préjudiciables, et la protection voire exceptionnellement la récompense de ceux qui agissent de manière positive (II).

## I - La construction progressive du régime applicable aux dirigeants de fait

La loi ne l'ayant pas défini, c'est la jurisprudence qui s'est chargée de tracer les contours de la notion. Au fil des décisions, s'est ainsi dégagée une définition unitaire, assise sur plusieurs critères (A). La loi, quant à elle, s'est concentrée sur les sanctions applicables au dirigeant de fait. Dans certains domaines particuliers, des lois spéciales ont ainsi prévu une assimilation du dirigeant de fait au dirigeant de droit (B).

### A - Une définition unitaire

Pour dégager les contours de la notion de dirigeant de fait, la Cour de cassation s'est inspirée d'une définition proposée par la doctrine. Le dirigeant de fait est « *celui qui, en toute souveraineté et indépendance, exerce une activité positive de gestion et de direction* »<sup>8</sup>. Il est parfois ajouté par les juges que la personne ne doit pas avoir été désignée à cet effet<sup>9</sup>. La formule est régulièrement reprise par les juridictions qui examinent la présence de ces deux critères cumulatifs : l'accomplissement d'actes positifs de gestion et direction, d'une part, et la liberté et l'indépendance de leur auteur dans leur exercice, d'autre part<sup>10</sup>.

Cette définition appelle quelques remarques.

La première ressort de l'étude de l'abondante jurisprudence en la matière : n'importe qui peut être dirigeant de fait. Il peut s'agir d'une personne physique ou d'une personne morale, de droit privé comme de droit public<sup>11</sup>. Peut également être dirigeant de fait le conjoint du dirigeant de droit<sup>12</sup>, un actionnaire<sup>13</sup>, un membre

6 - Pour le commerçant de fait, l'article L. 123-8, al. 1<sup>er</sup> du code de commerce dispose que : « *La personne assujettie à immatriculation qui n'a pas requis cette dernière à l'expiration d'un délai de quinze jours à compter du commencement de son activité, ne peut se prévaloir, jusqu'à immatriculation, de la qualité de commerçant tant à l'égard des tiers que des administrations publiques. Toutefois, elle ne peut invoquer son défaut d'inscription au registre pour se soustraire aux responsabilités et aux obligations inhérentes à cette qualité.* ».

7 - Cass. com., 19 mars 2013, n° 12-14.213 ; Dr. sociétés 2013, comm. 119, note M. Roussille ; BJS 2013, p. 316, § 159, note J.-F. Barbieri ; Cass. com., 12 avr. 2016, n° 14-12.894 ; JurisData n° 2016-007800 ; BJS 2016, p. 651, note J.-J. Ansault ; Cass. com., 29 mars 2017, n° 16-10.016 ; JurisData n° 2017-005716 ; Dr. sociétés 2017, comm. 101, note J. Heinich ; Rev. sociétés 2017, p. 562, note L. Godon ; BJS 2017, p. 521, note C. Coupet.

8 - J.-L. Rives-Lange, « La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 », préc., n° 5.

9 - Rapport C. cass. 2007, p. 352.

10 - V. par ex. Cass. com., 12 juill. 2005, n° 03-14.045 ; D. 2005, p. 2071, obs. Lienhard ; JCP E 2006, 1066, spéc. n° 17, obs. Ph. Pétel ; Rev. sociétés 2006, p. 162, note F.-X. Lucas ; plus récemment, Cass. com., 20 avr. 2017, n° 15-10.425.

11 - Pour une commune, considérée comme dirigeant de fait d'une association sportive : Cass. com., 15 juin 2011, n° 09-14.578 ; BJS 2011, p. 910, note P. Rubellin.

12 - CA Paris, 12 janv. 2016, n° 14/24115, RJDA 3/2016, n° 194.

13 - Cass. com., 10 févr. 2015, n° 13-17.589, RJDA 5/15, n° 344.

d'un organe de surveillance<sup>14</sup>, un banquier<sup>15</sup>, un fournisseur<sup>16</sup>, un investisseur<sup>17</sup> ou même un avocat<sup>18</sup> ! À la condition, bien sûr, que les critères d'accomplissement d'actes positifs de gestion et de direction et d'indépendance soient démontrés. Sur ces critères, certains arrêts nous livrent de précieuses indications.

Pour un salarié, la qualification de dirigeant de fait, impliquant l'accomplissement d'actes en toute indépendance, apparaît incompatible avec l'existence d'un véritable lien de subordination. De sorte qu'en prouvant la qualité de dirigeant de fait, on exclut celle de salarié et inversement<sup>19</sup>. En revanche, lorsque le salarié agit en vertu d'une délégation de pouvoir officielle sous le contrôle du délégant, il agit bien dans le cadre de ses fonctions et sous un lien de subordination, ce qui exclut la qualification de dirigeant de fait<sup>20</sup>.

De même, les membres d'organes de surveillance ne peuvent être considérés comme des dirigeants de fait que s'il est prouvé l'exercice d'actes positifs de gestion ou de direction en dehors de leur mission<sup>21</sup>. Or cette preuve sera souvent difficile à apporter s'il existe, à côté, de véritables organes de direction qui ne sont pas totalement passifs et dont les pouvoirs ne sont

pas excessivement restreints<sup>22</sup>. Cela explique qu'il n'est pas très fréquent en pratique de réussir à caractériser une direction de fait de la société mère dans un groupe en raison de la nature même du groupe qui implique, comme le relève la Cour de cassation, « *des relations croisées entre ses membres, un contrôle d'ensemble, une unité de décision et une stratégie commune impulsée par la société mère* »<sup>23</sup>. À moins d'apporter la preuve d'une absence totale d'indépendance de la filiale et de véritables actes de gestion effectués par des représentants de la société mère dépourvus de réel mandat de direction, la direction de fait sera le plus souvent écartée<sup>24</sup>. Il ne faut cependant pas oublier qu'il est inutile de passer par le détour de la direction de fait en ce qui concerne les membres du conseil d'administration, puisque ces derniers sont considérés comme des dirigeants de droit<sup>25</sup>.

Deuxième remarque : la direction de fait peut être totale ou partielle. Autrement dit, le dirigeant de fait peut gérer de manière totale la société lorsque le dirigeant de droit, qui est alors un dirigeant de paille, est totalement passif. Mais le dirigeant de fait peut aussi agir en parallèle d'un véritable dirigeant de droit, qui exerce lui-même régulièrement ses fonctions. Au lieu d'être officiellement nommé co-gérant de la SARL ou directeur général de la SAS par exemple, le dirigeant de fait demeure sans mandat ni pouvoir officiel de direction.

Troisième remarque : la notion de dirigeant de fait relève en principe de l'appréciation souveraine des juges du fond. Jusqu'aux années 1980, la Cour de cassation s'abritait derrière ce pouvoir souverain pour refuser de contrôler cette notion<sup>26</sup>. Cependant, au regard du conten-

14 - Cass. com., 7 oct. 2014, n° 13-18.871 ; JCP E 2014, 1025, note Y. Paclot, à propos du Président du conseil de surveillance.

15 - Cass. com., 27 juin 2006, n° 04-15.831 ; BJS 2006, p. 1372, note F.-X. Lucas ; D. 2006, p. 1892, obs. A. Lienhard et p. 2534, note R. Dammann et J. Paszkudzki ; RTD com. 2006, p. 892, obs. D. Legeais ; Rev. sociétés 2006, p. 900, note D. Poracchia ; JCP E 2006, 1629, note Y. Reinhard.

16 - CA Rouen, 23 mai 1978, JCP G 1972, 2, 19235 ; v. cependant, rejetant la qualification de dirigeant de fait pour un franchiseur : Cass. com., 27 mai 2003, n° 00-13.605.

17 - J.-M. Pérez et F. Mazon, « Dangers de la qualification de dirigeant de fait pour les acteurs du Private Equity », JCP E 2012, 1653.

18 - Cass. com., 15 févr. 2011, 10-11.781 ; en l'espèce, l'avocat était non seulement conseil de la société mais aussi associé majoritaire, et il avait eu, selon les juges « *un rôle décisionnel de premier plan dans la gestion de la société* ».

19 - Cass. soc., 27 sept. 2017, n° 16-17.619 ; Cass. soc., 17 oct. 2001, n° 99-43.007.

20 - CA Nancy, 15 oct. 2003 ; Rev. proc. coll. 2007, n° 2, p. 88, n° 3, obs. A. Barret et O. Barret ; v. également, refusant la qualification de dirigeant de fait pour un directeur commercial, Cass. com., 24 janv. 2018, n° 16-23.649, préc.

21 - Cass. com., 12 juill. 2005, n° 03-14045 et 03-15855, D. 2005, p. 2071, obs. A. Lienhard ; JCP E 2005, 1834, n° 8, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; BJS 2006, p. 22, note B. Saintourens.

22 - Cass. com., 20 avr. 2017, n° 15-19.750, préc. : en l'espèce, la Cour de cassation relève que « *la société était dirigée par un directoire investi des pouvoirs les plus étendus, lequel a conclu tous les contrats et tous les engagements de la société* ».

23 - Cass. com., 19 nov. 2013, n° 12-28.367, BJE janv. 2014, p. 18, n° 1, note L. Le Mesle ; BJS févr. 2014, p. 103, n° 2, note N. Pelletier.

24 - V. cependant CA Paris, 15 janv. 1999, RJDA 4/99, n° 458, p. 353 ; Cass. com., 6 juin 2000, n° 96-21.134 ; Cass. com., 2 nov. 2005, n° 02-15.895, Rev. sociétés 2006, p. 398, note D. Poracchia ; BJS 2006, p. 469, note F.-X. Lucas.

25 - Cass. com., 31 mai 2011, n° 09-13.975, 09-14.026, 09-16.522 et 09-67.661 ; JCP E 2011, 1655, note A. Couret et B. Dondero ; BJS 2011, p. 817, note B. Saintourens.

26 - V. par ex. Cass. com., 23 juin 1982, Bull. civ. IV, n° 248, p. 216 : « *c'est dans l'exercice de son pouvoir souve-*

tieux croissant concernant les dirigeants de fait et sans doute soucieuse d'unifier cette notion, la Cour de cassation a progressivement accru son emprise<sup>27</sup>. Elle exerce désormais en la matière un sévère contrôle des motifs, n'hésitant pas à censurer des décisions pour défaut de base légale lorsque les éléments caractérisant les deux critères d'indépendance et d'actes positifs de gestion ou de direction sont considérés comme insuffisants. On pourrait en donner bien des exemples ; l'un des plus récents est un arrêt rendu par la chambre commerciale le 24 janvier 2018<sup>28</sup>. En l'espèce, une SARL avait été mise en liquidation judiciaire. Le liquidateur avait assigné le dirigeant de droit et une autre personne, qu'il estimait être dirigeant de fait, dans le cadre d'une action en insuffisance d'actif. Tous deux furent condamnés conjointement et solidairement en première instance, et le jugement fut confirmé en appel. Pour retenir la qualification de dirigeant de fait, les juges du fond relevaient plusieurs éléments tenant notamment à la passivité du dirigeant de droit et à l'importance des fonctions déléguées par ce dernier au prétendu dirigeant de fait. Ces indices ont pourtant été jugés insuffisants par la Cour de cassation qui censure l'arrêt d'appel par la formule suivante : « *en se déterminant par de tels motifs, impropres à caractériser l'accomplissement, en toute indépendance, par M. B., (...), d'actes positifs de gestion et de direction de la société (...) excédant ses fonctions de directeur commercial, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». Ici, c'était le critère de l'activité positive de gestion et de direction excédant ses pouvoirs qui était insuffisamment caractérisé. Comme le relevait le Président Tricot, dans un article de référence consacré aux critères de la direction de fait, « *si le dirigeant de droit engage sa responsabilité par ses fautes d'omission, le dirigeant de fait se révèle par son action* »<sup>29</sup>. Encore faut-il cependant apporter la preuve d'une telle action, au-delà des pouvoirs régulièrement confiés à la personne concernée. Le contrôle opéré par la Cour de cassation sur la motivation est donc particulièrement strict, ce qui contribue à dégager une

certaine unité de la notion quel que soit le cadre dans lequel celle-ci est utilisée.

La quatrième et dernière remarque est que d'autres notions, prenant aussi en compte une immixtion irrégulière dans la gestion d'une société, viennent concurrencer – ou compléter – la notion de dirigeant de fait.

Il s'agit d'abord de l'article L. 650-1 du code de commerce qui permet d'engager exceptionnellement la responsabilité des créanciers d'une société en procédure collective du fait des concours consentis. Trois cas sont prévus pour écarter le principe d'irresponsabilité : la fraude, la disproportion des garanties prises en contrepartie de ces concours et enfin l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur. Ce critère d'immixtion rappelle beaucoup la direction de fait. C'est sur ce fondement qu'avait été prononcée la condamnation de la banque Worms à supporter une partie du passif d'un de ses débiteurs dans un retentissant arrêt rendu par la chambre commerciale le 27 juin 2006<sup>30</sup>. La banque avait en effet fait siéger deux de ses cadres au conseil d'administration de la société et la Cour considéra que par leur intermédiaire, elle avait accompli en toute indépendance des actes positifs de gestion de cette société. Les deux cas semblent très proches et « *tous les auteurs s'accordent à considérer que cette exception est voisine de la « gestion de fait »* »<sup>31</sup>. Seule différence : l'hypothèse de l'article L. 650-1 peut viser un cas ponctuel, voire unique d'immixtion, alors que la direction de fait suppose une série d'actes. Cependant l'immixtion caractérisée est rarement reconnue car elle est appréciée, comme toute exception, de manière stricte par les juges<sup>32</sup>.

La seconde notion qui se rapproche de la direction de fait est le co-emploi. Cette notion a été dégagée par la chambre sociale de la Cour de cassation pour retenir la responsabilité de celui que l'on pourrait qualifier d'employeur de fait des salariés d'une société en procédure collective. Une société mère peut à ce titre être qualifiée de co-employeur des salariés de sa filiale en cas de confusion d'intérêts, d'activités et de direction, se manifestant par une immix-

---

rain que la cour d'appel a retenu que M. C. avait dirigé en fait la société ».

27 - D. Tricot, « Les critères de la gestion de fait », préc. V. également C. Delattre, « L'inlassable travail de la Cour de cassation quant à la détermination de la notion de dirigeant de fait », préc.

28 - Cass. com., 24 janv. 2018, n° 16-23.649, BJS 2018, p. 170, note J. Heinich.

29 - D. Tricot, « Les critères de la gestion de fait », préc.

---

30 - Cass. com., 27 juin 2006, préc.

31 - C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficultés*, 9<sup>e</sup> éd., 2014, n° 844.

32 - V. par ex. Cass. com., 30 oct. 2007, n° 06-12.677 ; Bull. civ. 2007, IV, n° 227 ; v. encore récemment, CA Rennes, 3<sup>e</sup> ch. com., 28 août 2017, n° 15/01947, M. G. c/ Banque Populaire Atlantique ; Gaz. Pal. 16 janv. 2018, n° 2, p. 76, obs. J. Lasserre Capdeville.

tion dans la gestion économique et sociale de la filiale. Cependant depuis les arrêts Molex, rendus par la chambre sociale le 20 mai 2014<sup>33</sup>, la Cour de cassation a pris un tournant très restrictif dans l'appréciation d'une telle immixtion. De sorte que les hypothèses de reconnaissance d'un cas de co-emploi sont désormais très rares<sup>34</sup>. Ainsi, par exemple, la Cour de cassation a récemment considéré, dans un arrêt du 27 mars 2017, que : « *le fait que les dirigeants de la filiale proviennent du groupe et soient en étroite collaboration avec la société dominante, que celle-ci ait apporté à sa filiale un important soutien financier et que pour le fonctionnement de la filiale aient été signées avec la société dominante une convention de trésorerie ainsi qu'une convention générale d'assistance moyennant rémunération, ne pouvaient suffire à caractériser une situation de coemploi* »<sup>35</sup>.

Pour engager la responsabilité d'une société mère lorsqu'une de ses filiales connaît des difficultés, il y a donc bien des fondements, mais finalement assez peu de condamnations. Il existe cependant une dernière possibilité pour les salariés d'une filiale, illustrée par deux arrêts très récents<sup>36</sup> : engager la responsabilité de la société mère sur le fondement extracontractuel lorsque cette dernière a, par sa faute, contribué à la déconfiture de leur employeur et à la perte de leur emploi<sup>37</sup>.

Mais en évoquant ces questions, l'on s'éloigne déjà un peu de la définition du dirigeant de fait pour aborder la question de ses sanctions.

## B - Des sanctions identiques à celles du dirigeant de droit

La qualification de dirigeant de fait représente souvent un enjeu essentiel car certains textes prévoient que les sanctions applicables au dirigeant de droit d'une société le sont également, de la même manière, à son dirigeant de fait.

Trois matières sont principalement concernées : le droit des entreprises en difficultés, le droit pénal et le droit fiscal. À chaque fois, des textes spéciaux visent explicitement les dirigeants de fait aux côtés des dirigeants de droit pour leur appliquer un régime identique.

L'article L. 651-2 du code de commerce est sans doute le plus important en la matière. Il prévoit que lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider de mettre à la charge des dirigeants de droit ou de fait tout ou partie de cette insuffisance d'actif. La règle permet au liquidateur de poursuivre les dirigeants malgré l'écran de la personnalité morale et sans avoir à prouver de faute détachable des fonctions sociales. Cette sanction est ancienne : elle remonte à la loi du 16 novembre 1940 et fut étendue aux dirigeants de fait à travers l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967. Elle est depuis – après plusieurs modifications – très utilisée et suscite une jurisprudence abondante. Cet article constitue l'un des enjeux majeurs de la qualification de dirigeant de fait. L'action n'est cependant ouverte qu'en cas de liquidation de la société, ce qui limite son champ d'application.

Toujours en matière de procédures collectives, l'article L. 653-4 du code de commerce précise que la faillite personnelle peut être prononcée à l'encontre de tout dirigeant, de droit ou de fait, d'une personne morale. Il en va de même pour les autres mesures d'interdictions<sup>38</sup> ainsi que pour les dispositions relatives à la banqueroute<sup>39</sup>.

Plus encore, depuis la loi du 24 juillet 1966, le législateur a choisi de déclarer explicitement applicables aux dirigeants de fait la plupart des dispositions pénales concernant les dirigeants

33 - Cass. soc., 2 juill. 2014, n° 13-15.208, Bull. civ. V, n° 159 ; Rev. sociétés 2014. 709, note A. Couret et M.-P. Schramm ; D. 2014. 1502 ; *ibid.* 2147, obs. P.-M. Le Corre et F.-X. Lucas ; RDT 2014. 625, obs. M. Kocher ; JCP S 2014, 1311, note G. Loiseau ; Sem. soc. Lamy 2014, n° 1645, note G. Auzero.

34 - V. cependant Cass. soc., 6 juill. 2016, n° 15-15.481 à 15-15.545 ; Rev. sociétés 2017, p. 149, note E. Schlumberger ; D. 2016, p. 2096, note R. Dammann et S. François ; RDT 2016, p. 560, obs. S. Vernac ; BJS 2016, p. 597, note J.-P. Laborde ; JCP G 2016. 960, note Y. Pagnerre.

35 - Cass. soc., 7 mars 2017, n° 15-16.865 à 15-16.867 ; BJS 2017, p. 288, note P. Morvan ; Dr. soc. 2017. 843, chron. S. Tournaux ; RDT 2017. 256, obs. G. Auzero ; JCP S 2017. 1174, note Y. Pagnerre ; Rev. proc. coll. 2017, comm. 78, obs. L. Fin-Langer ; Rev. sociétés 2018, p. 58, note E. Schlumberger.

36 - Cass. soc., 24 mai 2018, n° 16-22.881.

37 - V. déjà Cass. soc., 28 sept. 2010, n° 09-41.243, BJS 2010, p. 994, note M. Morelli ; JCP S 2010, 1518, note S. Brissy ; Cass. soc., 8 juill. 2014, n° 13-15.573, BJS 2014, p. 398, note E. Mouial-Bassilana ; BJE 2014, p. 381, note G. Auzero.

38 - C. com., art. L. 653-8 pour l'interdiction de gérer, art. L. 653-10 pour l'incapacité d'exercer une fonction publique élective.

39 - C. com., art. L. 654-1, 2°.

de droit<sup>40</sup>. Ainsi l'article L. 241-9 du code de commerce, relatif aux infractions concernant les sociétés à responsabilité limitée, dispose que : « *Les dispositions des articles L. 241-2 à L. 241-6 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.* ». Sont concernés l'émission de valeurs mobilières quelconques hors obligations, la répartition de dividendes fictifs, la présentation de comptes infidèles, l'abus de biens sociaux, l'abus de pouvoirs, l'absence d'établissement des comptes annuels<sup>41</sup>, etc.

La même assimilation se retrouve à l'article L. 246-2 à propos des infractions pénales commises par les dirigeants des différentes formes de sociétés par actions (SA, société européenne, SCA), à l'article L. 244-4 pour les infractions commises par les dirigeants d'une SAS et à l'article L. 245-16 pour des infractions relatives aux valeurs mobilières commises par les dirigeants des sociétés par actions. L'arsenal semble donc très complet.

C'est enfin sur terrain fiscal que l'assimilation entre dirigeant de droit et de fait est reconnue, avec des conséquences là encore très importantes. En la matière, une fois n'est pas coutume, c'est la jurisprudence qui a précédé la loi, à propos du régime fiscal des rémunérations versées aux gérants de SARL. Le Conseil d'État avait, dès la fin des années 1950, étendu l'application de l'article 62 du CGI aux gérants majoritaires de fait et non seulement de droit<sup>42</sup>. Concernant la responsabilité fiscale du dirigeant, l'assimilation se retrouve dans les textes : l'article L. 267 du livre des procédures fiscales qui institue un mécanisme sévère de solidarité fiscale entre la société et le dirigeant responsable d'une dette fiscale de cette société, précise que son application s'étend « *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* »<sup>43</sup>. Il faut préciser que cette action est totalement indépendante de l'action en insuffisance d'actif<sup>44</sup>, ce qui signifie que la condamnation au titre de l'insuffisance d'actif n'empêche pas la solidarité fiscale. Et à l'inverse, le rejet de l'action en insuffisance d'actif n'empêche pas non plus la condamnation du dirigeant sur le terrain fiscal.

Pour résumer, on a bien l'impression que le dirigeant de fait est largement assimilé au dirigeant de droit sur le plan des sanctions. Cependant l'affirmation, présentée de manière aussi large, n'est pas tout à fait exacte. L'assimilation est en réalité loin d'être systématique. À l'exception de quelques rares cas dans lesquels les textes sont interprétés de manière extensive, comme en matière d'obligations liées aux informations financières communiquées au public<sup>45</sup>, le juge ne va sanctionner le dirigeant de fait que lorsqu'un texte le mentionne expressément. Cette position est ancienne : avant que la loi du 24 juillet 1966 puis celle du 13 juillet 1967 ne viennent explicitement sanctionner les dirigeants de fait au même titre que ceux de droit sur le plan pénal ou en matière de faillite, la jurisprudence refusait de les poursuivre, au motif que les textes n'étaient applicables qu'aux dirigeants de droit<sup>46</sup>. De sorte que la construction autour des dirigeants de fait reste encore à parfaire.

## II - Une construction à parfaire

Pour tenter d'améliorer cette construction, deux axes peuvent se dégager. Le premier part du constat que l'absence d'assimilation des dirigeants de droit et de fait du point de vue de l'application des règles contraignantes conduit

40 - L. Leveneur, *Les situations de fait et le droit privé*, op. cit., n° 60.

41 - V. par ex. pour la condamnation d'un dirigeant de fait d'une société pour présentation de comptes annuels infidèles, diffusion de fausses informations en matière boursière, faux et usage : Cass. crim., 20 sept. 2000, n° 99-83.911.

42 - V. par ex. CE, 7 févr. 1958, n° 35819, Lebon, p. 81 ; CE, 21 janv. 1972, req. n° 83.879, Dr. fiscal 1972, n° 15-16, comm. 574.

43 - À propos de cette responsabilité fiscale, v. not. J.-P. Le Gall et G. Blanluet, « La responsabilité fiscale des dirigeants d'entreprises », *Rev. sociétés* 1992, p. 669 ; B. Poullain, « La responsabilité fiscale des dirigeants de personnes morales », *Dr. et patr.* 1998, n° 2, p. 35.

44 - Cass. com., 9 déc. 1997, n° 96-12.292, Bull. civ. IV, n° 331, p. 286 ; *RJDA* 1998, p. 3, concl. M.-C. Piniot.

45 - En ce sens, J.-M. Pérez et F. Mazon, « Dangers de la qualification de dirigeant de fait pour les acteurs du Private Equity », art. préc., n° 30 ; v. également la condamnation par la commission des sanctions de l'AMF du président du CS d'une SA, qualifié de « dirigeant de fait », pour manquement à l'obligation d'information : AMF, Commission des sanctions, 31 mars 2011 ; *Rev. sociétés* 2011, p. 453, obs. P. Didier et, confirmant cette condamnation, Cass. com., 7 oct. 2014, n° 13-18.871 ; *JCP E* 2014, 1025, note Y. Paclot.

46 - Sur cette évolution, v. L. Leveneur, *Les situations de fait et le droit privé*, op. cit., n° 56 et s.

parfois à permettre à ce dernier d'échapper à sa responsabilité. Le second se situe à l'opposé, puisqu'il amène à considérer la direction de fait sous un angle positif. Lorsqu'une personne prend en main la direction ou la gestion d'une société pour l'aider, voire la sauver, ne faudrait-il pas, exceptionnellement, lui appliquer des règles plus favorables ? Pour parfaire le régime des dirigeants de fait, il faudrait donc à la fois une sévérité accrue dans certaines hypothèses (A), ce qui n'empêche pas, de manière exceptionnelle, d'appliquer certaines mesures de faveur lorsque la direction de fait était utile voire nécessaire (B).

### A - L'insuffisante application de certaines règles contraignantes

L'examen attentif du traitement des dirigeants de fait en droit des sociétés suscite plusieurs regrets.

Le premier est que le droit des sociétés ne connaisse pas de texte aussi général que l'article L. 123-8 du code de commerce visant le commerçant de fait. Un tel texte permettrait d'appliquer automatiquement au dirigeant de fait l'ensemble des règles contraignantes applicables au dirigeant de droit, tout en le privant du bénéfice des règles favorables.

Le second est que même en l'absence d'une telle disposition, la jurisprudence n'adopte pas une interprétation plus souple de certains textes relatifs à l'engagement de la responsabilité du dirigeant, pour les appliquer aux dirigeants de fait.

En effet, en la matière, la Cour de cassation se montre particulièrement inflexible, pour le meilleur comme pour le pire.

Pour le meilleur, et on doit l'en saluer, lorsqu'elle refuse d'appliquer au dirigeant de fait certaines règles plus favorables prévues au bénéfice du dirigeant de droit. Ainsi par exemple, la Cour de cassation considère que la prescription triennale de l'article L. 225-254 du code de commerce concernant l'action en responsabilité contre les dirigeants d'une SA n'est pas applicable en ce qui concerne l'engagement de la responsabilité d'un dirigeant de fait<sup>47</sup>. Aucune

raison, en effet, de faire profiter un dirigeant de fait de cette règle limitant la responsabilité du dirigeant de droit, plus favorable que la prescription quinquennale de droit commun, même si ce n'est malheureusement pas le fondement qui sous-tend la solution de la Cour de cassation.

La solution devrait, logiquement, être la même concernant la nécessité de prouver une faute détachable pour engager la responsabilité civile du dirigeant d'une société. Cette règle favorable au dirigeant, en ce qu'elle limite l'engagement de sa responsabilité par les tiers devrait être réservée aux seuls dirigeants de droit, même si aucun texte ne la prévoit explicitement, puisqu'il s'agit d'une création de la jurisprudence<sup>48</sup>. La solution n'a jamais été très clairement affirmée par la Cour de cassation, peut-être parce qu'elle ne lui a jamais été posée. Une telle affirmation serait souhaitable, en faveur de l'application des règles de responsabilité de droit commun en cas de faute commise par un dirigeant de fait.

Mais le refus d'assimilation entre dirigeant de droit et dirigeant de fait s'opère parfois pour le pire, lorsqu'il conduit à éviter l'application de règles plus contraignantes. On peut en donner trois exemples sur lesquels la jurisprudence s'est prononcée dans un sens qui peut sembler regrettable.

Le premier exemple concerne l'action *ut singuli*, qui permet aux actionnaires d'une société d'agir au nom et pour le compte de cette dernière à l'encontre d'un dirigeant. Certes, ce mécanisme n'est pas parfait. Notamment car c'est l'actionnaire qui avance les frais du procès, mais que ce n'est pas lui qui bénéficiera directement de son éventuel succès, puisque c'est au nom de la société qu'il exerce l'action. Il a néanmoins plusieurs avantages. Il permet d'engager la responsabilité d'un dirigeant qui, sinon, ne risquerait pas de se poursuivre lui-même. Il évite aussi aux associés d'avoir à agir sur le terrain individuel, avec toute la difficulté que l'on connaît à démontrer l'existence d'un préjudice distinct de celui de la société<sup>49</sup>.

Cependant, les textes relatifs à l'action *ut singuli* ne mentionnent pas explicitement que cette

47 - Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17.841 ; Rev. sociétés 2010, p. 304, note P. Le Cannu ; BJS 2010, p. 533, note R. Raffray ; JCP E 2010, 1416, note A. Couret ; Dr. et patrimoine 2011, n° 203, p. 79, obs. D. Poracchia ; Gaz. Pal. 11 août 2010, n° 223-224, p. 20, note J. Lasserre Capdeville ; D. 2010, p. 1678, note B. Dondero ; Cass. com., 12 avr. 2016, n° 14-12.894 ; BJS 2016, p. 651, note J.-J. Ansault.

48 - G. Auzero, « L'application de la notion de faute détachable des fonctions en droit privé », D. 1998, p. 502 ; E. Nicolas, « La notion de faute séparable des fonctions des dirigeants sociaux à la lumière de la jurisprudence récente », Rev. sociétés 2013, p. 535.

49 - M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 30<sup>e</sup> éd., 2017, n° 396.

action est ouverte à l'encontre d'un dirigeant de fait<sup>50</sup>. La solution serait pourtant logique : s'il existe dans la société un dirigeant de paille et un dirigeant de fait, il y a tout aussi peu de chances que le dirigeant de droit agisse contre le dirigeant de fait qu'il y en a qu'il agisse contre lui-même. Surtout si ce dirigeant de fait est, comme c'est souvent le cas, le conjoint du dirigeant de droit ou l'actionnaire majoritaire de la société. Un garde-fou tel que l'action *ut singuli* paraît donc tout à fait justifié.

Ce n'est pourtant pas l'avis de la Cour de cassation. Après avoir énoncé que l'action *ut singuli* ne pouvait être engagée contre un tiers à la société<sup>51</sup>, ni contre son liquidateur amiable<sup>52</sup>, la Cour de cassation a nettement refusé l'exercice de cette action à l'encontre d'un dirigeant de fait<sup>53</sup>. Cette appréciation stricte de textes qui n'en demandaient pas tant – l'article L. 223-22 par exemple, mentionne les « gérants », ce qui aurait pu être interprété comme englobant à la fois les gérants de droit et les gérants de fait – a été critiquée par la majorité des auteurs<sup>54</sup>. La Cour de cassation elle-même semble un peu mal à l'aise avec sa solution et les

conséquences qu'elle emporte. Elle a donc récemment cherché à ouvrir une brèche pour les associés. Dans l'arrêt du 29 mars 2017, elle énonce que : « si l'action sociale en responsabilité ne peut être exercée que contre les dirigeants de droit d'une société par actions simplifiée, celle-ci peut agir en responsabilité contre son gérant de fait, soit directement par ses représentants légaux, soit par l'intermédiaire d'un mandataire *ad hoc* dont la désignation peut être demandée en justice par un actionnaire ».

La Cour de cassation offre bien une ouverture, mais qui n'est pas aussi efficace que le serait un alignement des régimes des dirigeants de droit et de fait. En effet, plusieurs obstacles se dresseront sur la route judiciaire des associés qui décideraient de l'emprunter. D'abord, le juge pourra refuser la demande, en considérant que les conditions de nomination du mandataire *ad hoc* ne sont pas réunies en l'espèce. Ensuite, même s'il est nommé, le mandataire sera seul juge de l'opportunité de l'action et de sa réalisation. Dès lors, il aurait sans doute été plus opportun de reconnaître directement que l'action *ut singuli* à laquelle est soumis le dirigeant de droit concerne aussi le dirigeant de fait. À défaut, l'ultime recours pour les associés sera, paradoxalement, d'attendre la liquidation de la société pour éventuellement voir le dirigeant de fait poursuivi par le liquidateur grâce à une action en insuffisance d'actif.

Le deuxième exemple de refus d'assimilation entre dirigeant de droit et de fait concerne la prohibition en matière de SA de tout *quitus* donné au dirigeant par l'assemblée générale. Le dernier alinéa de l'article L. 223-22 du code de commerce dispose en effet qu'« aucune décision de l'assemblée ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les gérants pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat »<sup>55</sup>. Autrement dit, il est impossible pour l'assemblée générale de donner un *quitus* au dirigeant pour ses actes. Le but est d'éviter qu'un dirigeant par ailleurs associé majoritaire ne s'exonère par avance de toute responsabilité pour les fautes commises dans le cadre de son mandat<sup>56</sup>.

Or cette règle d'ordre public, défavorable aux dirigeants de droit, n'est pas applicable aux

50 - En droit commun et pour les sociétés civiles, C. civ. art. 1843-5 ; pour les SARL, C. com., art. L. 223-22 ; pour les SA, C. com., art. L. 225-252 ; pour les SAS, C. com. art. L. 227-8.

51 - Cass. com., 19 mars 2013, n° 12-14.213 ; BJS 2013, p. 316, § 159, note J.-F. Barbièri ; Dr. sociétés 2013, comm. 119, note M. Roussille.

52 - Cass. com., 21 juin 2016, n° 14-26.370, FS-P+B, F. c/ T. : JurisData n° 2016-012271 ; Dr. sociétés 2016, comm. 185, note C. Coupet ; BJS 2016, p. 665, note P. Rubellin ; Rev. sociétés 2017, p. 154, note A. Lecourt ; Cass. com., 6 déc. 2017, n° 16-21.005 ; BJS 2018, p. 208, note C. Coupet ; Dr. sociétés 2018, comm. 26, note J. Heinich ; Gaz. Pal. 3 avr. 2018, n° 13, p. 54, note K. Rodriguez.

53 - Cass. com., 29 mars 2017, n° 16-10.016 ; Dr. sociétés 2017, comm. 101, note J. Heinich ; Rev. sociétés 2017, p. 562, note L. Godon ; BJS 2017, p. 521, note C. Coupet. V. déjà Cass. com., 6 oct. 1981, n° 77-15.264, D. 1983, p. 133, note B. Soinne ; JCP G 1982, II, 19891, note G. Notté ; Cass. com., 21 mars 1995, n° 93-13.721 ; JCP G 1996, II, 22603, note I. Bon-Garcin et Y. Reinhard ; Rev. soc. 1995, p. 501, note B. Saintourens.

54 - V. à propos du refus d'appliquer l'action *ut singuli* à l'encontre d'un liquidateur amiable, M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 389 ; C. Coupet, note préc. ss. Cass. com., 21 juin 2016 ; A. Lecourt, note préc. ss. Cass. com., 21 juin 2016. À propos du refus de l'appliquer à l'encontre d'un dirigeant de fait : L. Godon, note préc. ss. Cass. com., 29 mars 2017, qui relève que : « une telle solution n'est pas exempte de critique car elle aboutit en pratique à ce que celui qui dirige en fait une société soit mieux traité qu'un dirigeant de droit » ; C. Coupet, note préc. ss. Cass. com., 29 mars 2017 ; J. Heinich, note préc. ss. Cass. com., 29 mars 2017.

55 - La même règle figure à l'article 1843-5 du code civil pour les sociétés civiles et à l'article L. 225-253 du code de commerce pour les sociétés par actions.

56 - Pour une application de cette règle, v. Cass. com., 8 mars 2016, n° 14-16.621 ; BJS 2016, p. 476, note S. Schiller ; Dr. sociétés 2016, comm. 143, obs. M. Roussille.

dirigeants de fait. C'est ce que vient d'affirmer la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 14 février 2018<sup>57</sup>. La conséquence en est une irresponsabilité du dirigeant de fait vis-à-vis de la société pour les actes faisant l'objet du quitus. Dans le cas d'espèce, le résultat était assez choquant. Il s'agissait en effet d'un dirigeant démissionnaire qui avait poursuivi ses fonctions sans mandat et avait cédé les seuls actifs de la société, en violation des statuts qui limitaient ses pouvoirs. La Cour refuse pourtant que sa responsabilité soit engagée par la société, dès lors que l'assemblée lui avait donné quitus et a renoncé à tout recours envers lui. S'il avait été dirigeant de droit, la solution aurait été tout autre et le quitus n'aurait pas fait obstacle à une action en responsabilité. Mais en tant que dirigeant de fait, la prohibition de l'article L. 223-22 ne lui était pas applicable, ce qui conduit à cette étonnante solution.

Le troisième et dernier exemple concerne les conventions réglementées. Pour la Cour de cassation, l'article L. 225-38 du code de commerce, qui impose dans les SA que toute convention conclue entre une société et l'un de ses administrateurs ou directeurs généraux doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration, n'est pas applicable au dirigeant de fait<sup>58</sup>. C'est encore une fois une interprétation stricte du texte qui l'emporte, écartant toute application à qui n'est pas dirigeant de droit. Là encore, la solution est favorable au dirigeant de fait qui échappe à l'application d'une procédure contraignante avant de contracter avec la société.

On voit donc que l'on est loin de l'application au dirigeant de fait de toutes les règles contraignantes applicables au dirigeant de droit. Il serait sans doute opportun de réparer certaines de ces imperfections, qui aboutissent à limiter la responsabilité du dirigeant de fait. Deux voies pourraient être utilisées. La première serait une modification de la loi telle qu'elle a été réalisée en droit pénal, en droit fiscal ou en droit des entreprises en difficultés. La deuxième consisterait en un assouplissement de l'interprétation jurisprudentielle de certains textes, pour éviter que le dirigeant de fait ne bénéficie paradoxalement d'un régime plus favorable que celui de droit lorsqu'il commet des fautes identiques.

Mais le dirigeant de fait n'est pas toujours celui qui tire les ficelles dans l'ombre pour son propre intérêt. Même si le cas est plus rare, il ne faut pas passer sous silence ce qui peut être l'aspect positif de la direction de fait, qui permet de pallier une absence ou une passivité extrêmes du dirigeant de droit. Dans certains cas, la direction de fait peut être positive et justifier un régime de faveur.

## B - Pour l'application exceptionnelle d'un régime de faveur

Sans remettre en cause le principe selon lequel le dirigeant de fait doit se voir appliquer les règles contraignantes sans pouvoir bénéficier des règles favorables, quelques exceptions peuvent toutefois être dégagées. C'est le cas par exemple en matière de sociétés créées de fait, assimilées par la loi aux sociétés en participation. Ces sociétés bénéficient d'un véritable statut spécifique malgré leur défaut d'immatriculation, qui comprend l'application de certaines règles favorables<sup>59</sup>.

Ne pourrait-il pas en aller de même pour la direction de fait ? Certains actes caractéristiques d'une telle direction ne devraient-ils pas être valorisés, lorsqu'ils ont été dictés par la nécessité et qu'ils ont été accomplis dans l'intérêt de la société ? Autrement dit, une immixtion limitée et justifiée ne peut-elle conduire à appliquer des règles favorables au dirigeant de fait ?

Un exemple peut être donné à travers l'application du régime de la gestion d'affaires à des dirigeants de fait. Les articles 1301 et suivants du code civil prévoient en effet la situation dans laquelle quelqu'un « *sans y être tenu, gère sciemment et utilement l'affaire d'autrui, à l'insu ou sans opposition du maître de cette affaire* ». Il est alors soumis à toutes les obligations d'un mandataire et doit apporter à sa gestion tous les soins d'une personne raisonnable. Il doit aussi, et surtout, être remboursé par celui dont l'affaire a été utilement gérée des dépenses faites dans son intérêt et être indemnisé des dommages qu'il a subis en raison de sa gestion<sup>60</sup>.

La Cour de cassation a ouvert la voie à une application de ces textes en cas de direction de fait d'une société. Dans un arrêt rendu en 2011, elle a censuré un arrêt de la cour d'appel de Rennes qui avait rejeté la demande de rembour-

57 - Cass. com., 14 févr. 2018, n° 15-24.146, Dr. sociétés 2018, comm. 84, note J. Heinich.

58 - Cass. soc., 3 mai 2012, n° 10-20.998 ; BJS 2012, p. 562, note H. Barbier.

59 - L. Leveneur, *Situations de fait et droit privé*, op. cit., n° 296 et s., spéc. n° 305 et s.

60 - C. civ., art. 1301-2.

sement des frais engendrés par la vente d'un immeuble social émanant du dirigeant de fait d'une SCI<sup>61</sup>. Pour les juges du fond, non seulement le bénéfice de la gestion d'affaires était incompatible avec l'existence d'un mandat, mais encore la gestion n'avait pas été utile car la vente avait engendré une moins-value pour la société. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel en estimant, d'une part, que la gestion d'affaires ne pouvait pas être écartée par les juges du fond car d'une part, l'existence d'un mandat n'avait pas été retenue, et d'autre part, l'utilité de la gestion doit être appréciée au moment de l'accomplissement de l'acte et pas en contemplation de ses conséquences.

Cela ne signifie pas pour autant que le dirigeant de fait doit toujours être considéré comme un gérant d'affaires. Encore faut-il pour cela que les conditions de la gestion d'affaires soient remplies. Il faut d'abord qu'il existe un maître, c'est-à-dire une société valablement constituée. La jurisprudence refuse à ce titre d'appliquer la gestion d'affaires au fondateur d'une société non encore immatriculée au motif que cette société n'existait « *ni en fait, ni en droit* »<sup>62</sup>. La Cour de cassation ne semble cependant pas exclure, par sa formulation, les sociétés créées de fait et les sociétés en participation. Ensuite, il faut que le maître de l'affaire ne se soit pas opposé à la gestion de son affaire. Il va de soi que si le dirigeant de droit manifeste au dirigeant de fait son opposition, aucun acte ne pourra valablement être accompli au titre de la gestion d'affaires. Enfin, il faut que les actes liés à la gestion d'affaires soient utiles au moment où ils ont été accomplis. Cette condition permet d'éviter les immixtions qui iraient au-delà du nécessaire<sup>63</sup>. En revanche, il n'est pas indispensable que l'intervention soit totalement altruiste : la jurisprudence admet que le gérant d'affaires puisse agir à la fois dans son propre intérêt et dans celui d'autrui<sup>64</sup>. Il n'est donc pas exclu, par exemple, qu'un actionnaire de la société ou un salarié dépourvu de mandat social puisse agir

sur ce fondement pour préserver les intérêts de la société mais aussi les siens en cas de carence du gérant de droit. Par ailleurs, précisons que la gestion d'affaires n'ouvre en principe droit qu'à indemnisation du gérant et pas à rémunération de ce dernier. Cependant, rien n'empêche le maître de l'affaire de rémunérer volontairement, *a posteriori*, le gérant d'affaires : l'enrichissement de ce dernier ne serait pas sans cause, et l'abus de biens sociaux ne serait probablement pas caractérisé.

À travers ces quelques observations, on voit se dessiner les contours d'une intervention légitime d'un tiers dans les affaires d'une société. D'abord, la carence du dirigeant de droit, qui pourrait se manifester soit par son absence totale, avec une vacance de la direction, soit par sa passivité. Ensuite, des actes limités : seuls les actes utiles, voire nécessaires à la société pourront être admis, ce qui exclut sans doute une direction de fait trop large ou trop longue. Enfin, seuls certains actes pourraient être accomplis, notamment des actes d'administration, mais aussi parfois de disposition. La jurisprudence exclut en revanche qu'une action en justice puisse être intentée par un dirigeant de fait<sup>65</sup> ou par un gérant d'affaires en général<sup>66</sup>.

On peut se demander si d'autres actes ne pourraient pas être admis, dans le cadre de la bonne exécution d'un contrat essentiel pour la société. Par exemple, un dirigeant de fait pourrait-il exercer à la place d'un dirigeant de droit absent ou passif des sanctions de l'inexécution du contrat ? Prenons l'exemple d'un contrat informatique, d'un montant important, conclu par une société avec un prestataire. Les mois passent mais le logiciel n'est pas livré, malgré le versement régulier des sommes prévues par le contrat. Le dirigeant reste passif face à cette inexécution parce qu'il est absent, malade, débordé ou simplement négligent. Un actionnaire ou un salarié particulièrement diligent ne pourrait-il pas, au titre de la gestion d'affaires, essayer de limiter le préjudice de la société ? En invoquant par exemple une exception d'inexécution pour arrêter les paiements, une réduction unilatérale du prix, voire une résilia-

61 - Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 3 févr. 2011, n° 10-30.093 ; BJS 2011, p. 400, note B. Dondero ; Dr. sociétés 2011, n° 66, obs. H. Hovasse ; Rev. sociétés 2011, p. 637, note V. Thomas.

62 - Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 2 juin 1981, Bull. civ. I, n° 191.

63 - Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 8<sup>e</sup> éd., 2016, n° 1021 et s., spéc. n° 1030.

64 - V. par ex. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 janv. 2012, n° 10-24.512 ; D. 2012, p. 1592, note A. Gouëzel ; JCP G 2012, 362, note P. Cassou ; RDC 2012, p. 831, note J. Klein, à propos du paiement par un concubin des dettes fiscales de sa concubine, à la fois pour éteindre sa dette et pour éviter la saisine de ses propres biens.

65 - Cass. com., 12 janv. 1993, n° 91-14.970, RJF 4/1993, n° 554, pour un pourvoi en cassation formé par un gérant de fait concernant la société qu'il dirigeait.

66 - Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 mars 1982, n° 80-16.163, Bull. civ. I, n° 104.

tion unilatérale du contrat<sup>67</sup> ? De telles sanctions, désormais autorisées et encadrées par le code civil depuis la réforme du droit des contrats, ne se fondent pas sur une action en justice. Il s'agit de sanctions unilatérales de l'inexécution. Un simple acte d'administration donc, qui pourrait être envisageable. Attention cependant à la notion d'utilité : l'acte ne doit pas dépasser les limites d'une gestion raisonnable, nécessaire et justifiée. Attention aussi au respect des conditions légales pour l'exercice de tels pouvoirs unilatéraux. En cas d'immixtion exagérée ou néfaste pour la société, la responsabilité du gérant d'affaires peut être engagée<sup>68</sup>.

Il ne faut par ailleurs pas oublier que d'autres outils, fournis par le droit des sociétés, sont à la disposition des actionnaires pour pallier l'insuffisance ou l'absence du dirigeant de droit sans recourir à la direction de fait. Les actionnaires peuvent demander, même s'ils sont minoritaires, la révocation judiciaire du dirigeant, la nomination d'un mandataire *ad hoc* pour convoquer l'assemblée générale aux fins de nommer un nouveau gérant<sup>69</sup>, ou encore la nomination d'un administrateur provisoire<sup>70</sup>. La gestion d'affaires doit rester limitée aux situations les plus graves et les plus urgentes, pour lesquelles une demande judiciaire serait trop longue. Quitte à, en parallèle, saisir le juge de telles actions pour régulariser le plus rapidement possible la situation de la société et sa direction.

La très classique notion de dirigeant de fait pourrait donc gagner à accueillir quelques nouveautés à la fois pour mieux sanctionner les fautes commises et, exceptionnellement, pour permettre ou récompenser certaines actions utiles.

---

67 - Sur ces sanctions v. not. les actes du colloque : « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », in RDC 2018/3, à paraître.

68 - V. pour la résiliation fautive d'un contrat : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 14 juin 1988, n° 86-17.428, Bull. civ. I, n° 191, p. 132.

69 - Pour une illustration de cette hypothèse v. Cass. com., 26 avr. 2017, n° 15-19.472 ; BJS 2017, p. 607, note Th. Favario ; RTD com. 2017, p. 643, obs. A. Lecourt ; Dr. sociétés 2017, comm. 123, note J. Heinich.

70 - Pour une demande de désignation d'un administrateur provisoire en présence d'une vacance de la gérance : CA Paris, 3<sup>e</sup> ch., sect. A, 12 févr. 1991, SARL Camille Léotard Diffusion c/ Cornielle : JurisData n° 1991-600231 ; BJS 1991, p. 410, § 134, note P. Le Cannu.