

Dirigeant de fait : quels risques ?



Êtes-vous certain de ne pas vous exposer au risque d'être qualifié de dirigeant de fait ?

Actionnaire, associé, gestionnaire de fonds d'investissement, directeur commercial, banquier, ... vous vous intéressez évidemment à la gestion de la société dans laquelle vous avez un intérêt. Mais vous y intéressez-vous de trop près et trop activement ? Pourriez-vous, en cas de difficultés, être qualifié de dirigeant de fait et quelles en seraient les conséquences ?

1. Comment définir un dirigeant de fait ?

Il n'existe pas de définition légale du dirigeant de fait. Elle est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Mais un dirigeant de fait assume les mêmes responsabilités que le dirigeant de droit, seul à être régulièrement investi d'un mandat social.

La doctrine définit généralement le dirigeant de fait comme celui qui "*en toute souveraineté et indépendance, exerce une activité positive de gestion et de direction*" (Prof. J-L Rives-Lange), exerçant ainsi de fait un pouvoir irrégulier, qui ne lui est pas légalement attribué. Ainsi, un simple rôle de surveillance ou de contrôle (comme c'est le cas d'un conseil de surveillance) ne répond pas à ces conditions.

La qualification de dirigeant de fait procède donc d'une **analyse factuelle**, au **cas par cas**. La jurisprudence retient à cet effet différents principes. Il faut pouvoir démontrer, par **des faisceaux d'indices**, que la personne dont la responsabilité est recherchée s'est immiscée dans la gestion.

C'est le cas lorsque la personne a :

- « *en fait exercé durant cette même période en toute indépendance une activité de direction et de gestion de la société* » (Cass. Com. 27 mars 2007 n° 05-17311 ; Cass. Com. 24 janvier 2018 n° 16-23649), comme par exemple si, sauf délégation de pouvoirs, "(il) *décidait seule du recrutement des*

Catherine Ottaway
Associée

DOMAINES D'EXPERTISE :
Spécialiste en droit commercial
Contentieux des Affaires
Sociétés en difficultés
Arbitrage / Médiation

TEL : +33 (0)1 53 93 22 00
ottaway@hocheavocats.com

EQUIPE :
Georges-Louis Harang, Counsel
Jessica Dedios
Fanny Seroka
Deborah Viaud

HOCHE AVOCATS
106 RUE LA BOETIE 75008 PARIS
TEL : 01 53 93 22 00
FAX : 01 53 93 21 00
www.hoche-avocats.com

salariés, et que, s'il ne disposait pas d'une délégation de signature, il prenait seul les décisions portant sur les modalités de paiement des heures supplémentaires ou des primes dues aux salariés" (Cass. Com. 21 novembre 2018 n°17-22433) ;

- « *agi en toute indépendance* » ce qui se caractérise par « *d'autres faits précis de nature à caractériser une immixtion dans la gestion de la société* », comme le fait de signer pendant plusieurs années de nombreux chèques avec l'accord implicite du dirigeant de droit (Cass. Com. 8 mars 2017 n° 15-17936).

Si la direction de fait ne peut se déduire de la seule qualité **d'actionnaire** ou un **associé majoritaire**, ce dernier peut néanmoins se voir reprocher une direction de fait :

- lorsqu'il a « *agi, alors qu'il était actionnaire majoritaire d'une société de construction, comme l'interlocuteur des prestataires de la société (notaire, expert-comptable et liquidateur judiciaire) alors que le dirigeant de droit n'a qu'un rôle technique* » (CA Paris 14 mars 2018 n°16/19330).
- lorsqu'il a « *exercé en toute indépendance une activité positive de gestion et de direction de la société* », en l'occurrence en signant des contrats de sous-traitance, en donnant des ordres à la gérante de droit minoritaire, intervenant directement auprès des clients, en obtenant le règlement des factures (Cass. Com. 20 avril 2017 n° 15-10245) ;
- lorsqu'une société-mère s'immisce dans la gestion de sa filiale, ce qui suppose une activité positive de sa part, telle une ingérence abusive la privant de son autonomie et non un simple contrôle ou une simple supervision (Cass. Com. 19 novembre 2013 n° 12-28.367 ; Cass. Com. 11 octobre 2016 n° 14-26.901).

Il en va de même pour un **salarié** qui :

- a « *accompli des actes de gestion qui dépassaient les prérogatives attachées à son contrat de travail et qu'en l'absence du dirigeant qui avait abandonné l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction (...); il assurait de fait la gestion administrative et financière de la société (...)* faisant ressortir l'accomplissement en toute indépendance d'actes positifs de gestion ou de direction de la société débitrice » (Cass. Com. 10 février 2015 n° 13-17819) ;
- « *eu un rôle excédant celui d'un directeur commercial et qu'il s'est comporté comme le véritable maître de la société, en lieu et place de son représentant légal, ayant accompli en toute indépendance et souveraineté des actes de gestion et de direction de la personne morale* » (Cass. Com. 25 janvier 1991 n° 91-20007 ; Cass. Crim. 7 novembre 2018 n° 17-85773).

Catherine Ottaway
Associée

DOMAINES D'EXPERTISE :
Spécialiste en droit commercial
Contentieux des Affaires
Sociétés en difficultés
Arbitrage / Médiation

TEL : +33 (0)1 53 93 22 00
ottaway@hocheavocats.com

EQUIPE :
Georges-Louis Harang, Counsel
Jessica Dedios
Fanny Seroka
Deborah Viaud

HOCHE AVOCATS
106 RUE LA BOETIE 75008 PARIS
TEL : 01 53 93 22 00
FAX : 01 53 93 21 00
www.hoche-avocats.com

Un étranger utilisant un **prête-nom** est également en risque : la qualité de dirigeant de fait doit être reconnue à un étranger qui, ne pouvant réaliser son projet en raison de sa nationalité (en l'occurrence ouvrir un restaurant avec une licence IV), a cherché un prête-nom de nationalité française pour être le dirigeant de droit de la société (CA Versailles 12 avr. 2012, n° 11/07087).

Il est à noter que depuis 2005, il a été mis fin aux actions en responsabilité pour **soutien abusif** « *du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci* » (L 650-1 du code de commerce).

2. Quels sont les risques attachés à la qualification de dirigeant de fait ?

Outre une responsabilité civile de droit commun, le dirigeant de fait engage sa responsabilité en cas de difficultés menant la société à une procédure collective. Les risques d'être poursuivi peuvent être sérieux, en fonction des éléments de preuves à la disposition des organes de la procédure collective, généralement le mandataire judiciaire.

Suite au jugement d'ouverture d'une liquidation judiciaire uniquement, le représentant légal de la société est dessaisi. Le liquidateur judiciaire a alors la main sur l'ensemble des archives, en ce compris toutes les boîtes d'emails des salariés de la société et du mandataire social. Tout élément probant peut lui permettre de justifier l'initiation d'une action contre les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, apparents ou occultes, qu'ils soient des personnes physiques ou morales, même en faisant appel préalablement à un **expert**.

Si le mandataire judiciaire n'initie pas d'action, il peut y être poussé par la majorité des créanciers nommés contrôleurs par le juge-commissaire (L 651-3 du code de commerce). Le Procureur de la République peut également agir.

Les sanctions éventuelles peuvent se cumuler sur une même personne. A ce jour, l'appréciation de la faute par les juridictions commerciales et pénales est autonome.

➤ Sanction patrimoniale : l'action en comblement d'insuffisance d'actifs

Cette action est réservée à des fautes de gestion ayant contribué à faire apparaître une insuffisance d'actif et qui ont été commises avant le jugement d'ouverture de la procédure (L.651-2 du code de commerce). Les dirigeants de droit et/ou de fait peuvent être condamnés à contribuer à tout ou partie de cette insuffisance d'actif, même solidairement. L'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire.

Catherine Ottaway
Associée

DOMAINES D'EXPERTISE :
Spécialiste en droit commercial
Contentieux des Affaires
Sociétés en difficultés
Arbitrage / Médiation

TEL : +33 (0)1 53 93 22 00
ottaway@hocheavocats.com

EQUIPE :
Georges-Louis Harang, Counsel
Jessica Dedios
Fanny Seroka
Deborah Viaud

HOCHE AVOCATS
106 RUE LA BOETIE 75008 PARIS
TEL : 01 53 93 22 00
FAX : 01 53 93 21 00
www.hoche-avocats.com

Les fautes de gestion ayant donné lieu à condamnation sont variées, étant rappelé qu'elles doivent être en lien avec l'insuffisance d'actif. Par exemples :

- un paiement préférentiel de comptes courants d'associés au détriment des créanciers de l'entreprise (Cass. Com. 24 mai 2018 n° 17-10.119),
- une poursuite d'une exploitation déficitaire en dépit des pertes d'exploitation, de la diminution importante du chiffre d'affaires et d'une incapacité à régler les fournisseurs et les cotisations sociales et fiscales pendant plus d'un an, indépendamment de l'éventuel état de cessation des paiements (Cass. Com. 25 octobre 2017 n° 16-17.584).

Dans le but de faciliter le « rebond » du chef d'entreprise et depuis le 11 décembre 2016, l'article L. 651-2 du code de commerce a été complété : « *Toutefois, en cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la société, sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée.* ».

Les parties (le liquidateur et le dirigeant) peuvent, par transaction autorisée par le juge commissaire, et homologuée par le Tribunal si les montants sont élevés, éviter une procédure et arrêter le montant du passif mis à la charge du dirigeant.

➤ Sanctions professionnelles et personnelles

Sanctions civiles :

Il s'agit essentiellement de la faillite personnelle qui emporte interdiction de gérer (L 653 du code de commerce). Par une décision qui devra être motivée, le tribunal pourra interdire aux dirigeants fautifs de gérer une entreprise pendant une durée qui pourra aller jusqu'à 15 années, en ce compris avec une interdiction de voter dans les assemblées.

Sanctions pénales :

Par exemples, en cas de détournement des actifs de l'entreprise, de la tenue d'une comptabilité fictive, du fait de faire disparaître la comptabilité, pourront être prononcées :

- la banqueroute (L 654-1 et s. du code de commerce) qui est un délit passible de 5 ans d'emprisonnement et de 75.000 € d'amende,
- la privation des droits civiques et de famille, l'interdiction de fonctions électives, l'interdiction d'exercice de la profession à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, l'exclusion de marchés publics, l'interdiction d'émettre des chèques.

Les diversités des comportements pouvant entraîner cette qualification de dirigeant de fait ne peuvent qu'inciter ceux qui ne sont pas dirigeants de droit à la plus grande prudence.

Catherine Ottaway Associée

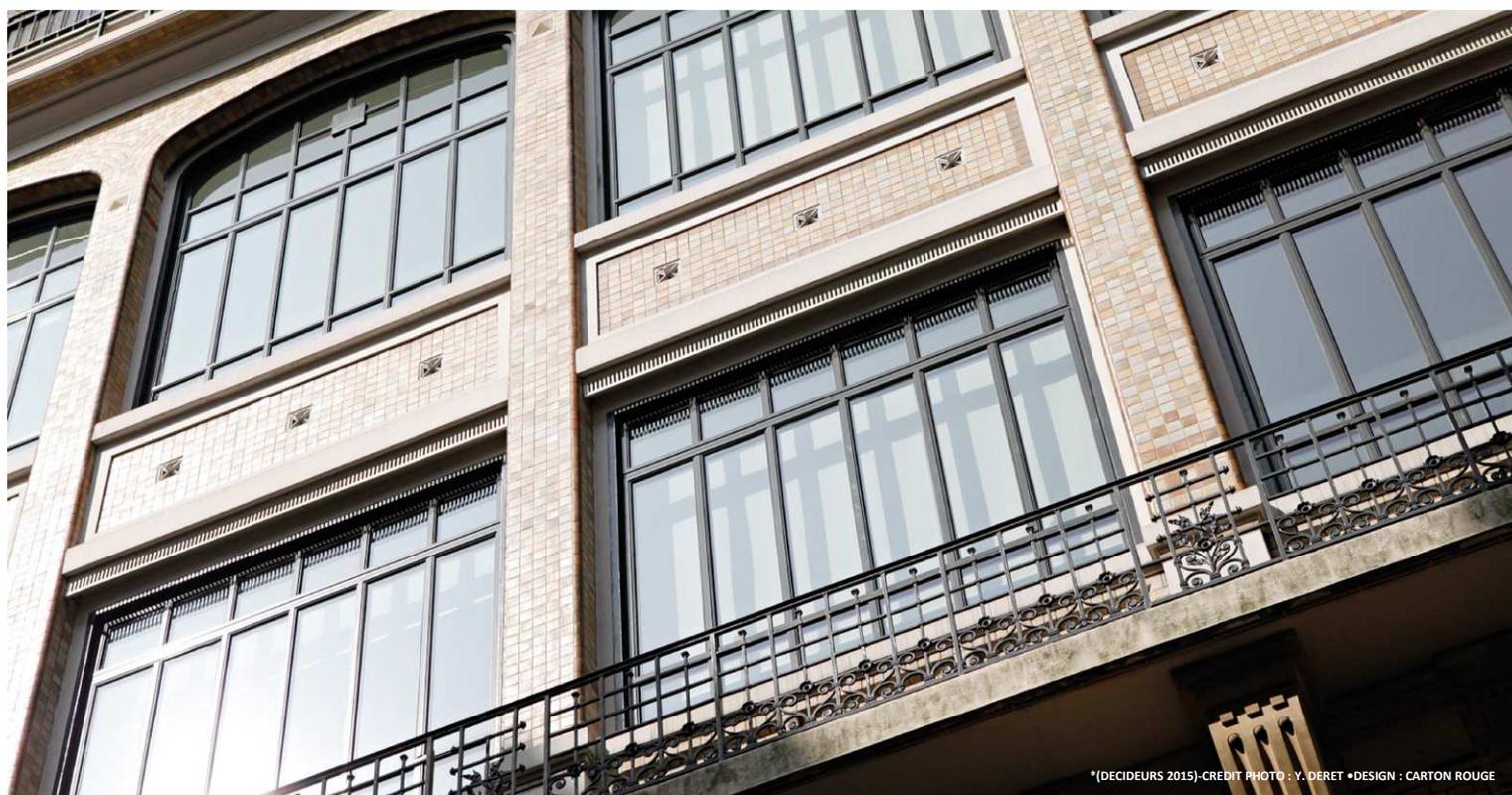
DOMAINES D'EXPERTISE :
Spécialiste en droit commercial
Contentieux des Affaires
Sociétés en difficultés
Arbitrage / Médiation

TEL : +33 (0)1 53 93 22 00
ottaway@hocheavocats.com

EQUIPE :
Georges-Louis Harang, Counsel
Jessica Dedios
Fanny Seroka
Deborah Viaud

HOCHE AVOCATS
106 RUE LA BOETIE 75008 PARIS
TEL : 01 53 93 22 00
FAX : 01 53 93 21 00
www.hoche-avocats.com

HOCHE
A V O C A T S



*(DECIDEURS 2015)-CREDIT PHOTO : Y. DERET •DESIGN : CARTON ROUGE

Un cabinet d'avocats français **indépendant**
Plus de **70 avocats** à l'écoute de leurs clients
Une expertise reconnue dans tous les secteurs du **droit des affaires**
Classé au top 50 des **meilleurs cabinets français**

- ▶ Fusions & Acquisition / Private Equity
- ▶ Droit des sociétés
- ▶ Droit boursier et financier
- ▶ Entreprises en difficulté
- ▶ Fiscalité des entreprises
- ▶ Fiscalité du patrimoine
- ▶ Droit des Affaires
- ▶ Droit social
- ▶ Propriété intellectuelle
- ▶ Technologies de l'information
- ▶ Droit Immobilier
- ▶ Contentieux, Arbitrage et Médiation

www.hocheavocats.com