La protection des créanciers en cas de fictivité dans la gestion ou la direction de la filiale

584. La fictivité la plus constatée dans le cadre des groupes de sociétés produit ses effets sur la direction ou la gestion des filiales. Il arrive, en effet, que la société mère s'ingère dans les affaires particulières de ces dernières au point que l'action de leurs dirigeants perd de sa substance. C'est particulièrement le cas des groupes en difficulté, qui implique pour la société mère de prendre certaines mesures dérogatoires au processus normal des actes sociaux. C'est également le cas des groupes à caractère personnel où l'unité économique et de gestion repose sur une ou plusieurs personnes dirigeantes, détenant les postes-clés dans les différentes sociétés, et choisies à la diligence de la société mère, parmi ses dirigeants ou salariés¹¹⁰⁶. Dans de telles hypothèses, les tribunaux n'hésitent guère à rétablir la correspondance entre la réalité et le droit en cherchant la responsabilité de la personne derrière le dirigeant fictif, qui exerce la direction effective.

Dès lors, il convient d'examiner dans un premier temps la possibilité de qualifier la société-mère ou une autre société membre du groupe de « dirigeant de fait », pour étudier ensuite les conséquences qui résultent de cette qualification.

Sous-section I : La qualification de dirigeant de fait pour la société mère

585. Il est d'abord à souligner que la notion de "dirigeant de fait" relève en droit français de plusieurs textes législatifs, surtout en matière de responsabilité pénale et civile des dirigeants sociaux. Des sanctions pénales identiques à celles prévues pour les dirigeants de droit peuvent être prononcées à l'encontre de toute personne qui, directement ou par personne interposée, a exercé pleinement la gestion de la société sous couvert ou aux lieu et place de ses dirigeants légaux. De même, l'incrimination du délit d'abus de crédit ou de biens sociaux s'applique de la même façon au dirigeant de droit et à celui de fait¹¹⁰⁷. En outre, le dirigeant de fait est intéressé par les règles relatives à l'extension de la procédure collective de la société à ses dirigeants. L'article L. 651-2 du Code de commerce dispose que les dirigeants de droit ou de fait peuvent être tenus de combler le passif social

¹¹⁰⁶ Voir : C. Malecki, *Les dirigeants des filiales par, op. cit.*, p. 453 : « Toutefois, si le dirigeant est lié par un contrat de travail ayant pour objet le mandat social, on pourrait admettre alors une présomption de responsabilité de la société mère caractérisée par une immixtion potentielle de cette dernière dans la gestion de la filiale ».

¹¹⁰⁷ Voir T. Gautier, *op.cit.*, n°807, p.492 et s.

lorsqu'ils ont contribué à l'insuffisance d'actif par leur faute de gestion.

Cependant, l'établissement d'une définition précise pour le concept de "dirigeant de fait" a fait l'objet de plusieurs tentatives doctrinales et jurisprudentielles. *Rives-Lange* a ainsi écrit qu' « est un dirigeant de fait celui qui, en toute souveraineté et indépendance, exerce une activité positive de gestion et de direction d'une société¹¹⁰⁸ ». Selon *J-P. Legros*¹¹⁰⁹, « toute personne qui se substitue aux dirigeants de droit ou qui s'imisce dans la gestion de la société peut être qualifiée de dirigeant de fait ». Nze Ndong Dit Mbele (J-R)¹¹¹⁰ a défini ce concept en écrivant : « 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 ». Pour *M. Gibirila*¹¹¹¹, la notion de dirigeant de fait suppose que « la personne concernée, physique ou morale dépourvue de mandat social, s'est effectivement ingérée dans l'administration, la gestion ou la direction de la société et a, en toute indépendance, exercé une activité positive de cette dernière ». *N. Dedessus-Le-Moustier* a pu également souligner en ce sens que « le dirigeant de fait est celui qui dirige une société sans avoir été régulièrement investi par les organes de la société du pouvoir de la représenter¹¹¹² » Selon *Y. Guyon*¹¹¹³, la direction de fait suppose « une activité positive et habituelle de haute gestion, entreprise en toute indépendance et liberté¹¹¹⁴ ».

Au regard de ces définitions, on s'aperçoit que le concept de "dirigeant de fait" s'oppose à celui de "dirigeant de droit" en ce que ce dernier a été expressément désigné par les statuts ou régulièrement nommé par les organes de la société, habilités à le faire¹¹¹⁵.

586. La juridiction de fond et celle de cassation ont eu de multiples opportunités pour se prononcer sur ce concept. Dans un arrêt daté du 17 juin 1987, la Cour d'appel de Paris a

¹¹⁰⁸ 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.*

¹¹⁰⁹ *J-P. Legros, Sanctions patrimoniales et professionnelles et droit des entreprises en difficulté, sous la direction de Ph. Roussel Galle, droit 360°, 2012, n°1662, p.749.*

¹¹¹⁰ Nze Ndong Dit Mbele (J-R), *Le dirigeant de fait en droit privé français, thèse de doctorat (présentée et soutenue le 09 juillet 2008 à la faculté de droit, sciences économiques et gestion - Université Nancy 2-), n°2, p.7; voir aussi, H. Matsopoulou, Condamnation d'un gérant de fait pour banqueroute, note sous cass. crim., 23 févr. 2011, n° 10-83.461, Revue de science criminelle 2011, p. 619: « Le dirigeant de fait est celui qui se comporte comme le dirigeant de droit, c'est-à-dire, agissant de manière indépendante, a la signature bancaire, conclut les contrats importants au nom de la société, embauche et licencie le personnel, détermine la politique de l'entreprise, et est reconnu comme le maître de celle-ci par les tiers ».*

¹¹¹¹ *D. Gibirila, Le dirigeant des sociétés, Litec, 1995, n°580.*

¹¹¹² *N. Dedessus-Le-Moustier, La responsabilité du dirigeant de fait, Rev. soc. 1997, p.499.*

¹¹¹³ *Y. Guyon, obs. sous Paris, 20 déc. 1996, Rev. soc. 1997, p.392.*

¹¹¹⁴ Voir encore, *N. Dedessus-Le-Moustier, idem p.499 : «le dirigeant de fait est celui qui dirige une société sans avoir été régulièrement investi par les organes de la société du pouvoir de la représenter ».*

¹¹¹⁵ *N. Dedessus-Le-Moustier, ibidem., p.499.*

retenu 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 constant de la marche de la société en cause ». De son côté, la Cour d'appel de Lyon a défini le « dirigeant de fait » comme « celui qui exerce une activité positive et indépendante dans l'administration générale de la société et s'immisce dans la gestion, au besoin par personne interposée¹¹¹⁶ ». La Cour de cassation s'est exprimée sur cette notion à propos de plusieurs affaires retentissantes. Dans un arrêt du 2 novembre 2005¹¹¹⁷, elle a affirmé que « le dirigeant de fait est celui qui s'est immiscé dans la gestion d'une société et qui a, en toute souveraineté et indépendance, exercé une activité positive de gestion et de direction de celle-ci ; qu'en se prononçant comme elle l'a fait, sans constater qu'en sa qualité de dirigeant de droit de la société-mère, la société *Nord-Est* s'était en fait immiscée dans la gestion des filiales et qu'elle avait, en toute souveraineté et indépendance, exercé une activité positive de gestion et de direction de celles-ci, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 du plus fort violé¹¹¹⁸ ». Dans un autre arrêt plus récent, la même Cour a estimé que « peut seule être qualifiée de « dirigeant de fait » d'une société, la personne qui exerce, en toute souveraineté et en toute indépendance, une activité positive de gestion et de direction de l'entreprise¹¹¹⁹ ». Encore plus récemment¹¹²⁰, la Cour de cassation, s'inspirant des termes de sa décision du 26 juin 2001, a défini le dirigeant de fait comme celui « qui exerce, directement ou par personne interposée, une activité positive et indépendante d'administration générale d'une personne morale¹¹²¹ ».

587. A travers ces définitions jurisprudentielles et doctrinales, la notion de dirigeant de fait se rapporte à l'exercice de la direction sociale. Elle nécessite que la personne en cause s'ingère dans la direction ou l'administration de la société, tout en étant dépourvue de

¹¹¹⁶ CA. Lyon, Ch. 03 A - 10/03056 - 17 juin 2011.

¹¹¹⁷ Cass. com., 2 nov. 2005, n° 02-15895 ; voir encore, Cass. com. 25 janv. 1994, n° 91-20.007 : « Les personnes tant physiques que morales qui, dépourvues de mandat social, se sont immiscées dans la gestion, l'administration ou la direction d'une société, celles qui en toutes souveraineté et indépendance, ont exercé une activité positive de gestion et de direction engageant la société sous couvert ou au lieu et place de ses représentants légaux. » ; Cass. com. 27 juin 2006, no 04-15.831 : « seul l'exercice effectif d'une direction de fait peut justifier l'engagement d'une action en comblement de passif ».

¹¹¹⁸ Dans son rapport annuel pour l'année 2007 (*Rapp. C. cass. 2007, la Documentation française, 2008, p. 352.*), la Cour de cassation a défini le dirigeant de fait comme la personne qui « en toute souveraineté et indépendance exerce une activité positive de gestion et de direction sans avoir été désigné à cet effet ».

¹¹¹⁹ Cass. crim. n° 09-86.452, 12 janv. 2011.

¹¹²⁰ Cass. com. n° 10-15.353, 27 sept. 2011.

¹¹²¹ Voir aussi, CA Douai, ch. 02 SECT. 02, 19 sept. 2012, n° 07/01415 : « est dirigeant de fait, toute personne physique ou morale qui, directement ou par personne interposée, exerce habituellement une activité indépendante de gestion et de direction d'une entreprise, aux lieu et place de ses représentants légaux ».

titre justificatif. La société mère pouvait fréquemment faire l'objet d'une telle qualification dans la mesure où elle a exercé par l'intermédiaire de ses dirigeants ou salariés une activité positive et autonome dans sa filiale¹¹²², légalement ou statutairement attribuée aux organes de direction ou de gestion de cette dernière¹¹²³. Cette qualification peut également être imputée à une autre société membre du groupe, voire étrangère si les circonstances s'y prêtent évidemment¹¹²⁴, ainsi une société fournisseuse de crédit qui intervient de manière positive dans les affaires de la filiale emprunteuse à tel point qu'elle contribue pleinement à déterminer sa gestion et qu'elle apparaît au regard de ses créanciers comme ayant pouvoir de décision sur ce dernier. Cette situation peut concerner une société membre d'un groupe centralisatrice de trésorerie, qui s'implique dans la gestion financière d'une filiale alors qu'elle ne dispose pas à l'égard de cette dernière d'une délégation de pouvoir suffisante pour gérer l'ensemble de sa liquidité¹¹²⁵. Cependant, si cette société dispose d'une telle délégation, il est difficile de lui imputer la qualité de dirigeant de fait, car dans cette hypothèse l'immixtion est déjà justifiée par la convention de trésorerie qui lui permet de gérer l'ensemble des patrimoines des sociétés affiliées du groupe.

588. Pour autant, il faut tenir compte qu'il n'existe aucun rapport entre la participation, même majoritaire, au capital social ou la détention d'une fraction des droits de vote et l'attribution de cette qualité¹¹²⁶. En effet, il ne suffit pas que la société-mère dispose de la majorité du capital ou des droits de vote dans sa filiale, mais elle doit indéniablement y exercer une activité positive contenue dans la gestion ou la direction de celle-ci et reconnue en général aux organes sociaux¹¹²⁷. Comme un auteur l'a fait remarquer, deux hypothèses doivent être distinguées : celle dans laquelle la société mère a, sous son entier contrôle, le dirigeant de droit de sa filiale, et celle où, malgré les liens que les deux sociétés

¹¹²² Voir, R. Dammann, *Les groupes de sociétés face aux procédures d'insolvabilité*, Rev. Lamy Droit des affaires, p. 16 : « En pratique, le risque d'une gestion de fait par la maison mère pourra notamment se poser lorsque des salariés de la société mère sont nommés dirigeants de droit des filiales et reçoivent constamment des instructions précises, de sorte qu'ils sont privés de toute autonomie dans la gestion. Dans ce cas, le risque existe que la société mère devienne, à travers son préposé, aux yeux des tiers, le véritable gestionnaire – de fait – de sa filiale ».

¹¹²³ Voir en ce sens, J-P Le Gall et C. Le Gall-Robinson, *Droit des sociétés, Groupes de sociétés, salariés, valeurs mobilières et marchés financiers*, Dalloz, 2004, p.57.

¹¹²⁴ Voir en ce sens, J-P. Legros, *Mesures conservatoires et responsabilité du dirigeant*, dr. soc. n° 5, mai 2012, comm. 87

¹¹²⁵ cf. A. Bienvenue, *op. cit.*, n°560, p.470.

¹¹²⁶ Voir, J. Barthélémy et alter, *Le droit des groupes de sociétés*, *op. cit.*, n°12059, p.541 : « Il est certain, en tout cas, que le simple fait pour une société de détenir une participation financière, importante, voire majoritaire, dans le capital d'une autre ne suffit pas à caractériser la gestion de fait ».

¹¹²⁷ Voir dans le même sens, T. Gautier, *op. cit.*, n°811, p.495 : « Pour l'établir [la qualité de dirigeant de fait], il faut revenir sur le rapport de pouvoir qui s'établit entre le centre de décision et les dirigeants des sociétés liées ».

entretiennent, ce même dirigeant de droit reste dans les faits indépendant pour partie au moins de la société mère. Seule la première situation peut conduire à la reconnaissance d'une direction de fait¹¹²⁸. Dans un arrêt du 24 mai 2011, la Cour d'appel de Bordeaux a confirmé cette réalité en estimant que la détention par une société-mère d'une fraction du capital de sa filiale équivalant à 97,5% « n'est pas en lui même un acte de gestion de fait¹¹²⁹ ».

De la même façon, la Cour d'appel de Versailles¹¹³⁰ a également confirmé un jugement du Tribunal de commerce de Versailles¹¹³¹ qui a refusé l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à un associé majoritaire détenteur avec son épouse et ses enfants de la totalité du capital d'une société anonyme dénommée CPSC¹¹³². Ce dernier, bien qu'ayant disposé de la signature sur les comptes de CPSC à l'insu de cette dernière, n'a pas été censé avoir la qualité de dirigeant de fait, car son ingérence dans les affaires sociales était marginale et ponctuelle. Selon les magistrats du fond « le fait que Monsieur F. M. ait pu signer trois ordres au nom de SPSC (...) ne permet pas de retenir que celui-ci était dirigeant de fait de la SPSC ». Toujours dans ce même sens, la Cour d'appel de Besançon a pu décider le 4 mai 2011 que « la qualité d'associés de Messieurs Y. et Yunus S., même résultant d'une interdiction de gérer prononcée à leur encontre pour une durée de 5 ans selon arrêt confirmatif de la Cour d'appel de ce siège en date du 24 janvier 2006, ne suffit pas pour leur conférer celle de dirigeant de fait qui nécessite la démonstration, pour la période considérée, d'une activité positive et indépendante des intéressés dans l'administration de la SARL ESPREL AUTO¹¹³³ ».

589. Quand bien même la détention d'une fraction majeure du capital ou des droits de vote d'une société ne suffit pas, à elle seule, pour retenir la qualité de dirigeant de fait, la

¹¹²⁸ D. Poracchia, *Le dirigeant de fait personne morale par l'intermédiaire d'une personne physique administrateur à titre personnel*, Note sous cassation (com.) 27 juin 2006, *Société Licorne gestion, anciennement dénommée banque Worms*, Rev. soc. 2007, n°2, p.905.

¹¹²⁹ CA Bordeaux- ch. civ. 02 - 10/00837 - 24 mai 2011.

¹¹³⁰ CA Versailles. ch. 12 SECT. 02 - 10/01449 - 05 mai 2011.

¹¹³¹ T. com. Versailles, 20 janv. 2010.

¹¹³² CENTRE PHARMISO SAINT CLOUD (CPSC) immatriculée le 28 juillet 2006, avec pour objet la construction et l'exploitation d'un centre de production de produits radio pharmaceutiques ou radio chimiques.

¹¹³³ CA. Besançon, ch. com. 02 - 10/02848 - 04 mai 2011 ; Voir aussi, CA. Bordeaux, ch. civ. 02, 24 mai 2011, n° 10/00837: «Attendu que la gestion de fait par une société interposée implique la démonstration de l'absence totale d'autonomie de la société filiale par rapport à la société mère et il appartient à Me Torelli de démontrer des actes positifs de gestion de fait à l'encontre de la société Corali ; Attendu que le fait que la société Corali détenait 97,5% du capital de la société Charentaise de viandes n'est pas en lui même un acte de gestion de fait à moins de considérer que toutes les sociétés holding sont les dirigeants de fait de leurs filiales ».

jurisprudence a considéré en diverses occasions que la qualité d'associé renfermait la possibilité d'être qualifié de dirigeant de fait. Cela est souvent constaté lorsqu'il s'agit d'un groupe de sociétés, étant donné les pouvoirs de contrôle et de décision dont dispose la société mère à l'égard de ses filiales. En effet, les juges du fond se convainquent souvent de l'influence que cette société exerce sur les dirigeants de ses filiales pour la qualifier de dirigeant de fait de ces dernières. À plusieurs occasions, la haute juridiction a approuvé l'extension de la procédure collective d'une filiale à sa mère dirigeante de fait, justifiant sa décision par plusieurs indices dont celui que la société mère était à la fois l'associé majoritaire et le dirigeant de fait de sa filiale. Ainsi, dans un arrêt de la Cour de cassation rendu le 6 juin 2000¹¹³⁴, une société mère, associée majoritaire de sa filiale, a été considérée comme dirigeante de fait de celle-ci. La filiale était dépourvue d'autonomie, contrainte par la société mère à modifier ses comptes, à verser ses excédents de trésorerie à d'autres sociétés du groupe et à fermer son établissement. Auparavant encore, une société mère avait été qualifiée de dirigeant de fait de sa filiale pour le seul motif qu'elle avait été associée majoritaire de celle-ci¹¹³⁵. Mais en tout état de cause, la direction de fait doit être justifiée par la personne qui réclame la condamnation du dirigeant de fait au moment où la situation ayant débouché sur l'insuffisance d'actif a été créée. Il s'agit là d'une question de fait, soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond qui doivent dégager les éléments desquels se déduit le pouvoir de direction de celui qualifié de « dirigeant de fait »¹¹³⁶.

Dans un arrêt du 6 octobre 2009¹¹³⁷, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond pour avoir démontré à suffisance que la plaignante « avait exercé en toute indépendance une activité positive de gestion et de direction de la société (...) et que l'ancienne salariée était habilitée à faire fonctionner le compte bancaire de la société, qu'elle avait signé en juillet 1999, soit près de deux ans avant le jugement de liquidation judiciaire, le contrat de bail des locaux nécessaires à la société, et qu'elle avait le pouvoir

¹¹³⁴ Cass. com. 6 juin 2000 : *RJDA* 2000, n°868.

¹¹³⁵ Cass. crim., 94-83.399, 26 oct. 1995, *Bull. crim.* 1995 N° 326 p ; voir aussi : Cass. crim. 90-82.295, 23 mars 1992 ; Cass. com. 97-10.448, 20 juin 2000 ; CA Amiens. ch. é, 08/04249, 14 oct. 2010 ; CA Amiens. ch. économique, 08/04249, 17 mars 2011.

¹¹³⁶ Voir, J. Barthélémy et alter, *Le droit des groupes de sociétés*, op.cit., n°12060, p.541 ; Voir encore, Cass. crim. 08-80.889, 10 sept. 2008 : « alors que la direction de fait se caractérise par des éléments démontrant la participation à titre personnel à une activité positive de direction générale exercée habituellement et en toute indépendance ; que les juges du fond doivent préciser les éléments de fait d'où se déduit le pouvoir de direction de celui qu'ils qualifient de dirigeant de fait ».

¹¹³⁷ Cass. com. 6 oct. 2009, F-D, n° 08-15.378, Meunier ép. Hamelet c/ Du Buit ès qual. Note Ph. Roussel Galle, *Le dirigeant de fait condamné en paiement des dettes sociales ne peut se prévaloir de l'irrégularité de la procédure de vérification des créances*. *Rev. soc.* 2010, p.185.

d'engager la société auprès de ses fournisseurs (...), que le gérant de la société et la dirigeante de fait s'étaient toujours comportés envers les salariés comme leur véritable employeur, procédant à leur embauche et à leur licenciement ».

590. Toutefois, la qualité de dirigeant de fait paraît parfois délicate à prouver, notamment dans les sociétés membres d'un groupe où l'emprise de la société mère pèse sur les filiales tellement fort que les fonctions sont mal définies et la réalité du pouvoir n'appartient pas aux dirigeants de droit mais à cette dernière¹¹³⁸. Seuls des indices concrets et concordants permettent d'établir cette direction de fait, ainsi l'usage de la signature des dirigeants légaux pour créer des effets de complaisance ou faire fonctionner les comptes bancaires ; la participation décisionnelle aux relations avec les principaux partenaires de l'entreprise ; la négociation directe avec les clients de la société, l'établissement de devis ou l'usage de la signature des dirigeants légaux de la filiale¹¹³⁹. La Cour de cassation fait dans sa décision précédemment évoquée,¹¹⁴⁰ mention de plusieurs indices, considérés comme habituellement retenus pour caractériser ce concept. Ainsi « le pouvoir de signature des comptes bancaires de la société, le pouvoir d'engager les finances de la personne morale, la détention et l'établissement de documents comptables, l'embauche du personnel et la décision de licencier¹¹⁴¹ ».

591. En outre, la qualité de dirigeant de fait est imputée à la personne qui exerce les pouvoirs normalement attribués par la loi et les statuts au dirigeant de droit. Elle est en lien avec l'exercice illicite de ces pouvoirs, peu importe l'organe victime de cet exercice qui peut appartenir à la direction ou à la représentation de la société. En d'autres termes, ce sont la nature et le contenu de l'action entreprise par le dirigeant de fait qui identifient la qualité exacte de ce dirigeant. Celui-ci empiète sur les pouvoirs reconnus au dirigeant de droit s'il intervient dans les affaires sociales pour accomplir des actes liés aux fonctions d'autorité ou relatifs à l'administration du patrimoine social. À cette fin, il détermine les mécanismes qui doivent permettre la réalisation de l'activité économique de la société et

¹¹³⁸ K. Raja, V. Marie-Capucine, *La condamnation d'un dirigeant aux dettes sociales est-elle une sanction ? Séminaire de droit des procédures collectives – 11/01/05, p.6 et s.*

¹¹³⁹ Voir, T. Gautier, *op.cit.*, n°814, p.497.

¹¹⁴⁰ Cass. com. n°10-15.353 - 27 sept. 2011.

¹¹⁴¹ Il est à noter que : « la qualification de dirigeant de fait a d'abord été abandonnée à l'appréciation souveraine des juges de fond avant d'être contrôlée par la Cour de cassation à partir des années 1990 » (J-P. Legros, *Sanctions patrimoniales et professionnelles et droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1662, p. 749). La Cour de cassation depuis ces années affirme que « le pouvoir souverain des juges du fond s'exerce par une décision dont les motifs propres à caractériser, en effet, la direction de la société sont soumis au contrôle de la Cour de cassation » (v. Cass.com., 16 mars 1999, n° 95-17.420 : Bull. civ. 1999, IV, n° 64, p. 53).

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 société¹¹⁴² ».

592. Au surplus, la qualité de dirigeant de fait peut être attribuée à la personne agissant sur les attributs des représentants sociaux, c'est-à-dire les pouvoirs dévolus aux personnes autorisées par la loi ou les statuts d'exprimer la volonté sociale vis-à-vis des tiers et de la juridiction. Il s'agit, selon la forme sociale, du président du conseil d'administration, du directeur général ou du gérant.

Cependant, il n'y a pas de lieu de parler d'une direction de fait si l'exercice porte sur les prérogatives des organes du contrôle. En effet, les membres du conseil de surveillance n'ont pas la qualité de dirigeant de droit. Même s'ils ont commis des fautes personnelles dans l'exécution de leurs fonctions, ils n'ont pas à être tenus de contribuer au paiement du passif social¹¹⁴³. Il en découle ainsi que la personne empiétant sur leurs compétences ne peut être qualifiée de dirigeant de fait, même si elle s'expose à des dommages-et-intérêts en raison de son immixtion dans les affaires relatives aux membres du contrôle.

593. En résumé, le groupe de sociétés peut constituer un terrain favorable à l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à la société mère. Comme l'explique un auteur, l'existence d'une unité économique entre les sociétés, juridiquement autonomes, qui constituent le groupe autorise que les opérations intervenues entre les entités soient appréciées avec des critères différents de ceux qui sont appliqués à des sociétés étrangères les unes aux autres¹¹⁴⁴. Cette unité perturbe fréquemment l'organisation classique des pouvoirs et des fonctions sociétales. La société mère, s'appuyant sur les pouvoirs de contrôle et de décision qu'elle exerce sur les dirigeants de ses filiales ne cesse en effet de s'immiscer dans les affaires particulières de ces dernières pour s'assurer de l'entière collaboration de leurs dirigeants et représentants. L'autorité qu'elle exerce sur ces derniers peut conduire par son objet à sa qualification de dirigeant de fait par personne interposée¹¹⁴⁵.

Toutefois, l'intérêt de cette qualification se manifeste grandement dans les

¹¹⁴² Nze Ndong Dit Mbele (J-R), *Le dirigeant de fait en droit privé français, thèse de doctorat (présentée et soutenue le 09 juillet 2008 à la faculté de droit, sciences économiques et gestion - Université Nancy 2)*, n° 2, p. 7.

¹¹⁴³ A. Charveriat et al., *Groupe de sociétés, Mémento pratique francisfebvre, op.cit.*, n°2457, p.302.

¹¹⁴⁴ F.-X. Lucas, *Les filiales en difficulté*, LPA 4 mai 2001, p. 66

¹¹⁴⁵ G. Auzero et N. Ferrier, *Cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social, Répertoire de droit du travail, Editions Dalloz 2011*, n°169.

conséquences que la direction de fait peut induire face à la société mère, en faveur des créanciers de la société filiale.

Sous-section II : Les conséquences de la qualification de dirigeant de fait

594. L'identification du vrai maître de l'entité sociale permet d'engager la responsabilité de la personne qui tente d'échapper aux sujétions du statut de dirigeant de droit. Comme un auteur¹¹⁴⁶ a pu le souligner à juste titre, il n'est pas question d'admettre qu'une personne puisse, même indirectement et sous couvert d'une personne physique, exercer un pouvoir de direction par personne interposée et échapper à toute responsabilité. Cependant, il faut rappeler que la qualité de dirigeant de fait ne produit pas toutes les conséquences liées à la qualité de dirigeant de droit, mais uniquement celles qui sont mises à la charge de ce dernier¹¹⁴⁷. Autrement dit, le dirigeant de fait « est assimilé au dirigeant de droit pour tout ce qui concerne les aspects contraignants, fiscalité et responsabilité notamment sans pouvoir se prévaloir des règles favorables inhérentes au statut de dirigeant de droit¹¹⁴⁸ ». Une société-mère qualifiée de dirigeant de fait de sa filiale peut à ce titre être obligée de combler le passif de cette dernière¹¹⁴⁹, mais sans pour autant se prévaloir de cette qualité pour avoir droit de rémunération.

595. En outre, dès lors qu'il existe un dirigeant de droit et un dirigeant de fait, leur responsabilité peut se cumuler, l'une n'excluant pas l'autre¹¹⁵⁰. En effet, le statut de dirigeant de droit ne fait pas écran et n'empêche pas de rechercher la responsabilité du dirigeant de fait ; bien au contraire, en présence du dirigeant de fait, les juges vont engager la responsabilité du dirigeant de droit qui n'a pas su conserver ses pouvoirs. Toutes les fautes susceptibles de retenir la responsabilité du dirigeant de droit sont également imputables à un dirigeant de fait¹¹⁵¹. Une société mère qui s'ingère dans la direction de sa

¹¹⁴⁶ Voir dans le même sens, *D. Poracchia, Le dirigeant de fait personne morale par l'intermédiaire d'une personne physique administrateur à titre personnel, note sous Cour de cassation (com.) 27 juin 2006, Société Licorne gestion, anciennement dénommée banque Worms. Rev. Soc. 2006, p.900.*

¹¹⁴⁷ Voir encore, *N. Dedessus-Le-Moustier, La responsabilité du dirigeant de fait. Rev. soc., n°5, p.499.* Selon l'auteur, le droit des affaires, « soucieux de sanctionner celui qui tente d'échapper aux contraintes du statut de dirigeant de droit, procède à une prise en compte distributive de la situation de fait qui consiste à appliquer aux dirigeants de fait les effets négatifs qu'ils auraient à supporter en tant que dirigeants de droit et à les exclure des aspects positifs de ce statut ».

¹¹⁴⁸ *M. Cozian et alter, op. cit., n°261, p.149.*

¹¹⁴⁹ *Cass. com. 6 juin 2000, RJDA 2000, n°868.*

¹¹⁵⁰ Voir : *P-R. Galle, Les administrateurs n'échappent pas à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, même après la loi NRE ! - 07/09/2011., note sous Cour de cassation. Com. 31 mai 2011, n° 09-13.975, 09-14.026, 09-16.522, 09-67.661, publié au bulletin, Rev. Soc. 2011 p. 521.*

¹¹⁵¹ *CA Dijon, ch civ B, 24 févr. 2005, JurisData n° 2005-279859, 2e esp. Dr sociétés 2005, comm. n° 214, obs. J.-P Legros : « la personne qui accepte la gérance d'une société doit nécessairement en accepter les*

filiale par le biais d'un dirigeant ou d'un salarié engage sa responsabilité à l'encontre des créanciers de cette dernière, de même que celui-ci ne peut se soustraire à sa responsabilité de dirigeant de droit.

Toutefois, ce n'est pas seulement la logique ou les pratiques judiciaires qui justifient la poursuite du dirigeant de fait : la responsabilité retrouve aussi son fondement dans des textes législatifs afférents au droit des sociétés et au droit commun. En effet, il existe en droit français une assimilation manifeste du régime de la direction de fait à celui de la direction de droit¹¹⁵². Les deux statuts entraînent les mêmes contraintes relatives à la responsabilité civile du dirigeant social, mais avec certaines nuances émanant de la situation financière de la société en cause. La similitude est notable lorsqu'il s'agit d'une société soumise à une procédure d'apurement de passif alors qu'elle est moins claire concernant une société *in bonis*.

I- Le dirigeant de fait d'une filiale en liquidation judiciaire

596. Lorsqu'il s'agit d'une société filiale en liquidation judiciaire, le dirigeant de fait qui a commis une faute de gestion contribuant à l'insuffisance d'actif peut être condamné à supporter tout ou partie de cette insuffisance (C. com. art. L.651-2, issu de la loi du 25 janvier 1985)¹¹⁵³. Cette sanction, connue sous le nom de « comblement de passif social¹¹⁵⁴ », peut être prononcée contre tout dirigeant, peu importe qu'il soit de droit ou de fait, personne physique ou morale¹¹⁵⁵. Or la société mère peut être qualifiée de dirigeant de fait dès lors qu'elle s'implique dans la direction générale de sa filiale, cette action pourra lui être intentée, à titre personnel ou *in solidum* avec les dirigeants de droit de cette dernière. Dans un arrêt de la Cour de cassation, il a été jugé que « peut être déclarée

obligations et ne peut s'exonérer de sa responsabilité en soutenant qu'elle a été défaillante dans sa mission de dirigeant (...) Le seul fait de laisser une autre personne diriger la société à sa place constitue une faute de gestion qui permet de lui attribuer la responsabilité de toutes les conséquences d'une gestion défectueuse ».

¹¹⁵² C'est à la différence de la situation en droit libyen où la direction de fait ne semble pas avoir été clairement traitée. En effet, le Code de commerce ne prévoit aucune disposition relative à cette notion. L'ensemble des règles régissant la direction sociale ne concerne que la direction de droit. De même, à notre connaissance, la juridiction n'a encore eu aucune occasion pour se prononcer sur cette question.

¹¹⁵³ Aux termes de cet article « lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables ».

¹¹⁵⁴ L'action en comblement de passif a été aménagée par la loi 205-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, voir infra n° 599.

¹¹⁵⁵ Cass. com. 27 juin 2006, n°922 : *RJDA*, 5/07, n°484. Dans cette affaire, « alors même qu'elle n'avait pas accompli personnellement aucun acte de gestion, une banque a été jugée administrateur de fait d'une société anonyme par l'intermédiaire de l'un de ses cadres qui en était administrateur de droit et était dépourvu de toute autonomie à son égard ».

responsable de ses fautes, sur le fondement de l'article L. 624-3 du même Code, la personne morale qui, sans être dirigeant de droit de la société en redressement ou liquidation judiciaire, a exercé de 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 ».

Au demeurant, la qualification de dirigeant de fait peut être attribuée, non seulement à la société mère, mais encore à d'autres personnes qui lui sont liées. L'action en comblement de passif sera portée contre l'ensemble de ces personnes. Par exemple, la société grand-mère, qui s'ingère dans la direction d'une sous-filiale par le biais du dirigeant de sa filiale, doit avoir avec cette dernière la qualité de dirigeant de fait et assumer la responsabilité qui en découle. Dans un arrêt de la Cour de cassation rendu le 2 novembre 2005¹¹⁵⁶, une société anonyme administratrice d'une société mère contrôlant quatre filiales, qui s'était immiscée dans la gestion de ces dernières par l'intermédiaire du dirigeant de la société mère (leur dirigeant légal commun), a été considérée avec cette dernière comme leurs dirigeants de fait.

597. Par ailleurs, pour la recevabilité de l'action en comblement de passif fondée sur la direction de fait, deux conditions doivent être remplies : le prononcé d'une procédure de liquidation judiciaire contre la société en cause et la commission d'une faute de gestion par le dirigeant de fait¹¹⁵⁷. Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, un dirigeant de droit ou de fait ne peut être poursuivi en comblement de passif que si la société en cause est mise en liquidation judiciaire. La résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire ne suffit pas, à elle seule, pour assigner ces dirigeants. Une société mère dirigeante de fait ne peut être actionnée en comblement de passif que si sa filiale est soumise à une procédure de liquidation judiciaire. Autrement, les créanciers de la filiale déficitaire doivent se limiter aux règles générales du droit commun¹¹⁵⁸.

598. D'autre part, l'insuffisance d'actif social doit être consécutive à une faute de gestion commise par le dirigeant de fait (la société mère au cas échéant). Une illustration de la responsabilité de ce dirigeant est fournie par un arrêt d'appel de Paris¹¹⁵⁹, rendu à propos d'un actionnaire fondateur et instigateur d'un groupe de sociétés de presse, qui

¹¹⁵⁶ Cass. com., 2 nov. 2005, n°1351: RJDA 5/06 n°535.

¹¹⁵⁷ Voir, J-P. Legros, (*idem*) : « L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif suppose le prononcé d'une procédure de liquidation judiciaire depuis 2008. Elle frappe le dirigeant de toute personne morale qui engage sa responsabilité pécuniaire en cas de faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif ».

¹¹⁵⁸ Voir plus de détails sur ces règles à propos de la société in bonis, n° 615 et s.

¹¹⁵⁹ CA. Paris, 8 mars 1994, *Époux putti*, Bull. Joly soc. 1994, § 193, p.681, note B. Saintourens.

jouait le rôle de maître de l'affaire de cinq filiales malgré l'existence du dirigeant légal de celles-ci. L'activité déficitaire du groupe s'est poursuivie pendant plusieurs mois et des irrégularités comptables ont été commises. Pour les juges du fond, un tel comportement est constitutif d'une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, et les dirigeants de droit et de fait ont ainsi été condamnés solidairement au comblement de passif de chacune des cinq sociétés¹¹⁶⁰. Dans un autre arrêt de la même Cour¹¹⁶¹, une société mère, associée majoritaire de sa filiale, a été considérée comme dirigeant de fait de celle-ci et ainsi condamnée au comblement de son passif. Cette société, ayant fait interrompre la fabrication du principal produit de sa filiale sans prévoir de produit de substitution, il lui a été reproché en sa qualité de dirigeant de fait d'avoir commis des fautes de gestion au sein de son groupe.

599. Par ailleurs, antérieurement à l'ordonnance du 18 décembre 2008, (entrée en vigueur le 15 février 2009, devenue l'article L.651-2 du Code de commerce), il existait l'action d'obligation aux dettes sociales, créée par la loi de 2005¹¹⁶². Le dirigeant de fait fautif risquait de voir mis à sa charge l'ensemble des dettes sociales et aussi de tomber sous le coup de la faillite personnelle¹¹⁶³. Le tribunal qui prononçait la faillite sociale pouvait déclarer la faillite personnelle du dirigeant. Désormais, selon l'article L. 651-2¹¹⁶⁴, la condamnation en responsabilité du dirigeant fautif, que ce soit de fait ou de droit, est

¹¹⁶⁰ Voir les détails de cette affaire, *T. Gautier, op.cit.*, n°826, p.502 et s.

¹¹⁶¹ *CA. Paris, 23 mai 1997 : RJDA 10/97, n°1277.*

¹¹⁶² Cette loi était aussi à l'origine de la disparition de l'action en extension de la procédure collective de la société à ses dirigeants de droit ou de fait créée par l'article 180 de la loi n° 85-98 du 25 janv. 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises. Aux termes de l'article 180 de la loi n° 85-98, déjà modifié : « *Lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux* ».

¹¹⁶³ Voir, *J-P. Legros, note sous cass. com. 22 nov. 2011, n°10-25.096, FS-P+B : JurisData n° 2011-025884 ; BICC 758, 15 mars 2012, n° 321 ; LEDED n° 1, janv. 2012, comm. 5, M. Laroche ; Rev. proc. coll. 2012, comm. 5, obs. P. Cagnoli*. Il a écrit en ce sens que : « *Sous l'empire du droit antérieur à la réforme, l'ancien article L. 624-5 autorisait à titre de sanction l'extension de la procédure frappant la personne morale à ses dirigeants. Il s'agit d'une "fausse extension" dans la mesure où les procédures qui frappent le dirigeant et la société demeurent distinctes* ». Voir aussi, *D. Tricot, La confusion de patrimoines et les procédures collectives, Rapport de la Cour de cassation, 1997 : Doc. fr. spéc. p. 166.* - Voir aussi, *F. Aubert et M.-C. Piniot, La personnalité morale des sociétés face au droit des procédures collectives dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation : de la confrontation à la conciliation, Mél. P Bézard : éd. Petites Affiches - Montchrestien 2002, p. 287 s., spéc. p. 292.*

¹¹⁶⁴ Aux dispositions de cet article « *lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables* ».

limitée au montant de l'insuffisance d'actif¹¹⁶⁵. En effet, la pratique a démontré que l'action de l'obligation aux dettes sociales faisait double emploi avec l'action en comblement de passif¹¹⁶⁶.

600. En outre, depuis la loi n°2012-346 du 12 mars 2012 (relative aux mesures conservatoires en matière de procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et aux biens qui en font l'objet), le président du tribunal saisi peut ordonner, à la demande de l'administrateur ou du mandataire judiciaire, toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens du dirigeant de droit ou de fait à l'encontre duquel l'administrateur ou le mandataire judiciaire a introduit une action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur. Une société mère ayant la qualité de dirigeant de fait, qui commet une faute à l'origine de la cessation des paiements de sa filiale peut être touchée par cette mesure. Si cette société est propriétaire de biens que la filiale impécunieuse détient pour son compte, la mesure permettra de saisir à titre conservatoire ces éléments d'actifs dont le propriétaire aurait pu exiger la restitution avant qu'une décision judiciaire ne retienne sa responsabilité dans la défaillance de cette société¹¹⁶⁷.

La proposition de loi visait initialement toute personne à l'encontre de laquelle une action en responsabilité de droit commun a été engagée. La terminologie englobait non seulement les dirigeants de droit ou de fait, mais encore le tiers. La Commission des lois a limité le domaine d'application aux seuls dirigeants de droit et de fait¹¹⁶⁸. On peut néanmoins se demander si cette limitation exclut le tiers de manière définitive, c'est-à-dire même s'il dispose à l'égard de la société d'une position dominante susceptible de lui imputer la qualité de dirigeant de fait : une société grand-mère ou un banquier ou un fournisseur. A notre avis, la généralité du concept de « dirigeant de fait » intéressé par cette réforme, permet d'appréhender toute personne s'impliquant dans les affaires sociales sans

¹¹⁶⁵ P. Roussel Galle, *Le dirigeant de fait condamné en paiement des dettes sociales ne peut se prévaloir de l'irrégularité de la procédure de vérification des créances*, Note sous Cour de cassation (com.) 6 oct. 2009, F-D, n° 08-15.378, Meunier ép. Hamelet c/ Du Buit ès qual.

¹¹⁶⁶ Voir, A. Charvériat et alter, *Mémento pratique Francis Lefebvre, sociétés commerciales*, 2011, n°91460, p.1517.

¹¹⁶⁷ J-P Legros, *Les mesures conservatoires destinées à assurer l'exécution d'une condamnation à combler le passif sont autonomes*, dr. soc., n°11, nov. 2011, comm. 201, note sous cassation. com., 31 mai 2011, n° 10-18.472, FS-P+B, Spangberg c/ Société Gauthier-Sohm : JurisData n° 2011-010301 ; D. 2011, p. 1613, note A. Lienhard ; Rev. soc. 2011/9, p. 522, note P. Roussel Galle ; *L'Essentiel du droit des entreprises en difficultés*, 2011/7, comm. 107, p. 6, obs. P. Rubellin ; Act. proc. coll. 2011, comm. 194, C. Delattre.

¹¹⁶⁸ J-P. Legros, *Mesures conservatoires et responsabilité de dirigeant*, droit des sociétés, 5, mai 2012, comm. 87.

être titulaire d'un poste, qu'elle soit associée ou tierce.

601. Enfin, il faut se rendre compte que la responsabilité de la société mère n'est pas présumée du seul fait que cette dernière soit qualifiée de dirigeant de fait. Le demandeur doit pouvoir établir que des fautes de gestion ont été commises par cette société et ont contribué à créer ou à aggraver l'insuffisance d'actif de la filiale. Autrement dit, il faut que soient établis, outre la qualité de dirigeant de fait de la société mère, les éléments de la responsabilité civile de celle-ci, à savoir : la faute de gestion, le dommage (consistant en l'insuffisance d'actif de la filiale), et le lien de causalité¹¹⁶⁹.

602. Il convient de souligner encore à ce propos que la faute de gestion commise par un dirigeant de fait doit être appréhendée d'une manière quelque peu nuancée de celle imputée à un dirigeant de droit. Seuls des agissements positifs pourront fonder la responsabilité du dirigeant de fait, et ce à la différence du dirigeant de droit qui peut se voir imputer des omissions.

II- Le dirigeant de fait d'une filiale *in bonis*

603. Contrairement à l'hypothèse de la société en liquidation judiciaire dont le régime du dirigeant de fait se fonde sur celui du dirigeant de droit, lorsqu'il s'agit d'une société *in bonis*, les règles applicables en la matière sont celles du droit commun. Le tiers victime doit établir les éléments constitutifs de la responsabilité du dirigeant de fait, tels que régis par les articles 1382¹¹⁷⁰ et 1383¹¹⁷¹ du Code civil. Par ailleurs, selon la jurisprudence en vigueur, le régime de la responsabilité des dirigeants prévu au Code de commerce (art. L. 223-22¹¹⁷², L. 225-251, L. 226-12 et L. 227-8), ne convient que pour les dirigeants de droit. Le dirigeant de fait n'est pas un organe social institutionnel, mais une personne qui viole les règles d'organisation de la société. Son intervention dans la gestion sociale doit s'analyser en une activité délictuelle, car elle s'effectue au mépris des règles qui régissent l'attribution des pouvoirs de gestion dans la société. En conséquence, il invoquera

¹¹⁶⁹ Voir la notion de faute de gestion, n° 643.

¹¹⁷⁰ « *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

¹¹⁷¹ Selon cet article « *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence* ».

¹¹⁷² Cet article, relatif aux sociétés à responsabilité limitée, prévoit que « *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* ». Par renvoi des articles L. 226-12 et L. 227-8 du Code de commerce, ce texte a été repris dans les sociétés anonymes par l'article L. 225-251 du même Code, applicable aux SCA et aux SAS.

vainement l'application du régime spécial de responsabilité, relatif aux dirigeants légaux.

604. En revanche, comme nous l'étudierons dans le second titre, la jurisprudence fait preuve de tolérance envers les dirigeants de droit lorsque les finances de la société sont en équilibre. Elle exige pour la mise en jeu de leur responsabilité que leur faute soit détachable de l'exercice de leurs fonctions sociales. Faute de quoi, il incombe au tiers de s'adresser à la société. Dans un arrêt daté du 20 mai 2003¹¹⁷³, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rappelé le principe selon lequel « la responsabilité du dirigeant à l'égard des tiers ne peut être saisie que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions », pour ensuite définir cette faute en déclarant « qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une gravité particulière incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales¹¹⁷⁴ ».

605. Or, la direction de fait suppose que « la personne concernée, physique ou morale dépourvue de mandat social, s'est effectivement ingérée dans l'administration, la gestion ou la direction de la société et a en toute indépendance exercé une activité positive dans cette dernière¹¹⁷⁵ ». La faute intentionnelle ou une d'une gravité particulière est immanquablement imputable au dirigeant de fait. En effet, il n'y a pas lieu de parler ici d'une faute attachée à l'exercice des fonctions sociales (faute de gestion), car le dirigeant de fait n'a pas été régulièrement investi par les organes de la société d'un pouvoir quelconque. La distinction entre la faute de gestion et la faute séparable des fonctions sociales relève uniquement du dirigeant de droit attribué par la loi et les statuts des pouvoirs gestionnaires. À cet effet, la faute personnelle de dirigeant de fait résulte de son ingérence dans la gestion sociale, susceptible d'être consécutive à un fait illicite¹¹⁷⁶. Lorsqu'il s'agit d'une société mère dirigeante de fait de sa filiale, les tiers victimes de ses agissements fautifs peuvent saisir le tribunal compétent afin d'obtenir réparation de leur préjudice. Cette société n'a pas vocation à réfuter leur revendication en se prévalant que sa faute n'est pas disjointe de ses fonctions sociales.

¹¹⁷³ Cass. Com. 20 mai 2003, p.2623, note B. Dondero ; JCP E 2003, 1203, n°2, obs. J-J. Caussain, F-I. Deboissy et G. Wicker ; Rev. soc. 2003, p.479, note J-F. Barbieri.

¹¹⁷⁴ Voir, M. Cozian et alter, op. cit., n°283, p.162 ; voir aussi, Cass. com. n°08-21.547, 08-21.793 - 09 mars 2010 – Bull. 2010, IV, n° 48 : « la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions et qui lui soit imputable personnellement ; que la faute est séparable lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une gravité particulière incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales ».

¹¹⁷⁵ D. Gibirila, *Le dirigeant de société*, Litec, 1995, n°580.

¹¹⁷⁶ Nze Ndong Dit Mbele (J-R), thèse précitée, n°263, p.256 : « En vertu du principe de non immixtion dans la gestion des sociétés, la faute de dirigeant de fait résulte de la gestion de fait elle-même car cette dernière est un fait illicite ».

Conclusion du chapitre

606. Le principe juridique est qu'une filiale est une personne autonome malgré la part que peut représenter la société mère et que cette dernière peut détenir dans son capital. Cette filiale cesse cependant d'être juridiquement valable dès l'instant qu'on établit son caractère fictif, et c'est le cas lorsque les associés ne sont que des prête-noms de la société mère. Sa personnalité virtuelle n'apparaît alors que comme un écran masquant l'activité de cette dernière. La fictivité peut également frapper l'action sociale des dirigeants dans la mesure où la société mère impose sa volonté aux dirigeants de sa filiale au point de priver ces derniers de toute indépendance dans leur exercice.

Dans les deux hypothèses, le législateur a régi l'irrégularité en faveur des créanciers de la filiale en cause. D'une part, et selon l'article 621-2 du Code de commerce, la procédure collective ouverte à l'encontre de la société mère doit être étendue à la filiale dès lors qu'il est prouvé que celle-ci n'a été constituée qu'en vue de masquer l'activité exercée par la société mère. D'autre part, les tribunaux n'hésitent pas à qualifier cette dernière de dirigeant de fait lorsqu'ils constatent que les dirigeants de droits de la filiale sont dépourvus de toute autonomie dans leurs fonctions. La procédure collective doit en l'occurrence être appliquée non seulement contre la filiale et ses dirigeants de droit, mais également contre la société mère dirigeant de fait.

Par ailleurs, la société mère en tant qu'associée majoritaire de sa filiale se voit souvent en mesure de se faire désigner dirigeant de celle-ci. Plusieurs sanctions peuvent à ce titre lui être imposées : en qualité de dirigeante, elle est susceptible de supporter l'insuffisance d'actif de sa filiale qui résulte de sa faute de gestion. Comme associée majoritaire, elle peut être poursuivie pour sa faute personnelle contributive à l'impécuniosité de sa filiale. De même, il existe en droit français certaines dispositions particulières relatives à certains domaines, qui prévoient la responsabilité de la société mère.