

Partie I

Les personnes concernées

Résumé

La notion de dirigeant implique un pouvoir direct de gestion. De simples structures de surveillance et de contrôle ne peuvent être qualifiées de dirigeants.

1

Les dirigeants de droit

Les dirigeants de droit sont les personnes qui ont été régulièrement et officiellement investies des fonctions de direction. Leur qualité de dirigeant résulte de la loi, des statuts et éventuellement de la publicité.

Ne sont, dès lors, pas dirigeants de droit, les personnes qui exercent une fonction de direction technique ou administrative et qui sont liées à la société par un contrat de subordination dans la mesure où elles restent des exécutantes et n'assument pas une direction de fait.

Les formes individuelles d'entreprise présentent l'avantage de la clarté de l'identification des dirigeants de droit.

Dans une société, l'identification des personnes responsables dépend de la forme sociale choisie.

Précisons que les sociétés commerciales sont gérées, administrées, dirigées et représentées par des organes de gestion et des représentants légaux, désignés en pratique par les termes « dirigeants sociaux » ou encore « mandataires sociaux ».

1.1 L'entreprise individuelle


Dans une entreprise individuelle, le chef d'entreprise est la personne physique qui assure la direction de celle-ci.

Il en est ainsi pour l'auto-entrepreneur issu de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, ainsi que pour l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) institué par la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010.

1.2 Les sociétés de personnes et les sociétés mixtes

Dans les entreprises unipersonnelles à responsabilité limitée (EURL), les sociétés civiles, les sociétés en nom collectif, en commandite simple ou par actions, les sociétés à responsabilité limitée (SARL), le dirigeant est le gérant, indiqué comme tel dans les statuts. S'il y a plusieurs gérants, ils sont tous concernés par la responsabilité, sauf s'il y a une répartition des tâches de direction et de gestion avec une répartition subséquente des responsabilités.

La gestion des SARL et des sociétés en commandite simple (SCS) ne peut être exercée que par des personnes physiques.

 Dans les sociétés civiles (article 1847 du Code civil), en nom collectif (article L. 221-3, al. 2 du Code de commerce) et en commandite simple (articles L. 222-2 et 221-3 du Code de commerce), la loi dispose que si le gérant est une personne morale, les dirigeants de cette dernière sont soumis « aux mêmes conditions et obligations et encourent les mêmes responsabilités, civile et pénale, que s'ils étaient gérants en leur nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils dirigent. »

Dans les sociétés en participation, la responsabilité du gérant ne saurait suivre les mêmes règles, puisque la société n'a pas la personnalité morale. En revanche, le gérant, en qualité de mandataire des associés, est responsable des fautes commises à leur égard dans sa gestion.

À noter :

Ne sont pas dirigeants de droit les associés de la société en nom collectif, ainsi que les associés commandités dans la commandite simple et les commandités de la commandite par actions, ayant la qualité de commerçants.

1.3 La société anonyme (SA)

1.3.1 La SA de type classique avec conseil d'administration

Sont considérés comme dirigeants de droit le président du conseil d'administration, les directeurs généraux, le directeur général adjoint et les administrateurs. La loi ne différencie pas les administrateurs gestionnaires et les administrateurs contrôleurs.

 **Attention !**

Les directeurs dits « techniques », nommés par le président du conseil d'administration, et non par le conseil d'administration, ne sont pas des dirigeants de droit, mais de simples salariés détenteurs d'attributions techniques parfois importantes, différentes de celles de l'administration générale.

1.3.2 La SA avec directoire et conseil de surveillance

Sont considérés comme dirigeants de droit, le président du directoire, les membres du directoire ou le directeur général unique.


Les membres du conseil de surveillance ne sont pas considérés comme des dirigeants de droit, car ils exercent une fonction de contrôle et non pas de gestion.


1.4 La société par actions simplifiée (SAS)

Le seul organe directorial obligatoire est son président qui va représenter la société dans ses rapports avec les tiers.

Hormis cette obligation de nomination d'au moins un président, les actionnaires jouissent d'une très grande liberté pour fixer, dans les statuts, la composition de l'organe de direction et les règles de fonctionnement.

Il leur est notamment possible de nommer un dirigeant unique ou de désigner un organe collégial de direction, de choisir le ou les dirigeants parmi les actionnaires ou en dehors d'eux, de décider que les dirigeants et même le président seront des personnes physiques et/ou des personnes morales, ou encore de prévoir des conseils de surveillance, des comités spéciaux auxquels des pouvoirs particuliers pourront être délégués, des droits de veto conférés.

 L'article L. 227-7 du Code de commerce stipule : « *Lorsqu'une personne morale est nommée président ou dirigeant d'une société par action simplifiée, les dirigeants de ladite personne morale sont soumis aux mêmes conditions et obligations, et encourent les mêmes responsabilités civile et pénale que s'ils étaient président ou dirigeant en leur nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils dirigent* ».

 L'article L. 227-8 du Code de commerce rend applicable, au président et aux dirigeants de la SAS, « *les règles fixant la responsabilité des membres du conseil d'administration et du directoire des sociétés anonymes* ».

2

Les dirigeants de fait

Le dirigeant de fait est celui qui exerce toutes les attributions qui sont dévolues au dirigeant de droit, alors qu'il n'en a pas le pouvoir.


Il peut avoir un lien avec la société, rémunéré ou non (salaire, associé, actionnaire...) ou être en relation avec elle (fournisseur, client), ou bien encore être juste un proche du dirigeant de droit.

Il peut être aussi bien une personne physique qu'une personne morale.


La qualité de dirigeant de fait ne se présument pas, il appartient à celui qui en soutient l'existence d'en apporter la preuve¹.


2.1 Une notion définie dans le Code de commerce


Cette notion de dirigeant de fait a été employée dans le cadre d'infractions pénales par la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 et par la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, toutes deux codifiées dans le Code de commerce :

 L'article L. 241-9 prévoit que les infractions pénales concernant les SARL « sont applicables à toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la gestion d'une société à responsabilité limitée sous le couvert ou au lieu et place de son gérant légal ».

.....
1 Cass. com. du 23 janvier 1990, n° 88-15235.

 L'article L. 245-16 prévoit que les dispositions relatives aux infractions pénales « *visant le président, les administrateurs, les directeurs généraux et les gérants de sociétés par actions sont applicables à toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion desdites sociétés sous le couvert ou au lieu et place de leurs représentants légaux* ».

 L'article L. 246-2 prévoit que les infractions concernant les sociétés anonymes prévues aux articles L. 242-1 à L. 242-29 du même code « *visant le président, les administrateurs ou les directeurs généraux de sociétés anonymes (loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005, article 11-II) « ou de sociétés européennes » et les gérants de sociétés en commandite par actions sont applicables à toute personne qui, directement ou par personne interposée, a, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion desdites sociétés sous le couvert ou au lieu et place de leurs représentants légaux* ».

 L'article L. 654-1 2° prévoit que les dispositions relatives au délit de banqueroute sont applicables « à toute personne qui a, directement ou indirectement, en droit ou en fait, dirigé ou liquidé une personne morale de droit privé. »

2.2 Une notion précisée par la Cour de cassation

La Cour de cassation a donné des dirigeants de fait une définition circonstanciée : « 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 légaux² ».

La notion de dirigeant de fait nécessite la réunion d'un faisceau d'indices concordants, comme la signature bancaire, la signature des documents commerciaux et administratifs ou la gestion effective de contrats d'importance avec les clients.

.....
2 Cass. com. du 25 janvier 1994, n° 91-20007.

 **Exemples :**

Les juges ont retenu la direction de fait dans des situations très diverses, lorsque :

- > En dépit de sa qualité de salariée, quand il est avéré que la personne n'a été soumise à aucun contrôle, soit que son supérieur hiérarchique n'a eu aucune prise sur lui³, soit qu'il a agi en dehors de tout lien hiérarchique⁴.
- > Des personnes se trouvent en relation constante avec la société, notamment un prestataire de services⁵.
- > La société franchiseuse intervient dans la gestion du franchisé au-delà de son droit de contrôle⁶.

Au contraire, les juges estiment que la situation de fait ne peut pas être retenue quand il existe, non pas un faisceau d'indices, mais seulement un de ces indices. Il en est ainsi de l'associé qui :

- > Exerce un simple contrôle en vertu de la loi et des statuts⁷.
- > Détient, en sa qualité d'associé majoritaire, la quasi-totalité du capital⁸ ou une société mère, s'en tenant à un contrôle naturel du groupe.
- > Est titulaire de la signature des comptes bancaires, faute de démontrer l'existence d'autres éléments positifs de gestion et de direction⁹.

2.3 Un état qui engendre des responsabilités, mais ne crée pas de droit

La direction de fait engendre des responsabilités, mais ne crée pas de droit.

L'existence du dirigeant de droit ne fait pas obstacle à la recherche de la responsabilité du dirigeant de fait.

En cas d'infraction à la loi sur les sociétés commerciales, les dirigeants de fait s'exposent aux mêmes sanctions pénales que les dirigeants de droit.

.....
3 Cass. com. du 25 janvier 1994, n° 91-20007.

4 Cass. com. du 3 janvier 1991, n° 89-16509.

5 Cass. com. du 24 novembre 1998, n° 96-11733.

6 Cass. com. du 9 novembre 1993, n°91-18351.

7 CA Paris, 3^e ch A du 12 mars 1996.

8 Cass. Com. du 20 janvier 1981.

9 CA de Paris, 3^e ch, du 16 décembre 1996.

Ils peuvent, en outre, être tenus de contribuer au passif social, être soumis à la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires en cas de cessation des paiements de la société.

Ils encourent, également, la faillite personnelle et les sanctions voisines, ainsi que les peines attachées aux banqueroutes.

En revanche, ils échappent aux règles particulières concernant la mise en cause de la responsabilité civile des gérants de SARL ou des dirigeants de sociétés anonymes.

Par conséquent, leur responsabilité civile sera engagée en cas de faute conformément au droit commun, en application des articles 1382 et 1383 du Code civil.

 **Attention !**

À tous ceux qui seraient tentés d'accepter, même par simple altruisme, la demande d'un proche de se porter dirigeant de droit d'une société qu'ils n'ont pas l'intention de diriger, il sera rappelé que la responsabilité du dirigeant de fait n'exonère en rien celle du dirigeant de droit.

Les juges vont, ainsi, également engager la responsabilité du dirigeant de droit puisque ce dernier n'a pas su conserver ses pouvoirs. La direction « de paille » n'est, en effet, pas considérée par les tribunaux comme une circonstance atténuante. Tout au plus les juges pourront-ils infliger, parfois, au dirigeant de droit, une peine moins sévère qu'au dirigeant de fait, principalement s'ils estiment que le dirigeant de droit pensait véritablement que le dirigeant de fait exerçait les fonctions de direction en respectant strictement la légalité.