



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

DIRIGEANT DE FAIT. INTERDICTION FAITE AU DIRECTEUR SALARIÉ D'UNE ASSOCIATION DE SE PORTER ACQUÉREUR DE SES BIENS EN RAISON DE SA QUALITÉ DE DIRIGEANT DE FAIT

GÉRARD JAZOTTES

Référence de publication : Jazottes, Gérard (2020), *Interdiction faite au directeur salarié d'une association de se porter acquéreur de ses biens en raison de sa qualité de dirigeant de fait*. Semaine juridique Entreprise et Affaires (n°27). p. 25-27.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

DIRIGEANT DE FAIT. INTERDICTION FAITE AU DIRECTEUR SALARIÉ D'UNE ASSOCIATION DE SE PORTER ACQUÉREUR DE SES BIENS EN RAISON DE SA QUALITÉ DE DIRIGEANT DE FAIT

Solution. -Est un dirigeant de fait la directrice salariée d'une association qui était investie de la totalité des prérogatives de gestion de l'association, alors que le dirigeant de droit est habituellement absent, même dans les moments décisifs, et qui a accompli des actes qui ne relèvent pas de ceux qu'accomplit un directeur salarié (renonciation à une créance de salaires et intervention personnelle pour l'octroi de moyens à l'association, location de terrains et obtention d'un prêt).

Impact. -L'intervention personnelle du directeur salarié d'une association dans son développement contribue, conjugué aux critères classiques, à la qualification de dirigeant de fait. Cette solution pourrait conduire à la retenue le directeur salarié qui assure la gestion de l'association alors que le dirigeant de droit s'en désintéresse.

Cass. com., 8 janv. 2020, n° 18-20.270, F-P+B

LA COUR [...] :

Sur le moyen unique :

- Attendu, selon l'arrêt attaqué (Caen, 24 mai 2018), que l' Association rurale d'accueil et de jeunes autour du cheval (l' association) a été mise en liquidation judiciaire le 13 octobre 2015, Mme D. étant désignée en qualité de liquidateur ; que ce dernier ayant demandé au juge-commissaire l'autorisation de vendre les actifs mobiliers dépendant de la liquidation judiciaire, sur le fondement de l'article L. 642-19 du Code de commerce, Mme A., ancienne salariée de l' association et licenciée dans le cadre de la procédure collective, a présenté une offre d'acquisition amiable de ces biens ; que le juge-commissaire a déclaré cette offre irrecevable en application de l'article L. 642-3 du Code de commerce, au motif que Mme A. avait exercé la direction de fait de l' association ;

- Attendu que Mme A. fait grief à l'arrêt de déclarer son offre d'acquisition irrecevable alors, selon le moyen :

1°/ que si l'article L. 642-3 du code de commerce interdit aux dirigeants de fait de la personne morale en liquidation judiciaire de se porter acquéreur directement ou indirectement de tout ou partie de l'actif mobilier dépendant de la liquidation judiciaire, la qualité de dirigeant de fait suppose l'exercice, en toute indépendance, d'une activité positive de direction dans la personne morale ; que pour estimer que Mme M., salariée de l'association, devait recevoir la qualité de dirigeant de fait, la cour d'appel a relevé qu'elle bénéficiait d'une délégation de tous les pouvoirs du président de l'association, que ce dernier n'était pas régulièrement présent, qu'il était notamment absent aux rendez-vous mettant en cause l'avenir de l'association, que l'association exploitait son activité sur des terrains appartenant à une SCI dont Mme A. était la gérante associée, et que Mme A. détenait deux créances en compte courant contre l'association, au titre de salaires impayés, dont elle n'entendait pas obtenir le remboursement ; qu'en statuant par de tels motifs impropres à caractériser en quoi Mme A. avait, en dehors de l'exercice de sa mission de directrice salariée du centre pour laquelle elle avait reçu une délégation de pouvoir, exercé, en toute indépendance, une activité positive de direction dans l'association, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 642-3 du Code de commerce ;

2°/ que Mme A. faisait valoir, preuves à l'appui, que le président de l'association était investi dans la gestion de l'association notamment lors de la dernière assemblée générale du 12 juillet 2015 et à l'occasion du contrôle effectué par le conseil général au cours de l'année 2015 et que son absence à l'audience de liquidation judiciaire était due à un voyage au Maroc ; qu'en retenant la qualité de dirigeant de fait de Mme M., sans répondre à ce moyen qui établissait que le président de l'association avait conservé ses fonctions de dirigeant de la personne morale, la cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

- Mais attendu qu'il résulte de la combinaison des articles L. 642-20 et L. 642-3 du Code de commerce que le dirigeant de fait de la personne morale débitrice mise en liquidation judiciaire ne peut acquérir les biens de celle-ci ; que l'arrêt relève, d'abord, que Mme A., directrice salariée du lieu de vie et d'accueil de l'association, chargée de la gestion du personnel et de la gestion financière de l'association, s'est vue déléguer par le directeur, dirigeant de droit, le 27 juin 2014, l'ensemble de ses pouvoirs, c'est-à-dire ceux de le représenter légalement, de signer en son nom, de pratiquer, dans le cadre de sa mission, toute opération nécessaire à la bonne marche et à la gestion de l'établissement, notamment en matière bancaire, en matière d'emprunt et fiscale, de faire pratiquer toute intervention médicale ou chirurgicale et de prendre toute décision nécessaire à

l'encadrement et à la protection des mineurs confiées à l'établissement ; qu'il relève, ensuite, qu'à la différence de Mme A., le directeur de l'association n'était pas habituellement présent, et ce même lorsque l'association se heurtait à des difficultés sérieuses ou que son avenir était en jeu ; qu'il relève ainsi que le 12 mars 2015, le directeur ne s'est pas rendu au rendez-vous fixé par des représentants du conseil départemental afin d'évoquer des dysfonctionnements au sein de l'établissement géré par l'association, seule Mme A. s'étant rendue à cette convocation, que si le directeur a effectué la déclaration de cessation des paiements, il a été dans l'obligation d'attendre le retour de congé de Mme A. pour disposer de l'ensemble des éléments nécessaires à cette déclaration et qu'il a donné pouvoir à celle-ci et au trésorier pour le représenter à l'audience à l'issue de laquelle l'association a été mise en liquidation judiciaire ; que l'arrêt en déduit que Mme A. se trouvait investie de la totalité des prérogatives inhérentes à la gestion de l'association ; qu'il ajoute, d'un côté, que Mme A. a conclu, au nom de l'association, un prêt de 89 000 euros destiné à financer la construction de manèges sur des terrains loués par l'association et appartenant à une SCI dont Mme A. était la gérante associée, de l'autre, que cette dernière détenait à l'égard de l'association deux créances de 17 628 et 1 786 euros correspondant, selon l'intéressée, à des salaires non perçus dont elle n'entend pas demander le remboursement ; que l'arrêt retient que ces actes ne relèvent pas de ceux qu'accomplit un directeur salarié et en déduit que, conjugués aux autres éléments précités, ils caractérisent la gestion de fait de l'association par Mme A. qui en contrôlait effectivement et constamment la direction ; que par ces constatations et appréciations, desquelles il résulte que Mme A. a exercé, en toute indépendance, une activité positive de gestion et de direction de l'association excédant ses fonctions de directrice salariée, la cour d'appel, qui a répondu, en les écartant, aux conclusions prétendument délaissées, a légalement justifié sa décision ;

Par ces motifs : Rejette le pourvoi [...]

M. Rémerly, cons. doyen ff prés., Mme Barbot, cons.-réf.-rapp., Mme Vaissette, cons. ; SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin

NOTE

Dans une procédure de liquidation judiciaire, la notion de dirigeant de fait occupe une place particulière. Elle détermine l'une des personnes pouvant être visée par une sanction patrimoniale (action en responsabilité pour insuffisance d'actif), personnelle (faillite personnelle) ou pénale (banqueroute) et concourt à déterminer la qualité de tiers exigée pour se porter acquéreur dans une opération de cession. C'est cette dernière qualité qui était en cause dans l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 8 janvier 2020.

À la suite du prononcé de la liquidation judiciaire d'une « association d'accueil et de jeunes autour du cheval », la directrice salariée du lieu d'accueil de cette association a souhaité se porter acquéreur des actifs mobiliers dépendant de la procédure, cédés selon le régime de la cession des actifs du débiteur. Mais le juge-commissaire a jugé l'offre d'acquisition amiable irrecevable au motif que son auteur avait exercé la fonction de dirigeant de fait de l'association. En effet, les dispositions de l'article L. 642-3 du Code de commerce, applicables aux cessions d'actifs réalisés en application des articles L. 642-18 et L. 642-19 du même code par renvoi de l'article L. 642-20, interdisent à certaines personnes de se porter acquéreur. L'objectif est de moraliser ces cessions en les réservant aux tiers. Le texte ne donne pas une définition générale de la notion de tiers mais interdit à certaines personnes de se porter acquéreur, dont le dirigeant de fait de la personne morale en liquidation judiciaire.

Par l'arrêt commenté, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel qui avait confirmé cette qualification de dirigeant de fait attribuée à la directrice salariée de l'association, alors que le jugement qui lui était déféré l'avait écartée. L'intérêt de cet arrêt de rejet réside dans le contrôle par la Cour de la motivation retenue pour établir que l'auteur de l'offre avait « exercé, en toute indépendance, une activité positive de gestion et de direction de l'association excédant ses fonctions de directrice salariée » (contrôle exercé depuis les années 1990, V. *D. Tricot, Les critères de la gestion de fait : Dr. & patr. janv. 1996, p. 24*). Cette formule, désormais classique, reprend les principaux éléments caractéristiques de la définition retenus par la jurisprudence et dégagés par la doctrine (*J.-L. Rives-Lange, La notion de dirigeant de fait au sens*

de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens : D. 1975, chron. p. 41). Le rejet du pourvoi permet de dégager, en référence au contexte de l'affaire, quels ont été les motifs pertinents de la qualification de dirigeant de fait et, par voie de conséquence, les comportements à éviter. Ces motifs ont, tout d'abord, permis d'établir l'exercice par la directrice salariée de la totalité des prérogatives de gestion de l'association (1), mais aussi le dépassement par celle-ci de ses fonctions de directrice salariée (2).

1 - L'EXERCICE DE LA TOTALITE DES PREROGATIVES DE GESTION DE L' ASSOCIATION EN TOUTE INDEPENDANCE

Deux séries de circonstances ont justifié pour la cour d'appel le constat d'une activité positive et indépendante de gestion exercée par la directrice salariée de l'association. Celle-ci bénéficiait d'une délégation de l'ensemble des pouvoirs du président alors que celui-ci était absent et n'intervenait pas dans la gestion.

L'étendue des pouvoirs ressort de l'objet de la délégation consentie par le président de l'association : il avait délégué à la directrice salariée « l'ensemble de ses pouvoirs ». Dans sa motivation, la cour d'appel énumère les prérogatives qui résultent de cette délégation générale et qui allaient de la gestion de l'établissement aux mesures d'encadrement et de protection des mineurs confiés à l'établissement. Au regard de la jurisprudence qui peut recourir au dépassement des pouvoirs conférés pour caractériser une activité positive et indépendante de gestion (V. *infra*), ce constat aurait pu être inopérant puisque la directrice salariée agissait en exerçant les pouvoirs dont elle avait été investie. Mais, en l'espèce, le président avait délégué l'ensemble de ses pouvoirs, ce qui exclut le critère du dépassement. En outre, le dirigeant de fait est celui qui, au risque d'une tautologie, « assure les mêmes fonctions et pouvoirs qu'un dirigeant de droit exerce en fait » (CA Pau, ch. 2, sect. 1, 19 oct. 2006 : *JurisData* n° 2006-325130 ; *Rev. proc. coll.* 2007, comm. 161, obs. Ch. Lebel). Or, tous les pouvoirs ayant été transférés, la directrice salariée se trouvait dans cette position. Enfin, cette délégation de pouvoirs ne se justifiait pas au regard de la mission de la directrice salariée chargée de la gestion du personnel et de la gestion financière de l'association .

Toutefois, cette délégation de l'ensemble des pouvoirs ne permet d'établir que la preuve d'une gestion potentielle de l'association, alors que l'activité doit être positive et indépendante.

Pour fonder ce double caractère, la cour d'appel a relevé la présence de la directrice salariée à tous les rendez-vous auxquels le président de l'association avait été convié ainsi que l'incapacité de celui-ci à effectuer la déclaration de la cessation des paiements, seule la directrice salariée disposant des éléments nécessaires à cet effet. Plus largement, l'activité positive et indépendante résulte de l'absence et de la carence du président de l'association.

L'absence ou la carence du dirigeant de droit dans la gestion de l'association ou de la société constitue un motif souvent relevé afin de caractériser une activité positive exercée en toute indépendance. Le comportement passif du président de l'association était particulièrement développé dans la motivation de l'arrêt d'appel. Au-delà d'une absence qualifiée d'habituelle, « à la différence » de la directrice salariée, la cour d'appel a relevé que le président de l'association ne s'était pas rendu à un rendez-vous avec des représentants du conseil général pour évoquer les dysfonctionnements de l'association (en raison d'un voyage au Maroc...), n'avait pas assisté à l'audience à l'issue de laquelle l'association a été mise en liquidation judiciaire et avait été absent au rendez-vous fixé par le mandataire liquidateur, alors que la directrice salariée était présente.

Dans d'autres affaires, a été retenu le comportement du président de l'association qui ne faisait qu'entériner les décisions du directeur salarié (*Cass. com., 18 juin 1985, n° 84-12.021 : JurisData n° 1985-701776 ; Rev. sociétés 1986, p. 281, note Y. Guyon ; RTD com. 1986, p. 526, n° 8, obs. E. Alfandari et M. Jeantin*) ou encore l'absence de contrôle du conseil d'administration (*Cass. com., 27 juin 2006, n° 04-16.296*). S'agissant du gérant de droit d'une société, le fait de ne pas pouvoir se déplacer fréquemment et d'avoir abandonné l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction a également été pris en considération (*Cass. com., 10 févr. 2015, n° 13-17.589 et 13-17.819, F-D : JurisData n° 2015-002355 ; JCl. Procédures collectives, Synthèse 60*). Mais cette absence ou cette carence ne suffit pas à elle seule : l'absence du dirigeant de droit à tous les stades de la procédure collective, si elle ne s'accompagne pas d'actes positifs de gestion du directeur commercial, ne fait pas de celui-ci un dirigeant de fait (*Cass. com., 24 janv. 2018, n° 16-23.649 : JurisData n° 2018-000719 ; JCl. Sociétés Traité, Synthèse 30*).

Outre ces faits classiques, la cour d'appel s'est fondée sur un critère complémentaire résidant dans le caractère anormal, au regard de ses fonctions, de certains actes accomplis par la directrice salariée « qui ne relèvent pas de ceux qu'accomplit un directeur salarié mais de ceux qu'accomplit un dirigeant de fait ».

2. L'ACCOMPLISSEMENT D'ACTES NE RELEVANT PAS DE CEUX ATTENDUS D'UN DIRECTEUR SALARIE

En l'espèce, l'association exerçait son activité sur des terrains loués à une société civile immobilière dont la directrice salariée était gérante associée, celle-ci ayant représenté l'association pour souscrire un prêt destiné à construire un manège sur ces terrains, prêt garanti par l'affectation hypothécaire du bien consentie par la SCI. L'implication, plus exactement l'investissement, dans l'activité de l'association était donc remarquable, allant bien au-delà de ce que l'on peut attendre d'un directeur salarié. Dans le même sens, cette salariée détenait deux créances en compte courant représentant des salaires impayés par l'association, d'un montant global de près de 20 000 euros, étant précisé qu'elle ne souhaitait pas en obtenir le remboursement. Ce comportement, dont la description est reprise par la Cour de cassation, atteste d'un dépassement des missions d'un salarié.

Ce dépassement des missions et pouvoirs conférés par un contrat de travail, même s'il ne constitue qu'un critère complémentaire conjugué « aux éléments précédemment exposés », pour reprendre les termes de l'arrêt, a pu être retenu dans d'autres affaires (*CA Pau, 19 oct. 2006, préc.* - *CA Toulouse, ch. 2, 30 juin 1997 : JurisData n° 1997-210024 ; Bull. Joly Sociétés 1998, p. 53, § 15*). À l'inverse, l'absence de dépassement des missions confiées à un directeur salarié peut expliquer que le fait d'accomplir des actes tels que la gestion des activités culturelles et artistiques objet de l'association, la recherche de subvention, l'initiative d'une procédure de licenciement et les instructions données à un directeur administratif ne soit pas suffisant pour caractériser un dirigeant de fait (*Cass. com., 24 juin 2008, n° 07-13.431 : JurisData n° 2008-044616 ; JCl. Procédures collectives, Synthèse 60 ; Dr. sociétés 2009, comm. 14, note J.-P. Legros ; Rev. proc. coll. 2009, comm. 31, obs. Ch. Lebel*). Ce critère est également utilisé au-delà de l'hypothèse d'une association. Un associé lié à la société par un contrat de travail de responsable technique a pu être qualifié de dirigeant de fait parce que les actes de gestion qu'il avait accomplis avaient dépassé les prérogatives attachées à son contrat de travail (*Cass. com., 10 févr. 2015, n° 13-17.589 et 13-17.819, préc.*).

Des contrats ou situations juridiques autres que le contrat de travail peuvent également contribuer à caractériser ou écarter la qualité de dirigeant de fait. Un franchiseur ne peut invoquer la collaboration instaurée par le contrat pour écarter cette qualité dès lors que son immixtion dans

la gestion du franchisé « dépassait les obligations du contrat » (*Cass. com.*, 9 nov. 1993, n° 91-18.351 : *JurisData* n° 1993-002442 ; *JCP G* 1994, II, 22304, note G. Virassamy ; *Rev. sociétés* 1994, p. 321, note Ph. le Tourneau). En revanche, des actes relatifs à la gestion d'un établissement secondaire accomplis en vertu de mandats donnés par le dirigeant de droit de la société (*Cass. com.*, 13 févr. 2007, n° 05-20.126 : *JurisData* n° 2007-037491 ; *JCP E* 2007, 1463 ; *JCl. Procédures collectives, Synthèse 60*) ou l'influence exercée par un associé majoritaire et fondateur de la société dans la vie de celle-ci ne suffit pas à caractériser un dirigeant de fait (*Cass. com.*, 30 mai 2006, n° 05-14.958 : *JurisData* n° 2006-033831).

Ces faits, l'étendue de la délégation et le dépassement des fonctions, ne pouvaient que caractériser un dirigeant de fait. Cependant, il convient de rappeler qu'il peut être dérogé à cette interdiction de se porter acquéreur en application de l'alinéa 1 de l'article L. 642-20 du Code de commerce. En vertu de cet alinéa, le juge-commissaire peut, sur requête du ministère public, autoriser la cession à l'une des personnes visées par l'interdiction, à l'exception des contrôleurs et du débiteur au titre de l'un quelconque de ses patrimoines. Mais les circonstances ne justifiaient peut-être pas une telle dérogation, en dépit ou à cause de l'investissement excessif de la directrice salariée.