

Le banquier peut-il être « administrateur de fait par personne interposée » ?

À propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 29 avril 2004



BRUNO AMIGUES
Avocat au barreau de Paris
Ader Amigues et Jolibois

Dans un arrêt du 29 avril 2004, la Cour d'appel de Versailles a condamné la banque Worms à payer 44 millions d'euros en comblement de l'insuffisance d'actif d'un groupe de sociétés en redressement judiciaire, par application de l'article L 624-3 du code de commerce¹. Cette décision est originale en ce que la banque n'était pas dirigeante de droit, ni à proprement parler dirigeante de fait. Pour entrer en voie de condamnation, les conseillers versaillais ont considéré que la banque s'était comportée comme un « administrateur de fait par personne interposée ». Cette décision innovante, et donc a priori séduisante, n'est cependant pas à l'abri de quelques réserves.

1. La société SPAD 24 SA, cliente de la banque Worms, a été placée en redressement judiciaire, avec extension de la procédure à ses filiales sur le fondement de la confusion des patrimoines. Les organes de la procédure collective ont ensuite engagé une action en comblement de passif à l'encontre des dirigeants.

2. La faute de gestion reprochée aux dirigeants était de nature financière : sous couvert d'une centralisation de trésorerie, la société mère avait lourdement ponctionné la trésorerie de certaines filiales pour combler le déficit d'autres filiales structurellement déficitaires. Les sacrifices ainsi imposés aux filiales semblaient d'ailleurs inutiles en l'absence de politique globale et cohérente menée par le groupe². Cette pratique, qualifiée, avec humour noir, par un auteur de « vampirisme » intragroupe³ s'était révélée désastreuse pour les filiales ayant consenti les avances,

puisqu'elle avait provoqué leur redressement judiciaire. La faute étant ainsi caractérisée, il restait aux conseillers versaillais, la tâche plus délicate de désigner les responsables.

3. Classiquement, la cour a jugé que les dirigeants de droit – président et membres du conseil d'administration – avaient tous participé à la faute de gestion, et devaient contribuer, à des degrés divers, au comblement du passif du groupe en redressement judiciaire. D'une façon beaucoup plus audacieuse, les organes de la procédure collective agissaient aussi contre la banque Worms qui n'était pourtant pas dirigeante de droit. *Audaces fortuna juvat* ! Ils parvinrent à leurs fins, en développant un moyen original qui emporta l'adhésion de la Cour d'appel de Versailles : par arrêt du 29 avril 2004, la banque Worms était condamnée à payer la somme de 44 millions d'euros en comblement du passif de sa cliente.

¹ Article L 624-3 du code de commerce : « Lorsque le redressement 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 partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux ».

² Sur la gestion de la trésorerie d'un groupe : J.-L. Guillot, *Droit du financement*, Lamy 2004 n° 1617 ; J.-P. Bertrel *Comment gérer la trésore-*

rie dans un groupe ? Droit et patrimoine septembre 1996 ; J.-P. Bertrel, *La gestion de trésorerie au sein d'un groupe de société*, RJDA 7/92 p. 539 ; C. Gavalda « Les crédits dits intergroupes » *Revue de droit bancaire et de la bourse*, septembre 1991, n° 28.

³ A. Viandier, *Les opérations financières au sein d'un groupe*, JCP 1985 n° 14447, en particulier, p. 179.

4. L'argumentation des organes de la procédure collective peut se résumer ainsi : la banque Worms avait eu la prudence de ne pas figurer personnellement au conseil d'administration de sa cliente, mais elle y siégeait quand même, de façon détournée, par le biais de deux hommes de paille. En effet, MM. R. et D., salariés de la banque Worms, étaient administrateurs de la société mère du groupe en redressement judiciaire⁴. En raison du lien de dépendance découlant de leur contrat de travail, ces deux administrateurs de complaisance obéissaient à la banque dont ils servaient aveuglément les intérêts. Par cet artifice, la banque Worms siégeait au conseil d'administration de sa cliente.

Les conseillers versaillais ont adopté cette argumentation. Sans affirmer clairement que la banque s'était comportée comme un dirigeant de fait, ils ont cependant considéré qu'elle s'était abritée derrière des prête-noms (ses deux salariés) et qu'en vérité, elle participait au conseil d'administration de sa cliente. Ni administrateur, ni vraiment dirigeante de fait, la banque est condamnée par la cour, en qualité d'« *administrateur de fait, par personne interposée* ».

5. Ce recours à la notion d'« *administrateur de fait par personne interposée* » pour condamner la banque Worms n'est pas à l'abri de quelques critiques. L'article L 624-3 du code de commerce sanctionne la faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif et répare le dommage collectivement subi par les créanciers impayés. Cette sanction du droit des procédures collectives est d'interprétation stricte. Les seules personnes visées par l'action sont les dirigeants de droit et les dirigeants de fait. Or, en l'espèce, la banque Worms n'était pas personnellement administrateur et n'avait donc pas la qualité de dirigeant de droit. Dès lors, il appartenait aux organes de la procédure collective de démontrer que la banque Worms détenait la qualité de dirigeant de fait. C'est d'ailleurs ce qui est rappelé par la Cour d'appel qui a jugé : « [...] que la banque Worms ne peut faire l'objet d'une condamnation sur le fondement de l'article L 624-3 du code de commerce, qu'en qualité de dirigeante de fait ». C'est donc sur le terrain de la direction de fait que sa responsabilité pouvait être recherchée. Mais la banque Worms ne s'était pas comportée, à proprement parler, en dirigeant de fait.

6. La direction de fait est une notion qui n'est pas définie par la loi. Ses contours juridiques ont été suggérés par la doctrine, puis adoptés par les juges du fond. Le dirigeant de fait est « *toute personne, physique ou morale, dépourvue de mandat social, qui s'est immiscée dans l'entreprise en exerçant, en toute souveraineté et indépendance,*

une activité positive de gestion et de direction »⁵. Progressivement, la jurisprudence a défini des critères assez stricts de la direction de fait et sur ce point, « *la cour de cassation est vigilante et exige que les juges du fond caractérisent les faits d'immixtion dans la gestion et l'action positive du dirigeant de fait* »⁶.

L'administrateur judiciaire ou le liquidateur, sur qui repose la charge de la preuve de la direction de fait, doit tout d'abord établir l'existence d'une pluralité d'actes positifs de direction⁷. Un acte de gestion isolé, même important, ne suffit pas. Lorsque l'on se comporte en véritable maître d'une affaire, on prend de multiples décisions qui se traduisent dans les faits et s'inscrivent dans une certaine durée. Les actes doivent être positifs : on ne devient pas dirigeant en s'abstenant ! Des abstentions même regrettables, voire condamnables, ne confèrent pas la qualité de dirigeant de fait. Par exemple, le silence conservé par l'associé majoritaire, ou le salarié complaisant, sur les irrégularités commises par la direction de l'entreprise, ne sont pas des actes de gestion.

Ensuite, il doit s'agir d'actes de direction. Citons quelques exemples⁸ : l'embauche ou le licenciement de cadres, l'engagement de dépenses importantes, la définition de la politique tarifaire, la négociation, conclusion ou résiliation de contrats stratégiques, la décision de créer une filiale ou de fermer une usine, etc. Mais en revanche, n'est pas dirigeant de fait celui qui conseille et surveille, car il n'effectue pas là d'actes de gestion⁹.

Enfin, pour devenir dirigeante de fait, la personne doit se comporter comme le maître de l'affaire, c'est-à-dire en toute indépendance¹⁰ et souveraineté^{10bis}. N'est pas indépendant le simple salarié, serait-il cadre supérieur investi de hautes fonctions de direction ; dès lors, s'il reste dans le cadre hiérarchique défini par son contrat de travail, le salarié ne sera jamais qualifié de dirigeant de fait.

En conclusion, comme le souligne un auteur, « *il est simple d'éviter de devenir dirigeant de fait [...] il faut s'abstenir de tout acte positif de direction, laissant aux dirigeants de droit l'entier exercice de leurs prérogatives* »¹¹.

7. Au cas présent, la banque Worms s'était-elle comportée comme un dirigeant de fait ? L'expertise menée à l'initiative des organes de la procédure collective ne permettait pas de l'affirmer. Certes, la banque apparaissait comme une partenaire privilégiée de la société mère et des filiales. Elle avait consenti plusieurs crédits importants au groupe, mais se défendait d'être le principal banquier du groupe. Une filiale de la banque avait détenu naguère une participation de 20 % dans le capital de la société mère. La banque avait même souhaité participer à un comité de stratégie qui n'avait cependant pas siégé, pour des motifs inconnus.

4 A dire vrai, l'un des administrateurs concernés n'était plus salarié de la banque depuis cinq ans, à la suite d'un conflit ayant conduit à son licenciement.

5 J.-L. Rives-Lange, *La notion de dirigeant de fait*, D. 75 chr. p 41 ; voir aussi : D. Tricot, *Les critères de la gestion de fait*, Droit et patrimoine, janvier 1996 p. 24 ; C. Saint-Alary-Houin, *La responsabilité patrimoniale des dirigeants de sociétés en difficulté*, Revue des procédures collectives, juill. 2001, § 13 ; P. Delebecque et M. Germain *Traité de droit commercial*, tome 2, LGDJ 17e édition n° 3281.

6. C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficultés*, Montchrestien, 4^e édition, n° 1078 ; sur le contrôle exercé par la cour de cassation : Com 16 mars 1999 Bull. 1999 IV n° 64 p. 53.

7 Cour d'appel Paris, 17 mars 1978, D 1978 IR p. 420 obs. M. Vasseur.

8 Com. 19 déc. 1995 : Bull. civ. IV, n° 307 ; Toulouse, 25 janv. 1993 : JCP E 1993. Panor. 1412 ; Com. 9 nov. 1993 : Bull. civ. IV, n° 390.

9 Paris, 15 déc. 1995 : D 1996. IR 74 : le fait pour une banque, de surveiller l'utilisation des fonds prêtés, de suivre un dossier et même d'intervenir au besoin auprès des dirigeants de l'entreprise est un acte légitime de défense de ses intérêts propres, lequel ne lui confère pas, en lui seul, la qualité de dirigeant de fait.

10 Com 12 oct. 2004, actualité des procédures collectives 17 décembre 2004, n° 248.

10 bis Com. 6 févr. 2001, Bull. civ. IV, n° 33.

11 D. Tricot : *ibid* p. 28 in fine.

Cependant, ces faits révélateurs de liens particuliers entre la banque et le groupe en redressement judiciaire, ne prouvaient pas que la banque se fut comportée comme un dirigeant de fait. À l'évidence, les critères ci-dessus rappelés de la direction de fait n'étaient pas réunis.

8. Pour faire entrer néanmoins la banque Worms dans le cercle des dirigeants fautifs, la cour d'appel a jugé que :

« *Considérant [...] que Monsieur R. (jusqu'en juillet 1992) et Monsieur D., étaient liés par un contrat de travail avec la banque Worms et exerçaient leurs fonctions d'administrateurs de la société SPAD 24 dans le cadre de ce contrat de travail, selon le lien de dépendance qui en découlait, et pour le compte de leur employeur ; que cela implique que leur action au sein du conseil d'administration était placée sous le contrôle et les directives de la banque Worms dont ils n'avaient pas la possibilité de s'écarter [...].* »

Les conseillers versaillais semblent déduire la direction de fait de l'existence d'un contrat de travail. Mais peut-on postuler que le contrat de travail, et le lien de subordination qui en découle, sont suffisants pour caractériser la direction de fait ? Ce lien de préposition entre la banque Worms et les deux administrateurs constituait peut-être un indice de la direction de fait ; cependant, ne devait-il pas être complété par d'autres indices graves, précis et concordants¹², démontrant des actes positifs de direction exercés par la banque, par le canal de ses salariés, en toute indépendance et souveraineté ? La banque avait sans doute la possibilité de s'immiscer et de diriger en fait la société SPAD 24 SA. Mais avait-elle usé de ce pouvoir ?

Avant de dénoncer les deux administrateurs comme des hommes de paille, derrière lesquels la banque aurait agi dans l'ombre, ne fallait-il pas vérifier préalablement leur conduite au sein du conseil d'administration ? Et rechercher s'ils avaient favorisé les intérêts de la banque Worms, notamment lors de l'octroi ou du remboursement d'un crédit ou lors de la mise en place d'une garantie ? S'étaient-ils comportés comme des prête-noms serviles ?

Pour y répondre, il importait d'examiner les procès-verbaux de délibérations auxquelles ces administrateurs avaient pris part. Car leur mandat d'administrateur ne leur donnait pas le pouvoir d'exercer de façon indépendante des actes positifs de direction. Le conseil d'administration est un organe collégial : l'administrateur tire son pouvoir de sa seule participation au conseil ; en dehors du conseil, il n'est rien¹³.

9. Au sein des conseils d'administration de sociétés anonymes, figurent parfois un ou plusieurs administrateurs liés

par un contrat de travail à un partenaire significatif et habituel, commercial ou financier, de la société. Une récente étude montre ainsi qu'en 2004, 34 % des sociétés cotées du SBF 120 accueillent leur banquier au sein de leur conseil d'administration¹⁴. Cet administrateur salarié doit bien sûr agir avec prudence : lorsqu'il siège au conseil d'administration, il a pour mission principale de représenter les intérêts des actionnaires de la société, et non pas de défendre servilement les intérêts de son employeur. Cette situation de conflit potentiel d'intérêts n'est pas en soi fautive, si toutefois l'administrateur salarié agit loyalement au sein du conseil. Il lui appartient de révéler l'existence d'intérêts divergents pouvant éventuellement entrer en conflit. À ce titre, rappelons que ses activités et références professionnelles, notamment les fonctions qu'il exerce ou a exercées au cours des cinq dernières années dans d'autres sociétés, doivent être non seulement révélées au conseil d'administration, mais aussi aux actionnaires¹⁵.

Il doit aussi rester neutre si le conflit surgit. Lorsque dans l'exercice de son mandat, l'administrateur est effectivement confronté à un conflit d'intérêts, i.e. lorsqu'il est en situation de devoir choisir entre l'intérêt des actionnaires et celui de son employeur, cet administrateur devra s'en ouvrir loyalement à ses pairs et ne pas voter au conseil.

La présence d'administrateurs salariés au sein des conseils d'administration a fait l'objet de débats lors des réflexions menées sur le gouvernement d'entreprise¹⁶. Il a été recommandé d'en limiter le nombre, mais non de les bannir !

Au cas d'espèce, les administrateurs avaient révélé leur qualité de salarié de la banque Worms, ce qui est admis par la cour d'appel. Peut-être avaient-ils rencontré une situation de conflit d'intérêts à l'occasion de tel ou tel vote au conseil d'administration ? Avaient-ils correctement géré ce conflit ou au contraire servi aveuglément les intérêts de leur employeur ? Cette recherche aurait permis de vérifier si la banque s'était réellement impliquée dans la gestion de sa cliente.

10. Pour renforcer le fondement quelque peu incertain de leur action, les organes de la procédure collective ont eu recours à la notion d'interposition de personnes. La cour d'appel a adopté cet argument et condamné la banque, motif pris qu'elle était administrateur de la société par « *personne interposée* », faisant implicitement référence à la théorie de la simulation¹⁷ :

« *Considérant que cette interposition de personnes était apparente aux yeux des tiers qui savaient que Monsieur R. et Monsieur D. ne figuraient dans le conseil d'administration que pour servir les intérêts de la banque Worms.*

12 Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes [...]. Article 1353 du Code civil.

13 M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec 17^e éd. n° 476.

14 Cf. La Tribune, 13 octobre 2004, p. 34.

15 Cf. articles 135 (1^o et 5^o) du décret du 23 mars 1967, L 225-115 (3^o) et L 225-117 du code de commerce.

16 Cf. Le rapport du groupe de travail AFEP-Medef de juillet 1995 sur le gouvernement d'entreprise recommande : « *L'administrateur sala-*

rié a l'obligation de faire part au conseil de toute situation de conflit d'intérêts et doit s'abstenir de participer au vote de la délibération correspondante.

17 G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, éd. PUF, p. 440 : « *Interposition de personne : espèce de simulation consistant, dans un acte juridique ostensible (société, donation), à faire figurer en nom comme titulaire apparent du droit (associé, donataire) une personne qui se prête au jeu (dite personne interposée ou homme de paille) alors qu'en vertu de la volonté réelle des parties, en général consignée dans une contre-lettre, le véritable intéressé (associé, destinataire réel de la libéralité) est une personne tenue secrète. Comp. Déguisement, prête-nom, occulte.* »

« Considérant que la banque Worms savait qu'elle apparaissait aux yeux de tous comme le véritable administrateur de la société SPAD 24 SA, exerçant les droits et obligations de cette fonction par l'intermédiaire de Monsieur R. et de Monsieur D., nommés par elle à cet effet.

« Considérant que la banque Worms était en conséquence administrateur de fait de la société SPAD 24 SA, par l'entremise de Monsieur R. (jusqu'en juillet 1992) et de Monsieur D., et en cette qualité, la banque Worms peut se voir condamnée, sur le fondement de l'article L 624-3, au paiement des dettes sociales, pour les fautes commises dans l'administration, le contrôle et la surveillance de la société SPAD 24 SA ».

11. L'on sait que la simulation consiste à créer une fausse apparence afin de dissimuler la réalité. Elle peut notamment prendre la forme d'une interposition de personne : le contrat ostensible est conclu par une personne qui prête son nom, agissant pour le compte d'une autre personne dont l'identité est dissimulée (le maître de l'affaire). Les rapports entre la personne interposée (ou prête-nom) et le maître de l'affaire sont réglés par un acte occulte autrement appelé contre-lettre. En principe, à l'égard des tiers, le prête-nom est seul engagé. Mais les tiers peuvent agir en déclaration de simulation, c'est-à-dire démontrer par tous moyens l'existence de la contre-lettre, pour agir contre le maître de l'affaire.

Les auteurs présentent la dissimulation comme étant une condition essentielle de l'action en déclaration de simulation. C'est le « *manquement à la sincérité contractuelle* »¹⁸, le « *mensonge concerté* »¹⁹, le « *mensonge commun des parties à l'encontre des tiers* »²⁰, le « *déguisement* »²¹ ou la « *création d'une fausse apparence afin de dissimuler la réalité* »²² qui constituent l'essence même de la simulation.

Au cas présent, les conseillers versaillais énoncent que « *l'interposition de personne était apparente aux yeux des tiers* » et que la banque « *savait qu'elle apparaissait aux yeux de tous comme le véritable administrateur* ». Il n'existait donc pas de dissimulation derrière une opération de façade. Ces énonciations de l'arrêt paraissent donc peu compatibles avec la simulation retenue contre la banque.

12. Le recours à la simulation apparaît contestable pour un second motif : en matière d'interposition de personne, les rapports juridiques entre le maître de l'affaire et la personne interposée obéissent aux règles du mandat sans représentation²³. En effet, la personne interposée agit pour le compte, mais pas au nom du maître de l'affaire ; la personne interposée agit en son nom propre, pour dissimuler l'identité de son mandant. Il s'agit d'un « *mandat secret* »²⁴. Or, il paraît difficile de concilier les règles du mandat sans représentation, avec la situation de Monsieur R. et de Monsieur D. En effet, en qualité de salariés, ces derniers agissaient non seulement pour le compte, mais aussi au nom de la banque Worms²⁵.

13. En conclusion, il nous semble que la notion de simulation par interposition de personne ne pouvait pas justifier la solution retenue par la cour d'appel de Versailles. En réalité, c'est exclusivement sur le fondement de la direction de fait, que la banque Worms pouvait être condamnée. Or, la direction de fait répond à des critères juridiques précis, dont la mise en œuvre est d'ailleurs contrôlée par la cour de cassation. L'on ne doit pas interpréter de façon extensive la notion de direction de fait : la recherche de la responsabilité d'une personne solvable ne justifie pas la déformation de cette notion²⁶. C'est pourquoi, contrairement à d'autres commentateurs²⁷, nous pensons que l'arrêt de la cour d'appel de Versailles ne peut pas être approuvé. ■

18 J. Carbonnier, *Droit civil*, tome 4, *Les obligations*, n° 39.

19 P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit civil – les obligations*, Defrénois 2004, n° 765.

20 F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil – les obligations*, Dalloz 8^e édition, n° 537.

21 A. Bénabent, *Droit civil, les obligations*, Domat droit privé, 9^e édition, n° 288 et 45.

22 C. Ophèle, *Rép. Civ. Dalloz*, V° Simulation, n° 2.

23 J. Huet, *Traité de droit civil – les principaux contrats spéciaux*, LGDJ 2^e édition, n° 31127 et 31131.

24 P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *ibid.* n° 766 in fine.

25 D. d'Amba, *Rép. Civ. Dalloz*, V° Interposition de personne, n° 56 : « *La personne interposée doit être distinguée du préposé. Comme le préposé agit sous l'autorité du commettant, la personne interposée agit sous les*

ordres du maître de l'affaire ; mais le préposé agit au nom du commettant alors que la personne interposée agit en son nom propre conformément à l'accord intervenu avec le maître de l'affaire ».

26 M. Vasseur, « *Le droit français (du comblement de passif) est-il un handicap pour l'apporteur de fonds propres ?* », *Banque*, janvier 1979 p.14 ; cet auteur dénonce « *la menace permanente que constitue l'interprétation extensive de la direction de fait* », source d'insécurité pouvant dissuader les investisseurs étrangers d'entrer au capital des entreprises françaises.

27 F.-X. Lucas, « *Responsabilité bancaire : le banquier administrateur par personne interposée* » *RD bancaire et financier*, 2004, p. 271 et *RD sociétés*, octobre 2004 p. 9. J.-P. Legros, *Dr. Sociétés* 2004, comm. 188.