

Sur les responsabilités des administrateurs de fait à l'égard de la société et des associés

1. – On considère administrateur de fait celui qui exerce des fonctions d'administration dans une société de capitaux, c'est à dire qui prend des décisions et accomplit des actes de gestion, au nom de et pour le compte de celle-ci, sans avoir été investi par une délibération, juridiquement existante, sur la base de la loi ou des statuts.

La catégorie des délibérations inexistantes qui s'ajoute à celles considérées, dans un sens large, invalides (c'est-à-dire nulles ou annulables) est désormais admise depuis longtemps par la jurisprudence dominante de la Cour de Cassation et du fond⁽¹⁾.

Cette catégorie est désormais acceptée aussi par la doctrine dominante⁽²⁾, à l'exception de certaines critiques qui se sont manifestées dans le passé⁽³⁾.

De «*Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*» 2001, partie I - Doctrine.

(1) La catégorie de l'inexistence est maintenant admise de façon incontestable: voir Cass. Civ. 14.1.1993 n° 403 ; Cass. civ. 4.12.1990 n° 11609 ; Cass. civ. 15.3.1980 n° 1768 ; Cass. civ. 1.4.1982 n° 2009 ; Cass. civ. 11.3.1977 n° 989 ; Cass. civ. 4.3.1963 n° 511. Pour un compte rendu des décisions du fond : QUINTARELLI, *Le deliberazioni assembleari inesistenti di società per azioni*, dans *Giur. comm.* 1984, I, 1158 et suivantes. Milan 1969, 81; Civile 14.1.1993 n° 403 ; Cour de Cassation Civile 4.12.1990 n° 11609 ; Cour de Cassation Civile 15.3.1980 n° 1768 ; Cour de Cassation Civile 1.4.1982 n° 2009 ; Cour de Cassation Civile 11.3.1977 n° 989 ; Cour de Cassation Civile 4.3.1963 n° 511. Pour un compte rendu des décisions de fond : QUINTARELLI, *Le deliberazioni assembleari inesistenti di società per azioni*, dans *Giur. comm.* 1984, I, 1158 et suivantes.

(2) Dans la doctrine : L. FARENGA, «*La deliberazione di società come atto a struttura procedimentale e la teoria giuridica della inesistenza*» et bibliographies citées; TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milan 1957, p. 451 et suivantes ; GIANNATTASIO, *Ancora sulla inesistenza giuridica delle deliberazioni assembleari*, *Giust. Civ.* 1966, I, p. 490 ; ASCARELLI, *Inesistenza e nullità*, dans la *Riv. dir. proc.* 1946, p. 61 ; RAGUSA MAGGIORE, *La responsabilità degli amministratori*, BORGIOI, dans *Giur. comm.* 1981, II, 699 ; FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori*, Milan, 1987, p. 489 ; G. COTTINO, *Diritto Commerciale*, I, Padoue 1993.

(3) FERRI, *Le società in Trattato di diritto civile* del Vassalli, Turin 1987, p. 635 et suivantes ; MIGNOLI, *In tema di nullità e annullabilità delle delibere assembleari*, dans *Riv. Società* 1948, I, 432 ; COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 1987, p. 429.

Selon une définition courante, la délibération est inexistante, «lorsqu'il manque un élément constitutif dans la procédure de formation de la délibération, tel à empêcher le commencement ou à provoquer l'interruption du processus légal nécessaire, et créant un cas apparent qui ne rentre pas dans la catégorie juridique des délibérations en raison d'une inadéquation structurelle et fonctionnelle, par rapport aux cas légaux»⁽⁴⁾.

Le cas récurrent dans notre jurisprudence, est celui qui se réfère à une délibération d'assemblée mais cela pourrait également concerner n'importe quelle autre délibération collégiale, comme dans le cas de la nomination du comité exécutif par le Conseil d'Administration.

Des cas de délibérations d'assemblée déclarées inexistantes sont, par exemple, celles «adoptées par un organisme privé de pouvoir délibérant»⁽⁵⁾, «celles qui sont adoptées par une assemblée convoquée par un organisme non légitime»⁽⁶⁾ ou «par un Conseil d'Administration irrégulièrement convoqué»⁽⁷⁾ ou «par une assemblée réunie dans un lieu différent de celui prévu dans l'avis de convocation»⁽⁸⁾ ou bien «lorsque le *quorum* n'est pas atteint pour sa constitution»⁽⁹⁾ ou «celle où le vote n'a pas lieu»⁽¹⁰⁾ ou «lorsque le *quorum* prévu pour un vote n'est pas atteint»⁽¹¹⁾ ou «celle dans laquelle les votes sont exprimés de manière non homogène»⁽¹²⁾ ou «en cas de défaut de rédaction du procès-verbal»⁽¹³⁾ et ainsi de suite.

Une délibération inexistante de nomination des administrateurs entraîne l'inexistence en chaîne des assemblées et délibérations successives, car

(4) Dans ce sens parmi tant d'autres : Cass. civ. 14.1.1993 ; Cass. civ. 4.12.1990 n° 11609 ; Cass. 15.3.1986 n° 1768 dans *Giur. Comm.* 1987, II, p. 83 et suivantes; FERRO-LUZZI, in *Contratti associativi*, Milan 1976, p. 134 et suivantes.

(5) Cass. civ. 1.10.1960 n° 2542 dans *Giur. it.* 1961, I, 1, c. 420.

(6) C. Appel Brescia 1.12.1965 dans *Giust. Civ.* 1966 p. 1208.

(7) C. Appel Milan 23.7.1957 dans *Rep. giur. it.* 1958, *Società* p. 90 ; Trib. Rome 10.2.1962 dans *Dir. fall.* 1962, II, 694 ; Trib. Trani 27.3.1979 dans *Giur. Comm.* 1980, II, 997 ; Trib. Rome 13.7.1990 dans *Riv. dir. comm.* 1991, II, 197.

(8) Cass. civ. 14.1.1993, n° 403 dans *Riv. dir. comm.* 1993, II, 202.

(9) Cass. civ. 13.1.1987 n° 133 dans *Giur. it.* 1987, I, 1, 1724 ; Trib. Milan 24.9.1990 dans *Riv. dir. comm.* 1991, II, 243.

(10) Cass. civ. 1.10.1960 n° 2542 dans *Giur. it.* 1961, I, 1, 420.

(11) Cass. civ. 20.4.1961 n° 511, *Dir. fall.* 1961, II, 783 ; Cass. civ. 4.1.1966 n° 45 *Foro it.* 1967, I, c. 827 ; Trib. Pérouse 22.4.1983 dans *Società* 1984, 1335.

(12) C'est le cas lorsque l'assemblée est appelée à exprimer des votes favorable à main levée et des votes contraires ou des abstentions par bulletin.

(13) Cass. civ. 26.6.1956 n° 2286 dans *Riv. dir. comm.* 1958, II, p. 4.

elles sont convoquées par les administrateurs de fait et non de droit, produisant un effet «domino».

Nous nous trouvons devant un cas différent par rapport à la catégorie précédente lorsque la procédure est affectée de vices comportant la nullité ou l'annulation de la délibération de l'assemblée.

Ici, puisque l'annulation prend effet uniquement *ex nunc*, l'administrateur doit se considérer de *jure* jusqu'au moment de l'annulation.

C'est différent pour la nomination de l'administrateur qui est considérée comme étant nulle selon l'art. 2379 c.c. car elle fait l'objet d'une décision de vérification qui agit *ex tunc*.

En tout état de cause, la délibération de l'assemblée inexistante ne peut faire l'objet d'une convalescence.

Un autre cas de figure d'administrateur de fait par rapport à celui indiqué plus haut est illustré lorsque les décisions sont prises par un étranger qui s'ingère dans la gestion administrative, avec la tolérance, au nom, ou en concurrence avec l'administrateur de *jure*.

2. – L'administrateur de fait est comparé par notre jurisprudence pénale à l'administrateur de droit et il est, par conséquent, complètement soumis aux interdictions et aux sanctions prévues par les lois pénales et pour les actes commis par tous les deux⁽¹⁴⁾.

Une autre solution conduirait à considérer que l'activité pénalement illicite de l'administrateur de fait ne constituerait pas un délit pour défaut d'investiture aux fonctions, à la différence de celles en exercice pour l'administrateur de droit et, ainsi, le premier serait injustement exempté de toute responsabilité pénale.

La jurisprudence dominante assujettit l'administrateur de fait aux règles pénales dans leur contenu substantiel et retient correct-

(14) Cass. pén. 14 mai 1993, input. Delle Fave ; Cass. pén. 29 décembre 1972, input. Zito dans *Giust. pen.* 1973, II, 591 ; Cass. pén. 5 décembre 1966 input. Savoldo dans *Dir. fall.* 1967, II, 974 ; Cass. pén. 8 mai 1964, input. Esposito, dans *Rep. Foro It.* 1965, Rubrique *Società*, n° 220, 223 ; Cass. pén. 1 Juillet 1963, input. De Angelis dans *Rep. Foro It.* 1964, 246. Dans la doctrine : ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. I reati fallimentari*, Milan 1959, p. 109 ; ZUCCALÀ, *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padoue, 1954, p. 53 ; CONTI-BRUTI LIBERATI, *Il diritto penale nelle società commerciali*, Milan 1971, p. 119 ; C. PEDRAZZI, *Gestione di impresa e responsabilità penale*, dans *Società* 1962, p. 220 ; F. BONELLI, *La responsabilità dell'amministratore di fatto* in *Giur. comm.* 1984, p. 107 ; M. ABBIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milan 1998, p. 200 et suivantes.

tement qu'en droit pénal, la responsabilité se détermine sur la base de la gestion effective de la société qui prévaut sur celle formelle de la prise des fonctions.

Le droit pénal analyse chaque cas délictuel non pas par rapport au titre en vertu duquel l'activité d'administration est exercée, mais «sur la base de la constatation factuelle que cette même activité est exercée concrètement».

Ce discours vaut pour les de délits en Droit des sociétés et de la faillite, comme la banqueroute, les fausses communications sociales, le conflit d'intérêts et ainsi de suite.

La société ayant subi un dommage peut se constituer partie civile contre l'administrateur de fait, pour les différents délits en Droit des sociétés et de la faillite, même en l'absence d'une délibération d'assemblée préalable autorisant une action en responsabilité contre l'administrateur de fait.

L'actionnaire, aussi, peut se constituer partie civile, soit à titre subrogatoire de la société, soit à titre personnel, pour avoir été personnellement lésé, étant donné que la poursuite de la responsabilité pour faute extracontractuelle lui est assurée par l'art. 2395 c.c..

3. – La doctrine et la jurisprudence assujettissent aussi l'administrateur de fait à la responsabilité civile extracontractuelle prévue pour l'administrateur de droit pour les mêmes motifs que pour le Droit pénal.

Selon elles, s'il en était autrement, l'administrateur de fait jouirait, d'une protection d'intérêts, contraire à l'ordre juridique pour les actes de mauvaise gestion dolosifs et fautifs qu'il aurait commis, alors que ceux de l'associé et du tiers créancier resteraient sans protection.

La doctrine et la jurisprudence ont surtout rappelé l'attention sur les dommages causés par l'administrateur de fait pour faute extracontractuelle.

Mais ces dernières n'ont pas affronté le problème dans son ensemble en ce qui concerne les dommages causés pour faute aussi bien contractuelle qu'extracontractuelle.

Selon l'auteur de ces lignes, les opinions courantes son inadaptées à un problème qui requiert une analyse approfondie et articulée sur ses aspects multiformes.

Un autre discours concerne le problème de la légitimation de la personne lésée qui agit contre l'administrateur de fait.

Commençons donc le discours par la responsabilité civile extracontractuelle de l'administrateur de droit dont nous déduirons l'argument analogique qui contribuera à résoudre le problème de son application à l'administrateur de fait.

Le délit pénal causé par cet administrateur donne lieu, comme on l'a dit, à une responsabilité extracontractuelle pour les dommages civils subis par la société et l'associé.

L'exercice de l'action individuelle par l'associé est aussi généralement admis, pour l'action prévue par l'art. 2395 c.c. pour obtenir l'indemnisation des dommages qu'il a subi directement et qui ne sont pas identiques à ceux causés au patrimoine social pour faute extracontractuelle⁽¹⁵⁾.

L'auteur de ces lignes estime que cette interprétation est excessivement réductrice pour deux raisons.

Tout d'abord, la limitation de l'action de l'associé selon l'art. 2395 c.c., aux seuls dommages causés par l'administrateur pour faute extracontractuelle ne semble pas justifiée.

Elle est généralement justifiée par la formule législative qui se rapporte à l'associé «directement lésé» par les actes des administrateurs c'est pourquoi, on limite le dommage indemnisable à celui qui est direct et on exclut celui provenant du patrimoine social et, en définitive, celui supporté par la participation sociale de chaque associé, même si elle est causée par une activité dolosive et fautive.

Cette interprétation réduit l'action individuelle exécutable de l'art. 2395 c.c. à une hypothèse absolument marginale. Elle ne semble pas, pour l'auteur, justifiée par le terme «dommage direct» utilisé à l'article 2395 c.c..

La formule se limite à affirmer qu'entre la conduite dolosive et fautive de l'administrateur et le dommage, il doit y avoir un rapport de causalité direct, comme dans les art. 1223 et 2056 c.c., qui indique une relation d'univocité logique, alors que le terme immédiat exprime celle d'une conséquence historique⁽¹⁶⁾.

(15) Cass. civ. 19.12.1985, n° 6493 ; Cass. Civ. 2.6.1989 n° 2685 dans *Giur. it.* 1989, I, 1, Cass. civ. 3.11.1983 n° 6469 dans *Dir. fall.* 1984, II, p. 250 ; Cass. civ. 28.3.1996, n° 2850 dans *Società*, 1996, 1397 ; Cass. civ. 4.4.1997 n° 2934 ; Cass. civ. 3.7.1998 n° 6519 ; Dans ce sens et parmi d'autres FERRI, *Le Società*, Turin 1985, p. 686 ; G. MINERVINI, *Gli amministratori di S.p.A.*, Padoue 1969.

(16) G. VALCAVI, *Intorno al rapporto di causalità nel torto civile*, in *Riv. dir. civ.* 1995, II, 481; Id. *Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile* in «*Danno e responsabilità*», 1998, p. 1007 et suivantes.

Il ne semble pas à à qui rédige ces lignes que l'on puisse tier de l'adjectif «direct» des arguments pour réduire le domaine des différents dommages indemnissables de l'associé à ceux uniquement étrangers à sa participation dans la société, alors que c'est aussi une conséquence directe rentrant dans le cadre de l'art. 2043 c.c..

Cela ne veut pas dire qu'il ne faut pas prendre de grandes précautions pour vérifier la responsabilité extracontractuelle d'un administrateur de droit, qui bénéficie d'une présomption de légitimité de son action.

Il est discutable, comme je l'ai dit, que le préjudice subi par l'actionnaire pour sa participation au capital de la société ne soit pas protégé, même s'il est la conséquence du dommage fait au patrimoine social à la suite des actes de mauvaise gestion, qui constituent des délits extracontractuels de l'administrateur de droit.

L'interprétation reportée pêche d'un côté par défaut, car elle conduirait à exclure de la responsabilité extracontractuelle de l'administrateur, le préjudice subi du fait de la participation dans la société même dans le cas où les actes illicites constituent un délit.

Il n'est, en revanche, pas discutable que l'actionnaire puisse faire valoir son droit à l'indemnisation du dommage spécifique subi du fait de sa participation individuelle, même s'il est la conséquence de celui subi par la société.

Ce qui a été traité ci-dessus concerne l'administrateur de droit.

La question concernant la responsabilité extracontractuelle de l'administrateur de fait apparaît beaucoup plus vaste et en même temps différente de celle sur l'administrateur de droit.

Celui-ci ne bénéficie pas de la présomption de légitimité de son action qui ne peut pas être considérée comme étant nécessairement dans l'intérêt de la société, et il doit lui-même indemniser le préjudice subi par la société et les associés, suite à son comportement dolosif ou fautif de type extracontractuel.

Le fait qu'il y ait un administrateur de fait et pas un administrateur de droit implique que le dommage au patrimoine social et à la participation individuelle des actionnaires dérivant de son comportement, condamnerait différemment les deux parties à ne pas être dédommagées en raison, d'un côté, de l'absence d'organe social légitime qui devrait y pourvoir et en raison, de l'autre côté, de l'interprétation erronée qui voudrait exclure la participation actionnaire du cadre de l'art. 2395 c.c..

Par conséquent, l'associé a le droit de poursuivre directement l'administrateur de fait avec l'action prévue par l'art. 2395 c.c., pour le préjudice

qu'il subit en raison des actes dolosifs ou fautifs qui génèrent la responsabilité extracontractuelle des administrateurs de droit et à fortiori de ceux de fait, même si cela dépend de celle subie par la société sur son patrimoine.

Il faut aussi admettre que de l'action individuelle n'est pas exclu l'autre objectif de demander une indemnisation pour le dommage causé par l'administrateur de fait, sur le patrimoine de la société, au moins à titre subrogatoire.

4. – Définissons maintenant un cadre synthétique de la responsabilité civile non extracontractuelle des administrateurs d'une société de capitaux, à l'encontre des associés et les créanciers.

En ce qui concerne les administrateurs de droit, la réglementation qui les concerne est prévue par l'article 2392 c.c. qui prescrit qu'ils doivent s'acquitter des devoirs imposés par la loi et par l'acte constitutif avec la diligence d'un mandataire, qui est celle d'un bon père de famille et elle établit qu'ils doivent répondre solidairement des dommages causés.

Le cadre normatif est, par ailleurs, précisé par l'article 1711 selon lequel les conséquences des actes qui dépassent les limites du mandat restent à la charge du mandataire et par l'art. 1712 qui indique que celui-ci doit en tout état de cause «communiquer sans retard l'exécution au mandant».

Les administrateurs de droit, dans le cadre de la sphère discrétionnaire des décisions qui leur sont réservées, ont une liberté de choix décisionnels, qui n'est pas susceptible d'être contrôlée par le juge.

Leur responsabilité pour les dommages obéit à un paradigme objectif dans lequel il incombe aux associés de fournir la preuve du dol ou de la faute grave, et aux administrateurs en défense la preuve contraire de la normalité.

La responsabilité pour des dommages, naissant du contrat, est limitée à ceux qui sont normalement prévisibles, selon les termes de l'art. 1225 c.c..

La promotion de l'action en responsabilité est réservée à une délibération de l'assemblée de la société par l'art. 2393 c.c. ou l'art. 2409 c.p.c.. Une orientation dominante dans la doctrine ⁽¹⁷⁾

(17) RAGUSA MAGGIORE, *La responsabilità degli amministratori*, cit. p. 93 ; MINERVINI, *Gli amministratori*, p. 363 et suivantes ; COTTINO, *op. cit.*, I, p. 676.

et dans la jurisprudence ⁽¹⁸⁾, bien que combattue par une opinion minoritaire, exclut que le simple associé puisse exercer une action en justice pour faute et dommages selon l'art. 2395 c.c. au titre de responsabilité contractuelle concernant les dommages qu'il a subis dans le cadre de sa participation dans la société ⁽¹⁹⁾.

Examinons désormais la réglementation de la responsabilité des administrateurs de fait, qui est étrangère à la violation du principe de *neminem ledere*, et comparons-la à celle contractuelle de l'art. 2392 c.c. des administrateurs de droit.

L'auteur de ces lignes estime que la responsabilité contractuelle des administrateurs de fait envers la société et les associés, en analogie à celle des administrateurs de droit, n'est pas envisageable, mais que l'est seulement la responsabilité non contractuelle, même si elle ne coïncide pas et qu'elle est différente de celle extracontractuelle qui se réduit à la simple violation de l'interdiction du *neminem ledere*.

En effet, l'administrateur de fait n'est pas lié à la société par un rapport organique et on ne peut supposer qu'il ait les droits et les obligations du mandataire, par rapport auxquels il devrait répondre pour faute contractuelle.

Ceci se déduit de l'art. 1711 c.c. qui prévoit que les conséquences des actes, qui dépassent les limites du mandat restent à la charge du mandataire qui en répond personnellement.

On doit *a fortiori* parvenir à la même conclusion lorsqu'il n'existe même pas de mandat, comme dans le cas des administrateurs de fait qui, par conséquent, ne sont pas investis par une délibération de d'assemblée juridiquement existante.

Par conséquent, une responsabilité contractuelle de l'administrateur de fait n'est pas envisageable sous l'aspect des rapports dits contractuels de fait, qui «assumeraient une importance juridique, nonobstant l'existence du cas d'espèce s'y rapportant».

On ne peut pas concevoir l'existence d'une catégorie de ce genre parce que cette affirmation se base sur une pétition de principe et est absolument générique.

(18) Cass. civ. 3.8.1988 n° 4817 ; Cass. civ. 6.1.1982 n.° 14 ; Cass. civ. 16.11.1977 n° 5011 ; Cass. civ. 7.2.1974 n° 327 ; Trib. Milan 31.1.1983 dans *Società*, 1984, 323 ; Trib. Milan 28.1.1980 dans *Giur. Com.* 1981, II, p. 699.

(19) FRÈ, *Società per azioni*, p. 503 et suivantes ; BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milan 1985.

On a, récemment, décidé de franchir l'obstacle du défaut d'investiture de l'administrateur de fait dans sa fonction, en rappelant la dernière partie de l'art. 1173 c.c., dont on a exagéré le contenu avec un ajout inadmissible, étranger au législateur.

La règle indique parmi les sources des obligations, à côté des actes juridiques et des faits illicites «tout autre fait apte à les produire, conformément au système juridique» et on le justifie en disant que cela pourrait légitimer une prétendue catégorie générale des rapports contractuels de fait.

Cela semble inadmissible car en l'absence de règle spécifique, la formulation de l'art. 1173 c.c. ne permet pas une opinion de ce genre.

Plus récemment, une décision isolée de la Cour de Cassation, avec laquelle nous ne sommes d'accord ⁽²⁰⁾ s'est référée à l'institution de la gestion des affaires d'autrui pour tenter de justifier la responsabilité de l'administrateur de fait d'un point de vue contractuel, mais le rappel analogique est erroné.

La comparaison entre la gestion des affaires d'autrui et le rapport de l'administrateur de fait de la société est inadmissible car l'*utilis gestio* exige l'impossibilité du dominus de pourvoir à ses intérêts et sa non connaissance des actes du gestionnaire.

Elle concerne le cas dans lequel l'activité du gestionnaire a pour objet une ou plusieurs affaires précises, alors que ce n'est pas le cas de l'administrateur de fait, dont l'activité est caractérisée non pas, par des actes individuels d'intervention dans la gestion, mais doit se prolonger pendant un laps de temps important, par l'accomplissement répété d'actes typiques d'administrateur d'une société ⁽²¹⁾.

Le dépassement des limites d'une institution spéciale et résiduelle, comme l'*utilitas gestio* pour déduire la justification générale d'une catégorie entière qui est en dehors de l'institution indiquée doit être refusée.

Une conclusion de ce genre s'oppose, en tout état de cause, à la discipline spécifique de l'institution de la gestion utile.

En effet, l'*utilis gestor* – en admettant qu'il l'ait été – répond en personne des conséquences de ses actes et des obligations, là où il intervient contre l'interdiction de l'intéressé, selon les termes de l'art. 2031, alinéa 2 c.c..

(20) Dans ce sens Cass. civ. 6.3.1999, n° 1925, Pres. Cantillo, Est. Marziale, *Diritto e pratica della società* dans *Il Sole 24 ore* 8.11.1999 n° 20, avec une note d'A. Manzini.

(21) A. MANZINI, *Commento alla sentenza di Cass. Civ. 6.3.1999, n° 1925 in Diritto e pratica delle società*, cit., p. 47 et suivantes.

Il faut retenir qu'en intervenant sans mandat, l'administrateur de fait agit contre l'accord de la société et des associés intéressés, parce que l'accord et l'autorisation doivent être manifestés, selon les règles statutaires et civiles, en tant que conditions d'existence de la procédure et des délibérations et non pas supposé de façon arbitraire.

Dans l'hypothèse, du reste, d'une interdiction explicite des intéressés, avec les conséquences de l'art. 2031, alinéa 2 c.c., il suffirait que parvienne à tout moment de la part de l'associé en subrogation ou pas de la société, une simple sommation adressée à l'administrateur de fait pour qu'il se désiste ou une demande de contrôle judiciaire, qui doivent être considérées comme un événement ordinaire.

On peut déduire de cela que le renvoi à la *utilis gestio* ne justifie pas non plus d'envisager une responsabilité contractuelle courante entre la société et l'administrateur de fait.

La qualité de *falsus procurator* convient plutôt à l'administrateur de fait à qui une très récente décision attribue une responsabilité pour des dommages pour faute non contractuelle même si elle n'est pas réduite à une responsabilité extracontractuelle.

Il dérive de l'exclusion de la responsabilité contractuelle entre administrateurs de fait, société, associés et créanciers intéressés que les dommages ne sont pas indemnisables dans les limites de la prévisibilité de l'art. 1225 c.c.

De celle-ci dépend la circonstance que l'administrateur de fait ne bénéficie pas d'une sphère discrétionnaire d'activités, sur la base du paradigme de normalité qui laisserait présumer la correction, à l'exception de la charge de la preuve contraire par la société et les associés.

Même si elle a lieu dans les limites de la normalité elle peut être vérifiée par le juge du fond.

En conclusion, nous pensons qu'il n'est pas possible d'étendre la responsabilité contractuelle des art. 2392, 1710, 1225 c.c. aux administrateurs de fait par analogie à ceux de droit.

L'opinion opposée qui veut déduire la responsabilité contractuelle de l'administrateur de fait de la *utilis gestio* ou de la *fictio* d'un présumé mandat identique à celui de l'administrateur de droit, en ignorant cependant l'art. 1708 et ses implications, se résout à nier et à contredire la catégorie autonome des délibérations d'assemblée inexistantes, par rapport à celles uniquement non valables retenue

par l'opinion dominante et finit par exempter l'administrateur de fait des vastes conséquences indemnisables de ses actes.

La délibération inexistante ne produit certainement pas comme effet la responsabilité contractuelle pour l'administrateur de fait mais, au contraire, celle non contractuelle même si elle ne coïncide pas et qu'elle est différente de l'extracontractuelle.

5. – Voyons maintenant quelle est la logique et l'ampleur de la responsabilité civile de l'administrateur de fait envers la société, les associés et les créanciers.

L'art. 1708 c.c., comme il a été dit, met à la charge de l'administrateur d'une société les conséquences de son action lorsque celui-ci dépasse les limites du mandat.

De façon analogue l'art. 2031, alinéa 2 c.c., appelle l'*utilis gestor* à répondre de sa conduite, lorsqu'il entreprend ou continue son activité, malgré l'interdiction de l'intéressé.

On a vu que ces règles *a fortiori* justifient le principe selon lequel l'administrateur qui agit sans un mandat juridiquement existant, doit répondre sans limites de façon illimitée des conséquences de ses choix ou de ses actes.

Ce principe est une expression de la règle générale qui prévoit que celui qui agit le fait à ses risques et périls.

Ceci vaut inconditionnellement pour l'administrateur de fait.

Cette position est la seule qui respecte le système qui décourage les initiatives de suppléance arbitraire par des personnes non légitimes, qui s'opposent à la réglementation actuelle s'inspirant du respect d'une rigoureuse légalité et des intérêts des investisseurs, comme dans le cas des sociétés par actions cotées sur les marchés réglementés régis par des règles qui protègent les droits des minorités, avec des institutions publiques préposées au contrôle, comme la Consob.

La conclusion selon laquelle l'administrateur de fait agit à ses risques et périls, est aussi une règle de rééquilibrage des intérêts qui voit, d'un côté, l'obligation de la société de supporter les conséquences des actes des administrateurs de fait avec le principe de l'apparence qui protège le contractant de bonne foi et, de l'autre, le droit pour cette dernière de se retourner contre l'administrateur de fait pour les conséquences dont il est responsable.

Ce dernier doit, en tout état de cause, garantir la société et les associés des

pertes et des obligations, c'est à dire qu'il se trouve devant un obligation de résultat non devant une simple obligation des moyens, comme

l'administrateur de droit.

L'inexactitude de l'opinion qui calque la responsabilité civile de l'administrateur de fait sur le schéma de la responsabilité contractuelle des administrateurs de droit, vient de ce qu'elle suppose la *fictio* d'un mandat anticipé, sans tenir compte que lorsque ces derniers agissent en dehors des limites du mandat de rémission la ratification de l'intéressé est nécessaire selon l'art. 2032 c.c., ce qu'il est impossible à envisager pour les administrateurs de fait, en vertu des principes généraux.

Une comparaison entre l'administrateur de fait et de droit ne peut se déduire *a fortiori* de l'orientation de la jurisprudence pénale, car la responsabilité pénale protège l'intérêt public qui prévient le désordre social et punit le crime.

Enfin, l'opinion qui considère que l'administrateur de fait est soumis à la responsabilité contractuelle de l'ar. 2392 c.c., est démentie par la jurisprudence de la Cour Suprême selon laquelle la responsabilité du *falsus procurator* est de nature extracontractuelle ⁽²²⁾.

6. – Voyons maintenant qui peut agir afin d'obtenir une décision de responsabilité contre l'administrateur de fait et quelles formalités doivent être observées.

La société et les associés *utendo iuri bus* de cette dernière sont certainement légitimés à intervenir.

Une délibération préalable de l'assemblée pour engager une action en responsabilité n'est, en revanche, pas nécessaire comme le prévoient les art. 2393 et 2409 alinéa 5 du c.c. lorsque les actes de *mala gestio* sont exercés par l'administrateur de droit.

La nécessité d'une telle délibération est étroitement liée à la présomption de légitimité de l'action de ce dernier, alors que ce n'est pas le cas pour l'administrateur de fait.

Cela se déduit du texte de l'art. 2393, alinéa 3 c.c. selon lequel la délibération de l'assemblée a pour effet l'immédiat la révocation des administrateurs de droit, alors que cela n'a aucun sens pour l'administrateur de fait.

Les associés peuvent intervenir individuellement contre

(22) Pour la responsabilité extra contractuelle du falsus procurator ; Cass. Civ. 19.09.2000, n0 12969 ; Cass. Civ. 16.01.1997, n° 6488.

l'administrateur de fait, qui est responsable si l'on a recours à la protection de l'art. 2395 c.c..

Cette règle est de grande exception et utilise l'intérêt de l'actionnaire pour protéger celui de la société, sous le couvert de la légalité de ses actes.

La fonction subrogatoire est *re ipsa*, sans qu'il soit nécessaire que l'associé ait recours à la déclaration formelle d'agir par subrogation.

Dans ce sens l'auteur se rappelle d'une lointaine décision du Tribunal de Milan du 15 octobre 1987 (pres. Baldi-Est. Quadraro, publiée en *Giur. It.* 1988, I, 2, 418), qui affirmait de manière pénétrante qu'«une délibération inexistante peut être contestée par chaque associé individuellement intéressé à la protection de la légalité des actes sociaux».

Une note rédactionnelle digne d'intérêt ajoutait : «si un acte ou fait juridique n'existe pas, il ne fait pas partie du système juridique. Il n'est pas *tamquam non esset*, mais tout simplement *non est*. Il est de l'intérêt général du système et donc de tous, même selon les termes de l'art. 100 c.p.c. d'effacer l'apparence trompeuse en évitant qu'une simple conséquence soit prise pour une réalité qui, justement, n'existe pas, tant et si bien que la légitimation d'action devrait revenir à tout le monde, à n'importe quel associé et seulement l'intention d'une simple chicane pourrait représenter une limite à une initiative dans ce sens».

En raisonnant différemment, comme c'est le cas de ceux qui confondent les administrateurs de fait et ceux de droit, le préambule de l'«inexistence des délibérations d'assemblée» serait démenti et superflu et elles finiraient par s'identifier à celles qui sont simplement annulables.

La subversion du principe de droit qu'une délibération inexistante ne peut être régularisée d'aucune façon, serait illégitimement dépassée par l'aphorisme *cosa fatta capo ha!* (Vite fait, bien fait !)