

Sociétés et autres groupements

Sociétés civiles,
associations et
autres groupements

David Hiez

Professeur de droit privé,
Université du Luxembourg,
Faculté de droit, d'économie
et de financeL'action *ut singuli* en droit des associations

[Civ. 3^e, 7 juill. 2022, n° 22-10.447, FS-B ; Civ. 3^e, 7 juill. 2022, n° 22-10.447, FS-B, D. 2022. 1886, note J.-F. Hamelin ; Rev. sociétés 2022. 611, note A. Viandier ; RTD civ. 2022. 966, obs. N. Cayrol ; LEDC 9/2022, obs. J.-F. Hamelin ; GPL 6 sept. 2022, obs. C. Berlaud ; BJS nov. 2022, n° BJS201k0, note J.-C. Pagnucco ; RDC déc. 2022, n° RDC200z9, obs. A. Tadros]

L'action *ut singuli* est une action ouverte aux associés pour rechercher la responsabilité des dirigeants de la société en réparation du préjudice subi par la société elle-même, dans le cas où les organes sociaux négligeraient de le faire. La Cour de cassation avait en 1979 refusé le jeu de cette action à propos d'une association de chasse. L'auteur d'une thèse remarquée sur l'action *ut singuli* dans les groupements, publiée en 2006, favorable à la généralisation de cette action, en appelait à une nouvelle prise de position de la Cour de cassation, peu convaincu par le maintien de la solution ancienne : « l'arrêt de 1979 étant demeuré isolé, force est de constater que le scepticisme exprimé quant à l'exercice de l'action sociale *ut singuli* au sein de groupements autres que les sociétés résulte davantage du désintérêt des plaideurs que d'une ferme politique jurisprudentielle »¹. La Cour de cassation a entendu son appel mais déçu ses espérances. Par la décision com-

mentée, non seulement elle confirme implicitement l'irrecevabilité de l'action *ut singuli* en matière associative, mais en outre elle ferme la voie du contrôle de constitutionnalité.

L'affaire nous est mieux connue par l'arrêt d'appel². Il s'agissait d'une CARPA qui s'est trouvée flouée par des investissements sans doute prometteurs dans des établissements islandais. La crise financière de 2007 a été fatale et la caisse y a perdu des millions. Un avocat mécontent a cherché à mettre en jeu la responsabilité du dirigeant de la caisse. Dès la première instance, son action a été rejetée pour défaut de qualité à agir. La solution est confirmée en appel et, saisie d'une demande de question prioritaire de constitutionnalité, la Cour de cassation en refuse la transmission en considérant que la question n'est pas nouvelle et dépourvue de caractère sérieux. La question portait sur le caractère discriminatoire

(1) J.-C. Pagnucco, *L'action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, LGDJ, Fondation Varenne, 2006, n° 353. – Civ. 1^{re}, 13 févr. 1979 : D. 1981. 205, note F. Alaphilippe ; RTD com. 1980. 350, obs. M. Jeantin et E. Alfandari.
(2) Paris, pôle 4, ch. 13, 5 oct. 2021, n° 17/08898.

de l'absence d'action *ut singuli* pour les sociétaires d'une association par comparaison avec les associés d'une société.

Il est intéressant de constater que les auteurs semblent unanimes pour appeler de leurs vœux la consécration d'une action *ut singuli* dans ce domaine³. Nous n'avons relevé aucune opinion contraire, ce qui ne signifie pas qu'ils s'accordent sur les modalités de cette reconnaissance. Les auteurs qui s'expriment sur ce point se partagent entre ceux qui considèrent que le juge, ordinaire ou constitutionnel, aurait pu consacrer l'extension de l'action en matière associative et ceux qui estiment que seul le législateur pourrait le faire. Force est d'admettre que, en l'état du droit positif, cette dernière analyse est validée par la Cour de cassation. Nous sommes pourtant de ceux qui considèrent qu'elle ne s'imposait pas, nous distinguant pour une fois de la position du regretté Michel Jeantin. La position de la Cour de cassation peut apparemment s'appuyer sur le caractère discuté des justifications techniques généralement avancées en faveur de l'application de l'action *ut singuli* en matière associative (I). Pourtant, l'inanité des propres justifications fournies par la Cour de cassation manifeste une fragilité encore plus grande du refus (II), en sorte qu'il faut conclure à l'opportunité de la consécration d'un principe général applicable en matière associative.

I – L'incertitude technique des justifications de l'action *ut singuli* en matière associative

La solution adoptée par la Cour de cassation dans cet arrêt n'est pas tout à fait

nouvelle puisqu'elle peut se recommander d'un précédent de 1979 (A). Pourtant, d'autres voies ont été proposées pour appliquer l'action *ut singuli* en matière associative (B).

A – La confirmation d'une décision ancienne

Le mécanisme de l'action *ut singuli* a été consacré par le législateur en 1966 pour les sociétés anonymes (L. n° 66-537 du 24 juill. 1966, art. 245) et pour les sociétés à responsabilité limitée (L. n° 66-537 du 24 juill. 1966, art. 52). La question s'est donc posée de savoir si elle pouvait être étendue à d'autres groupements. Deux opinions contraires se sont exprimées. D'un côté, la cour d'appel de Paris a en 1978⁴ étendu le mécanisme aux sociétés civiles, en considérant qu'il existait un principe général dont les articles de la loi de 1966 ne constituaient que des applications. Cet arrêt a suscité un important débat doctrinal⁵. La solution affirmée par la cour d'appel de Paris a trouvé confirmation dans une réponse ministérielle qui considérait en conséquence toute intervention législative inutile⁶. D'un autre côté, la Cour de cassation a considéré au contraire que l'action *ut singuli* n'était recevable qu'en vertu de dispositions spéciales⁷ et a donc cassé l'arrêt sus-évoqué de la cour d'appel de Paris. Finalement, la question a été tranchée par la création en 1988 d'un article 1843-5 au code civil (L. n° 88-15 5 janv. 1988, art. 1^{er}) qui a généralisé le mécanisme à l'ensemble du droit des sociétés.

Cette consécration législative ne règle pas totalement la question pour les

(3) P.-H. Dutheil, *Droit des associations et fondations*, nos 2.98, 10.85, 12.43, Juris éditions, 2016 ; M. Jeantin, obs. ss Civ. 1^{re}, 13 févr. 1979, RTD com. 1981. 91 ; F. Alaphilippe, note ss Civ. 1^{re}, 13 févr. 1979, D. 1981. 205 ; J.-C. Pagnucco, *op. cit.* ; J.-F. Hamelin, obs. ss Civ. 3^e, 13 juill. 2022, D. 2022. 1886 ; Y. Dubois, *La responsabilité des dirigeants associatifs*, Éditions du Puits fleuri, 2017 ; A. Viandier, M. Cozian et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 25^e éd., 2022.

(4) Paris, 19^e ch. sect. A, 8 mai 1978 ; Gaz. Pal. 2 nov. 1978, p. 520 s., note A. P. S. ; D. 1979. 270, note M. Jeantin ; RTD com. 1980. 350 s., obs. E. Alfandari et M. Jeantin.

(5) Pour une présentation synthétique : J.-C. Pagnucco, *op. cit.*, n° 336 s.

(6) Q. n° 21832 du 31 oct. 1979, JOAN débat, 4 févr. 1980, p. 427.

(7) Civ. 1^{re}, 30 janv. 1980, D. 1981. IR 34, obs. J.-C. Bousquet ; RTD com. 1981. 91, obs. M. Jeantin.

associations, même si l'intervention du législateur peut s'interpréter comme la confirmation de la position de la Cour de cassation qui exige une disposition spéciale pour admettre l'action *ut singuli*. Cette interprétation est en parfaite conformité avec un autre arrêt de la Cour de cassation, antérieur de quelques mois à celui rendu en matière de société civile, mais à propos d'une association de chasse :

« [...] sauf exception prévue par la loi, seules les personnes habilitées à représenter une personne morale peuvent intenter une action en justice au nom de celle-ci. Dès lors, viole les dispositions de l'article 32 du nouveau code de procédure civile la cour d'appel qui déclare recevable l'action en dommages-intérêts exercée par un membre d'une fédération départementale de chasseurs, au nom de cet organisme, contre le président de la fédération [...] »⁽⁸⁾.

La décision est une préfiguration de celle reprise en 1980 pour les sociétés civiles. Elle ne se situe pas sur le terrain du droit des groupements mais sur celui de la procédure civile puisque la cassation repose sur une violation de l'article 32 du nouveau code de procédure civile : faute d'intérêt à agir exigé à l'article 31, le sociétaire se voit privé du droit d'agir et son action est irrecevable. Le positionnement est parfaitement cohérent ; le problème est procédural, mais il ne peut être tranché que par le détournement en droit des groupements. Pour savoir s'il dispose ou non d'un intérêt à agir, il faut déterminer la nature du lien social et du statut du sociétaire au regard de l'association. La Cour de cassation considère nécessairement, quoiqu'elle ne l'explique pas, que le sociétaire ou l'associé ne dispose par principe d'aucun intérêt à agir et que seule la loi peut déroger à cette exigence. C'est la raison pour laquelle elle limite la recevabilité de l'action *ut singuli* aux hypothèses

explicitement prévues par la loi. Dans l'arrêt de 2022, la Cour n'envisage pas explicitement cette question puisqu'elle porte sur l'examen de la question de constitutionnalité. Toutefois, cet examen ne se comprend qu'à la lumière d'une jurisprudence qu'elle considère établie pour rejeter l'action *ut singuli* dans cette matière. Elle la conforte d'ailleurs en refusant de transmettre la question au Conseil constitutionnel.

B – Les fondements proposés pour une consécration préto-rienne

La première question qui se pose est de savoir si l'action *ut singuli* serait opportune en matière associative. Ce n'est qu'à cette condition qu'il devient pertinent de rechercher des fondements techniques susceptibles de justifier l'extension. Nous avons vu plus haut que l'unanimité de la doctrine se prononce en faveur de cette application, ce dont on peut induire qu'elle est jugée opportune, mais il convient de le vérifier. Il faut d'abord lever les arguments qui font valoir que l'association serait dans une situation différente de celle de la société qui rendrait moins pressante cette action spéciale. Des auteurs y ont contribué⁽⁹⁾ ; cette recherche sera largement prolongée dans la seconde partie de cette étude, mais certaines observations doivent d'ores et déjà être faites.

La première observation concerne la facilité pour le sociétaire mécontent de quitter l'association. Mieux, il lui serait même permis de créer une nouvelle association au sein de laquelle il pourrait poursuivre un but identique plus en conformité avec les moyens qu'il juge appropriés. Certes, contrairement à l'associé d'une société, le sociétaire a toujours la possibilité de démissionner ; ce droit lui est même

(8) Civ. 1^{re}, 13 févr. 1979, préc.

(9) J.-F. Hamelin, art. préc., n^{os} 16 s.

garanti au titre du droit de ne pas s'associer⁽¹⁰⁾. On pourrait déjà objecter que cette possibilité existe aussi dans les sociétés à capital variable (C. com., art. L. 231-6, al. 1^{er}) et que ceci n'a pas conduit le législateur à exclure l'action *ut singuli* dans cette hypothèse. Mais il faut plus fondamentalement contester le caractère bien peu constructif de la solution proposée au sociétaire qui, tout de même, soupçonne le dirigeant de fautes de gestion : se soumettre ou se démettre. En outre, la solution n'est pas toujours aussi aisée puisque des limites peuvent être posées au départ, y compris par la loi. Il est d'ailleurs frappant que les deux espèces dans lesquelles la Cour de cassation a refusé le jeu de l'action *ut singuli* (en 1979 et en 2022) concernaient pour l'une une société de chasse et pour l'autre une CARPA, l'une et l'autre ayant un caractère partiellement obligatoire. Le refus de l'action *ut singuli* place le sociétaire dans ce cas dans une situation inextricable.

Non seulement cet argument ne peut être retenu, mais en outre, plusieurs arguments positifs militent au contraire en opportunité pour cette consécration. Tout d'abord, un auteur a fait remarquer que la liberté statutaire pouvait avoir un effet pervers en matière associative puisqu'elle peut être utilisée pour établir des restrictions à la possibilité de révocation des dirigeants⁽¹¹⁾. Or, cette révocation des dirigeants fautifs est la condition *sine qua non* d'une action *ut universi*. Et contrairement au droit des sociétés qui fixe et garantit le pouvoir de révocation des dirigeants, le silence du droit associatif fait peser une hypothèque qui n'est pas seulement théorique. La seconde raison qui peut faire considérer plus nécessaire encore l'action *ut singuli* est que l'association a un caractère non lucratif et que les fautes patrimoniales intentionnelles, autrement

dit les fraudes de toute nature, devraient y être poursuivies avec plus de zèle et la possibilité pour les sociétaires d'intenter l'action *ut singuli* peut y contribuer.

Il ne faut toutefois pas se cacher une particularité qui, à notre connaissance, n'a pas été mise en lumière jusqu'ici. La nature non lucrative de l'association invite à mettre en avant les aspects extra-patrimoniaux. La focalisation sur les sociétés a mis l'accent sur la dimension strictement patrimoniale, sans même qu'elle soit explicitée. On en trouve toutefois des traces sous la plume du spécialiste de l'action *ut singuli*, qui évoque par exemple « la réparation d'un préjudice social résidant dans les conséquences, éprouvées dans le patrimoine affecté à la réalisation du but du groupement »⁽¹²⁾. Or, il n'y a pas de raison valable à se borner au préjudice patrimonial⁽¹³⁾ ; le préjudice moral d'une personne morale est aujourd'hui admis⁽¹⁴⁾ et il faut se demander si l'action *ut singuli* est susceptible de s'y appliquer. Prenons un exemple : la présidente d'une association de défense du droit à la vie, autrement dit de lutte contre l'avortement, qui aurait, durant son mandat, apporté publiquement son soutien à une femme ayant avorté et témoigné dans la presse à cet égard. La situation réjouira peut-être certains militants du planning familial, mais elle sera sans doute considérée comme une faute dans l'exercice de la présidence par les adhérents de l'association concernée. Ils peuvent décider de la révoquer selon les formes statutaires. Mais il n'est pas interdit de se demander si ce comportement n'a pas jeté le discrédit sur l'association, porté atteinte à l'idée qu'elle se fait de son honneur et causé un préjudice dont des sociétaires peuvent souhaiter obtenir réparation pour l'association. Notre exemple est peut-être insuffisamment solide pour emporter la conviction, mais

(10) D. Hiez, Rép. civ., v° « Association », n° 78.

(11) J.-F. Hamelin, *op. cit.*, n° 18.

(12) J.-C. Pagnucco, *op. cit.*, n° 79.

(13) Implicite contrat : A. Tardos, *op. cit.*

(14) F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, 13^e éd., 2022, n° 938.

par principe il nous semble inéluctable qu'un bon exemple conduirait à admettre la recevabilité de l'action *ut singuli* dans une hypothèse mieux élaborée. Il faudrait alors déterminer quelle serait la réparation que pourrait décider le juge, et on ne voit pas ce qu'elle pourrait être d'autre que le dédommagement patrimonial. Les hésitations devant l'évaluation patrimoniale du préjudice moral valent ici comme ailleurs, mais si elles ont été inopérantes ailleurs elles doivent l'être ici aussi. Autrement dit, il faut admettre la possibilité qu'un sociétaire sollicite la condamnation de la présidente ambivalente à dédommager l'association. La question peut se poser dans ces conditions du risque de judiciarisation accrue du droit associatif, tant l'engagement extra-patrimonial induit une dimension émotionnelle renforcée, comme en atteste le nombre de litiges associatifs aux implications financières limitées ou nulles¹⁵. L'argument est difficile à évaluer faute d'étude statistique. En outre, il est probable que la consécration de l'action *ut singuli* déplacerait le contentieux plutôt qu'elle ne l'augmenterait.

Bref, avec la conscience de devoir intégrer le préjudice moral subi par l'association, il nous semble que, en opportunité, il n'y a aucun doute que l'action *ut singuli* mériterait d'être étendue au droit associatif, pour ne pas dire généralisée. Reste à voir si cette solution peut être techniquement atteinte.

L'action *ut singuli* n'est pas d'origine législative mais prétorienne puisqu'elle remonte aux années 1870 et a vécu un siècle sans fondement légal solide¹⁶. La tentation est donc forte de suggérer au juge d'aujourd'hui de ne rien faire de plus que de prolonger l'initiative de ses devanciers. L'analogie entre l'action *ut*

singuli en droit des sociétés avant 1966 et en droit des associations aujourd'hui est faible, dans la mesure où la consécration législative en 1966 n'a pas seulement introduit dans la loi les solutions jurisprudentielles antérieures, elle ne les a pas non plus seulement précisées, elle en a partiellement changé la nature en affirmant, ce que le juge n'avait pas fait clairement, que l'action concernait l'entier préjudice de la personne morale et que la réparation s'en faisait donc dans son patrimoine et non dans celui du demandeur¹⁷. Il n'y a pas de continuité entre le droit des sociétés du XIX^e siècle et le droit associatif du XX^e qui appellerait une position voisine du juge. L'audace prétorienne ancienne peut servir d'exemple, mais elle ne fournit aucune base argumentative sérieuse.

Le fondement procédural de la question technique de la recevabilité de l'action *ut singuli*, telle qu'elle résulte de l'appel à l'article 32 du code de procédure civile¹⁸, requière de fonder le droit d'agir du sociétaire, en l'absence de disposition légale spéciale susceptible de fournir un tel droit exceptionnel. M. Pagnucco propose de trouver ce fondement dans une analyse strictement contractualiste des groupements, ce qui lui conduit à conclure à son extension à de nombreux groupements, même dépourvus de personnalité morale¹⁹. Il fait valoir que le dirigeant est lié au groupement par un mandat et qu'il engage sa responsabilité, par-delà les précisions qui peuvent être fournies pour chaque groupement, dans les règles du mandat. Mais si son mandant est le groupement, le demandeur à l'action *ut singuli* n'est pas un tiers mais un membre du groupement. Fort de l'analyse contractualiste, J.-C. Pagnucco considère que les mécanismes de représentation par

(15) On pourra se reporter, à titre purement illustratif, à la lettre juridique de l'économie sociale qui recense une bonne part du contentieux associatif : abonnement gratuit à <http://goo.gl/forms/GO1o5S4SPI>.

(16) Sur l'évolution : J.-C. Pagnucco, *op. cit.*, n° 5 s.

(17) M. Jeantin, *op. cit.*, D. 1979. 270 ; J.-C. Pagnucco, *op. cit.*, n° 115.

(18) Toujours évoqué en 2021 par l'arrêt d'appel qui a donné lieu à l'arrêt commenté : Paris, pôle 4, ch. 13, 5 oct. 2021, n° 17/08898.

(19) J.-C. Pagnucco, *op. cit.* n° 329 s.

les dirigeants s'accompagnent en toutes circonstances du maintien des pouvoirs résiduels de chaque membre pour le contrôle de l'accomplissement de l'objet social, dans la mesure où ceux-ci sont les mandants ultimes du dirigeant en leur double qualité de maîtres de l'attribution du mandat social⁽²⁰⁾ et créanciers des obligations du mandataire social⁽²¹⁾. Nous n'entrerons pas dans le détail de son argumentation serrée ; nous relèverons seulement que cette analyse, brillamment défendue, ne trouve sa cohérence que dans l'adoption d'une thèse contractualiste radicale qui fait l'objet d'importantes controverses et la fragilise en conséquence. Sur le plan technique, François Alaphilippe avait résumé par anticipation les difficultés d'une telle conception : l'action *ut singuli* impose l'appel en cause de la personne morale ce qui signifie qu'elle est le mandant principal, le désistement du demandeur est sans incidence à l'égard de la personne morale, le demandeur agit à ses risques et périls en sorte qu'il n'est pas le substitut de la personne morale⁽²²⁾. L'explication proviendrait pour ce dernier auteur de ce qu'il faut distinguer le droit substantiel qui appartient à la personne morale du droit d'agir attribué par la loi à l'associé⁽²³⁾. En dépit de la puissance argumentative de M. Pagnucco, force est de constater qu'elle n'a pas emporté la conviction des juges. Le même constat doit être fait à propos de la thèse contractualiste réduite aux relations internes au groupement⁽²⁴⁾.

La cour d'appel de Paris, dans l'arrêt sus-évoqué du 5 octobre 2021, faisait référence à un autre mécanisme souvent rapproché de l'action *ut singuli* et que des auteurs ont même pu présenter comme alternative à celle-ci en dehors

de son domaine légal, à savoir l'action paulienne. En effet, les deux figures sont très proches, le sociétaire agissant *ut singuli* ressemblant comme deux gouttes d'eau au créancier mécontent de l'inaction de l'association pour mettre en jeu la responsabilité du dirigeant. Ce mécanisme présente l'avantage d'être de droit commun et de ne pas soulever les difficultés de champ d'application rencontrées à propos de l'action *ut singuli*. Michel Jeantin proposait d'ailleurs d'y recourir, non seulement dans l'hypothèse la plus simple de la liquidation de la personne morale, car là se trouve plus facilement admise la qualité de créancier de l'associé ou du sociétaire, mais aussi durant la vie sociale⁽²⁵⁾. Il considérait notamment que, en s'attachant à l'esprit du texte plus qu'à sa lettre, il fallait observer à propos de l'attribution de l'action oblique au créancier : « ce n'est pas tant à raison de sa qualité de créancier qu'à raison de l'intérêt qu'il possède à voir le patrimoine de son débiteur comporter le maximum d'éléments »⁽²⁶⁾. La thèse n'est pas isolée puisqu'elle est encore invoquée par les plaideurs ; il n'empêche qu'elle n'a pas été retenue en jurisprudence ni par la doctrine. M. Pagnucco synthétise de façon convaincante les multiples obstacles à cette subsumption de l'action *ut singuli* sous l'action oblique⁽²⁷⁾. Cette voie doit donc également être abandonnée.

Les plaideurs avaient encore évoqué une autre possibilité : le comblement de la lacune de la loi de 1901 par le recours au droit des sociétés ; cela consiste toujours dans l'application de l'article 1843-5 du code civil aux associations, mais fondée cette fois sur une analogie assumée et le recours systématique au droit des sociétés. Il est vrai que cette pratique

(20) *Ibid.*, n°s 30 s.

(21) *Ibid.*, n°s 251 s.

(22) F. Alaphilippe, *op. cit.*, n° 26.

(23) *Ibid.*, n°s 30 s.

(24) J.-F. Hamelin, *op. cit.*, n° 14 ; J.-F. Hamelin, *Le contrat alliance*, 2012, *Economica*, n°s 677 s. spéc. n°s 699 s.

(25) M. Jeantin, *op. cit.*

(26) *Ibid.*

(27) J.-C. Pagnucco, *op. cit.*, n°s 34 s.

s'était développée au tournant des ^{xx}e et ^{xxi}e siècle et que les transplantations du dernier au premier s'étaient multipliées⁽²⁸⁾, avec l'idée sous-jacente que le droit des sociétés, voire le droit des sociétés anonymes, constituait le droit commun des groupements⁽²⁹⁾. Cette posture avait toutefois suscité des critiques liées au risque de perversion de la nature propre de l'association. Les juges semblent avoir entendu les critiques car les emprunts se sont estompés⁽³⁰⁾. Ce dernier fondement de l'action *ut singuli* en droit associatif se dissipe donc lui aussi, permettant de comprendre la réticence persistante des juges.

L'idée sous-jacente à cette dernière proposition ne doit toutefois pas être méprisée. Sa fragilité repose dans la prétention d'appliquer au droit associatif des solutions de droit des sociétés, mais le constat de situations parfois très semblables dans les deux domaines ne peut être négligé. Pour rendre raison de la critique d'un droit des sociétés supplétif en matière associative, il est possible de placer sociétés et associations sur un pied d'égalité et de ne plus voir le droit des sociétés comme un modèle mais de rechercher s'il ne constitue pas la manifestation de solutions particulières en application d'un principe général. C'est précisément l'orientation qu'avait ouverte la cour d'appel de Paris en 1978, sans être suivie par la Cour de cassation⁽³¹⁾. Le principe général du droit est pourtant l'instrument le plus approprié pour faire évoluer le droit positif dans le respect de ses règles en vigueur. Comme le disent MM. Ghestin et Barbier, « les principes ont vocation à être appliqués à toute situation ou du moins

plusieurs situations juridiques, spécialement celles dans lesquelles, justement, la règle de droit est insatisfaisante ou lacunaire »⁽³²⁾. En dépit de tentatives de clarification⁽³³⁾, il a été démontré qu'il était rebelle à toute construction systématique⁽³⁴⁾. Nous ne chercherons donc pas à situer le principe envisagé dans une quelconque classification ; c'est bien plus sa pertinence qui est de nature à emporter la conviction du juge. Or, pour qu'il y ait un principe général du droit, il convient de montrer que les dispositions légales existantes ne trouvent pas leur fondement dans un contexte particulier mais que, au contraire, les justifications qu'on peut en donner valent également dans d'autres domaines. C'est précisément l'exercice auquel la Cour de cassation s'est astreinte, sans nécessité, dans l'arrêt commenté, preuve du malaise dans lequel elle se trouve face à l'application de l'action *ut singuli*. Il nous suffira de montrer la faiblesse, pour ne pas dire l'indigence, des arguments invoqués pour justifier la consécration d'un principe.

II – L'absence de spécificité associative pour justifier le rejet de l'action *ut singuli*

Le pourvoi posait deux questions parallèles de constitutionnalité⁽³⁵⁾ : l'une sur la constitutionnalité de l'absence d'action *ut singuli* dans la loi de 1901, l'autre la conformité de l'article 1843-5 du code civil au principe d'égalité devant la loi et au droit à un recours juridictionnel effectif et au principe d'égalité devant la loi dans la mesure où elles ne s'appliquent pas

(28) P.-H. Dutheil, *op. cit.*, n°s 2.105 s. ; A. Viandier, *op. cit.*, n°s 14 s. ; J.-C. Pagnucco, *op. cit.*

(29) Civ. 1^{re}, 29 nov. 1994, n° 92-11.332. – D. Randoux, *Vers un droit commun des groupements*, JCP 1996. I. 3982.

(30) K. Rodriguez, *La pertinence en 2006 du droit des associations : pour un statu quo, un toilettage ou une refonte ?*, BJS 2006. 91.

(31) Pour une défense : F. Alaphilippe, *op. cit.*, n° 35.

(32) J. Ghestin, H. Barbier et J.-S. Bergé, *Introduction générale*, t. I, *Droit objectif et droit subjectif, sources du droit*, 2018, LGDJ, n° 169.

(33) P. Morvan, *Le principe de droit privé*, 1999, Panthéon-Assas.

(34) M. de Béchillon, *La notion de principe général en droit privé*, 1998, PU Aix-Marseille.

(35) Arrêt, n° 4.

aux associés d'autres personnes morales telles qu'une association. La première question est écartée puisqu'elle ne vise pas de disposition particulière⁽³⁶⁾ dont la constitutionnalité serait discutable. La seconde question est reçue et discutée⁽³⁷⁾. En substance, les arguments relatifs à une prétendue inconstitutionnalité de la loi de 1901 et de l'article 1843-5 sont toutefois voisins et c'est fondamentalement la constitutionnalité de la restriction de l'action *ut singuli* au seul droit des sociétés qui est contestée ; la Cour de cassation y apporte des réponses qui méritent d'être approfondies, pas tant à propos de l'appréciation de son refus que pour les incidences que son argumentation a sur le refus prétorien de l'action *ut singuli* associative. La Cour refuse de transmettre la question au Conseil constitutionnel, en estimant d'abord qu'elle n'est pas nouvelle⁽³⁸⁾ ; cette affirmation ne nous intéresse pas directement. Mais la Cour se sent tenue de compléter son argument, pourtant auto-suffisant, en déclarant que la question ne présente pas un caractère sérieux⁽³⁹⁾. Elle invoque à l'appui de son affirmation trois justifications de la différence de régime de l'action *ut singuli* entre association et société. Or, nous marquons une totale réprobation de ces justifications, et même une incompréhension. Aucune des trois différences relevées n'est fautive en elle-même, mais elles sont sans aucun rapport avec la différence de régime juridique pour lesquelles on les invoque comme justification. C'est ce que nous démontrerons en les examinant successivement.

A – Différence de définition de la société et de l'association

« 14. Si M. [B] soutient qu'une association peut être considérée comme une

entreprise et que les membres d'une association devraient être traités de la même manière que les membres d'une société civile ou commerciale, qui seraient placés dans une situation similaire, il résulte des articles 1832 du code civil et 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901 que, à la différence de la société, qui est instituée en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter, l'association poursuit un but autre que le partage des bénéfices ».

Nous nous trouvons presque en face d'un « en même temps » présidentiel. Association et société ont en commun d'être une entreprise, mais elles n'ont pas la même définition et s'opposent par leur objet. La différence entre les deux institutions est patente puisqu'elle s'exprime terme à terme et il n'est pas question de la contester. On pourrait faire valoir que leurs frontières ont pourtant été discutées depuis l'adoption de la loi de 1901, voire que cette opposition a totalement changé de signification avec le développement des activités économiques associatives⁽⁴⁰⁾ et qu'elle aboutit même à une remise en cause fondamentale dans le droit belge voisin⁽⁴¹⁾. Mais il n'est pas nécessaire d'entrer dans ces discussions qui, quoique fondamentales, n'ont pas trouvé leur aboutissement en droit français, comme en atteste le choix législatif récent de ne pas toucher à l'article 1832 du code civil⁽⁴²⁾. Gardons donc l'idée que société et association s'opposent quant à leur finalité comme le rappelle la Cour de cassation.

Mais quel est le rapport avec la question posée à propos de l'action *ut singuli* ? C'est là où le bât blesse. Comme se le demande notre collègue Jean-François Hamelin, faut-il considérer que les intérêts patrimoniaux des associés justifie-

(36) *Ibid.*, n° 5-6.

(37) *Ibid.*, n° 7 s.

(38) *Ibid.*, n° 10.

(39) *Ibid.*, n° 11.

(40) D. Hiez, art. préc., n° 29 s. ; A. Viandier, *op. cit.*, n° 8. – Sur l'incidence de la loi de 1978 : A. Tadros, *op. cit.*

(41) M. Davagle, A. Cauwenbergh et M. Coipel (dir.), *Le nouveau visage des ASBL après le 1^{er} mai 2019*, 2019, Anthemis.

(42) D. Hiez, *Loi Pacte, coopératives et économie sociale et solidaire*, RTD com. 2019. 929.

raient l'action *ut singuli* là où les intérêts extra-patrimoniaux des sociétaires ne le feraient pas ? Une telle hiérarchie est indéfendable⁽⁴³⁾. Mais il faut aller plus loin pour montrer la profondeur de l'unité des deux groupements sur ce point. L'action *ut singuli* ne peut viser qu'à la reconstitution du patrimoine social, dans la société comme dans l'association, en sorte que l'intérêt des associés et des sociétaires sont totalement similaires dans ces deux cas, à savoir la reconstitution du patrimoine social dans le but de favoriser la réalisation de l'objet social. Retenir la spécificité de la société comme organisme à but lucratif renvoie à la jurisprudence antérieure à 1966 qui sanctionnait l'action *ut singuli* par l'indemnisation de l'associé, solution précieusement abandonnée.

Si on cherche d'autres explications à l'invocation de cette différence par la Cour de cassation, nous en entrevoyons deux, dont aucune n'est convaincante. D'abord, la Cour peut avoir en vue que la reconstitution du patrimoine de la société est une condition *sine qua non* de l'achèvement de son objet social tandis qu'elle serait accessoire pour l'association. Il est vrai que l'association se fonde sur la mise en commun d'activités et de connaissances et non sur des biens patrimoniaux (L. 1^{er} juill. 1901, art. 1^{er}), mais ceci n'interdit pas à l'association de considérer que des ressources matérielles sont nécessaires pour l'accomplissement de son objet. Estimer que ce patrimoine doit nécessairement avoir une position accessoire et donc moins protégée en droit des associations qu'en droit des sociétés est au minimum naïf, voire scandaleux, s'il conduit en pratique à faciliter les atteintes à ce patrimoine.

La seconde raison potentiellement sous-jacente que nous apercevons se rapporte à la nature plus aisément morale du préjudice subi par l'association, tel que nous l'avons relevé plus haut. D'abord,

les associations peuvent souffrir un préjudice directement patrimonial par la faute de gestion de leur dirigeant, ne serait-ce que s'il a procédé à des dépenses inconsidérées, et il n'est pas proposé d'admettre l'action *ut singuli* au cas de préjudice patrimonial et pas au cas de préjudice moral. Ensuite, comme nous l'avons dit, l'association peut être révélatrice de cette hypothèse de préjudice moral, mais elle n'en a pas l'exclusivité. Il est parfaitement possible qu'une société souffre d'un préjudice moral à la suite d'une faute de gestion de son dirigeant et personne n'a prétendu qu'en ce cas l'action *ut singuli* serait irrecevable.

La première différence relevée entre association et société est donc exacte mais totalement inopérante.

B – Libre détermination statutaire des représentants

« 15. En outre, alors que la société ne peut être représentée que par ses organes légaux, les statuts de l'association déterminent librement, en vertu du principe de la liberté associative, les personnes qui sont habilitées à représenter l'association en justice ».

L'affirmation est aussi incontestable que la précédente et même apparemment plus solide dans son usage. Le silence de la loi de 1901 est bien connu et la flexibilité que cela autorise constitue même une des raisons du succès des associations en France. Or, il est certain que cette liberté statutaire permet aux rédacteurs de statuts de conférer aux sociétaires (à chacun, à un nombre minimal...) le pouvoir d'engager la responsabilité des dirigeants, dans un équilibre que les fondateurs de l'association ont la possibilité de définir eux-mêmes eu égard à la situation propre de chaque association. Dans ces conditions, il ne serait pas nécessaire que la loi ou le

(43) J.-F. Hamelin, *op. cit.*, n° 8.

juge ne prévoit un tel pouvoir grâce à l'action *ut singuli* ; ce serait même se substituer à une volonté inexistante des sociétaires. La faiblesse de l'argument provient de ce que les lacunes récurrentes des statuts d'association sont parfaitement connues et qu'il y a de la mauvaise foi à en appeler à une possibilité dont on sait qu'elle ne se réalise jamais. Qui plus est, comme le relevaient Jeantin et Alfandari⁽⁴⁴⁾, les statuts proposés par le ministère de l'Intérieur ne contiennent eux-mêmes aucune disposition à cet égard ; et la même affirmation vaut pour les statuts des associations reconnues d'utilité publique⁽⁴⁵⁾.

Il en résulte que l'action *ut singuli* présente concrètement le même intérêt en droit des associations si on veut permettre aux sociétaires d'agir contre des dirigeants fautifs. Il est même un point qui n'est jamais approfondi à notre connaissance, et qui pourtant renforcerait la justification de l'action *ut singuli* en cette matière. En droit des sociétés, l'action *ut singuli* trouve sa place entre l'action *ut universi* et l'action individuelle d'un associé en réparation de son préjudice personnel. Or, il est permis de se demander s'il y a une quelconque place pour l'action d'un sociétaire en réparation de son préjudice personnel en droit associatif⁽⁴⁶⁾. S'il est délicat d'isoler ce préjudice en droit des sociétés, la mission devient pratiquement irréalisable en droit des associations. Un sociétaire ne peut naturellement pas se prévaloir d'un préjudice patrimonial puisque, par définition, il ne possède aucun droit patrimonial dans l'association. On peut essayer d'invoquer la situation de l'apporteur avec droit de reprise, mais les pertes qu'il risque ne sont pas liées à sa qualité de sociétaire mais d'apporteur, la seconde ne s'imposant pas pour

acquérir la première. Quant au préjudice moral, on ne voit pas en quoi il pourrait consister d'autre que dans l'atteinte à la réalisation de l'objet social, ce pour quoi le sociétaire s'est engagé dans l'association, ce qui constitue le préjudice de l'association. Il n'y a donc pas de possibilité d'action individuelle d'un sociétaire en dehors de l'action *ut singuli*. Il y a donc, non pas une raison spécifique au contexte associatif pour refuser l'action *ut singuli*, mais au contraire une raison supplémentaire pour le consacrer.

C – Mise en œuvre différente des conditions de la responsabilité civile et pénale des dirigeants

« 16. Enfin, la responsabilité civile ou pénale des dirigeants de sociétés est mise en œuvre dans des conditions différentes de celles applicables aux dirigeants des associations ».

Cette affirmation de la Cour ne présente pas en elle-même la même évidence que les deux premières. P.-H. Dutheil affirme ainsi que les régimes de responsabilité des dirigeants d'association et de société anonymes sont « parfaitement concordants »⁽⁴⁷⁾. L'affirmation reflète bien que l'esprit général qui commande à ces deux hypothèses est identique, mais elle masque des différences de détail. Karine Rodriguez les synthétise en trois spécificités constitutives d'une responsabilité « atténuée » en matière associative⁽⁴⁸⁾ : l'appréciation de la faute du dirigeant est appréciée avec indulgence lorsqu'il exerce sa mission à titre gratuit, en application de l'article 1992, alinéa 2, du code civil ; le refus de l'action *ut singuli* ; et l'exonération de responsabilité du dirigeant en cas de quitus voté par l'assemblée générale⁽⁴⁹⁾. Quant à la responsabilité

(44) M. Jeantin et E. Alfandari, *op. cit.*

(45) En dernier lieu, CE, sect., intérieur, 28 avr. 2020, n° 400057, rapp. M. Weil.

(46) P.-H. Dutheil en évoque la possibilité théorique en reconnaissant son caractère exceptionnel, mais il n'en fournit aucun exemple : n° 12.44. La Cour de cassation s'y réfère également : n° 19.

(47) P.-H. Dutheil, *op. cit.*, n° 12.42.

(48) K. Rodriguez, J.-Cl. Commercial, v° « Association », n° 110.

(49) Dans le même sens : P.-H. Dutheil, *op. cit.*, n° 12.46.

pénale, il faut observer que l'infraction de biens sociaux est inapplicable et que celle d'abus de confiance est plus difficile à établir⁽⁵⁰⁾. Une action engagée ne peut en revanche être éteinte par le vote d'un quitus⁽⁵¹⁾. Il convient donc d'être prudent, mais on peut admettre l'affirmation d'une responsabilité spécifique des dirigeants d'association, dans le sens de l'atténuation. Reste à déterminer si celle-ci peut justifier la différence de traitement au regard de l'action *ut singuli*.

Il a déjà été fait remarquer que la responsabilité pénale était de peu de rapport au regard de l'action *ut singuli*⁽⁵²⁾, même si elle peut illustrer l'approche différente dont la responsabilité des dirigeants associatifs serait l'objet. Si telle est bien l'analyse des juges de cassation, leur utilisation de cette spécificité pour justifier la légitimité de l'inapplication de l'action *ut singuli* en matière associative ne peut se comprendre que comme une recherche de cohérence : puisque la responsabilité des dirigeants est atténuée dans le domaine associatif, il conviendrait de prolonger cette indulgence par une rigueur accrue dans les conditions de recevabilité de la mise en cause de cette responsabilité. Autrement dit, il y aurait une contradiction à restreindre la responsabilité des dirigeants sur le fond et à la faciliter sur le plan procédural. L'argument n'est pas aussi évanescent que les deux premiers : la cohérence est une préoccupation juridique que nous ne contestons pas. C'est particulièrement le cas dans la façon dont le juge met en œuvre l'interprétation⁽⁵³⁾. La cohérence ne peut toutefois masquer les décisions de politique juridique qui affluent dans toute interprétation et l'arrêt commenté l'illustre parfaitement. Au lieu de considérer que le rejet de l'action *ut singuli* est cohérent avec la responsabilité atténuée des dirigeants associatifs, il est tout aussi

pertinent, et peut-être plus convaincant, d'estimer qu'il la renforce au-delà de l'équilibre qui avait été recherché et qu'il contribue à ce qui a été qualifié d'immunité des dirigeants. Autrement dit, la cohérence requiert de l'équilibre et c'est l'admission de l'action *ut singuli* qui la réaliserait. Dans le même sens, on pourrait faire valoir que l'exigence de cohérence n'a pas empêché la Cour de cassation d'affirmer que l'indulgence dont il faut faire preuve dans l'appréciation de la faute du dirigeant bénévole s'accompagne, la faute une fois admise, de l'application rigoureuse du principe de réparation intégrale. La solution constitue un choix qui n'est pas seulement de pure technique juridique.

Mais revenons sur le détail des différences qui justifieraient l'affirmation de la spécificité de la responsabilité des dirigeants associatifs. On a déjà relevé que la responsabilité pénale n'est pas pertinente puisque l'action *ut singuli* est sans application devant le juge pénal. Il faut *a fortiori* exclure la différence tenant à l'action *ut singuli* elle-même, puisque c'est précisément la question à résoudre. Il reste le jeu de l'article 1992, alinéa 2, du code civil. Il faut d'abord observer que ce texte n'a évidemment pas été conçu spécialement pour les associations. Ensuite, il faut encore relever que tous les dirigeants associatifs n'exercent pas leur mission à titre gratuit. Rien ne s'oppose à ce qu'un dirigeant soit rémunéré ; seul le droit fiscal fixe des limites à cette rémunération⁽⁵⁴⁾. Or, rien ne laisse présager que la Cour de cassation aurait une position spécifique quant à l'action *ut singuli* si elle était intentée contre un dirigeant associatif rémunéré, alors même que l'indulgence du code civil ne lui serait pas applicable.

Si on envisage l'ensemble des arguments invoqués par la Cour de cassation pour

(50) P.-H. Dutheil, *op. cit.*, nos 12.51 et 16.04.

(51) *Ibid.*, n° 16.10.

(52) J.-F. Hamelin, *op. cit.*, n° 10.

(53) B. Frydman, *Le sens des lois Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 2011, Bruylant, n° 102.

(54) BOI-IS-CHAMP-10-50-10-20, nos 230 s.

conclure à l'absence de violation du droit à un recours juridictionnel effectif, un seul de ces arguments présente une valeur effective : la décharge de responsabilité du dirigeant après quitus de sa gestion. Cette solution n'est nullement le fruit d'un choix politique mais la conséquence de la dimension contractuelle renforcée du droit associatif. Dès lors que le mandant, l'association, donne quitus au mandataire, il importe peu que l'un des membres de l'assemblée vote le refus du quitus ; dès lors que les statuts prévoient un vote majoritaire, le vote majoritaire est acquis et le sociétaire en désaccord doit s'y soumettre. La seule solution qui lui reste est de demander au juge de prononcer la nullité de la délibération, à condition qu'il puisse établir une illégalité. Tout ceci ne fait pas de l'association un pur contrat ; elle est simplement une institution dont la forme juridique est le contrat ⁵⁵.

Finalement, l'argumentation de la Cour de cassation ressemble à celle du bota-

niste à qui on demanderait si, en vue de sa conservation en vue de sa consommation le poisson, comme le poulet, devrait être conservé au réfrigérateur, et qui répondrait par la négative parce que l'un a des plumes et l'autre des écailles. Il n'est pas sérieusement possible de fonder une spécificité associative sur ce seul constat. L'absence de tout fondement à une distinction entre associations et sociétés au regard de l'action *ut singuli*, requiert nécessairement l'affirmation d'un principe dont le droit des sociétés ne serait qu'un exemple. Il est vrai toutefois que cela soulève la question de l'étendue de ce principe, car le droit des associations n'est pas seul en cause. Sans attendre que l'étendue du principe soit précisée, il est loisible à la jurisprudence de relever l'existence d'un « principe applicable en droit des associations », limitant ainsi la portée de son innovation tout en faisant disparaître une solution inopportune et techniquement difficile à défendre.

(55) D. Hiez, Rép. civ., v^o « Association », art. préc., n^o 26.