

Réflexion sur la pertinence d'un élargissement de l'action ut singuli

Repère par Nadège Jullian professeur de droit privé, université Toulouse 1 Capitole

Palliatif à l'inaction des dirigeants, l'action *ut singuli* fait, ces dernières années, l'objet d'un contentieux nourri. Pour ne citer que les décisions les plus récentes, la Cour de cassation a récemment précisé qu'un cogérant-associé pouvait exercer l'action *ut singuli* lorsqu'il n'était pas en mesure d'introduire une action sociale *ut universi* ([Cass. com., 27 mai 2021, n° 19-17.568](#)). Également, la chambre commerciale a affirmé que l'action *ut singuli*, exercée par un titulaire de parts sociales qui avait perdu la qualité d'associé, est irrecevable ([Cass. com., 24 juin 2020, n° 18-17.338](#)), et deux cours d'appel ont ajouté que l'action *ut singuli* devait être déclarée irrecevable, lorsque l'associé a perdu cette qualité en cours d'instance ([CA Caen, 31 mars 2022, n° 16/02837](#) – Et [CA Paris, ch. 5-9, 10 mars 2022, n° 13/18511](#) : [JurisData n° 2022-003421](#)). Enfin, l'action *ut singuli* s'est retrouvée sous le feu des projecteurs à l'occasion d'une demande de question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'inconstitutionnalité du domaine limité de l'action *ut singuli* de l'article 1843-5 du Code civil, réservée aux seules sociétés, à l'exclusion des associations. Cette question n'a toutefois pas été transmise par la Cour de cassation ([Cass. 3e civ., 7 juill. 2022, n° 22-10.447](#) : [JurisData n° 2022-011695](#) ; [JCP E 2022, 957, n° 35](#), note St. Grayot-Dirx).

Ces décisions conduisent à nous interroger sur la pertinence des limites actuellement posées à cette action. En effet, la jurisprudence veille à ce que ce recours ne déborde pas des limites fixées par les textes. L'action *ut singuli* est ainsi refusée à celui qui n'a plus la qualité d'associé, nous l'avons rappelé, mais elle est également impossible contre un dirigeant de fait ([Cass. com., 29 mars 2017, n° 16-10.016](#) : [JurisData n° 2017-005716](#)) ou à l'encontre d'un liquidateur amiable de la société ([Cass. com., 6 déc. 2017, n° 16-21.005](#) : [JurisData n° 2017-025055](#)). Pourtant, cette action a des vertus. Elle offre la possibilité à un associé de défendre la société en agissant à la place du représentant légal en responsabilité contre le dirigeant, lorsque ce dernier est négligent et, surtout, lorsque le dirigeant en place est précisément celui qui a commis une faute et contre lequel l'action est dirigée.

Existe-t-il alors une explication à ce cantonnement strict de l'action *ut singuli* ? Il est parfois affirmé que l'action *ut singuli* doit rester circonscrite, car elle serait une exception à la règle « *Nul ne plaide par procureur* ». On retrouve d'ailleurs cette idée dans l'arrêt précité relatif aux associations ([Cass. 3e civ., 7 juill. 2022, n° 22-10.447, préc.](#)) et plus exactement dans l'arrêt d'appel faisant l'objet du pourvoi ([CA Paris, pôle 4, ch. 13, 5 oct. 2021, n° 17/08898](#)). Cette maxime signifiait par le passé que personne, sauf le Roi, ne pouvait se faire représenter en justice. Elle a aujourd'hui un sens différent (*Roland et Boyer, Adages du droit français : Litec*, 3e éd., 1992, n° 278 : « *Nul en France ne plaide par procureur hormis le roi* »). L'adage exprime désormais une condition de forme selon laquelle l'identité du demandeur ne peut pas être tue en cas de représentation conventionnelle. Elle doit être communiquée et apparaître dans les actes réalisés par le mandataire (*L. Cadiet et E. Jeuland, Droit judiciaire privé : LexisNexis*, 11e éd., 2020, n° 435). Cette règle ne s'applique donc pas pour le dirigeant social, représentant légal de la société. Il peut simplement indiquer la qualité dans laquelle il agit. Mais qu'en est-il de l'associé agissant *ut singuli* ? Son droit constitue-t-il véritablement une exception à ce principe ? Le législateur offrirait à l'associé la possibilité de représenter la société de manière dérogatoire ? ou bien le législateur a-t-il attribué une qualité pour agir à l'associé, autrement dit un droit propre ?

La réponse n'est guère aisée, car si, comme l'écrivait Oppetit, « *la nature sociale du droit mis en jeu par l'action sociale ut singuli semble indiscutable* » (*B. Oppetit, Les rapports des personnes morales et de leurs membres : thèse, Paris, 1963, p. 257*), la nature du droit d'agir lui-même est moins évidente. Certains auteurs estiment que l'action *ut singuli* est un cas de représentation par substitution à une personne défaillante. L'action intentée est alors celle de la société, de sorte que les conditions devraient être appréciées en la personne de la société notamment s'agissant de la qualité à agir (*C. Chainais, Fr. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, Procédure civile : Précis, Dalloz*, 2022, n° 318). Cependant, la jurisprudence ne semble pas partager pas cette analyse ([Cass. crim., 12 déc. 2000, n° 97-83.470](#) : [JurisData n° 2000-008064](#)). Comme l'a démontré M. le Pr. Pagnucco, dans sa thèse de doctorat consacrée à l'action sociale, l'intérêt de l'associé à agir *ut singuli* doit être apprécié en la personne de l'associé (*J.-Ch. Pagnucco, L'action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements, t. 4 : Fondation Varennes*, 2006, n° 509 et s. et n° 521 et s.). De surcroît, l'article R. 225-170 du Code de commerce exige sous peine d'irrecevabilité, la mise en cause du groupement. L'action *ut singuli* serait donc un droit propre de l'associé (*J.-Ch. Pagnucco, thèse préc.*, n° 274. – *St. Grayot-Dirx, Refus du renvoi d'une QPC portant sur l'absence d'action ut singuli au bénéfice des membres d'une association* : [JCP G 2022, 957, n° 35](#). – *J.-F. Hamelin, Le contrat-alliance, préc. N. Molfessis : Economica*, 2012, p. 509).

Partant, les récentes décisions des cours d'appel de Caen et de Paris interrogent. L'existence du droit d'agir en justice doit en principe s'apprécier à la date de la demande introductive d'instance, et non en cours d'instance, comme a pu d'ailleurs l'affirmer la Haute Juridiction au sujet d'une expertise de gestion ([Cass. com., 6 déc. 2005, n° 04-10.287](#) : [JurisData n° 2005-031174](#)). Rien ne semble permettre de justifier qu'il en aille autrement en matière d'action *ut singuli*. Il serait ainsi préférable que la Cour retienne que la perte de la qualité d'associé en cours d'instance ne conduit pas à l'irrecevabilité de l'action. Là serait le premier assouplissement souhaitable (*sur cette question* : *J.-Ch. Pagnucco, note ss CA Paris, 10 mars 2022* : *BJS 2022, n° BJS200z8*).

Ensuite, il conviendrait de réfléchir à une modification des textes autorisant cette action afin d'en élargir le périmètre. En effet, s'agissant des personnes contre qui l'action *ut singuli* peut être menée, la lettre des articles organisant cette action pourrait être retouchée afin d'ouvrir l'action. Certains auteurs ont pu proposer d'admettre l'exercice de cette action contre les dirigeants de fait. Toutefois, la démonstration de cette qualité prêtant elle-même à discussion, on peut douter de l'intérêt de cet élargissement. Il risquerait de favoriser des immixtions inopportunes des associés. En revanche, l'extension aux dirigeants de filiales, sous réserve qu'elles soient soumises au droit français, semble judicieuse. Cette proposition (*R. Vatinet, La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux, devant les juridictions civiles* : *Rev. sociétés* 2003, p. 247, n° 2. – *E. Scholastique, Détermination des personnes habilitées à exercer l'action sociale ut singuli dans un groupe de sociétés* : *D. 2002, p. 1475*. – *A. Viandier et C. Armand, Réflexions sur l'exercice de l'action sociale dans le groupe de sociétés : transparence des personnalités et opacité des responsabilités* : *Rev. sociétés* 1986, p. 557 et s.) permettrait d'offrir un outil aux associés assez proche des « *double derivative actions* » du droit américain (*W.-H. Painter, Double derivative suits and other remedies with regard to damaged subsidiaries* : *Indiana Law Journal*,

1961, 36, n° 2, p. 143). En outre, permettre cette action contre le liquidateur amiable serait bienvenu, tant les voies sont limitées et complexes en présence d'un liquidateur négligent (*pour une présentation complète des issues : C. Coupet, note ss Cass. com., 6 déc. 2017 : BJS 2018, n° BJS118j5*). Ce dernier ne peut bénéficier d'une irresponsabilité de fait.

Enfin, afin d'augmenter l'attractivité de l'action *ut singuli*, il serait utile de permettre la prise en charge par la société des frais de justice de l'associé agissant. À ce jour, l'associé doit seul supporter les frais, alors même que si l'action aboutit les sommes bénéficieront à la société et indirectement à la collectivité des associés. Il faut ainsi compter sur la dévotion d'un minoritaire, l'alliance de certains associés, ou sur le majoritaire. Cette prise en charge pourrait ne pas être automatique afin de limiter les actions fantaisistes et donc nécessiter une autorisation judiciaire comme a pu le proposer M. le Pr. Schmidt (*D. Schmidt, De quelques règles procédurales régissant l'action en responsabilité civile contre les dirigeants de sociétés cotées in bonis, dans Études de droit privé offertes à Paul Didier : Economica, 2008, p. 383*).

L'action *ut singuli* deviendrait alors un outil efficace de défense de la société par ses associés !