

Action sociale *ut singuli* et désignation d'un mandataire *ad hoc*

Commentaire par Jean-François Hamelin

SARL

Solution. – L'action sociale exercée par un associé n'est recevable que si la société est régulièrement représentée dans l'instance.

Lorsqu'il existe un conflit d'intérêts entre la société et son représentant légal, la société ne peut être régulièrement représentée que par un mandataire *ad hoc*, qu'il appartient au juge de désigner à la demande de l'associé ou du représentant légal ou, le cas échéant, d'office.

Impact. – Par cet arrêt publié, la chambre commerciale apporte une précision procédurale importante sur l'exercice de l'action sociale *ut singuli*, puisque dès lors que cette action sera dirigée contre un dirigeant encore en fonction, la désignation d'un mandataire *ad hoc* s'imposera à peine d'irrecevabilité. Une telle solution vaut vraisemblablement au-delà de la SARL.

[Cass. com., 9 nov. 2022, n° 20-19.077, PB : JurisData n° 2022-018484](#)

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Douai, 11 juin 2020), la société à responsabilité limitée HEP a été constituée le 5 mai 2014 entre Mme [V], M. [V] et M. [D], Mme [V] en étant la gérante.
2. La société HEP a notamment pour objet social l'exploitation d'un café, bar, brasserie ainsi que toutes opérations immobilières pouvant se rattacher directement ou indirectement à cette exploitation. Elle a, pour exercer son activité, conclu le 17 juillet 2014 un bail commercial portant sur un local à usage commercial situé à [Localité 4] (Hauts-de-France).
3. La SCI des Collières, constituée entre Mme [V] et M. [D], a, le 14 mars 2017, acquis l'immeuble comprenant le local à usage commercial loué par la société HEP pour exercer son activité.
4. M. [V] a, par un acte du 1er septembre 2017, assigné Mme [V] et la société HEP, représentée par Mme [V], aux fins de voir condamner Mme [V] à payer des sommes en réparation de son préjudice et de celui subi par la société HEP. Mme [V] a opposé une fin de non-recevoir tirée de ce que la société HEP n'était pas valablement représentée faute de désignation d'un mandataire *ad hoc*.

Examen des moyens

Sur les premier et deuxième moyens, en ce qu'ils font grief à l'arrêt de dire que Mme [V] s'est rendue coupable de réticence dolosive et a manqué à son devoir de loyauté à l'égard de M. [V] et de la condamner à payer à M. [V] une somme en réparation de son préjudice moral, et sur le quatrième moyen, ci-après annexés

5. En application de l'[article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile](#), il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Mais sur le premier moyen, en ce qu'il fait grief à l'arrêt d'écarter la fin de non-recevoir tirée de ce que la société HEP n'est pas régulièrement représentée dans l'instance relative à l'action sociale exercée par M. [V], de dire que Mme [V] s'est rendue coupable de réticence dolosive et a manqué à son devoir de loyauté à l'égard de la société HEP et de la condamner à payer à la société HEP une somme à titre de dommages-intérêts

Enoncé du moyen

6. Mme [V] fait grief à l'arrêt d'écarter la fin de non-recevoir présentée en défense, de dire qu'en dissimulant l'information selon laquelle l'immeuble exploité par la société HEP était à vendre et, en se portant elle-même acquéreur par le biais de la SCI des Collières, Mme [V] s'est rendue coupable de réticence dolosive et a manqué au devoir de loyauté à l'égard de la société HEP engageant sa responsabilité, et de condamner Mme [V] à verser à la société HEP une somme de 50 000 euros à titre de dommages et intérêts, et ce, avec intérêts au taux légal, alors :

« 1° / qu'excède ses pouvoirs la cour d'appel qui se prononce sur les mérites de l'action *ut singuli* tant que la société n'est pas valablement représentée à l'instance ; qu'en cas de conflit d'intérêts entre la société et son représentant légal, la société n'est valablement représentée qu'après la désignation d'un mandataire *ad hoc* ; qu'en retenant pourtant que "l'absence de désignation d'un mandataire *ad hoc* ne constitue pas une condition de recevabilité de l'action", la cour d'appel a violé l'[article R. 223-32 du code de commerce](#), ensemble les principes qui régissent l'excès de pouvoir ;

2° / qu'en cas de conflit d'intérêts entre la société et son représentant légal, la société n'est valablement représentée qu'après la désignation d'un mandataire *ad hoc* ; qu'il appartient à la juridiction saisie de désigner ce mandataire *ad hoc* ; qu'en retenant, par motifs propres et éventuellement adoptés, que M. [V] n'avait pas qualité pour solliciter la désignation d'un mandataire *ad hoc* et que Mme [V] n'avait elle-même pas formé une demande aux fins de désignation d'un tel mandataire *ad hoc*, quand il appartenait au juge lui-même de procéder à cette désignation, la cour d'appel a statué par des motifs inopérants, privant sa décision de base légale au regard de l'[article R. 223-32 du code de commerce](#), ensemble les principes qui régissent l'excès de pouvoir ;

3° / que le représentant légal de la société en exercice se trouve nécessairement en état de conflit d'intérêts lorsque l'action *ut singuli* est exercée à son encontre, et non contre l'un de ses prédécesseurs ; qu'en retenant pourtant qu'en l'absence de demande de Mme [V] contre la société HEP, il n'existerait pas de conflit d'intérêts, quand Mme [V], partie dont était sollicitée la condamnation au paiement de dommages et intérêts au profit de la société HEP, était représentant légal de la société HEP, la cour d'appel a violé l'[article R. 223-32 du code de commerce](#). »

Réponse de la Cour

Vu l'[article R. 223-32 du code de commerce](#) et les principes qui régissent l'excès de pouvoir :

7. Selon ce texte, lorsque l'action sociale est intentée par un associé, le tribunal ne peut statuer que si la société a été régulièrement mise en cause par l'intermédiaire de ses représentants légaux. Le tribunal peut désigner un mandataire ad hoc pour représenter la société dans l'instance lorsqu'il existe un conflit d'intérêts entre celle-ci et ses représentants légaux.

8. Il en résulte que l'action sociale exercée par un associé n'est recevable que si la société est régulièrement représentée dans l'instance. Lorsqu'il existe un conflit d'intérêts entre la société et son représentant légal, la société ne peut être régulièrement représentée que par un mandataire ad hoc, qu'il appartient au juge de désigner à la demande de l'associé ou du représentant légal ou, le cas échéant, d'office.

9. Pour écarter la fin de non-recevoir tirée de ce que la société HEP n'était pas régulièrement représentée dans l'instance relative à l'action sociale exercée par M. [V] et condamner Mme [V] à payer à cette société des dommages-intérêts en réparation de son préjudice, l'arrêt, après avoir constaté, dans son en-tête, que Mme [V] était assignée à la fois à titre personnel et en sa qualité de représentant légal de la société HEP, retient, par motifs propres et adoptés, que si l'action ut singuli exige, en raison de sa nature sociale, la mise en cause régulière de la société par l'intermédiaire de son représentant légal, l'absence de désignation d'un mandataire ad hoc ne constitue pas une condition de recevabilité de l'action, que Mme [V] ne sollicite pas elle-même la désignation d'un mandataire ad hoc et qu'il n'existe pas de conflit d'intérêts entre cette dernière et la société HEP, dès lors que Mme [V] ne forme aucune demande à l'encontre de la société.

10. En statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que Mme [V] avait été assignée à la fois à titre personnel et en tant que représentante légale de la société HEP et que, par suite, il existait un conflit d'intérêts entre la société HEP, prétendument victime des agissements de sa gérante, et cette dernière, ce dont elle aurait dû déduire qu'elle devait désigner un mandataire ad hoc pour que la société HEP soit régulièrement représentée, peu important qu'elle n'ait pas été saisie d'une demande en ce sens, la cour d'appel a violé le texte et les principes susvisés.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce que, confirmant le jugement entrepris, il écarte la fin de non-recevoir soulevée par Mme [V] et en ce qu'il dit que Mme [V] s'est rendue coupable de réticence dolosive et a manqué au devoir de loyauté à l'égard de la société HEP et la condamne à verser à la société HEP la somme de 50 000 euros à titre de dommages et intérêts, avec intérêts au taux légal à compter de l'arrêt, l'arrêt rendu le 11 juin 2020, entre les parties, par la cour d'appel de Douai ;

Remet, sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Douai autrement composée ;

Note :

L'action sociale *ut singuli* a beau être une thématique assez classique en droit des sociétés, la jurisprudence n'en continue pas moins d'en révéler quelques aspects nouveaux. L'arrêt rendu le 9 novembre dernier et ayant vocation à être publié au bulletin en constitue une très belle illustration ([Cass. com., 9 nov. 2022, n° 20-19.077. PB](#) ; [JurisData n° 2022-018484](#) ; [BJS janv. 2023, n° BJS201p3, note J.-F. Barbière](#) ; [JCP 2022, act. 1290, obs. B. Dondero](#)).

Faits. – En l'espèce, un associé de SARL agissant en réparation du préjudice social avait assigné le gérant ainsi que cette société. Ce faisant, il exerçait l'action sociale *ut singuli* en se conformant aux prescriptions de l'[article R. 223-32, alinéa 1er, du Code de commerce](#), puisque ce texte prévoit que « *lorsque l'action sociale est intentée par un ou plusieurs associés, agissant soit individuellement, soit dans les conditions prévues à l'article R. 223-31, le tribunal ne peut statuer que si la société a été régulièrement mise en cause par l'intermédiaire de ses représentants légaux* ».

Le gérant opposa toutefois une fin de non-recevoir tirée de ce que la SARL n'était pas valablement représentée faute de désignation d'un mandataire *ad hoc*. En effet, il convient ici de préciser que le second alinéa de l'article précité dispose que « *le tribunal peut désigner un mandataire ad hoc pour représenter la société dans l'instance, lorsqu'il existe un conflit d'intérêt entre celle-ci et ses représentants légaux* ».

Une telle fin de non-recevoir fut néanmoins rejetée tant par les premiers juges que par les conseillers de la cour d'appel de Douai. Cette dernière décida en effet que « *si l'action ut singuli exige, en raison de sa nature sociale, la mise en cause régulière de la société par l'intermédiaire de son représentant légal, l'absence de désignation d'un mandataire ad hoc ne constitue pas une condition de recevabilité de l'action* ». Elle ajouta même que « *la fin de non recevoir soulevée par l'action de [la gérante], qui ne sollicite pas elle-même une telle désignation d'un mandataire ad hoc et qui au demeurant ne forme aucune demande à l'encontre de la société HEP, sera en conséquence rejetée et le jugement confirmé de ce chef* ». Autrement dit, pour la juridiction douaisienne, non seulement l'absence de désignation d'un mandataire *ad hoc* ne pouvait en elle-même constituer une fin de non-recevoir. Mais, en outre, il n'y avait, en l'espèce, aucun conflit d'intérêts entre la SARL et son gérant.

Pourvoi. – Le gérant forma un pourvoi dont l'argumentation était, en substance, la suivante. Selon lui, le représentant légal de la société en exercice se trouve nécessairement en état de conflit d'intérêts lorsque l'action sociale *ut singuli* est exercée à son encontre, et non contre l'un de ses prédécesseurs. Or, en cas de conflit d'intérêts entre la société et son représentant légal, la société n'est valablement représentée qu'après la désignation d'un mandataire *ad hoc*. Par conséquent, la cour d'appel excède ses pouvoirs si elle se prononce sur les mérites de l'action *ut singuli* alors que la société n'est pas valablement représentée à l'instance.

Solution. – Assurément, la chambre commerciale a été séduite par un tel raisonnement, puisqu'elle censure la cour d'appel de Douai au visa de l'[article R. 223-32 du Code de commerce](#) et des principes qui régissent l'excès de pouvoir.

Une nouvelle irrecevabilité. – Ainsi, après avoir rappelé le contenu de cet article, elle en reformule en quelque sorte le premier alinéa en énonçant qu'« *il en résulte que l'action sociale exercée par un associé n'est recevable que si la société est régulièrement représentée dans l'instance* ».

Mais surtout elle poursuit en précisant que « *lorsqu'il existe un conflit d'intérêts entre la société et son représentant légal, la société ne peut être régulièrement représentée que par un mandataire ad hoc, qu'il appartient au juge de désigner à la demande de l'associé ou du représentant légal ou, le cas échéant, d'office* » (§ 8). Une telle affirmation constitue une double réécriture du second alinéa de l'article R. 223-32.

Tout d'abord, il faut rappeler que cet alinéa indique que le tribunal peut désigner un mandataire *ad hoc* en conflit d'intérêts et non qu'il le doit, ce qui pouvait laisser entendre que la société peut être régulièrement représentée sans. Toutefois, la chambre commerciale décide l'inverse, puisqu'en présence d'un conflit d'intérêts, « *la société ne peut être régulièrement représentée que par un mandataire ad hoc* » (rappr. déjà de [Cass. com., 18 sept. 2019, n° 17-25.757](#), inédit : [JurisData n° 2019-016087](#)).

Ensuite, comme ce même alinéa indique que le tribunal « *peut* » désigner un mandataire *ad hoc*, il ne semblait pas que le juge saisi ait à le faire d'office. Or, la Haute Juridiction énonce « *qu'il appartient au juge de le désigner à la demande de l'associé ou du représentant légal ou, le cas échéant, d'office* » et décide que la cour d'appel « *devait désigner un mandataire ad hoc pour que la société HEP soit régulièrement représentée* » (§ 10). Par conséquent, il semble bien que le tribunal n'ait pas d'autres choix que de procéder d'office à cette désignation si celle-ci n'a pas été sollicitée par l'associé demandeur ou le représentant légal de la société et s'il veut pouvoir connaître au fond l'action sociale *ut singuli*. Il faut d'ailleurs noter que, pour la chambre commerciale, l'associé exerçant l'action sociale *ut singuli* a bien qualité pour demander la désignation d'un mandataire *ad hoc* alors que, selon le pourvoi, une telle qualité lui aurait été déniée par la cour d'appel.

L'irrecevabilité pour absence de désignation d'un mandataire *ad hoc* étant admise, restait à savoir si celle-ci était en l'espèce encourue et donc s'il existait un conflit d'intérêts.

Un conflit d'intérêts. – Sur ce point, les Hauts Magistrats désavouent totalement la cour d'appel de Douai pour laquelle il n'existait pas de conflit d'intérêts entre le gérant et la SARL à partir du moment où ce représentant légal ne formait aucune demande à l'encontre de la société. En effet, selon la Cour de cassation, dès lors que la gérante « *avait été assignée à la fois à titre personnel et en tant que représentante légale de la SARL il existait un conflit d'intérêts entre la SARL, prétendument victime des agissements de sa gérante* » (§ 10).

Autrement dit, dès lors que l'action sociale *ut singuli* est dirigée contre un dirigeant qui est encore le représentant légal de la société, il existe un conflit d'intérêts qui aboutit à ce que la société ne puisse être représentée valablement à l'instance que par un mandataire *ad hoc*. Afin que sa demande soit recevable et quand bien même le juge saisi peut ou plutôt doit en désigner un, l'associé exerçant l'action sociale *ut singuli* a donc tout intérêt à solliciter la désignation d'un tel mandataire.

Une large portée. – Une telle solution, qui est d'importance pour les praticiens, ne vaut-elle toutefois que pour les SARL ?

La réponse est assurément négative, puisque l'arrêt commenté est rendu au visa de l'[article R. 223-32 du Code de commerce](#) et que l'article R. 225-170 présente une rédaction similaire. Une même solution s'impose donc sans aucun doute dans les SA. En revanche, dans les autres sociétés, il est possible dans un premier temps d'être plus réservé. Dans les sociétés civiles, l'[article 38 du décret n° 78-704 du 3 juillet 1978](#) se contente, par exemple, de prévoir que « *lorsque l'action sociale est intentée par un ou plusieurs associés, le tribunal ne peut statuer que si la société a été régulièrement mise en cause par l'intermédiaire de ses représentants légaux* ». Il ne dit rien en revanche de la désignation d'un mandataire *ad hoc*.

Cependant, dans un second temps, une interprétation large peut être défendue pour au moins trois raisons.

Tout d'abord, il faut observer que le juge peut désigner un mandataire *ad hoc* même si un texte ne le prévoit pas spécialement. D'ailleurs, le contentieux de l'abus de minorité ou encore celui des sociétés radiées mais non liquidées l'illustre.

Ensuite, comme cela a déjà été souligné, la Cour de cassation a pris quelques libertés avec la lettre de l'[article R. 223-32 du Code de commerce](#) qui n'apparaît pas, de ce fait, comme le fondement profond de la solution retenue. À l'inverse, il faut noter que le présent arrêt est également rendu au visa des principes de l'excès de pouvoir qui valent bien évidemment quelle que soit la forme sociale en cause.

Enfin, dans son paragraphe de principe, la chambre commerciale énonce de manière très générale que « *l'action sociale exercée par un associé n'est recevable que si la société est régulièrement représentée dans l'instance. Lorsqu'il existe un conflit d'intérêts entre la société et son représentant légal, la société ne peut être régulièrement représentée que par un mandataire ad hoc, qu'il appartient au juge de désigner à la demande de l'associé ou du représentant légal ou, le cas échéant, d'office* ». Or, le fait que la Haute Juridiction se réfère à la société et non à la SARL et au représentant légal plutôt qu'au gérant incite là aussi à avoir une lecture extensive de l'arrêt.

Mots clés : SARL. - Action sociale *ut singuli*. - Conflit d'intérêts. - Mandataire *ad hoc*.

Textes : [C. com., art. R. 223-32](#)