

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

Des associations, de leurs dirigeants et du droit des entreprises en difficulté

Francine Macorig-Venier

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

DES ASSOCIATIONS, DE LEURS DIRIGEANTS ET DU DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTE

Francine MACORIG-VENIER

Professeure à l'Université Toulouse Capitole, Centre de droit des affaires, Co-directrice du CREDIF (Axe droit de la défaillance économique)

Pour rendre hommage à Bernard Saintourens, fin spécialiste du droit des entreprises en difficulté, du droit des sociétés et des groupements, et plus largement du droit commercial, dont il a exploré avec bonheur le dépassement des frontières naturelles¹, l'idée a germé de nous attacher à la place, dans le droit des entreprises en difficulté, d'une figure de groupement quelque peu atypique, l'association, et de celle de ses dirigeants. L'association est en effet éloignée dans l'imaginaire collectif de l'entreprise, de même que ses dirigeants, peu rompus au management, le sont des dirigeants sociaux.

A la fois siège d'une liberté fondamentale et groupement, l'association flirte pourtant avec le droit des affaires auquel elle emprunte même parfois. Traditionnellement distinguée de la société par son absence de but spéculatif, l'association est régie par la loi du 1^{er} juillet 1901. Ce régime de droit commun peu étoffé, car on a répugné à trop encadrer l'association au risque de la brider, est en réalité complété par des règles du droit des sociétés, y compris par celles régissant les sociétés anonymes, dès lors du moins qu'elles ont un degré de neutralité suffisant : la Cour de cassation a en effet affirmé la vocation subsidiaire d'application des règles du code civil et du code de commerce régissant les sociétés dans le silence de la loi et des statuts².

¹ B. Saintourens, Le bail commercial des non-commerçants, Mélanges Derrupé, Joly Litec 1991, p. 93.

² Cass. Civ., 3 mai 2006, Pourvoi n° 03-18.229, D. 2006, AJ 1456 et p 2037, note K. Rodriguez ; RTDCom, 2006, p. 618, L. Grosclaude ; Rev. soc. 2006, p. 855, D. Randoux. La difficulté concernait les pouvoirs du président, en particulier la possibilité pour ce dernier de prendre des mesures urgentes, et ce à la fois dans le silence des textes et des statuts. Rejetant le pourvoi à l'encontre de la décision des juges du fond qui l'avait admise, la Cour de cassation affirme le caractère subsidiaire des dispositions du code civil et du code de commerce régissant les sociétés et conclut qu'en l'espèce il convenait de se référer à l'article 225-56 du code de commerce conférant au directeur général d'une SA les pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société. Un arrêt plus récent de la troisième chambre civile de la Cour de cassation refusant de transmettre deux QPC au Conseil

Ces emprunts ne surprennent guère alors que les frontières entre association et société se sont estompées dans la loi elle-même avec les modifications apportées à la définition de la société par loi du 4 janvier 1978, susceptible depuis de faire réaliser des économies à ses membres, et, dit-on également, avec la possibilité de préciser la raison d'être de la société dans les statuts depuis la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, sans compter la possibilité pour les sociétés commerciales d'être immatriculées en qualité de sociétés de l'économie sociale et solidaire depuis la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 sur l'économie sociale et solidaire³.

Parallèlement, l'exercice d'activités économiques par les associations, notamment dans le domaine de la santé, de l'aide à la personne, de la formation ou du sport..., s'est répandu et les associations s'y livrant ont été qualifiées parfois de véritables entreprises ou du moins comparées à celles-ci⁴, à tel point même qu'a été formulé le souhait de l'application d'un statut renforcé pour ces associations⁵. Elles ont été astreintes par le législateur à des obligations imposées aux sociétés commerciales, comme les obligations comptables ou la désignation d'un commissaire aux comptes ou encore le respect d'une procédure de contrôle des conventions passées avec les dirigeants⁶.

Quant au droit fiscal, avec le réalisme qui le caractérise, il n'a pas hésité à

Constitutionnel et considérant que l'action sociale *ut singuli* du droit des sociétés ne peut être étendue aux associations ne dément pas cette approche, une telle action en ce qu'elle déroge aux règles de représentation des personnes morales ne pouvant être admise dans les hypothèses non prévues par la loi : en ce sens B. Dondero, Société et association, deux groupements si différents ? obs. sous Cass. 3e civ. QPC 7-7-2022 n° 22-10.447 FS-B : RJDA Janv. 2023

³ Sur l'évolution du droit des sociétés en Californie préfigurant quelque peu celle du droit français : B. Dondero, Vers la société-association ?, Editorial, BJS janv. 2012, n° JBS-2012-0044, p. 1.

⁴ S'interrogeant sur le « non-sens juridique » représenté par le recours à la structure juridique de l'association pour des groupements à caractère lucratif évident tels que les clubs sportifs professionnels, H. Blaise, Esquisse de quelques idées sur la place des associations dans l'activité économique, Mélanges en l'honneur du Doyen R. Houin, Dalloz-Sirey, 1985, p. 35 et s., spécialement p. 45., mais considérant que l'association poursuivant une activité de gestion doit être considérée comme une entreprise lorsque cette activité économique est désintéressée (p. 51 à 32). Voir aussi E. Alfandari, Le patrimoine de l'entreprise sous forme associative ? Mélanges Derrupé, GLN-Joly-Litec, 1991, p. 265. Défendant le particularisme de l'association et sa non soumission au droit du marché, sous réserve de certaines conditions : M. Malaurie, Plaidoyer en faveur des associations, D. 1992, Chr., p. 274. Sur la qualification d'entreprise par la Cour de justice des communautés : CJCE, 1^{er} juill. 2008, Motosykletsistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c/Elliniko Dimosio, Aff. C-49/07, CCC Août-Sept. 2008, p. 37.

⁵ Motion de la 2^e commission « Associations et libertés économiques », 92^e congrès des notaires de France, « Le monde associatif », LPA 12 juin 1996, n° PA199607104, p. 19.

⁶ Ces associations, sous réserve de remplir certaines conditions ont même été autorisées à émettre des obligations par la loi n° 85-695 du 11 juillet 1985 modifiée par la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire (Art. 70) : Art. L. 213-8 à L. 213-21 CMF.

soumettre les associations, le cas échéant, aux impôts commerciaux⁷.

Le droit des procédures collectives a, à son tour, soumis les associations à sa loi, à sa botte, indépendamment même de l'exercice d'une activité économique, tandis qu'il se montrait plus réservé à l'égard des dirigeants d'associations n'ayant pas tous immédiatement encouru les mêmes sanctions que les dirigeants sociaux.

L'évolution plus récente ne remet pas en question l'ancrage des associations dans le droit des entreprises en difficulté. Elle en révèle toutefois un nouveau rôle, fort original, certaines d'entre elles œuvrant en faveur des entreprises et chefs d'entreprises en difficulté. Par ailleurs, par souci de ne pas décourager les bonnes volontés nécessaires au maintien de la vitalité du tissu associatif, dont l'importance est considérable dans bien des domaines⁸, mais qui serait menacée par des crises⁹, est apparu un mouvement de reflux des sanctions du droit des entreprises en difficulté à l'égard des dirigeants d'associations.

Ainsi, si la soumission des associations et de leurs dirigeants au droit des entreprises en difficulté est incontestable, l'ancrage des associations dans le champ de la défaillance économique apparaît tout à la fois solide et renouvelé (I), tandis que les dirigeants de ces associations semblent soumis à un phénomène de flux et reflux des sanctions édictées par ce droit (II).

I. – L'ANCRAGE SOLIDE MAIS RENOUVELÉ DES ASSOCIATIONS DANS LE CHAMP DU DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

La soumission des associations aux procédures dites collectives a compté parmi les phénomènes marquant de l'évolution d'une matière profondément

⁷ Sur la question, M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 36^e éd., n° 78. On observera par ailleurs que la jurisprudence judiciaire, sans véritablement lui reconnaître la qualité de commerçant, soumet l'association exerçant de manière répétée des actes de commerce à la compétence des tribunaux de commerce ou permet encore d'invoquer à son encontre la liberté de la preuve, l'association ne pouvant en revanche se prévaloir de l'application des règles commercialistes, notamment de l'existence d'un fonds de commerce et du régime applicable aux opérations sur fonds de commerce (Cass. Com. 19 janv. 1988, Bull. Civ. IV, p. 223, n°33, RTDCom. 1988, p. 420, obs. Derrupé ; Cass. Com., 1^{er} mars 1994, JCP 1995, II, 22418, note Kandem ; Rev. Sociétés 1994, p. 52, note Y. Guyon. Admettant de qualifier une association de commerçante : CA Versailles, 8 janv. 2013, RTDCom. 2013 p. 224, obs. B. Saintourens). Sur la question cf. M. Pédamon et H. Kenfack, S. Ringler, *Droit commercial*, Précis Dalloz, 5^e éd., n°s 134 et s. ; F. Dekeuwer-Défossez, E. Blary-Clément, C. Le Goffic, *Droit commercial*, Précis Domat, LGDJ-Lextenso, 13^e éd., n°120 et 124 ; Ripert et Roblot par L. Vogel, *Du droit commercial au droit économique*, *Traité de droit des affaires*, LGDJ Lextenso, 20^e éd., Tome 1, n° 247).

⁸ Cf. la publication de la France associative en mouvement d'octobre 2021 : <https://www.associations.gouv.fr/IMG/pdf/la-france-associative-04-10-2021.pdf>

⁹ Voir déjà en 2010 les actes du colloque « Association : quelles stratégies face aux crises ? RLDA mars 2011, n° 58.

transformée, notamment par son extension à des non commerçants. Devenues ainsi sujet de ce « nouveau » droit des entreprises en difficulté (A), elles apparaissent depuis plus récemment endosser le rôle d'acteurs dans le domaine de la défaillance des entreprises (B).

A. – Les associations, sujets du droit des entreprises en difficulté

Si les associations sont devenues à part entière des sujets du droit des entreprises en difficulté, on peut observer que cette soumission se vérifie pleinement s'agissant de l'application des procédures amiables et judiciaires qui concerne sans distinction toutes les associations en dépit de leur grande diversité, tandis que l'application des règles participant du dispositif de détection des difficultés est bien plus nuancée, à l'instar, il est vrai, de ce que l'on constate pour d'autres sujets du droit des entreprises en difficulté.

La soumission générale des associations aux différentes procédures régies par le droit des entreprises en difficulté. Depuis la loi du 13 juillet 1967 qui a amorcé la transformation du droit des faillites en droit des entreprises en difficulté, les associations, en tant que personnes morales de droit privé, sont soumises aux procédures collectives¹⁰. La soumission des associations à ces procédures a toujours été générale, toutes les associations quel que soit leur objet, étant concernées dès lors qu'elles ont la personnalité juridique¹¹. Cela est notable alors que la matière a précisément été recentrée sur l'entreprise dont certaines associations sont totalement éloignées et alors que le législateur français a décidé d'instituer pour les « particuliers », c'est-à-dire les personnes physiques n'exerçant pas d'activité professionnelle indépendante, des procédures autonomes de traitement de leur situation de surendettement, créant ainsi une « branche parallèle », le droit du surendettement, régi désormais par le code de la consommation. La soumission des associations qui ont une activité économique au droit des entreprises en difficulté, laquelle est peu ou prou devenue le critère de l'entreprise, est, en revanche, parfaitement compréhensible.

Les règles du droit des entreprises en difficulté applicables aux associations dans le cadre de ces procédures sont sensiblement les mêmes que celles qui s'appliquent aux autres personnes morales de droit privé, sous réserve de règles particulières à certaines d'entre elles, comme par exemple pour les clubs sportifs¹².

¹⁰ B. Saintourens, in *Traité des procédures collectives*, dir. M. Menjucq, B. Saintourens, B. Soinne, LexisNexis, 3^e éd., 2021, n°394 et 395.

¹¹ J-J Daigre, Rép Com Dalloz, *Entreprises en difficulté*, Règles propres aux groupements et à leurs dirigeants, n°27 observant que « La même solution vaut pour les associations assujetties à des statuts particuliers telles que les congrégations, les sociétés mutualistes ou de secours mutuels, etc. ».

¹² J-P. Legros, *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, qualité du débiteur*, J-Cl Proc. Coll. Fasc. 2162, n° 49 ; F. Rizzo, *Le droit des procédures collectives appliqué aux*

On signalera que l'incidence de l'ouverture ou du prononcé de la procédure de liquidation judiciaire sur la personnalité morale de l'association a longtemps été différente de celle applicable aux sociétés, aucune dissolution n'en résultant¹³, contrairement à la règle s'appliquant aux sociétés avant la réforme du 12 mars 2014¹⁴. Il est d'ailleurs « piquant » d'observer que ce sont ici les règles du droit des sociétés qui ont été alignées en 2014 sur les solutions appliquées aux associations¹⁵.

A l'inverse des procédures amiables et judiciaires, le dispositif de détection ne s'applique pas uniformément aux associations.

Une soumission nuancée des associations au dispositif de détection des difficultés. L'application de certaines règles concourant à la détection des difficultés a été étendue aux personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique, dont les associations, sous réserve du franchissement de seuils. Tel est le cas des obligations comptables. Une comptabilité rétrospective¹⁶ doit ainsi être tenue et un commissaire aux comptes nommé par celles qui atteignent un des trois seuils fixés par décret¹⁷ : 50 salariés, 3.100 000 euros de chiffre d'affaires hors taxes, 1.550 000 euros de total de bilan. Ces obligations s'appliquent également aux associations n'ayant pas d'activité économique dès lors qu'elles perçoivent une ou plusieurs subventions publiques en numéraire dont le montant global excède 153 000 euros par an¹⁸. Une comptabilité prévisionnelle doit en outre être tenue par les associations ayant une activité économique¹⁹ dont l'effectif salarié le chiffre d'affaires hors taxes ou le

clubs sportifs, in A. Cerati-Gauthier et V. Perruchot-Triboulet (ss dir.) Les procédures collectives complexes : Joly éditions, 2017, p. 59 et s., Ainsi, notamment selon l'article L. 122-18 du Code du sport dispose : « Lorsqu'une association sportive est soumise aux dispositions du livre VI du code de commerce relatif aux difficultés des entreprises, la société sportive constituée par elle est tenue solidairement d'exécuter le plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire ».

¹³ Voir dernièrement : Cass. soc., 19 déc. 2018, n° 17-15.503 : « ni un jugement ordonnant l'arrêt de la poursuite d'activité n'entraînent à eux seuls la dissolution de l'association », Act. Proc. Coll. 2019/4, Alerte 48, N. Rouspide Katchadourian. Auparavant : Cass. com., 8 juill. 2003, n° 01-02.050, Bull. civ. V, n° 126 ; Cass. com., 19 oct. 2010, n° 09-14.971 : LEDEN déc. 2010, p. 5, note P. Rubellin, BJT mars 2019, n° 111e5, p. 27, note G. Auzero.

¹⁴ Ancien Art. 1844-7 7° du code civil. Ce texte, issu de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978, avait ensuite été abrogé par la loi du 25 janvier 1985 pour être rétabli par la loi n° 88-15 du 5 janvier 1988 (D. 1988.94, rect. 199).

¹⁵ Le nouvel article 1844-7 7° du code civil prévoit ainsi que la société prend fin « par l'effet d'un jugement ordonnant la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ». Cet alignement participe de la construction d'un droit commun des groupements, construction amorcée de longue date (sur lequel : E. Alfandari, Associations et sociétés : points de rencontre, LPA 24 avril 1996, n° PA199605013, p. 47), mais d'une progression fort lente.

¹⁶ C. Com., Art. L. 612-1.

¹⁷ C. Com., Art. R. 612-1.

¹⁸ C. Com., Art. L. 612-4 et D. 612-5.

¹⁹ Elle est imposée par l'article L. 612-2 du code de commerce à toute personne morale de droit privé ayant une activité économique.

montant des ressources dépassent un seuil fixé par décret²⁰.

Quant au dispositif dit d'alerte, rouage important de la détection des difficultés, il s'applique aujourd'hui aux associations comme aux autres groupements ou presque. Seules les associations les plus importantes sont ainsi concernées par l'alerte du commissaire aux comptes dont la présence obligatoire dépend du franchissement de seuils comme indiqué ci-dessus. On observera que l'alerte du commissaire aux comptes, en raison du particularisme des personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique, avait initialement un caractère facultatif. Elle n'y est devenue un devoir, comme dans les autres entités, que depuis la loi 10 juin 1994. Quant à l'alerte du Comité social et économique, elle suppose non seulement que celui-ci ait été institué, ce qui dépend du nombre de salariés employés par l'association²¹, mais également que l'effectif salariés soit au moins de cinquante, comme pour les autres personnes morales²². Les associations, même sans activité économique, quelle que soit leur importance²³, peuvent adhérer à un groupement de prévention agréé et bénéficier de l'alerte prévue par la loi²⁴. Elles relèvent encore de l'alerte du président du tribunal judiciaire régie par l'article L. 611-2-1 al. 1^{er} du code de commerce²⁵.

Les associations, ainsi devenues sujets du droit des entreprises en difficulté, jouent par ailleurs, pour certaines d'entre elles, depuis quelques années un rôle particulièrement actif dans ce domaine, à tel point qu'elles peuvent en être considérées comme des acteurs.

B. – Les associations, « nouveaux » acteurs en droit des entreprises en difficulté

Les associations sont aujourd'hui pour certaines de véritables acteurs dans le domaine de la défaillance des entreprises, sans toutefois que leur rôle puisse être comparé à celui des organes de la procédure. Il s'agit en réalité d'un rôle original qui s'avère central, voire crucial, pour la réalisation de certains des objectifs du droit des entreprises en difficulté plus particulièrement mis en avant récemment : la prévention des difficultés et le rebond du chef d'entreprise²⁶. Si le législateur a

²⁰ C. com., art. R. 612-3 : 300 salariés ou 18 millions d'euros de chiffre d'affaires hors taxes ou de ressources.

²¹ Ce seuil est de 11 salariés.

²² Code du travail, Art. 2312-63 figurant dans une *Section 3 : Attributions du comité social et économique dans les entreprises d'au moins cinquante salariés*.

²³ C. Com., Art. L. 611-1.

²⁴ Il s'agit d'une information effectuée en cas de détection d'indices de difficultés.

²⁵ A compter du 1^{er} janvier 2025, seront le cas échéant compétents les tribunaux des activités économiques institués à titre expérimental par la loi n° 2023-1059 du 20 novembre 2023 d'orientation et de programmation de la justice 2023-2027 (Art. 26).

²⁶ Ces objectifs, poursuivis par le droit français depuis un certain nombre d'années déjà, ont été mis en avant à l'échelon européen par la directive du 20 juin 2019 (Dir. UE 2019/1023,

en quelque sorte d'assez longue date lui-même ouvert la voie en permettant à des associations d'endosser un rôle dans la prévention en constituant des groupements de prévention agréés²⁷, d'autres associations se sont plus récemment arrogées un rôle dans ce domaine et, surtout, dans le soutien des chefs d'entreprises en difficulté.

Des associations très diverses ont été créées dans le dessein de venir au secours des entrepreneurs ou des entreprises en difficulté, agissant comme de véritables relais des pouvoirs publics à la fois dans la prévention, objectif prioritaire du législateur via l'information dispensée, et l'accompagnement nécessaire pour permettre le rebond du chef d'entreprise²⁸. Ces associations sont plus particulièrement sous le feu des projecteurs depuis la crise sanitaire, même si elles existaient auparavant. Le plan d'action sur l'accompagnement des entreprises en sortie de crise, dont bon nombre sont signataires, en constitue une véritable reconnaissance : l'article 22 de ce plan intitulé « engagements des associations pour l'accompagnement des entreprises » consacre leur engagement d'informer et promouvoir auprès de leur membres et de leurs intervenants les dispositifs du plan d'action, à contribuer, le cas échéant à la détection des difficultés et à l'accompagnement des entreprises, à apporter un soutien aux chefs d'entreprise dont la détresse psychologique est souvent très grande²⁹.

L'information et l'accompagnement des chefs d'entreprise en difficulté sont au cœur de l'action de plusieurs réseaux associatifs. Ainsi en est-il notamment du réseau de l'association APESA (Aide Psychologique pour les Entrepreneurs en Souffrance Aigue)³⁰, association créée en septembre 2013 grâce à l'initiative du greffier d'un tribunal de commerce et à la collaboration d'un psychologue clinicien. Ce réseau a pour originalité son déploiement au sein des juridictions consulaires grâce aux greffes et la formation à l'écoute psychologique des acteurs institutionnels, mandataires, greffiers, juges, ce qui permet le cas échéant ensuite de proposer au chef d'entreprise un soutien psychologique³¹.

JOUE n° L 172, 26 juin 2019, p. 18), dite « directive restructuration et insolvabilité » (cf. *Dossier, La directive du 20 juin 2019 sur la restructuration et l'insolvabilité*, Dir. L. Sautonie-Laguionie, JCP E 27 fév. 2020, n°9, n° 1075 à 1079), directive transposée en droit français par l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 cf. *Dossier, Temps nouveaux pour l'entreprise en difficulté*, dir. L. Sautonie-Laguionie, JCP E 9 déc. 2021, n° 49, n°1526 et s.).

²⁷ Ceux-ci pouvant être constitués sous forme juridique libre conférant la personnalité morale.

²⁸ On peut ajouter que certaines associations sont parties prenantes de divers organismes à la création desquels elles ont contribué : ainsi en-t-il des CIP territoriaux (Centre d'information et de prévention).

²⁹ V. Martineau-Bourgninaud, *Les remèdes à la souffrance du chef d'entreprise en difficulté*, D. 2016, p. 2529 et s.

³⁰ <https://www.apesa-france.com/>

³¹ Célia Magraz Vergez, *La constance des stigmates de la faillite, De l'Antiquité à nos jours*, Bibli Dr. Entr. Tome 18, LGDJ 2019, n° 1518.

Peuvent également être mentionnées l'association « 60.000 Rebonds »³² dont la mission est « d'aider ces entrepreneurs à se reconstruire personnellement et à rebondir vers un autre projet professionnel par le biais d'un accompagnement gratuit d'une durée de deux ans maximum » et, dans la même veine, l'association « Les rebondisseurs français »³³ ou encore l'association « Re-crée »³⁴.

La présence de ces associations et leur impact constituent un phénomène dont l'importance pourrait se révéler considérable, ainsi que cela pu être mis en évidence par un auteur dans une thèse remarquée³⁵. Au-delà même de favoriser la résilience du chef d'entreprise³⁶, elles œuvrent insensiblement à un changement des mentalités en « lutt(a)nt activement contre les préjugés attachés à l'échec entrepreneurial »³⁷. Elles permettraient, selon cet auteur, de remédier enfin à « l'impossibilité légale de réformer les stigmates sociaux de la faillite » profondément enracinés dans notre civilisation »³⁸ facteurs de l'échec de la loi, qui paraît bien impuissante à faire évoluer les mentalités.

D'autres associations encore, mais d'un autre type, ont été créées telles que l'ARE, Association pour le retournement des entreprises³⁹, également signataire du Plan d'action précédemment évoqué. L'ARE a pour objectif principal l'amélioration de la performance des acteurs de terrain au service des entreprises en situation de défaillance. Selon le site de l'association, il s'agit également de « Développer une culture de la prévention des difficultés » et « Favoriser la compréhension et la connaissance des techniques et impératifs du retournement par la communauté des affaires, les organismes gouvernementaux et législatifs, les médias ». Le rôle de ces praticiens est à l'évidence déterminant.

Sujets du droit des entreprises en difficulté ou acteurs, les associations dépendent de l'implication de leurs dirigeants, dirigeants à l'égard desquels le droit des entreprises en difficulté a sensiblement évolué en les soumettant progressivement aux mêmes sanctions que les autres dirigeants, avant d'opérer il y a peu un léger mouvement inverse.

II. – LE FLUX ET LE REFLUX DES SANCTIONS DU DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ POUR LES DIRIGEANTS

³² <https://60000rebonds.com/>

³³ <https://www.lesrebondisseursfrancais.fr/>

³⁴ <https://www.re-creer.com/>

³⁵ Célia Magraz Vergez, La constance des stigmates de la faillite, De l'Antiquité à nos jours, Bibli Dr. Entr. Tome 18, LGDJ 2019.

³⁶ Grâce au partage de témoignages et à l'écoute qui permettent une prise de distance nécessaire à un changement de la « perception personnelle de l'échec » : C. Magraz Vergez n° 1533 et n° 1536.

³⁷ C. Magraz Vergez, précit. n° 1489.

³⁸ C. Magraz Vergez, précit. n° 1405 et s.

³⁹ <http://www.are.fr/>

D'ASSOCIATIONS

Dans le prolongement de la soumission des associations au droit des procédures collectives, puis au droit des entreprises en difficulté, en tant que personnes morales de droit privé non commerciales, l'application des sanctions édictées par ce droit à l'égard des dirigeants de ces entités paraissait s'imposer⁴⁰. Elle n'a cependant pas immédiatement été réalisée en totalité, mais de manière très progressive jusqu'à la loi du 26 juillet 2005. À ce phénomène de flux (A), a récemment succédé un reflux léger, mais notable, des sanctions, et ce plus particulièrement à l'égard des dirigeants d'associations (B).

A. – Le flux : application progressive des sanctions à l'ensemble des dirigeants d'associations

Application des diverses sanctions aux dirigeants d'associations quelles qu'elles soient. Si le constat est aujourd'hui celui de l'application par principe de toutes les sanctions du droit des entreprises en difficulté aux dirigeants d'associations, cette situation est le fruit d'une évolution progressive qui atteste d'une certaine réticence du législateur à soumettre tous les dirigeants de personnes morales aux mêmes règles.

D'emblée, la loi du 13 juillet 1967, qui avait pourtant choisi d'étendre le droit des procédures collectives aux personnes morales de droit privé non commerciales, a limité l'application des sanctions patrimoniales⁴¹, civiles⁴² et pénales⁴³ aux « dirigeants de sociétés et à ceux des personnes morales de droit privé non commerciales, à l'exclusion de celles sans objet économique et ne poursuivant ni en droit ni en fait un but lucratif ». Etaient spécialement visés les associations et syndicats (qui constituent en réalité une variété d'association à statut spécial). L'exclusion de l'application des sanctions nécessitait la réunion de deux conditions : l'absence d'objet économique et l'absence de poursuite d'un but lucratif. La formule négative employée était peu claire, suscitant des interrogations et même des contresens⁴⁴. Au-delà de ces scories rédactionnelles, l'exclusion des sanctions avait été critiquée.

La loi du 25 janvier 1985, sans toutefois abandonner encore l'idée d'une restriction du champ des sanctions à l'égard des dirigeants de certains

⁴⁰ Sur les autres hypothèses de responsabilité : Guemiah H. et Joseph M., Les dirigeants d'associations : statut, responsabilité, rémunération et remboursement de frais, Gaz. Pal. 2001, doct., p. 199.

⁴¹ Action en comblement du passif (Art. 96).

⁴² Faillite personnelle et interdiction de gérer (Art. 104).

⁴³ Banqueroute (Art. 130).

⁴⁴ F. Derrida, P. Godé, J-P. Sortais, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, Dalloz, Numéro spécial hors-série, 1986, n° 457.

groupements, en particulier les dirigeants d'associations, a remplacé cette formule par une exigence positive, celle d'un objet économique de la personne morale⁴⁵. Les dispositions légales fondant les différentes sanctions n'étaient applicables qu'aux dirigeants de personne morale de droit privé ayant une activité économique⁴⁶. Pour autant, les difficultés d'interprétation n'ont pas disparu et des contentieux se sont élevés. La jurisprudence a finalement retenu une acception plutôt large de la notion d'activité économique⁴⁷. Par ailleurs, il était fait observer que même les associations sans activité économique pouvaient avoir à gérer des fonds importants⁴⁸, si bien que l'exclusion de toute responsabilité de leurs dirigeants en dépit des fautes commises par ceux-ci paraissait choquante⁴⁹.

C'est ainsi que la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 ayant réformé la loi du 25 janvier 1985 a supprimé des dispositions régissant l'action en comblement du passif toute référence à l'exercice d'une activité économique pour les personnes morales de droit privé.

S'agissant des sanctions civiles professionnelles⁵⁰ et de la banqueroute⁵¹, les dispositions légales n'ont été modifiées de la même manière que bien plus tard, par la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises. Ainsi, depuis cette loi, au regard des sanctions, point n'est besoin de démontrer le caractère économique de l'activité poursuivie par l'association (ni par aucun autre groupement). Le caractère désintéressé de l'association n'est plus un obstacle à l'application de sanctions à ses dirigeants⁵².

Les exemples ne manquent pas en pratique de dirigeants d'associations condamnés à des sanctions, y compris pénales : entre autres exemples récents, il peut être fait état d'un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 18 mars 2020, affaire dans laquelle a été déclarée coupable de banqueroute par détournement d'actif la dirigeante d'une association œuvrant dans le domaine de la santé, car celle-ci avait sciemment maintenu sa rémunération qui était

⁴⁵ Art. 179 Loi n°85-98 du 25 janvier 1985.

⁴⁶ Article 180 de la loi du 25 janvier 1985 pour l'action en comblement du passif, article 185 pour les sanctions civiles, article 196 pour la banqueroute.

⁴⁷ Cf. A. Cerf Holander, J-Cl Proc. Coll. Fasc., n°20. Ainsi a-t-il été considéré qu'avait une activité économique une association de soutien à un candidat, au motif qu'une partie des recettes de l'association provenait de la vente d'articles (Cass. com., 25 juin 2002, n° 99-17.805, FD) ou une association assurant l'accompagnement et le transport de personnes handicapées, l'association employant quinze salariés, facturant ses prestations (CA Paris, 9 avr. 2002, n°01/18850 : Bull. Joly Sociétés 2002, p. 889, note V. Grellière).

⁴⁸ C'est le cas de bon nombre d'associations poursuivant des activités sportives, culturelles, humanitaires, sociales.

⁴⁹ T. Mastrullo, *Traité des procédures collectives*, Dir. M. Menjucq, B. Saintourens, B. Soinne, n° 3160 : « abandon de la notion de personne morale de droit privé ayant une activité économique pour les procédures soumises à la loi du 10 juin 1994.

⁵⁰ P-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, 2021-2022, n° 911-221.

⁵¹ *Traité*, n° 3386.

⁵² C. Saint-Alary Houin, M-H. Monsérié-Bon C. Houin-Bressand , 13^e éd., n° 1432.

excessive, malgré les mises en garde de l'ARS et la survenance de l'état de cessation des paiements de l'association⁵³. Compte tenu de la gravité des faits, sa condamnation à diverses peines, dont une peine de prison avec sursis, ce qui n'est pas si fréquent, fut approuvée par les hauts magistrats rejetant en tout point le pourvoi formé par la dirigeante.

Encore faut-il établir que l'intéressé a bien **la qualité de dirigeant de l'association** et, naturellement, relever à son encontre les éléments constitutifs de l'infraction.

S'agissant de la qualité de dirigeant, il peut s'agir, comme pour les autres personnes morales, de la qualité de dirigeant de droit (ce sont ceux qui ont été désignés à des fonctions de direction, président, vice-président, membres du comité directeur ou du conseil d'administration) ou de dirigeant de fait. La qualification de dirigeant de fait d'une association peut être établie en présence d'actes positifs et indépendants de gestion révélant une immixtion continue dans la direction générale de l'association⁵⁴. Ce sont souvent des directeurs salariés qui sont concernés. Ainsi ont pu être qualifiés de dirigeant de fait le directeur salarié d'une association gérant celle-ci en toute indépendance, adressant les demandes de subventions et opérant des licenciements⁵⁵ ou, de manière voisine, le directeur salarié qui assumait l'ensemble de la gestion de l'association, louant des terrains, demandant prêt et subventions, alors qu'était absent le dirigeant de droit⁵⁶.

Peu importait en revanche, tant pour le dirigeant d'association, que pour le dirigeant des autres personnes morales, qu'il fût bénévole⁵⁷.

C'est précisément ce point qui a récemment changé, ce qui manifeste un certain reflux des sanctions à l'égard des dirigeants d'associations.

B. – Le reflux des sanctions à l'égard des dirigeants d'associations

Le reflux des sanctions a résulté, en premier lieu, sur le terrain de la

⁵³ Cass. crim., 18 mars 2020, PBI, n°18-86.492 : BJE 2020, p. 31, note J. Lasserre Capdeville ; Rev. Rev. Proc. Coll. 2020/4, Comm. 114, note Th. Le Gueut ; Proc. Coll. 2020/5, Comm. 135, note D. Boustani ; JCP G 2020, n° 16, p. 792, 489, J.-M. Brigant, JCP G 2020, n° 18, p. 886, 569, n°6, obs. S. Détraz ; Dr. sociétés mai 2020, comm. 72, obs. R. Salomon ; BJS juin 2020, n° 6 p. 37, note E. Mouial-Bassilana. Peu importait, précise l'arrêt, que le maintien de la rémunération excessive le fût avec l'accord du conseil d'administration.

⁵⁴ Lamy commercial n° 4566.

⁵⁵ Cass. com., 24 juin 2008, n° 07-13.431, Dr. sociétés janv. 2009, comm. 14, note J.-P. Legros ; Voir aussi Cass. crim. 18 mars 2020, PBI, n°18-86.492, précit.

⁵⁶ Cass. com. 8 janv. 2020, n° 18-20.270, FB : JCP E, 2020, 1262, G. Jazottes.

⁵⁷ La solution a été fermement rappelée : Cass. com. 9 déc. 2020, n°18-24.730, PB : LEDEN janv. 2021, n° 113x7, p. 4, R. Azevedo ; BJE mars 2021, n° 118m4, p. 47, T. Favario ; BJS févr. 2021, n° 121t6, p. 49, D. Porraccia Cf. Traité des procédures collectives, dir. M. Menjucq, B. Saintourens et B. Soinnie, n° 3167 : « la rémunération n'est pas une condition d'application des dispositions commentées ».

responsabilité pour insuffisance d'actif, de l'absolution de la simple faute de négligence commise par les dirigeants d'associations dans la gestion de l'association. Elle résulte, en second lieu, toujours en matière de responsabilité pour insuffisance d'actif, de la nécessaire prise en considération de la qualité de bénévole pour l'appréciation de la faute du dirigeant⁵⁸. Ce mouvement participe de la volonté du législateur de favoriser le renouvellement des dirigeants d'associations en éloignant la crainte d'une mise en cause de leur responsabilité financière. Il est au cœur de la loi n° 2021-874 1^{er} juillet 2021 en faveur de l'engagement associatif⁵⁹.

L'absolution de la simple négligence est désormais réalisée pour les dirigeants d'associations. Ils avaient été malencontreusement exclus du bénéfice de l'absolution posée par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi Sapin 2. La rédaction de l'article L. 651-2 du code de commerce modifié par cette loi était défectueuse, le texte ne visant que la négligence commise par les dirigeants de *sociétés* dans la gestion de celles-ci, alors que le domaine de la sanction était plus large. La situation était pour le moins paradoxale, les dirigeants d'associations, souvent moins expérimentés et moins formés que les dirigeants sociaux à la gestion, ayant davantage de propension à commettre des fautes de négligence que ces derniers. Près de cinq ans après, les dispositions de l'article L. 651-2 du code de commerce ont enfin été « corrigées » pour viser plus largement la simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la *personne morale*. La loi 2021-874 1^{er} juillet 2021 en faveur de l'engagement associatif et l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021⁶⁰ œuvrent toutes deux quasiment concomitamment et de manière redondante en ce sens.

Si l'alignement du sort des dirigeants d'associations sur celui des dirigeants de sociétés s'imposait, cette absolution suscite sinon la critique, du moins des réserves, et ce d'autant que le poids seul de la sanction pouvait être pondéré en présence d'une faute légère. Mais, dans la formulation de ces critiques, il est surtout raisonné sur les dirigeants de sociétés, la critique valant sans doute cependant pour les dirigeants d'associations les plus importantes.

L'établissement de la simple négligence et sa distinction avec la négligence caractérisée revêtent désormais une importance cruciale⁶¹. Il conviendra d'observer la pratique des juridictions pour déterminer si l'appréciation effectuée

⁵⁸ J. Legros, Bonnes nouvelles pour les dirigeants d'associations : Dr. sociétés 2021, repère 10.

⁵⁹ S. Damarey, La loi en faveur de l'engagement associatif, D. 2021, p. 1808.

⁶⁰ F. Petit et J. Vallansan, Responsabilité pour insuffisance d'actif des dirigeants d'associations, Act. Proc. Coll. 2021/17, alerte 24418-24.730, PB.

⁶¹ C. Mascala, Les dirigeants : responsabilités et sanctions, in *Dossier Ordonnances du 15 septembre 2021 : bilan et perspectives d'évolution du droit des entreprises en difficulté*, BJE Mars-Avril. 2022, n° 2, BJE200o3, p. 63.

diffère selon que le dirigeant est un dirigeant d'association ou de société et ce d'autant que la loi ménage par ailleurs au profit de certains dirigeants d'association un régime de faveur.

La loi du 1^{er} juillet 2021 en faveur de l'engagement associatif est à l'origine d'une autre mesure aboutissant au recul des sanctions à l'égard de certains dirigeants d'associations, à rebours de l'évolution précédemment constatée. La mesure concerne les dirigeants bénévoles dont il s'agit d'apprécier de manière compréhensive les fautes commises. Elle résulte de l'ajout de la phrase suivante à la fin du premier alinéa de l'article L. 651-2 du code de commerce « *lorsque la liquidation concerne une association régie par la loi du 1^{er} juillet relative au contrat d'association ou, le cas échéant, par le code civil applicable dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle et non assujettie à l'impôt sur les sociétés dans les conditions prévues au 1 bis de l'article 206 du Code général des impôts, le tribunal apprécie l'existence d'une faute de gestion au regard de la qualité de bénévole du dirigeant* ». Est ainsi brisée pour les dirigeants d'associations la jurisprudence qui refusait d'apprécier différemment leur faute selon qu'ils étaient ou non rémunérés.

Il reste toutefois à savoir jusqu'où ira ce mouvement de reflux des sanctions et s'il gagnera les sanctions civiles et pénales édictées par le livre VI du code de commerce.