



Haut Comité Juridique
de la Place financière de Paris

RAPPORT SUR LES NULLITÉS EN DROIT DES SOCIÉTÉS

*du Haut Comité Juridique
de la Place Financière de Paris*

Le 27 mars 2020



RAPPORT SUR LES NULLITÉS EN DROIT DES SOCIÉTÉS

INTRODUCTION

Saisi par la Chancellerie, le Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (« HCJP ») a constitué un groupe de travail, présidé par Maître Didier Martin et dont la composition figure en annexe (le « Groupe de travail »), en vue de réfléchir à l'opportunité de faire évoluer les nullités en droit des sociétés.

Cette réflexion a concerné la nullité des actes et délibérations des sociétés, tels qu'ils sont visés par le législateur, et non la nullité des sociétés. Les règles applicables à la nullité des sociétés ne posant pas de difficultés particulières, elles ne semblent pas devoir être modifiées.

Lors des échanges, il a été relevé que le dispositif actuel comportait des lacunes et méritait d'être clarifié sur certains aspects. Afin de renforcer la sécurité juridique et l'attractivité du droit français, le Groupe de travail a conclu à l'opportunité de faire évoluer les nullités en droit des sociétés, qu'il s'agisse de leur champ d'application (I) ou de leur régime (II). Dans cette perspective, le Groupe de travail propose une modification de quelques dispositions du Code civil et du Code de commerce (III).

* * *

Avant de faire état des travaux, le Groupe de travail entend souligner que la sanction de la nullité doit être prévue par le législateur et appliquée par le juge, avec la plus grande prudence. Si la loi du 24 juillet 1966 relative aux sociétés commerciales avait retenu une approche restrictive des nullités, les nullités se sont depuis développées, notamment à l'occasion de la dépénalisation du droit des sociétés, alors même que la sanction de la nullité est rarement une sanction opportune¹.

¹ A. Couret, « Les dispositions de la loi sécurité financière intéressant le droit des sociétés », JCP G n° 39, 24 Septembre 2003, doct. 163 : « Ce retour en force des nullités n'est pas sans soulever de nombreuses interrogations. La loi de 1966 témoignait d'une très grande défiance à l'encontre des nullités et ce en raison des leçons du passé. Par une singulière évolution du cours de l'histoire, les nullités se développent à nouveau sans que l'ampleur des conséquences du recours à un tel instrument ait été mesurée : la pauvreté des travaux parlementaires sur ce point est significative. A-t-on par exemple perçu les conséquences attachées à la nullité d'une augmentation de capital ? Peut-on d'ailleurs « gérer » les conséquences de certaines nullités ? Ne se complait-on pas dans un droit peu réaliste » ; AFEP, ANSA, MEDEF, Modernisation et simplification du droit des sociétés, Octobre 2015 : « Le non-respect de diverses formalités prévues par le code de commerce reste trop souvent sanctionné par des nullités de plein droit, qui peuvent avoir des conséquences très préjudiciables aux actionnaires qu'il s'agit pourtant de protéger. »



En effet, parce qu'elle est rétroactive, la nullité d'une décision sociale trouble nécessairement l'activité de la société. Les conséquences de la nullité peuvent parfois être extrêmement préjudiciables à la société et à ses parties prenantes dès lors que la décision annulée permettait la réalisation d'opérations lourdes, coûteuses et essentielles à la société. Dans certaines hypothèses, la nullité est même impossible à mettre en œuvre car la situation antérieure ne peut pas être rétablie. C'est notamment le cas lorsque la délibération ou l'acte annulé impliquait un transfert de propriété de titres cotés (augmentation de capital ou offre publique d'achat par exemple), ces derniers étant généralement impossibles à identifier et l'acquéreur de bonne foi étant protégé contre toute action en restitution.

Certes, toutes les nullités ne sont pas obligatoires. Le législateur ayant prévu des cas de nullités facultatives, le juge peut mesurer les effets néfastes d'une nullité avant de la prononcer. Pourtant, le simple risque d'une nullité porte atteinte à la sécurité juridique et est susceptible de perturber l'activité sociale. Il arrive d'ailleurs fréquemment que la nullité soit dévoyée, détournée de sa finalité. Le formalisme protecteur dont la nullité est censée garantir le respect place alors les majoritaires sous la menace permanente d'une contestation des minoritaires, transformant leur droit de critique en « droit de nuire »² ou en argument de négociation.

Les effets néfastes de la sanction de la nullité – qu'elle soit prononcée ou seulement susceptible d'être prononcée – ne doivent pas être négligés, ce d'autant plus que la nullité ne garantit pas nécessairement la bonne application de la règle de droit des sociétés.

Il existe à cet égard une tentation fréquente du législateur de sanctionner une nouvelle obligation légale par une nullité des décisions sociales incriminées en vue d'inciter à un plus grand respect de la norme.

Cette propension ne repose sur aucune étude ou constat permettant d'en justifier la pertinence. La pratique relève en revanche les effets préjudiciables aux intérêts des sociétés sans qu'il ne puisse être constaté de véritable effet dissuasif de la nullité imposée par le législateur.

Dans cette perspective, le législateur et le juge doivent privilégier une approche restrictive des nullités en droit des sociétés d'une part en favorisant les moyens d'éviter la nullité au travers de mesures préventives ou de mécanismes de régularisation et, d'autre part, en privilégiant d'autres sanctions telles que la responsabilité des dirigeants ou les amendes civiles.

² A. Couret, *Le harcèlement des majoritaires*, Bull. Joly Sociétés 1996, p. 112



TABLE DES MATIÈRES

Introduction	2
I. Le champ d'application des nullités	6
1.1 - L'opportunité de prévoir un droit commun des nullités dans le Code civil.....	6
1.2 - L'opportunité de substituer une nouvelle notion à l'expression « actes et délibérations ».....	9
1.3 - L'opportunité de modifier les causes de nullité.....	11
1.3.1 - Le recours aux nullités textuelles et virtuelles.....	12
1.3.2 - Le critère de localisation de la règle transgressée.....	16
1.3.3 - La nullité des décisions dans les sociétés par actions simplifiées, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple et les sociétés civiles.....	19
II. Le régime des nullités	23
2.1 - Éviter le risque de nullité en renforçant les mécanismes avant la prise de décision.....	23
2.2 - Limiter le prononcé de la nullité après la prise de décision.....	24
2.2.1 - Faciliter et encourager la régularisation.....	24
2.2.2 - Durcir les conditions de recevabilité de l'action en nullité.....	25
2.2.3 - Limiter les nullités automatiques.....	27
2.2.4 - Cantonner les effets de la nullité.....	28
2.3 - L'alternative à la sanction de la nullité : la sanction de la clause réputée non écrite.....	29
III. Proposition de modification ou d'ajout de dispositions légales relatives aux nullités en droit des sociétés	31
3.1 - Disposition de droit commun des sociétés : proposition de modification de l'article 1844-10 du Code civil.....	31



3.2 - Disposition applicable aux sociétés gouvernées par la liberté contractuelle : proposition d'ajout de nouveaux articles dans le Code civil (sociétés civiles) et le Code de commerce (SNC, SCS et SAS).....	31
3.3 - Disposition de droit commun des sociétés : proposition d'ajout dans le Code civil d'un nouvel article prévoyant des mécanismes d'injonction et de nomination d'un mandataire chargé de la régularisation afin de favoriser leur utilisation.....	32
3.4 - Suppression du caractère obligatoire de certaines nullités : proposition de modification de certaines dispositions du Code de commerce.....	32
Composition du Groupe de travail	36
Liste des personnes auditionnées	38



I- Le champ d'application des nullités

Le Groupe de travail s'est interrogé sur certains éléments de complexité qui affectent la compréhension du domaine des nullités en droit des sociétés : le premier est la nécessaire combinaison d'un double dispositif posé aux articles 1844-10 du Code civil³ et L. 235-1 du Code de commerce⁴ (1.1.) ; le deuxième est l'ambiguïté de la formule « actes et délibérations sociales » (1.2.) ; le troisième est la coexistence des nullités textuelles et virtuelles (1.3.).

1.1 - L'opportunité de prévoir un droit commun des nullités dans le Code civil

Le droit positif : la coexistence de deux dispositifs de nullité

Le droit des sociétés régit la question des nullités au travers de deux dispositifs. Si celui prévu aux articles 1844-10 et suivants du Code civil est censé relever du droit commun des sociétés, il s'applique essentiellement – en pratique – aux sociétés civiles et aux sociétés en participation puisque les articles L. 235-1 et suivants du Code de commerce prévoient un dispositif spécialement applicable aux sociétés commerciales.

L'édiction d'un régime des nullités applicable aux sociétés commerciales était certainement justifiée en 1966 dans la mesure où le régime de droit commun des sociétés n'avait pas encore été réformé. En revanche, dès 1978, le maintien d'un régime spécifique applicable aux sociétés commerciales ne se justifiait plus. Seules quelques dispositions spéciales applicables aux sociétés commerciales, ou plutôt à la plupart d'entre elles (les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée), auraient permis de respecter les exigences communautaires⁵.

³ Selon l'article 1844-10, al. 3 C. civ., « La nullité de la société ne peut résulter que de la violation des dispositions de l'article 1832 et du premier alinéa des articles 1832-1 et 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général.

Toute clause statutaire contraire à une disposition impérative du présent titre dont la violation n'est pas sanctionnée par la nullité de la société, est réputée non écrite.

La nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent titre, à l'exception du dernier alinéa de l'article 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général. »

⁴ Selon l'article L. 235-1 C. com., « La nullité d'une société ou d'un acte modifiant les statuts ne peut résulter que d'une disposition expresse du présent livre ou des lois qui régissent la nullité des contrats. En ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, la nullité de la société ne peut résulter ni d'un vice de consentement ni de l'incapacité, à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs. La nullité de la société ne peut non plus résulter des clauses prohibées par l'article 1844-1 du code civil.

La nullité d'actes ou délibérations autres que ceux prévus à l'alinéa précédent ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent livre, à l'exception de la première phrase du premier alinéa de l'article L. 225-35 et de la troisième phrase du premier alinéa de l'article L. 225-64, ou des lois qui régissent les contrats, à l'exception du dernier alinéa de l'article 1833 du code civil. »

⁵ Ces exigences sont aujourd'hui prévues par la directive 2017/1132 du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés.



Cette dualité de dispositifs ajoute inutilement de la complexité. On retrouve en effet des règles formulées de manière identique dans le Code civil et dans le Code de commerce⁶, ce qui n'a pas de sens puisque les dispositions du Code civil s'appliquent aux sociétés commerciales, dès lors qu'il n'y est pas fait exception par des règles spéciales.

Quant aux dispositions formulées dans des termes différents, ces différences ne sont pas toujours justifiées. Quelle spécificité des sociétés commerciales pourrait en effet justifier que le Code civil distingue les nullités de sociétés et les nullités des actes ou délibérations des organes de la société, alors que le Code de commerce préfère distinguer les nullités de sociétés ou d'actes modifiant les statuts, et les nullités d'actes ou délibérations ne modifiant pas les statuts ?

La cohabitation des deux dispositifs de nullité, dont l'articulation n'est pas forcément aisée, est une source de complexité inutile qui pourrait être évitée en restaurant la vocation de droit commun du dispositif du Code civil.

Proposition de suppression du dispositif des articles L. 235-1 et suivants du Code de commerce

Redonner au dispositif des nullités du Code civil sa fonction de dispositif de droit commun des sociétés nécessiterait de supprimer le dispositif des articles L. 235-1 et suivants du Code de commerce. Cette suppression permettrait que les nullités en droit des sociétés soient régies par un seul dispositif relevant du droit commun des sociétés. Ce dispositif s'appliquerait à toutes les formes sociales, que les règles qui leur sont applicables soient prévues dans le Code civil, le Code de commerce, un autre code, une loi non codifiée⁷ ou un texte du droit de l'Union européenne⁸.

Cette réforme permettrait une meilleure lisibilité des règles applicables aux nullités en droit des sociétés en redonnant au dispositif des articles 1844-10 et suivants du Code civil sa fonction de droit commun.

Pour autant, les spécificités de certaines formes sociales ou de certaines opérations de la vie des sociétés nécessiteraient certainement que soient édictées ou maintenues des dispositions dérogatoires au droit commun, à l'instar des règles spéciales applicables en matière de fusions et scissions de sociétés commerciales⁹ ou d'augmentations de capital de sociétés par actions¹⁰.

⁶ C'est le cas notamment des articles 1844-13 C. civ. et L. 235-4 C. com. qui traitent des couvertures de nullités.

⁷ Voir notamment la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération ou la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales.

⁸ Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne.

⁹ Art. L. 235-8 et L. 235-9 al. 2 C. com.

¹⁰ Art. L. 225-149-3 et L. 235-9 al. 3 C. com.



Un membre du Groupe de travail a d'ailleurs proposé que la sanction de la violation des règles relatives aux augmentations de capital fasse l'objet d'une réflexion du Groupe de travail. Parmi les perspectives d'évolution de la matière, trois mesures ont été évoquées :

- **la généralisation des nullités facultatives** : le législateur pourrait généraliser les nullités facultatives en matière d'augmentations de capital. Cette généralisation permettrait notamment d'éviter que la nullité d'une augmentation de capital ne soit prononcée alors qu'elle ne pourra pas être mise en œuvre en pratique (ce qui est le cas dans les sociétés cotées dans lesquelles il est quasiment impossible d'identifier les actions émises à l'occasion d'une augmentation de capital).

- **L'instauration d'un contrôle préalable et facultatif de légalité de l'augmentation de capital** : sur le modèle du droit de l'Union européenne des fusions transfrontalières¹¹, le législateur français pourrait confier à un tiers – à titre de mesure préventive – le soin de contrôler la conformité des augmentations de capital avant leur réalisation. Si cette mesure pourrait sembler efficace à premier abord (le risque de nullité de l'opération étant évité), serait-elle réaliste ? Ne faudrait-il pas craindre un allongement déraisonnable du calendrier de ces opérations ? Afin d'éviter cela, le contrôle de légalité pourrait être facultatif. Il permettrait aux sociétés non pressées par le calendrier – ce qui pourrait être le cas pour des augmentations de capital réservées – de garantir la légalité de l'opération. Si ce contrôle préalable de légalité était consacré, quel serait le tiers le mieux placé pour effectuer ce contrôle ? S'agirait-il du greffe du tribunal de commerce, d'un notaire, d'un avocat, d'un commissaire aux comptes ou d'une autre personne ? Il faut noter que dans le cadre de la future transposition de la directive 2019/2121 du 27 novembre 2019 relative aux transformations, fusions et scissions transfrontalières, la France devra également désigner une autorité compétente chargée de contrôler la légalité de ces opérations transfrontalières. Si les notaires sont évoqués dans la directive, ces derniers ne sont pas nécessairement les mieux placés pour procéder à ce type de contrôle. Il en serait de même si un contrôle de légalité facultatif était instauré en droit français pour les augmentations de capital¹². Au-delà des difficultés de désignation du tiers le plus apte à procéder à ce type de contrôle, la question de la responsabilité de ce tiers se posera nécessairement, et ne devrait pas manquer d'entraîner une augmentation du coût des opérations d'augmentation de capital.

- **L'attribution au juge du pouvoir d'enjoindre à la société de réaliser une réduction de capital** : afin d'éviter les difficultés liées à la rétroactivité de la nullité des décisions d'augmentation de capital, un membre du Groupe de travail a proposé que le juge puisse – lorsque les circonstances le justifient –

¹¹ Article 11 de la directive 2005/56/CE du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux.

¹² On note cependant qu'en matière d'augmentations de capital, les notaires sont parfois compétents pour délivrer des attestations dans des cas particuliers. C'est le cas par exemple du certificat de libération des actions par compensation de créances liquides et exigibles sur la société – qui tient lieu de certificat du dépositaire – qui est délivré par le notaire lorsqu'aucun commissaire aux comptes n'a été désigné (art. L. 225-146 C. com.).



sanctionner la violation des règles relatives aux augmentations de capital en ordonnant à la société de réduire son capital social au montant auquel il était fixé avant l'augmentation de capital litigieuse. Le juge déterminerait alors quelles actions seraient annulées, en fonction, notamment, de l'implication de leurs propriétaires dans la violation de la règle relative à l'augmentation de capital. Cette nouvelle sanction supposerait que ces actionnaires soient identifiés et qu'ils soient toujours propriétaires lorsque le juge statue. Ce pouvoir d'injonction ne pourrait en pratique être utilisé que dans les sociétés qui auraient procédé à une augmentation de capital réservée à des personnes identifiées, et à la condition que ces dernières aient conservé les titres qui leur auraient été attribués ou que la mauvaise foi des cessionnaires puisse être caractérisée.

Le Groupe de travail préconise la suppression du dispositif de nullité prévu aux articles L. 235-1 et suivants du Code de commerce. Le dispositif prévu aux articles 1844-10 et suivants du Code civil s'appliquerait alors à l'ensemble des sociétés (sauf disposition spéciale) et pour toutes les décisions sociales (sauf disposition spéciale). S'agissant des dispositions spéciales, le Groupe de travail a émis quelques propositions de modification des règles relatives à la nullité des augmentations de capital.

1.2 - L'opportunité de substituer une nouvelle notion à l'expression « actes et délibérations »

Le droit positif : la délimitation incertaine des actes et délibérations

Le champ d'application du régime des nullités en droit des sociétés est défini notamment par renvoi aux notions d'actes et de délibérations (des organes de la société précise l'article 1844-10 du Code civil). Ces notions se révèlent difficiles à saisir et ne sont pas toujours adaptées au fonctionnement des sociétés.

S'agissant des délibérations, sont évidemment visées les décisions prises par les organes collectifs de la société (assemblée d'associés, conseil d'administration, directoire, conseil de surveillance, etc.). Sont également concernées – décide la jurisprudence – les consultations écrites et décisions individuelles alors qu'aucune délibération ne s'est déroulée. En revanche, d'autres délibérations interrogent. Celles prises par d'autres organes collectifs, comme les comités consultatifs ou les assemblées d'obligataires, sont-elles visées ? La question est débattue¹³.

¹³ Sur cette question v. notamment D. Bureau, « Nullités sans frontières ? À propos du domaine des articles L. 235-1 et s. C. com. », in *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2012, p. 79.



S'agissant des actes, le terme est trompeur : il ne vise en aucun cas les contrats conclus par la société, dont la validité reste soumise aux règles du droit commun des contrats. Par exception, l'action en nullité du droit des sociétés s'appliquera parfois à ces contrats¹⁴, lorsque le contrat aura été – ou aurait dû être – conclu « en application » d'une délibération sociale préalable¹⁵.

Proposition de nouvelle terminologie

A priori, il ne s'agirait pas d'étendre ou de réduire le champ des actes et décisions actuellement assimilés aux actes et délibérations visés aux articles 1844-10 alinéa 3 du Code civil et L. 235-1 du Code de commerce. Il s'agirait seulement de substituer à l'appellation « actes ou délibérations » une appellation en adéquation avec la jurisprudence et les évolutions du droit des sociétés.

Il a été proposé de reprendre la proposition formulée par Madame Elsa Guégan¹⁶ en remplaçant la notion d'actes et délibérations par celle de « décision sociale ».

Le Groupe de travail a cherché à préciser la notion.

Deux définitions ont été écartées :

- celle proposée par Madame Elsa Guégan¹⁷ : la décision sociale se définirait comme « *un acte unilatéral exprimant la volonté sociale et manifestant, au sein de la société, l'exercice d'un pouvoir* ». Étant trop abstraite, cette définition n'a pas été retenue par le Groupe de travail.

- Celle retenue par le droit de l'Union européenne¹⁸ : les décisions sociales se définiraient comme les « *actes accomplis par les organes de la société ou par les personnes disposant du pouvoir de la représenter* ».

¹⁴ La Cour de cassation a ainsi pu appliquer la prescription triennale de l'article 1844-14 du Code civil à un acte de rachat de parts sociales par la société, lequel avait été conclu à la suite de délibérations de l'assemblée générale ayant fixé les conditions de retrait (Com., 20 mars 2012, n° 11-13534).

¹⁵ Dans sa thèse, E. Guégan (*Essai de réforme des nullités des décisions sociales*, thèse Université Rennes 1, 2016, § 386) invite à ne « pas négliger les hypothèses, nombreuses, où la validité d'un acte externe, c'est-à-dire un contrat passé par la société ou par les associés agissant à titre personnel, dépend de l'existence et de la régularité d'une décision préalable. Par suite, les règles de nullité du droit des sociétés ont vocation à s'appliquer non seulement aux décisions sociales irrégulières mais aussi aux contrats dont l'irrégularité procède d'une décision préalable irrégulière ou absente ». À cet égard, il convient de rappeler que la jurisprudence a eu l'occasion de décider qu'en cas de bonne foi du tiers, seule l'absence d'autorisation requise par la loi – et non l'irrégularité de l'autorisation – pourra être opposée au tiers. Dans un arrêt du 15 février 2007 (n° 05/12824), la Cour d'appel de Paris a en effet considéré qu'il ne pouvait pas être exigé du bénéficiaire du cautionnement (le tiers) qu'il vérifie la régularité de l'autorisation produite. Étant de bonne foi, la nullité résultant d'une irrégularité de l'autorisation lui était alors inopposable en application de l'article L. 235-12 du Code de commerce.

¹⁶ E. Guégan, *op. cit.* § 368 et s.

¹⁷ E. Guégan, *op. cit.* § 386.

¹⁸ Article 9 de la directive (UE) 2017/1132 du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés.



Si l'idée de transposer la définition européenne en droit interne est séduisante, cette définition a l'inconvénient d'englober les actes externes à la société, alors que l'article 1844-10 du Code civil ne vise que les actes internes à la société.

S'inspirant de certains éléments de ces définitions, le Groupe de travail propose de définir les décisions sociales comme « les actes ayant un caractère décisionnel pris unilatéralement par les organes de la société », mais considère que la notion pourrait tout aussi bien être explicitée dans les travaux parlementaires afin de faciliter son interprétation. Il pourrait être indiqué à ce titre que la notion de décision sociale vise les actes unilatéraux pris par les organes de la société et qu'elle permet d'exclure du domaine des nullités sociales les actes internes non décisionnels ainsi que les actes externes à la société.

La notion de « décision sociale » ainsi définie semble respecter l'interprétation jurisprudentielle des notions d'actes et de délibérations (étant précisé que la jurisprudence pourrait l'interpréter différemment). Cependant, cette nouvelle notion résout-elle toutes les difficultés d'interprétation ? S'agissant des décisions des assemblées d'obligataires, on peut raisonnablement douter qu'elles aient un caractère « social », dans la mesure où elles n'émanent pas d'organes de la société. En revanche, le Groupe de travail a relevé que ces assemblées d'obligataires relevaient bien du droit des sociétés et que le législateur devrait soumettre – par une disposition spéciale – les décisions des assemblées d'obligataires au même régime de nullité que celui des décisions sociales. S'agissant des avis et rapports rendus par les comités consultatifs (comités d'audit, comités des rémunérations, etc.), il n'est pas certain qu'on puisse leur attribuer un caractère décisionnel. Ces avis et rapports ne seraient alors pas soumis au régime des nullités du droit des sociétés, ce qui permettrait d'éviter tout risque de développement inutile d'un nouveau contentieux.

Le Groupe de travail propose de remplacer l'expression « actes et délibérations » par la notion de « décisions sociales », laquelle pourrait être définie dans les travaux parlementaires. Le Groupe de travail propose également qu'une disposition spéciale soumette les décisions des assemblées d'obligataires au même régime de nullité que celui des décisions sociales.

1.3 - L'opportunité de modifier les causes de nullité

La question de l'opportunité de modifier les causes de nullité nécessite de s'interroger sur le système à privilégier (nullités textuelles et/ou virtuelles) (1.3.1), la pertinence du critère de localisation de la règle violée (1.3.2) et l'intérêt de prévoir un régime spécifique pour les sociétés gouvernées par la liberté contractuelle, à savoir les sociétés par actions simplifiées, les sociétés en nom collectif (et par ricochet les sociétés en commandite simple) ainsi que les sociétés civiles (1.3.3).



1.3.1 - Le recours aux nullités textuelles et virtuelles

1.3.1.1. Présentation des systèmes de nullité en vigueur

Le dispositif de l'article 1844-10 du Code civil (essentiellement applicable aux sociétés civiles) prévoit un système de nullité virtuelle. En revanche, le dispositif de l'article L. 235-1 du Code de commerce (applicable aux sociétés commerciales) opère une distinction puisqu'il met en œuvre un système de nullité textuelle pour les actes et délibérations modifiant les statuts et un système de nullité virtuelle pour les actes et délibérations ne modifiant pas les statuts.

• **Selon le système de nullité textuelle**, applicable uniquement aux actes et délibérations modifiant les statuts de sociétés commerciales, la nullité ne pourra résulter que d'une « disposition expresse » ou des lois qui régissent la nullité des contrats¹⁹.

A priori, ce système de nullité textuelle devrait garantir la sécurité juridique. La sanction de la violation de la règle étant connue à l'avance, les solutions devraient être prévisibles.

En pratique, la sécurité juridique n'est cependant pas garantie. Le législateur a en effet négligé de sanctionner certaines règles par la nullité, de telle sorte que leur violation à l'occasion de la modification des statuts ne pourra pas être sanctionnée par la nullité, alors que la nullité serait la sanction la plus naturelle. Ces oublis aboutissent parfois à des solutions étonnantes. La jurisprudence²⁰ a ainsi refusé d'annuler les modifications des statuts de SARL prises en violation des règles de majorité prévues par les statuts, puisqu'aucun texte ne prévoyait une telle nullité²¹. La solution est d'autant plus surprenante qu'une telle sanction est prévue par le législateur pour d'autres formes sociales (les sociétés anonymes par exemple). En revanche, dans certaines hypothèses, la jurisprudence semble passer outre la lettre de l'article L. 235-1 et prononce la nullité en dehors d'une disposition expresse²². Les solutions deviennent alors imprévisibles.

• **Selon le système des nullités virtuelles**, applicable à tous les actes et délibérations de sociétés civiles, ainsi qu'aux actes et délibérations ne modifiant pas les statuts de sociétés commerciales, la nullité

¹⁹ Le renvoi aux « lois qui régissent les contrats » (art. L. 235-1 C. com.) ou aux « causes de nullité des contrats en général » (art. 1844-10 C. civ.) permet de demander la nullité d'une délibération en arguant, par exemple, d'un vice du consentement ou du contenu illicite de la délibération. S'agissant des vices du consentement, le dol serait le plus souvent invoqué (Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, n°551). En outre, le renvoi opéré par l'article L. 235-1 du C. com. aux lois qui régissent les contrats, permet de viser les règles du droit commun des sociétés prévues dans le Code civil.

²⁰ Com. 30 mai 2012, n° 11-16.272.

²¹ La loi n° 2019-744 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés du 19 juillet 2019 comble cependant cette lacune en prévoyant expressément la sanction de la nullité en cas de violation des règles de majorité ou de quorum applicables aux assemblées générales de SARL (article 12).

²² Par exemple, dans un arrêt du 8 avril 2014 (n° 13-18.120), la Cour de cassation a considéré que la cour d'appel avait décidé, à bon droit, qu'une délibération ayant modifié les statuts sans respecter la règle de l'unanimité prévue à l'art. L. 227-19 C. com., était entachée de nullité alors même que ce texte ne prévoit pas une telle sanction.



ne pourra résulter que de la violation d'une « disposition impérative ». Il faut préciser que même s'agissant des causes de nullité virtuelle, le législateur prévoit bien souvent expressément la sanction de la nullité.

Ce système présente l'avantage d'éviter qu'un oubli du législateur ne permette d'échapper à la nullité.

Cependant, il s'avère également source d'insécurité juridique en pratique. En dehors des hypothèses dans lesquelles la disposition sera expressément sanctionnée par la nullité, il est parfois difficile d'identifier les dispositions impératives, lesquelles ne se limitent pas aux dispositions relevant de l'ordre public sociétaire²³. La délimitation des règles impératives – au sens des nullités du droit des sociétés – revient alors à la jurisprudence, ce qui n'est pas facteur de sécurité juridique. La sécurité juridique est d'autant moins garantie que les solutions jurisprudentielles ne peuvent pas toujours être anticipées. Comment pouvait-on prévoir que la Cour de cassation déciderait que certaines règles sanctionnées pénalement ne sont pas impératives²⁴ ? Si cette solution était certainement difficile à anticiper, elle est révélatrice d'une approche plutôt restrictive des nullités virtuelles. Le Groupe de travail a ainsi pu remarquer que, d'une manière générale, la jurisprudence ne semble pas abuser de son pouvoir d'interprétation pour multiplier les causes de nullité.

Cependant, certains membres du Groupe de travail ont relevé que les nullités virtuelles étaient peu adaptées aux sociétés cotées. L'incertitude affectant le domaine de ces nullités pourrait encourager l'exercice d'actions en nullité à l'encontre de la société, alors même que la sanction de la nullité serait peu pertinente. Bien que le succès d'une telle action soit peu probable eu égard aux conséquences de la nullité, la société cotée aura nécessairement souffert de cette action.

1.3.1.2. La modification des causes de nullité

Dès lors que le Code civil prévoirait un droit commun des nullités de décisions sociales, et que le dispositif prévu aux articles L. 235-1 et suivants du Code de commerce serait supprimé (voir 1.1. *supra*), la question du choix du système de nullité (textuelles et/ou virtuelles) se poserait.

Trois options seraient alors envisageables.

• Première option : généraliser la dualité des nullités textuelles et virtuelles

L'article 1844-10 du Code civil pourrait être modifié afin de prévoir un double système des nullités qui seraient virtuelles et textuelles, sur le modèle de ce qui est prévu à l'article L. 235-1 du Code de commerce. Envisager une généralisation de la dualité des nullités textuelles et virtuelles nécessite de s'interroger sur les points suivants.

²³ En ce sens, voir notamment M. Buchberger, « L'ordre public sociétaire », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Germain*, LGDJ, 2015, p. 181, spéc. n°11.

²⁴ Civ. 1^{ère}, 17 décembre 2009, n° 08-12.344 (à propos de la méconnaissance de l'interdiction de faire racheter les actions par un prête-nom) ; Com., 3 janvier 1996, n° 93-20.406 (à propos d'une cession d'actions conduisant à des participations croisées).



- Le critère de distinction

Faudrait-il aligner le droit commun sur le droit des sociétés commerciales en distinguant selon que l'acte ou la délibération modifie ou non les statuts, ou faudrait-il prévoir un autre critère de distinction ?

Le critère de distinction prévu par le Code de commerce présente l'avantage d'être clair et facile à appliquer. En outre, il semble *a priori* équilibré puisque les causes de nullité des décisions modifiant les statuts – donc en principe les plus importantes et celles dont les tiers ont nécessairement connaissance – seront définies selon le système des nullités textuelles, qui est plus strict et qui garantit une prévisibilité de la sanction encourue²⁵.

On sait cependant que ce critère (non repris par la loi du 4 janvier 1978) est parfois critiqué car il n'est pas forcément révélateur de l'incidence de la décision sociale sur le fonctionnement de la société. Contrairement aux apparences, certaines décisions ne modifiant pas les statuts (par exemple, une décision d'agrément ou une autorisation de cautionnement) ont au moins autant – voire davantage – d'importance que des décisions modifiant les statuts.

Il n'est cependant pas certain qu'un autre critère, aussi facile à mettre en œuvre, puisse être trouvé.

- Les causes de nullité textuelle

Dès lors que le système des nullités textuelles serait appliqué à tous les actes et délibérations modifiant les statuts, certaines dispositions du droit des sociétés devraient être modifiées afin de prévoir expressément la sanction de la nullité, lorsque cette sanction sera considérée comme la plus adaptée.

L'ajout de ces nullités expresses devrait concerner les dispositions du Code civil, qui ne connaît pas le système des nullités textuelles, les lois non codifiées régissant certaines formes de sociétés, et certaines dispositions du Code de commerce pour lesquelles le législateur semble avoir oublié de prévoir une nullité expresse (ce qui était le cas jusqu'à très récemment de l'article L. 223-30 du Code de commerce relatif aux règles de majorité dans les SARL²⁶).

- Les causes de nullité virtuelle

S'agissant des causes de nullité virtuelle, le critère de la disposition « impérative » utilisé par le législateur pourrait être discuté, notamment pour déterminer s'il serait pertinent de le durcir afin de limiter les incertitudes en la matière et de cantonner le pouvoir du juge. S'agissant de la violation des règles relatives à la prise de décision, la nullité ne pourrait-elle pas être encourue uniquement lorsque la règle est essentielle à la prise de décision ? La règle serait essentielle notamment lorsque sa violation a conduit à une absence de prise de décision (par exemple en cas de non-respect des règles de majorité),

²⁵ À l'inverse, on pourrait considérer que les décisions modifiant les statuts étant supposées plus graves, elles devraient être soumises à des causes de nullité plus étendues.

²⁶ L'article 12 de la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés (JO du 20 juillet 2019) vient en effet de corriger cet oubli en prévoyant une nullité expresse (mais facultative) aux articles L. 223-29 et L. 223-30 du Code de commerce.



ou à une décision non éclairée (par exemple en cas de non-respect des obligations d'information) ce qui devrait être démontré. Le critère étant flou et son appréciation subjective, le risque d'augmentation du contentieux en la matière serait trop élevé. Le Groupe de travail n'a donc pas retenu cette proposition.

=> Si les nullités en droit des sociétés devaient être réformées, le Groupe de travail a considéré qu'il serait peu pertinent et artificiel de modifier les causes de nullité en distinguant selon que la décision sociale modifie ou non les statuts. Le Groupe de travail n'a donc pas retenu cette première option.

• Deuxième option : généraliser les nullités textuelles

Le droit commun des nullités pourrait être modifié en procédant à un alignement sur la règle prévue en matière de nullité des actes et délibérations modifiant les statuts de sociétés commerciales (art. L. 235-1 al. 1 C. com.). Il n'y aurait donc plus de distinction entre les décisions modifiant les statuts et celles ne modifiant pas les statuts. La nullité ne pourrait alors être prononcée en cas de violation d'une règle, qu'à la condition d'avoir été expressément prévue par le législateur.

Si cette généralisation des nullités textuelles permettrait d'anticiper la sanction (ce qui serait favorable à la sécurité juridique), elle est peu réaliste pour deux raisons. D'une part, cela nécessiterait de modifier un grand nombre de dispositions légales qui sont aujourd'hui sanctionnées au titre des nullités virtuelles, en prévoyant expressément la sanction de la nullité. D'autre part, il est fort probable que pour certaines dispositions légales, pour lesquelles la nullité constituerait la sanction naturelle, le législateur oublierait de prévoir la sanction de la nullité. Une telle sanction ne pourrait alors pas être prononcée.

En revanche, s'agissant des nullités de sociétés, le système des nullités textuelles doit impérativement être maintenu, ce qui a été rappelé à plusieurs reprises par différents membres du Groupe de travail.

=> Si cette deuxième option est probablement celle qui garantirait le plus la sécurité juridique (la cause de nullité étant toujours connue), le Groupe de travail a considéré qu'elle était peu réaliste et qu'elle ne pourrait raisonnablement être retenue.

• Troisième option : généraliser les nullités virtuelles

Le droit commun des nullités serait construit sur le modèle de l'actuel article 1844-10 du Code civil, qui ne serait pas modifié s'agissant des causes de nullité. Les nullités virtuelles seraient ainsi généralisées, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la décision modifie ou non les statuts. Le Groupe de travail est conscient qu'une telle solution conduirait – en théorie – à un élargissement des causes de nullité des actes et délibérations modifiant les statuts de sociétés commerciales (actuellement soumis au système de nullité textuelle), puisque la nullité des décisions modificatives des statuts de sociétés commerciales pourrait être prononcée pour une cause non expressément sanctionnée par la nullité.



Cependant, cet élargissement potentiel des causes de nullité doit être relativisé pour plusieurs raisons. D'abord, il concernerait uniquement les décisions sociales modificatives des statuts de sociétés commerciales, non régies par des dispositions spéciales ; ne seraient donc pas concernées les décisions décidant les opérations de fusion et scission de sociétés commerciales ou les opérations d'augmentation de capital de sociétés par actions dont la nullité est régie par des dispositions spéciales. Ensuite, on remarque que, même dans le système des nullités virtuelles, le législateur prend soin bien souvent de prévoir expressément la sanction de la nullité²⁷. Enfin, il a été relevé à de nombreuses reprises que le juge semble user de manière raisonnable de son pouvoir d'interprétation du caractère « impératif » des dispositions légales. En pratique, la généralisation des nullités virtuelles ne devrait donc pas entraîner un réel élargissement des causes de nullité, et donc des nullités effectivement prononcées.

Néanmoins, afin de limiter les incertitudes en la matière et de cantonner le pouvoir du juge, le Groupe de travail s'est demandé si le critère des nullités virtuelles ne pourrait pas être durci (voir la première option *supra*). A ce stade, aucun critère satisfaisant n'a pu être identifié, mais si une réforme en ce sens devait être envisagée, cette piste pourrait être approfondie.

=> Bien que conscient qu'une généralisation des nullités virtuelles augmente en théorie les causes de nullité potentielles, le Groupe de travail a considéré que – dans une perspective de réforme des nullités en droit des sociétés – cette dernière option serait la plus pertinente.

Après avoir envisagé chacune des options, le Groupe de travail a finalement privilégié la troisième option, laquelle consisterait à généraliser les nullités virtuelles. Cette généralisation des nullités virtuelles permettrait d'accroître la lisibilité et la cohérence des causes de nullité des décisions sociales. L'élargissement du domaine des nullités auquel elle conduit pourrait être pallié par un aménagement du régime de l'action en nullité (voir 2 *infra*).

1.3.2 - Le critère de localisation de la règle transgressée

1.3.2.1. Le droit positif : les incertitudes nées du critère de localisation

Qu'il s'agisse du Code civil ou du Code de commerce, les causes de nullité des actes et délibérations, à l'exception de celles relevant de la théorie générale des contrats, sont en partie délimitées en fonction

²⁷ Un membre du Groupe de travail a d'ailleurs proposé que le régime des nullités soit différent selon que le législateur a prévu expressément ou non la sanction de la nullité. Les nullités expresses seraient obligatoires, alors que les nullités virtuelles seraient facultatives. Pour certains membres du Groupe de travail, le caractère obligatoire des nullités expresses serait néanmoins trop radical. Le fait que le législateur ait prévu expressément la sanction de la nullité ne signifie pas nécessairement que cette sanction soit la plus adaptée au cas d'espèce dont sera saisi le juge.



d'un critère de localisation de la règle transgressée. Celle-ci doit se trouver soit dans le Livre II du Code de commerce, soit dans le Titre IX du Livre III du Code civil. Ce critère de localisation permet de limiter les causes de nullité, ce qui peut être rassurant à premier abord.

Cependant, ce critère est peu réaliste notamment parce qu'il occulte le fait que le droit des sociétés ne s'est pas développé exclusivement dans le cadre de ce titre ou de ce livre. Les règles du droit des sociétés ne répondant pas à ce critère de localisation ne pourraient donc pas être sanctionnées par la nullité, tel serait notamment le cas des règles prévues par d'autres codes ou par des lois non codifiées, comme la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération.

Afin de pallier cette difficulté, le législateur est amené à édicter des cas de nullité²⁸, ce qui crée nécessairement des problématiques d'articulation avec le système des nullités du droit des sociétés²⁹.

Par ailleurs, la jurisprudence s'affranchit parfois du critère de localisation. Ce fut notamment le cas dans les célèbres arrêts Cointreau³⁰ dans lesquels la méconnaissance du droit à l'information préalable d'un membre du conseil d'administration fut sanctionnée par la nullité, alors même qu'à l'époque ce principe ne reposait sur aucune base textuelle.

1.3.2.2. Faut-il abandonner le critère de localisation ?

Le Groupe de travail a considéré que le critère de localisation était dépassé et qu'il devrait être supprimé. Dans ce cas, un autre critère pourrait lui être substitué, notamment afin que la sanction de la nullité – qui rappelons-le a vocation à sanctionner un vice de formation de l'acte – ne soit pas détournée. Dans sa thèse, Madame Elsa Guégan propose d'abandonner le critère de localisation de la règle violée en prévoyant que la « *violation des conditions nécessaires à la validité des décisions sociales est sanctionnée par la nullité* »³¹. Ce critère se substituerait d'ailleurs au critère utilisé par le législateur en matière de nullité virtuelle (caractère impératif de la disposition). La nullité sanctionnant nécessairement la violation d'une règle de validité, la pertinence de ce nouveau critère pourrait être discutée.

Afin d'éviter tout risque d'augmentation déraisonnable des causes de nullité des décisions sociales, le législateur ne pourrait-il pas délimiter le domaine des causes de nullité en précisant que la disposition violée devra nécessairement relever du droit des sociétés (ou du droit des contrats) ? Une telle

²⁸ Par exemple, l'art. L. 820-3-1 C. com. (sur la nullité des délibérations prises à défaut de désignation régulière du commissaire aux comptes) et l'art. L. 213-6 C. mon. fin. (sur la nullité des émissions d'obligations à lots réalisées sans autorisation de la loi).

²⁹ Par exemple, on a pu se demander si les causes de nullité prévues en dehors du livre II du Code de commerce ou du titre IX du Code civil étaient soumises au délai de prescription abrégé prévu par le droit des sociétés (art. L. 235-9 C. com. et 1844-14 C. civ.).

³⁰ Com., 2 juillet 1985, n° 83-16.887 ; Com., 24 avril 1990, n° 88-17.218 et n° 88-18.004.

³¹ E. Guégan, *op. cit.* § 462 et s.



délimitation ferait obstacle à ce qu'une demande en nullité d'une décision sociale soit fondée sur la violation d'une règle qui ne relèverait ni du droit des sociétés, ni de l'ordre public (la référence au droit des contrats permettant d'inclure des causes de nullité relevant de l'ordre public), telle qu'une règle du droit de l'environnement qui n'aurait pas été relayée par le droit des sociétés et qui ne participerait pas de l'ordre public. Il est précisé que cette nouvelle délimitation n'aurait pas pour objet de restreindre les causes de nullité prévues en droit positif, le critère de localisation permettant déjà de limiter les causes de nullité aux règles relevant du droit des sociétés.

Si une telle délimitation était jugée opportune, il n'est pas certain que la référence au « droit des sociétés » serait la plus adéquate, dans la mesure où elle ne correspond pas à une notion juridique et que ses contours ne sont pas définis. Le législateur pourrait-il alors se référer aux règles d'organisation et de fonctionnement des sociétés ? Une telle précision pouvant être restrictive, un membre du Groupe de travail a proposé de s'inspirer du domaine de compétence de la *lex societatis* pour définir le nouveau critère délimitant les causes de nullité des décisions sociales, étant précisé que ce domaine n'est pas défini par la loi mais par la jurisprudence³². Le domaine des causes de nullité des décisions sociales pourrait ainsi être limité – outre les causes de nullités relevant du droit des contrats – à la violation des dispositions qui :

- déterminent les droits et obligations des associés (par exemple, l'interdiction d'augmenter les engagements d'un associé sans son consentement, ou s'agissant de l'exclusion d'un associé, les conditions légales auxquelles serait subordonnée cette exclusion) ;
- concernent l'organisation et le fonctionnement de la société ;
- encadrent l'émission, le rachat et l'annulation de parts ou titres par une société ;
- régissent la modification des statuts (ce qui engloberait les opérations de transformation, dissolution, fusion et les opérations apparentées).

Le Groupe de travail s'est prononcé en faveur de la suppression du critère de localisation de la règle transgressée. Les causes de nullité pourraient ainsi relever de lois non codifiées (telles que les lois régissant certains types de sociétés) ou de dispositions légales codifiées en dehors du Livre 2 du Code de commerce ou du Titre IX du Livre III du Code civil. En revanche, elles devraient nécessairement relever soit du droit des contrats, soit du droit des sociétés, lequel est composé des règles relatives aux droits et obligations des associés, à l'organisation et au fonctionnement de la société, à l'émission, au rachat et à l'annulation de parts ou titres par une société, ainsi qu'à la modification des statuts.

³² Sur ce domaine de compétence, voir H. Synvet, v° Société, in *Répertoire international Dalloz*.



1.3.3 - La nullité des décisions dans les sociétés par actions simplifiées, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple et les sociétés civiles

1.3.3.1. Le droit positif : l'absence de nullité pour violation des statuts

Le dispositif actuel des nullités semble peu adapté aux sociétés régies essentiellement par la liberté contractuelle.

La Cour de cassation considère en effet que « *sous réserve des cas dans lesquels il a été fait usage de la faculté, ouverte par une disposition impérative, d'aménager conventionnellement la règle posée par celle-ci, le non-respect des stipulations contenues dans les statuts ou dans le règlement intérieur n'est pas sanctionné par la nullité* »³³. Dans ce cadre, la violation des dispositions statutaires par lesquelles les associés ont fixé des règles sans pour autant aménager une règle légale impérative (par exemple en déterminant les règles de fonctionnement d'un organe collégial d'une société par actions simplifiée) échappera à la nullité, ce qui est regrettable dans les sociétés régies par la liberté contractuelle. Les règles de fonctionnement de ces sociétés, parfois dites « contractuelles », se trouveraient alors moins bien protégées que les règles de fonctionnement des autres formes sociales, prévues dans des dispositions légales impératives. Il y aurait là un paradoxe. Pourquoi favoriser la liberté contractuelle en droit des sociétés sans permettre aux associés d'obtenir une sanction efficace en cas de transgression des règles ?

Cette faiblesse du droit positif invite à s'interroger sur l'opportunité de prévoir des règles spéciales régissant la nullité dans les sociétés essentiellement régies par la liberté contractuelle.

1.3.3.2. Quel dispositif pour les sociétés régies par la liberté contractuelle ?

Afin de répondre aux besoins de la pratique, le législateur pourrait prévoir un dispositif spécial régissant les nullités dans les sociétés dites « contractuelles ».

Les questions soulevées par un éventuel dispositif spécial ont été nombreuses :

- **quelles seraient les sociétés concernées par le dispositif spécial ?**

Si les sociétés par actions simplifiées (SAS) retiennent l'essentiel de l'attention³⁴, un membre du Groupe de travail a fait remarquer que d'autres sociétés, à l'instar des sociétés en nom collectif (SNC), des sociétés en commandite simple (SCS) et des sociétés civiles de droit commun, étaient

³³ Com., 18 mai 2010, n° 09-14.855, Larzul.

³⁴ Dans son rapport concernant le régime juridique de la société par actions simplifiée (SAS) rendu le 29 septembre 2019, le HCJP a d'ailleurs préconisé une évolution du droit des sociétés par actions simplifiées sur ce point (p. 12 et 33 s.).



également gouvernées par une grande liberté contractuelle. Il a également relevé que le respect des clauses statutaires était aussi important dans les autres formes sociales, telles que les sociétés à responsabilité limitée (SARL).

Le dispositif spécial devrait-il concerner exclusivement les SAS ou toutes les sociétés dites « contractuelles » ?

Il a pu être proposé de limiter le dispositif spécial aux SAS, dans la mesure où une réforme en ce sens ne serait attendue en pratique qu'à propos de ces seules sociétés. Il a cependant été opposé que la logique devrait conduire à prévoir un dispositif spécial pour chacune des sociétés régies par la liberté contractuelle (SAS, SNC, SCS et sociétés civiles) en insérant une nouvelle disposition aux articles 1845 et suivants du Code civil (sociétés civiles), L. 221-1 et suivants (SNC) et L. 227-1 et suivants (SAS) du Code de commerce.

S'agissant des SAS, un membre du Groupe de travail s'est demandé si la nature de plus en plus institutionnelle de ce type de société ne serait pas un obstacle à l'édiction d'un dispositif régissant spécialement les nullités dans ce type de société. Il a cependant été relevé que les règles de fonctionnement des SAS (prévues essentiellement par les statuts) méritent d'être protégées autant que dans les autres formes sociales, ce qui n'est pas le cas en droit positif.

Dans un souci de cohérence, le Groupe de travail considère que toutes les sociétés dans lesquelles les associés jouissent d'une grande liberté contractuelle – à savoir les sociétés par actions simplifiées, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple et les sociétés civiles – devraient être concernées par un dispositif spécial.

Quelle serait l'étendue de la liberté contractuelle des associés en matière de nullités ?

Le contenu du dispositif spécialement applicable aux sociétés dites « contractuelles » dépendra de l'étendue de la liberté contractuelle que le législateur souhaitera laisser aux associés quant au choix de la sanction des règles applicables à la société.

Selon une première approche de la liberté contractuelle, la sanction de la nullité ne serait pas laissée à la libre disposition des associés. La loi délimiterait les clauses statutaires dont la violation pourrait être sanctionnée par la nullité. S'agissant des SAS, plusieurs propositions ont été discutées :

- un membre du Groupe de travail a proposé de modifier le dernier alinéa de l'article L. 227-9 du Code de commerce pour permettre de sanctionner par la nullité la violation des dispositions statutaires



visées au premier alinéa³⁵. Cet alinéa ayant pour objet les décisions collectives, les décisions sociales prises par les autres organes sociaux ne seraient donc pas concernées par la nouvelle règle spéciale³⁶.

- Une autre solution consisterait à insérer dans les dispositions applicables aux SAS, une nouvelle disposition selon laquelle les statuts peuvent prévoir la nullité des décisions sociales prises par les organes sociaux en violation de certaines règles prévues par les statuts, telles que les règles de majorité et de compétence.

Selon une seconde approche – plus libérale – de la liberté contractuelle, la loi pourrait garantir l'efficacité de la sanction de la nullité lorsque la règle aura été énoncée par les statuts. La liberté contractuelle des associés concernerait donc tant la fixation de la règle de fond, que la détermination de la sanction de sa violation. Afin de limiter les difficultés d'interprétation des statuts, le législateur pourrait exiger que la règle soit expressément et spécialement sanctionnée par la nullité, ce qui rendrait inefficaces les clauses générales prévoyant la nullité en cas de violation des statuts. La loi prévoirait donc un système de nullités textuelles définies par les associés³⁷.

Cette liberté statutaire quant au choix de la sanction ne devrait pas poser de difficultés lorsque la règle violée est prévue par les statuts, à la condition que la sanction de la nullité ne soit pas détournée de sa fonction et qu'elle sanctionne bien la violation des conditions de formation de la décision sociale. En revanche, la liberté des associés de prévoir la sanction de la nullité pourrait-elle également concerner la violation des dispositions légales (notamment lorsque les statuts ont repris la règle légale) ? La sanction de la violation des dispositions légales serait alors contractualisée. Par exemple, les statuts pourraient-ils sanctionner par la nullité la violation d'une disposition légale non sanctionnée en principe par la nullité ? Les statuts pourraient-ils rendre obligatoire la nullité, alors que le législateur a prévu une nullité facultative ? À l'inverse, les associés pourraient-ils écarter statutairement la sanction de la nullité pour la violation de certaines dispositions légales ?

Par ailleurs, un membre du Groupe de travail s'est demandé si le nouveau mécanisme de nullité conventionnelle de l'article 1178, alinéa 1^{er} du Code civil³⁸ ne pourrait pas être utilisé dans le cadre des sociétés dites « contractuelles ». Il a cependant été opposé que le mécanisme de nullité

³⁵ L'article L. 227-9 dernier alinéa pourrait être ainsi rédigé : « Les décisions prises **en violation des dispositions statutaires visées au premier alinéa** et des dispositions du présent article peuvent être annulées à la demande de tout intéressé ».

³⁶ Sauf à compléter l'article L. 227-5 par un alinéa ainsi rédigé : « Les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée.

Les statuts peuvent prévoir que la violation des dispositions statutaires visées au premier alinéa peuvent être annulées à la demande de tout intéressé ».

³⁷ En ce sens, voir également C. Coupet, « Les nullités en SAS », in *La SAS : 25 ans après, Colloque national DJCE, Bibliothèque de Droit de l'entreprise*, 2019, p. 127.

³⁸ Selon l'article 1178, al. 1^{er} C. civ., « Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, **à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord.** »



conventionnelle (qui permet aux parties de constater la nullité), ne devrait s'appliquer qu'aux causes de nullité légales, ce qui serait un obstacle à sa mise en œuvre lorsque la cause de nullité résulterait des statuts de la société.

Le Groupe de travail considère que la liberté contractuelle des associés de sociétés par actions simplifiées, de sociétés en nom collectif, de sociétés en commandite simple et de sociétés civiles, devrait s'appliquer uniquement en cas de violation des règles statutaires (à l'exclusion de la violation des règles légales, y compris lorsqu'elles sont reprises dans les statuts). S'agissant de la violation des dispositions statutaires, les membres du Groupe de travail privilégient la seconde approche de la liberté contractuelle : la liberté contractuelle des associés concernerait donc tant la fixation de la règle de fond, que la détermination de la sanction de sa violation.



II- Le régime des nullités

Si la sanction de la nullité est parfois indispensable, elle n'est pas toujours la plus appropriée. La nullité peut être perçue comme trop radicale et facteur d'insécurité juridique. Bien souvent il est donc préférable de l'éviter, ou du moins d'en limiter les effets. Conscient de cela, le législateur prévoit de nombreux mécanismes permettant soit de favoriser le respect de l'obligation légale grâce à des injonctions de faire ou à des mécanismes de régularisation, soit de cantonner la nullité aux hypothèses dans lesquelles elle est nécessaire, ce que favorisent les nullités facultatives. La jurisprudence est également sensible aux effets néfastes des nullités et permet de les éviter notamment en contrôlant l'intérêt à agir du demandeur.

Les divers mécanismes limitant le risque que la nullité ne soit prononcée pourraient être améliorés et encouragés afin que l'extension – théorique – des causes de nullité (voir 1 *supra*) soit compensée par un régime plus rigoureux. Ainsi, la nullité ne devrait être prononcée que dans les hypothèses dans lesquelles elle est opportune. Une évolution du régime des nullités serait d'ailleurs justifiée dès lors que le dispositif des articles L. 235-1 et suivants du Code de commerce serait supprimé afin de réhabiliter le dispositif de droit commun des articles 1844-10 et suivants du Code civil (voir 1.1 *supra*).

Cette réflexion a été menée en distinguant selon que l'on se situe avant (2.1) ou après la prise de décision (2.2).

Afin de compléter cette réflexion sur les nullités, le Groupe de travail s'est interrogé sur la sanction de la clause réputée non écrite, qui est une alternative à la sanction de la nullité (2.3).

2.1 - Éviter le risque de nullité en renforçant les mécanismes avant la prise de décision

2.1.1 - Le droit positif

En cas de non-respect de certaines obligations, les articles L. 238-1 et suivants du Code de commerce prévoient divers mécanismes d'injonction de faire avec astreinte (à la charge du dirigeant parfois) et de nomination éventuelle d'un mandataire chargé de procéder à l'obligation méconnue. Ces mesures sont cependant limitées aux sociétés commerciales et à certaines irrégularités (lesquelles ne sont d'ailleurs pas toutes sanctionnées par la nullité d'une décision sociale, n'étant pas toujours liées à une décision sociale³⁹). D'autres mécanismes d'injonction de faire sont prévus de manière ponctuelle par le droit des sociétés, tel est le cas en matière d'augmentations de capital de sociétés anonymes (article L. 225-149-3, al. 1^{er} C. com.).

³⁹ Par exemple, l'article L. 238-3 du Code de commerce concerne l'absence de mention sur les actes et documents émanant de la société de la forme sociale et du montant du capital social de la société.



Dès lors qu'aucune disposition du droit des sociétés n'y ferait obstacle, il serait également possible d'agir sur le fondement du droit commun. La jurisprudence a ainsi déjà eu l'occasion de prononcer des mesures sur le fondement des articles 809 et 873 du Code de procédure civile.

2.1.2 - Piste d'amélioration

Les mécanismes permettant d'éviter le risque de nullité d'une décision sociale, avant que celle-ci ne soit prise, ne peuvent qu'être approuvés. Faudrait-il alors généraliser en droit des sociétés l'injonction de faire avec astreinte en insérant une disposition générale en droit commun des sociétés ? Les dispositions actuelles ne sont-elles pas suffisantes et suffisamment adaptées aux enjeux ? Le cadre restrictif posé par le droit commun ne permet-il pas un juste équilibre ? Afin d'encourager l'utilisation des dispositifs visant à éviter le risque de nullité, un texte général (qui permettrait également la régularisation - v. 2.2.1 *infra*) pourrait être inséré en droit commun des sociétés (v. la proposition de texte figurant au 3.3).

Afin de favoriser l'utilisation des dispositifs permettant d'éviter le risque de nullité, le Groupe de travail propose d'introduire en droit commun des sociétés une nouvelle disposition prévoyant des mécanismes d'injonction et de nomination d'un mandataire chargé de la régularisation.

2.2 - Limiter le prononcé de la nullité après la prise de décision

2.2.1 - Faciliter et encourager la régularisation

2.2.1.1. Le droit positif

Le régime des nullités de décisions sociales défini par le législateur est très favorable à la régularisation des causes de nullités⁴⁰. Afin de permettre la régularisation en cours d'instance, le tribunal ne peut prononcer la nullité qu'au moins deux mois après la date de l'exploit introductif d'instance. Le tribunal peut d'ailleurs, même d'office, fixer un délai pour permettre de couvrir la nullité, ou – lorsque seule une nouvelle décision sociale permet de couvrir la nullité – accorder par jugement un délai nécessaire pour que les associés prennent cette décision. En toute hypothèse, l'action en nullité est éteinte si la cause de nullité a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance.

⁴⁰ Art. 1844-11 et 1844-13 C. civ. ; art. L. 235-3 et L. 235-4 C. com.



2.2.1.2. Pistes d'amélioration

Si le droit positif est déjà très favorable à la régularisation, cette régularisation pourrait être davantage encouragée. Dans cette perspective, deux nouvelles mesures ont été envisagées :

- dès lors que la régularisation serait possible, le juge pourrait contraindre à une telle régularisation en recourant aux injonctions de faire et à la nomination éventuelle d'un mandataire chargé de cette régularisation. Faudrait-il alors édicter une disposition spéciale en droit des sociétés ? Bien que le droit commun (articles 809 et 873 du Code de procédure civile) semble *a priori* suffisant, les mécanismes de régularisation pourraient être encouragés, notamment en les rendant plus visibles. Le Groupe de travail propose donc d'introduire en droit commun des sociétés une nouvelle disposition prévoyant des mécanismes d'injonction et de nomination d'un mandataire chargé de la régularisation (v. la proposition de texte figurant au 3.3). La nouvelle disposition permettrait également d'éviter le risque de nullité, lorsque celui-ci n'est pas encore réalisé (v. 2.1).
- La demande de régularisation, lorsqu'elle est possible, pourrait également être érigée en condition de recevabilité de l'action en nullité. Le Groupe de travail n'est cependant pas favorable à une telle mesure, la régularisation devant demeurer un moyen de défense pour la société.

Afin de limiter les nullités en droit des sociétés, le Groupe de travail propose de favoriser les régularisations en introduisant en droit commun des sociétés une nouvelle disposition prévoyant des mécanismes d'injonction et de nomination d'un mandataire chargé de la régularisation.

2.2.2 - Durcir les conditions de recevabilité de l'action en nullité

2.2.2.1. La prescription

• **Le droit positif** : le droit des sociétés prévoit des règles spéciales en matière de prescription des actions en nullité. Ces actions sont ainsi soumises à un délai de prescription raccourci de trois ans⁴¹; le délai est abrégé à six mois en matière de fusions et scissions⁴² et à trois mois s'agissant de certaines nullités d'augmentations de capital réalisées dans les sociétés par actions⁴³. Si le droit des sociétés fixe le point de départ de ces délais, la question du report de ce point de départ pose des difficultés en pratique⁴⁴.

⁴¹ Art. 1844-14 C. civ. ; art. L. 235-9 al. 1 C. com.

⁴² Art. L. 235-9, al. 2 C. com.

⁴³ Art. L. 235-9, al. 3 C. com.

⁴⁴ Sur cette question, v. Ch. Hannoun, « Remarques sur la prescription de l'action en nullité en droit des sociétés », *Rev. sociétés* 1991, p. 45 ; H. Rumeau-Maillot, « Les délais de prescription en droit des sociétés », *Rev. sociétés* 2012, p. 203 ; E. Guégan, *op. cit.*, n°290 et s.



• **Les pistes d'amélioration** : faudrait-il raccourcir le délai de prescription de principe du droit des sociétés ? Si la durée du délai de prescription ne semble pas poser de difficultés en pratique, le Groupe de travail a néanmoins relevé que son raccourcissement permettrait d'écarter plus rapidement tout risque de nullité d'une décision sociale, tout en laissant le temps aux intéressés d'agir en justice. Le risque de nullité étant souvent découvert lors de l'assemblée générale suivante, il a été proposé de raccourcir le délai de trois ans à deux ans, ce qui laisserait le temps aux sociétés de réagir et de régulariser la cause de nullité.

2.2.2.2. La qualité et l'intérêt à agir⁴⁵

• **Le droit positif** : le droit des sociétés ne dérogeant pas sur ce point au droit commun, l'action en nullité n'est recevable que si le demandeur a qualité et intérêt à agir au sens de l'article 31 du Code de procédure civile.

Les actions « attitrées » étant peu nombreuses en droit des sociétés, il faut recourir à la distinction des nullités relatives et des nullités absolues, désormais consacrée par l'article 1179 du Code civil, pour déterminer les personnes ayant qualité à agir en nullité. Il n'est alors pas toujours facile de déterminer si la règle transgressée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général ou d'un intérêt privé. Dans ce dernier cas, la règle protège-t-elle les associés (*quid* en cas de cession ?), certains associés, la société ou une autre personne ? Répondre à cette question est particulièrement délicat dans le contexte sociétaire. L'intérêt de la société et celui des associés ne sont-ils pas souvent entremêlés ?

S'agissant de l'intérêt à agir, la jurisprudence contrôle l'intérêt à agir du demandeur. L'intérêt à agir en nullité de certains associés est ainsi parfois jugé illégitime lorsque le demandeur est l'auteur de la violation de la règle⁴⁶, ou encore lorsque ce demandeur avait choisi de ne pas participer aux délibérations dont la nullité est poursuivie⁴⁷. Mais, en dépit de cet effort, l'intérêt à agir pourrait être apprécié encore plus rigoureusement, surtout s'agissant de celui de l'associé⁴⁸. Il est en effet étonnant que la jurisprudence décide que « *l'associé ayant émis un vote favorable à la résolution proposée n'est pas, de ce seul fait, dépourvu d'intérêt à en poursuivre l'annulation⁴⁹* », alors même que le consentement de l'associé n'aurait pas été vicié ou que le procès-verbal ne serait pas erroné. Comment justifier que l'associé « inconstant » soit traité plus favorablement que l'associé défaillant ?

• **Les pistes d'amélioration** : le législateur devrait-il consacrer et étendre la jurisprudence en privant d'intérêt à agir le demandeur qui serait illégitime à demander la nullité parce qu'il était défaillant ou

⁴⁵ Sur cette question v. J.-J. Ansault, « Le contrôle de l'intérêt à agir en nullité des délibérations sociales », *Rev. sociétés* 2012, p. 7.

⁴⁶ *Com.*, 1^{er} décembre 1975, n° 74-13.256.

⁴⁷ *Com.*, 20 février 2007, n° 05-19.465.

⁴⁸ Sur ce point, v. J.-J. Ansault, *art. préc.* ; E. Guégan, *op. cit.*, n° 235 et s.

⁴⁹ *Com.*, 13 novembre 2003, n° 00-20.646.



favorable à la décision ? Faudrait-il subordonner l'intérêt à agir du demandeur à la condition que la décision sociale lui fasse grief ? Cette condition du grief ne devrait-elle pas plutôt être appréciée lors de l'étude de l'opportunité de prononcer la nullité lorsque celle-ci est facultative (voir 2.2.3 *infra*) ?

À ce stade, le Groupe de travail ne considère pas que les conditions légales de recevabilité de l'action en nullité devraient être durcies, à l'exception peut-être du délai de prescription qui pourrait être raccourci à deux ans.

2.2.3 - Limiter les nullités automatiques

2.2.3.1. Le droit positif

Les nullités sanctionnant un vice de formation, elles sont en principe automatiques. Dès lors que le caractère facultatif de la nullité n'est pas prévu par la loi, le juge ne dispose d'aucune liberté d'appréciation et doit prononcer la nullité. La sanction de la nullité peut cependant parfois sembler disproportionnée eu égard à la règle transgressée. Ce risque de nullité automatique place les sociétés dans des situations très inconfortables au regard de la sécurité juridique. En outre, dans certaines hypothèses, la nullité – bien que prononcée – ne pourra pas produire d'effet. C'est notamment le cas en matière de nullité des augmentations de capital des sociétés cotées.

Soucieuse de limiter les nullités, la jurisprudence s'est déjà octroyé le pouvoir d'apprécier la pertinence de la sanction de la nullité alors même qu'elle n'est pas en présence d'une nullité facultative. La Cour de cassation autorise ainsi les juges du fond à vérifier si le non-respect des règles de convocation aux assemblées générales fait grief au demandeur avant de prononcer la nullité des délibérations⁵⁰.

2.2.3.2. Les pistes d'amélioration

Deux pistes alternatives ont été envisagées :

- **conditionner le prononcé de la nullité** : afin de limiter le caractère automatique de certaines nullités, le législateur pourrait prévoir que la nullité ne pourrait être prononcée par le juge qu'en cas de vice substantiel affectant la décision. De plus, la loi pourrait interdire le prononcé de la nullité lorsque celle-ci sera nécessairement privée d'effets.

⁵⁰ Com., 7 juillet 2015, n° 14-18.705.



- **Généraliser les nullités facultatives** : la solution la plus simple – qui a été privilégiée par le Groupe de travail – serait cependant de généraliser les nullités facultatives, en cantonnant les nullités automatiques aux hypothèses les plus graves. Le juge déterminerait alors, en procédant à un contrôle de proportionnalité et en appliquant la théorie du vote utile, l'opportunité de prononcer la nullité eu égard aux circonstances entourant la décision litigieuse. Il faudrait alors mesurer la pertinence de la nullité automatique dans toutes les hypothèses dans lesquelles elle aura été prévue par le législateur et supprimer le caractère expressément obligatoire de certaines nullités dès lors que cette sanction ne résulterait pas d'un choix de politique législative (v. les propositions figurant au 3.4). La loi de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés du 19 juillet 2019 va d'ailleurs en ce sens puisqu'elle transforme en nullité facultative la nullité obligatoire qui était encourue lorsqu'une délibération d'assemblée générale de société anonyme a été adoptée sans avoir été inscrite à l'ordre du jour (art. L. 225-121 du Code de commerce).

En outre, certains membres du Groupe de travail ont proposé de prévoir dans une nouvelle disposition légale que l'annulation d'une décision sociale soit subordonnée à la preuve d'un grief par le demandeur. Il a également été proposé d'introduire en droit des sociétés le principe de cohérence et l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, ce qui permettrait notamment de mettre fin à la jurisprudence autorisant l'associé « inconstant » à agir en nullité de la décision sociale à laquelle il était favorable.

Le Groupe de travail est favorable à une généralisation des nullités facultatives, ce qui permettrait au juge d'apprécier *in concreto* l'opportunité ou non de prononcer la nullité de la décision sociale. Dans cette perspective, il est proposé de supprimer certaines nullités obligatoires. La question de savoir si le législateur devrait consacrer, en droit des sociétés, l'adage « pas de nullité sans grief » et/ou l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui n'a pas été tranchée.

2.2.4 - Cantonner les effets de la nullité

2.2.4.1. La protection des tiers de bonne foi

Les articles 1844-16 du Code civil et L. 235-12 du Code de commerce prévoyant déjà que la nullité ne peut pas être opposée aux tiers⁵¹ de bonne foi, les tiers semblent a priori suffisamment protégés⁵².

⁵¹ Il est cependant parfois délicat d'identifier ce que recouvre la notion de tiers au sens de ces dispositions, notamment lorsqu'il s'agit d'un ayant-cause à titre particulier, tel que le cessionnaire de droits sociaux.

⁵² Lorsque la nullité de la décision sociale est susceptible d'entraîner la revendication de titres financiers, l'article L. 211-16 C. mon. fin. protège également le tiers acquéreur de bonne foi qui est titulaire du compte-titres dans lequel ces titres sont inscrits.



2.2.4.2. La rétroactivité de la nullité

Si le droit des sociétés fait exception à la rétroactivité de la nullité, c'est uniquement à propos des nullités de sociétés⁵³ ou en matière de fusions et de scissions des sociétés commerciales⁵⁴. La rétroactivité soulève alors de nombreuses questions lorsque la nullité anéantit les actes et délibérations de la société, faisant courir un risque de nullités en cascade, que la loi et la jurisprudence n'évitent pas toujours⁵⁵. Faudrait-il limiter davantage le risque de nullités en cascade (sur le modèle par exemple de l'article L. 225-29 du Code de commerce selon lequel la nullité de la nomination d'un salarié en qualité d'administrateur n'entraîne pas celle des délibérations auxquelles a pris part l'administrateur irrégulièrement nommé) ?

Le Groupe de travail ne considère pas qu'une évolution législative quant aux effets de la nullité soit nécessaire.

2.3 - L'alternative à la sanction de la nullité : la sanction de la clause réputée non écrite

Afin de limiter les cas de nullité en droit des sociétés, le législateur a parfois recours à la sanction des clauses réputées non écrites⁵⁶, que cela soit en droit commun des sociétés⁵⁷ ou en droit spécial des sociétés⁵⁸. Le Groupe de travail s'est interrogé sur l'opportunité de développer cette sanction en droit des sociétés, afin de la substituer dans certains cas à celle de la nullité.

Le Groupe de travail a toutefois noté qu'en droit positif, la sanction du réputé non écrit est réservée par le législateur aux clauses statutaires ; elle ne concerne pas les décisions sociales. Cette sanction paraît en effet peu adaptée aux décisions des organes sociaux.

⁵³ Art. 1844-15 C. civ.

⁵⁴ Art. L. 235-11 al. 2 C. com.

⁵⁵ Sur cette question, v. J. Moury, « Les nullités « en cascade » en droit des sociétés », *Rev. sociétés* 2013, p. 599.

⁵⁶ Pour une étude approfondie des clauses réputées non écrites, v. S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, *Economica*, 2006.

⁵⁷ Ainsi, selon l'article 1844-10 alinéa 2 du Code civil, « Toute clause statutaire contraire à une disposition impérative du présent titre dont la violation n'est pas sanctionnée par la nullité de la société, est réputée non écrite ».

⁵⁸ Par exemple, l'article L. 225-23 du Code de commerce répute non écrite – en matière d'action en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général – « toute clause des statuts ayant pour effet de subordonner l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée générale, ou qui comporterait par avance renonciation à l'exercice de cette action » ; sont également réputées non écrites dans les sociétés à responsabilité limitée, les clauses privant des associés répondant à certaines conditions du droit de demander la réunion d'une assemblée ou de faire inscrire des points ou des projets de résolution à l'ordre du jour d'une assemblée (art. L. 223-27 al. 4, 5 et 6 C. com.).



Le Groupe de travail note également que la sanction du réputé non écrit est soumise à un régime distinct de celui de la sanction de la nullité et laisse transparaître des divergences notables : le réputé non écrit est supposé automatique, n'a pas besoin pour être reconnu de recours au juge et n'est soumis à aucune prescription⁵⁹. Si ces différences rendent la sanction indiscutable et très simple à appliquer, ce qui pourrait permettre de conclure à une certaine forme de sécurité juridique, elles ne constituent pas nécessairement autant d'avantages en droit des sociétés. En effet, cette sanction ne permet aucune souplesse quant à son application puisqu'elle ne peut pas être confirmée (art. 1181, al. 2 C. civ.) et que le vice affectant la clause ne peut pas être régularisé (art. 1844-11 et s. C. civ. et L. 235-3 et s. C. com.). En outre, l'absence d'intervention d'un juge – contrairement à la nullité – ne permet en aucun cas d'apprécier l'opportunité de cette sanction eu égard aux circonstances de l'espèce (absence de débat sur la recevabilité de l'action et caractère automatique de la sanction).

En dépit de ces différences, il a été relevé que la sanction du réputé non écrit peut parfois entraîner la nullité des décisions sociales. Si le domaine d'application du réputé non écrit et celui de la nullité se distinguent⁶⁰, la sanction de la nullité pourrait être la conséquence de la sanction du réputé non écrit. Une délibération sociale pourrait en effet encourir la nullité parce qu'elle aurait été prise en application d'une clause statutaire réputée non écrite. La combinaison des sanctions ressort ainsi implicitement des dispositions de l'article L. 225-253 du Code de commerce en matière d'action en responsabilité contre les administrateurs : toute clause statutaire subordonnant l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée générale est « réputée non écrite » (alinéa 1) ; par ailleurs, « aucune décision de l'assemblée générale ne peut avoir pour effet d'éteindre une action contre les administrateurs ou le directeur général pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat » (alinéa 2) et la sanction paraît bien devoir être alors la nullité.

Le Groupe de travail considère qu'en droit des sociétés la sanction du réputé non écrit ne doit pas se substituer à celle de la nullité. En revanche, les différents cas de réputé non écrit pourraient être rationalisés⁶¹.

⁵⁹ Voir S. Gaudemet, *op. cit.*, n° 89 et s. et les nombreuses références citées.

⁶⁰ À notre connaissance, la jurisprudence n'applique la sanction du réputé non écrit en droit des sociétés que lorsque cette sanction a été prévue par le législateur. Le réputé non écrit serait donc textuel, et non virtuel, contrairement aux nullités qui peuvent être textuelles ou virtuelles, ce que prévoit le législateur aux articles 1844-10 du Code civil et L. 235-1 du Code de commerce.

⁶¹ La sanction du réputé non écrit pourrait en effet être rationalisée afin d'une part qu'elle soit réservée aux cas les plus graves et, d'autre part, qu'elle soit utilisée de manière uniforme et cohérente par le législateur, ce qui n'est pas toujours le cas. Par exemple, les clauses privant des associés répondant à certaines conditions de faire inscrire des points ou des projets de résolution à l'ordre du jour des assemblées sont réputées non écrites dans les SARL (art. L. 223-27 al. 6 C. com.) mais pas dans les sociétés anonymes (silence de l'art. L. 225-105 C. com.).



III- Proposition de modification ou d'ajout de dispositions légales relatives aux nullités en droit des sociétés

3.1 - Disposition de droit commun des sociétés : proposition de modification de l'article 1844-10 du Code civil

« La nullité de la société ne peut résulter que de la violation des dispositions des articles 1832, 1832-1, alinéa 1^{er} et 1833, d'une disposition expresse ou de l'une des causes de nullité des contrats en général. En ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, la nullité de la société ne peut résulter ni d'un vice de consentement ni de l'incapacité, à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs⁶². Pour ces sociétés, la nullité de la société ne peut non plus résulter des clauses prohibées par l'article 1844-1 du présent code⁶³.

Toute clause statutaire contraire à une disposition impérative du présent titre dont la violation n'est pas sanctionnée par la nullité de la société, est réputée non écrite.

La nullité des décisions sociales⁶⁴ ne peut résulter, outre les cas où la loi prévoit expressément la nullité⁶⁵, que de l'une des causes de nullité des contrats en général ou de la violation d'une disposition légale⁶⁶ impérative régissant les droits et obligations des associés, l'organisation et le fonctionnement de la société, l'émission, le rachat et l'annulation de parts ou titres par une société, ainsi que la modification des statuts⁶⁷, à l'exception du dernier alinéa de l'article 1833 ».

3.2 - Disposition applicable aux sociétés gouvernées par la liberté contractuelle : proposition d'ajout de nouveaux articles dans le Code civil (sociétés civiles) et le Code de commerce (SNC, SCS et SAS)

Le Groupe de travail propose d'insérer une nouvelle disposition aux articles 1845 et suivants du Code civil (sociétés civiles), L. 221-1 et suivants (SNC et par ricochet les SCS) et L. 227-1 et suivants

⁶² Cette limitation des causes de nullité des sociétés par actions et des sociétés à responsabilité limitée – aujourd'hui prévue à l'article L. 235-1 du Code de commerce – devrait impérativement être prévue afin que le droit français soit conforme au droit de l'Union européenne.

⁶³ Lors des travaux, le Groupe de travail s'est interrogé sur la pertinence de cette phrase (actuellement prévue à l'article L. 235-1 C. com.), dans la mesure où l'article 1844-1 prévoit que les clauses léonines sont réputées non écrites, ce qui suppose nécessairement que les statuts – et donc la société – subsistent.

⁶⁴ Sur cette nouvelle notion de « décision sociale », voir 1.2 supra.

⁶⁵ Cette précision permet de prendre en compte les nombreuses hypothèses dans lesquelles, même dans le cadre d'un système de nullités virtuelles, le législateur a prévu expressément la sanction de la nullité. Grâce à cette précision, la proposition de nouvelle rédaction semble plus respectueuse de la notion de nullité virtuelle.

⁶⁶ Cette précision permet d'éviter qu'une nullité puisse être prononcée pour violation d'une disposition statutaire. En revanche, la disposition légale devra être entendue dans un sens matériel (et non formel) afin d'englober également les dispositions réglementaires du droit des sociétés.



(SAS) du Code de commerce, afin de permettre aux associés de ces sociétés gouvernées par la liberté contractuelle de prévoir la sanction de la nullité en cas de violation des règles qu'ils auront prévues dans les statuts⁶⁸. Cette nouvelle disposition pourrait être rédigée de la manière suivante.

« Les statuts peuvent prévoir que les décisions sociales prises en violation des clauses qu'ils énoncent sont sanctionnées par la nullité, en précisant, le cas échéant, si la nullité a un caractère facultatif. Lorsqu'ils font usage de la possibilité prévue au premier alinéa, les statuts indiquent les clauses dont la violation est sanctionnée par la nullité, sans pouvoir y inclure les dispositions légales éventuellement reprises par les clauses des statuts.

Les clauses statutaires prévoyant la nullité de toute décision sociale prise en violation des statuts sont réputées non écrites.

Les causes de nullité déterminées par les statuts sont régies par les articles 1844-11 et suivants du Code civil. »

3.3 - Disposition de droit commun des sociétés : proposition d'ajout dans le Code civil d'un nouvel article prévoyant des mécanismes d'injonction et de nomination d'un mandataire chargé de la régularisation afin de favoriser leur utilisation

« À la demande de tout intéressé ou du ministère public, le président du tribunal, statuant sur requête ou dans le cadre de la procédure accélérée au fond⁶⁹, peut enjoindre, le cas échéant sous astreinte, au dirigeant d'une société la réalisation de toute mesure visant à se conformer aux dispositions législatives ou réglementaires.

Le président peut, dans les mêmes conditions et à cette même fin, désigner un mandataire chargé d'effectuer ces mesures. »

3.4 - Suppression du caractère obligatoire de certaines nullités : proposition de modification de certaines dispositions du Code de commerce

Article L. 223-43 (sociétés à responsabilité limitée)

« La transformation d'une société à responsabilité limitée en société en nom collectif, en commandite simple ou en commandite par actions, exige l'accord unanime des associés.

La transformation en société anonyme est décidée à la majorité requise pour la modification des statuts. Toutefois, elle peut être décidée par des associés représentant la majorité des parts sociales si les capitaux propres figurant au dernier bilan excèdent 750 000 euros.

⁶⁷ Sur ces causes de nullité, voir 1.3 supra.

⁶⁸ Sur la justification de l'insertion de cette nouvelle disposition, voir 1.3.3 supra.

⁶⁹ Depuis le 1^{er} janvier 2020 la procédure accélérée au fond a remplacé les ordonnances rendues en la forme des référés.



La décision est précédée du rapport d'un commissaire aux comptes inscrit, sur la situation de la société.

Toute transformation, effectuée en violation des règles du présent article, **est nulle peut être annulée.** »

Article L. 224-3 (sociétés par actions)

« Lorsqu'une société de quelque forme que ce soit qui n'a pas de commissaire aux comptes se transforme en société par actions, un ou plusieurs commissaires à la transformation, chargés d'apprécier sous leur responsabilité la valeur des biens composant l'actif social et les avantages particuliers, sont désignés, sauf accord unanime des associés par décision de justice à la demande des dirigeants sociaux ou de l'un d'eux. Les commissaires à la transformation peuvent être chargés de l'établissement du rapport sur la situation de la société mentionné au troisième alinéa de l'article L. 223-43. Dans ce cas, il n'est rédigé qu'un seul rapport. Ces commissaires sont soumis aux incompatibilités prévues à l'article L. 822-11-3. Le rapport est tenu à la disposition des associés.

Les associés statuent sur l'évaluation des biens et l'octroi des avantages particuliers. Ils ne peuvent les réduire qu'à l'unanimité.

À défaut d'approbation expresse des associés, mentionnée au procès-verbal, la transformation **est nulle peut être annulée.** »

Article L. 225-121 (sociétés anonymes)

« Les délibérations prises par les assemblées en violation des articles L. 225-96, L. 225-97, L. 225-98, des troisième et quatrième alinéas de l'article L. 225-99 et des deuxième et troisième alinéas du I de l'article L. 225-100 **sont nulles peuvent être annulées.**

En cas de violation des dispositions des articles L. 225-115 et L. 225-116 ou du décret pris pour leur application, l'assemblée peut être annulée.

Les délibérations prises par les assemblées en violation de l'article L. 225-105 peuvent être annulées. »

Article L. 225-149-3 (sociétés anonymes)

« Les rapports et les formalités mentionnés à l'article L. 225-129-2, au second alinéa de l'article L. 225-131, aux 1^o et 2^o de l'article L. 225-136, aux articles L. 225-138, L. 225-142 et L. 225-143, au dernier alinéa de l'article L. 225-144, aux articles L. 225-145 à L. 225-147, au second alinéa de l'article L. 225-148, à l'avant-dernier alinéa de l'article L. 225-149 et à l'article L. 225-149-2 peuvent donner lieu à une injonction de faire suivant les modalités définies aux articles L. 238-1 et L. 238-6.

Peuvent être annulées Sont nulles les décisions prises en violation du premier alinéa des articles L. 225-129 et L. 225-129-1, des deux premiers alinéas de l'article L. 225-129-2, du premier alinéa de l'article L. 225-129-6, de la première phrase du premier alinéa et du second alinéa de l'article L. 225-130, du premier alinéa de l'article L. 225-131, du deuxième alinéa de l'article L. 225-132 et du dernier alinéa de l'article L. 225-147.



Peuvent être annulées les décisions prises en violation de l'article L. 233-32 ainsi que les décisions prises en violation des dispositions de la présente sous-section 1 autres que celles mentionnées au deuxième alinéa du présent article.

Les articles L. 225-127 et L. 225-128, le premier alinéa des articles L. 225-132 et L. 225-135, l'article L. 225-140 et le premier alinéa de l'article L. 225-148 ne sont pas soumis au présent article. »

Article L. 227-15 (sociétés par actions simplifiées)

« Toute cession effectuée en violation des clauses statutaires ~~est nulle~~ **peut être annulée.** »

Article L. 228-23 (valeurs mobilières émises par les sociétés anonymes)

« Dans une société dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, la cession d'actions ou de valeurs mobilières donnant accès au capital, à quelque titre que ce soit, peut être soumise à l'agrément de la société par une clause des statuts.

Une clause d'agrément ne peut être stipulée que si les titres sont nominatifs en vertu de la loi ou des statuts.

Cette clause est écartée en cas de succession, de liquidation du régime matrimonial ou de cession, soit à un conjoint, soit à un ascendant ou à un descendant.

Les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables lorsqu'une société dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé réserve des actions à ses salariés, dès lors que la clause d'agrément a pour objet d'éviter que lesdites actions ne soient dévolues ou cédées à des personnes n'ayant pas la qualité de salarié de la société.

Toute cession effectuée en violation d'une clause d'agrément figurant dans les statuts ~~est nulle~~ **peut être annulée.** »

Article L. 228-56 (valeurs mobilières représentatives d'un droit de créance – obligations)

« La rémunération des représentants de la masse telle que fixée par l'assemblée générale ou par le contrat d'émission est à la charge de la société débitrice.

À défaut de fixation de cette rémunération, ou si son montant est contesté par la société, il est statué par décision de justice.

Sans préjudice de l'action en responsabilité contre les mandataires sociaux ou le représentant de la masse, toute décision accordant à ce dernier une rémunération en violation des dispositions du présent article ~~est nulle~~ **peut être annulée.** »

Article L. 228-95 (valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créance – dispositions générales)

« ~~Sont nulles~~ **Peuvent être annulées** les décisions prises en violation du deuxième et du troisième alinéa de l'article L. 228-91. »



Article L. 228-104 (valeurs mobilières donnant accès au capital)

« Les délibérations ou stipulations prises en violation des articles L. 228-98 à L. 228-101 et L. 228-103 ~~sont nulles~~ **peuvent être annulées.** »

Article L. 229-11 (sociétés européennes)

« Les statuts d'une société européenne qui n'entend pas offrir au public ses actions peuvent soumettre tout transfert d'actions à des restrictions à la libre négociabilité sans que ces restrictions ne puissent avoir pour effet de rendre ces actions inaliénables pour une durée excédant dix ans.

Toute cession réalisée en violation de ces clauses statutaires ~~est nulle~~ **peut être annulée.** Cette nullité est opposable au cessionnaire ou à ses ayants droit. Elle peut être régularisée par une décision prise à l'unanimité des actionnaires non parties au contrat ou à l'opération visant à transférer les actions. »



COMPOSITION DU GROUPE DU TRAVAIL



COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL « Nullités en droit des sociétés »

PRÉSIDENT

- **Didier MARTIN**, Avocat associé, Cabinet Bredin Prat, membre du HCJP

MEMBRES :

- **Daniel COHEN**, Professeur de droit, Université Panthéon-Assas
- **Alain COURET**, Professeur émérite de l'Université Panthéon Sorbonne, Avocat associé KPMG avocats
- **Olympe DEXANT - DE BAILLIENCOURT**, Professeur de droit, Université de Franche-Comté
- **France DRUMMOND**, Professeur de droit, Université Panthéon-Assas, membre du HCJP
- **Myriam EPELBAUM**, Avocat, Cabinet Bredin Prat
- **Emmanuel MASSET**, Avocat associé, Cabinet Bredin Prat
- **Jacques MOURY**, Professeur de droit, Université de Reims
- **Charline PELTIER**, Direction des Affaires Civiles et du Sceau
- **Alain PIETRANCOSTA**, Professeur de droit, membre du HCJP
- **Hervé SYNDET**, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas
- **Muriel DE SZILBEREKY**, Déléguée générale de l'ANSA

REPRÉSENTANTS DE LA DIRECTION GÉNÉRALE DU TRÉSOR :

- **Alice NAVARRO**, Magistrat, membre du HCJP
- **Pierre ROHFRITSCH**

REPRÉSENTANTS DE L'AMF :

- **Patricia CHOQUET**, Conseillère à la direction des affaires juridiques

EN PRÉSENCE DE :

- **Carole CHAMPALAUNE**, Magistrat, Conseiller à la Cour de cassation
- **Olivier DOUVRELEUR**, Magistrat, Avocat général à la Cour de cassation

RAPPORTEUR :

- **Olympe DEXANT - DE BAILLIENCOURT**, Professeur de droit, Université de Franche-Comté



LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES



LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES

- **Odile DE BROSSES**, Représentante de l'AFEP
- **Elsa GUEGUAN**, Maître de conférences, Université Paris Sud
- **Astrid MIGNON COLOMBET**, Avocat associé, cabinet Soulez Larivière & Associés
- **Isabelle TREMEAU**, Représentante de l'ANSA
- **Jérôme VITULO**, Représentant du MEDEF