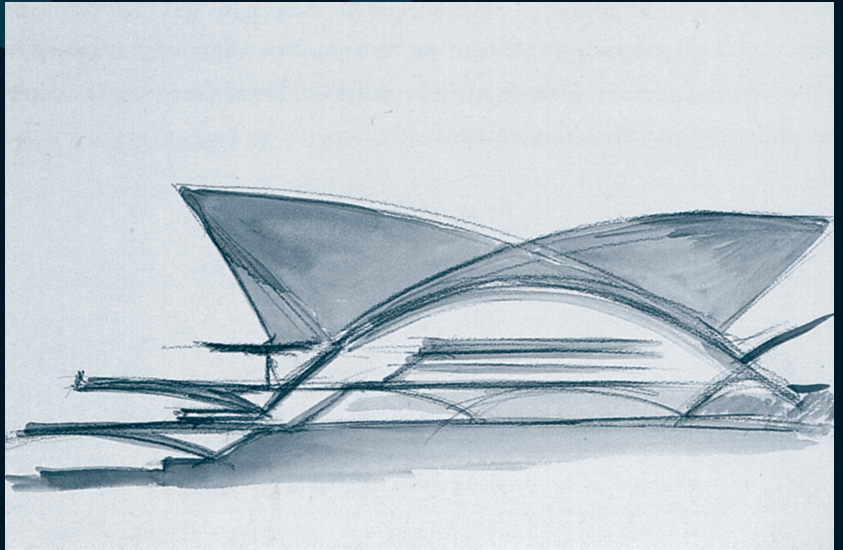


LAURE BURRUS

Série II Volume 20

La contestation des décisions
des organes sociaux des sociétés
de capitaux en droit français
et en droit suisse

COLLECTION LATINE



Helbing Lichtenhahn

La contestation des décisions
des organes sociaux des sociétés
de capitaux en droit français
et en droit suisse

LAURE BURRUS

COLLECTION LATINE

fondée par Marco Borghi et Nicolas Queloz, professeurs émérites
de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg

LAURE BURRUS

COLLECTION LATINE
Série II/Volume 20

La contestation des décisions
des organes sociaux des sociétés
de capitaux en droit français
et en droit suisse

Helbing Lichtenhahn

Pour cette thèse, rédigée sous la direction du Professeur Peter Jung, l'auteurice a reçu le titre de Docteur en droit de l'Université de Bâle avec la mention *insigni cum laude*.

Publié avec le soutien du Fonds national suisse de la recherche scientifique.

DOI: https://doi.org/10.46455/Helbing_Lichtenhahn/978-3-7190-4673-6



Cette œuvre est mise à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution - Pas d'utilisation commerciale - Pas de modification 4.0 International.

ISBN 978-3-7190-4673-6 (édition imprimée)

2023, Helbing Lichtenhahn, Bâle

www.helbing.ch

Les opinions émises dans la présente thèse sont propres à l'auteur. L'Université de Bâle n'entend donner aucune approbation ou improbation à ces opinions.

« Être contesté, c'est être constaté. »

Victor Hugo, *Tas de pierres*

Mes remerciements s'adressent aux personnes m'ayant encouragée à persévérer et ayant nourri ma réflexion par la richesse de nos échanges: particulièrement à mon directeur de thèse, Peter Jung, pour son suivi méticuleux et sa bienveillance ainsi qu'à mes enfants, mon mari, mes amis, et tout spécialement à Maher, Guillaume F., Guillaume C., Elisabeth et Hubertus.

Sommaire

Table des matières	IX
Bibliographie	XXI
Abréviations	XLI
Introduction	1
Chapitre 1: La formation de la volonté sociale par les organes de la société . . .	3
Chapitre 2: Problématiques et enjeux	23
Partie I: Les actions en nullité et en annulation: des actions curatives	25
Chapitre 1: Les causes de nullité et d'annulabilité des décisions des organes sociaux	27
Chapitre 2: Les décisions illicites sanctionnables	63
Chapitre 3: La mise en œuvre de l'action en nullité	175
Conclusion de la partie I	231
Partie II: Les correctifs légaux	233
Chapitre 1: Les correctifs en amont de l'annulation des décisions sociales	235
Chapitre 2: L'articulation de l'action en annulation avec les mesures réparatrices	263
Conclusion de la partie II	291

Partie III: Evaluation des actions en contestation en droits français et suisse . .	295
Chapitre 1: Les causes des divergences	297
Chapitre 2: Propositions d'amélioration du régime en droit suisse	343
Conclusion de la partie III	355
Conclusion générale	357
Index	359

Table des matières

Sommaire	VII
Bibliographie	XXI
Abréviations	XLI
Introduction	1
Chapitre 1: La formation de la volonté sociale par les organes de la société	3
Section 1: La notion d'organe	4
§ 1 La spécialisation des organes comme mode d'organisation de la société	5
I. Organes de contrôle et organes de gestion: distinction fonctionnelle	5
II. Organes de droit et organes de fait	7
§ 2 Notion d'organe social et élaboration de la volonté sociale	9
Section 2: La contestation des décisions des organes sociaux	12
§ 1 La notion de décision des organes sociaux (ou décision sociale)	13
I. Définition générale	13
II. L'opposabilité <i>erga omnes</i> des décisions des organes sociaux	14
§ 2 La contestation des décisions des organes sociaux	15
I. L'importance des actions en contestation en droit des sociétés	16
A. Actions en contestation et formation de la volonté sociale	16
B. Actions en contestation et formes sociales	17
II. L'expression contestataire <i>a posteriori</i>	19
A. La contestation par les sanctions économiques	19
B. La contestation par les sanctions juridiques	20
1. Nullité en droit français; nullité et annulabilité en droit suisse: les actions réparatoires	20
2. Action en responsabilité et restitution: les actions compensatoires	21

Chapitre 2: Problématiques et enjeux	23
Partie I: Les actions en nullité et en annulation: des actions curatives	25
Chapitre 1: Les causes de nullité et d’annulabilité des décisions des organes sociaux	27
Section 1: Les fondements des actions en nullité et en annulabilité	27
§ 1 En droit français: la combinaison des fondements de droit commun et de droit spécial des sociétés	28
I. Le champ d’application <i>ratione personae</i>	29
A. Les décisions annulables selon l’organe décisionnaire	29
1. L’annulabilité sans distinction des organes sociaux décisionnaires	29
2. Des fondements différents selon que la décision litigieuse modifie ou non les statuts	32
B. Les décisions annulables selon la forme sociale de la société	33
C. Les décisions annulables selon les titulaires du droit d’action	34
II. Le champ d’application <i>ratione materiae</i>	34
A. Les nullités expresses: sanction des décisions modifiant les statuts.	35
B. Les décisions ne modifiant pas les statuts contraires à une disposition impérative	36
1. Définition d’une disposition impérative	36
2. Les décrets d’application sont-ils impératifs?	39
§ 2 En droit suisse: les articles 706 CO, 706b CO et 714 CO	41
I. Champs d’application <i>ratione personae</i>	42
A. Les décisions sanctionnables selon l’organe décisionnaire	42
B. Les décisions sanctionnables selon la forme sociale de la société	43
C. Les décisions sanctionnables selon les titulaires du droit d’action	44
II. Champs d’application <i>ratione materiae</i>	44
A. Les critères de l’action en annulation des décisions de l’assemblée générale fondée sur l’article 706 CO	45
B. L’action en nullité des décisions de l’assemblée générale et du conseil d’administration	46
1. Sur le fondement de l’article 706b CO	46
2. Sur le fondement de l’article 714 CO	47
Conclusion de la section 1	48
Section 2: Les typologies des actions en nullité et en annulation	48
§ 1 Nullité absolue ou relative et nullité automatique ou facultative en droit français	49
I. La distinction entre nullité absolue et nullité relative	49
II. La distinction entre nullité automatique et nullité facultative	50
§ 2 En droit suisse: les critères de distinction de l’annulabilité et de la nullité	52
I. L’abandon de la théorie des droits acquis de Schluemp	53
A. Le contenu de la théorie de Schluemp	53

B. L'abandon de la théorie de Schluemp	53
C. Les désaccords doctrinaux sur la classification	54
II. La recherche de critères de distinction pertinents	56
A. La violation d'une règle impérative	56
B. La nature du vice affectant la décision et la portée de la décision	59
C. La gravité de l'atteinte	60
Conclusion de la section 2	61
Chapitre 2: Les décisions illicites sanctionnables	63
Section 1: La violation des principes généraux du droit	64
§ 1 Les causes de nullité des contrats, fondement de la nullité des décisions sociales en droit français	64
I. Le sort de la décision litigieuse adoptée en violation des principes de l'article 1109 du Code civil	64
A. Un contenu licite et certain	65
B. Les vices du consentement	65
C. La capacité	68
II. Le sort de la décision litigieuse adoptée par fraude	68
§ 2 Le sort des délibérations contraires au droit régissant les contrats en droit suisse	71
I. L'application des dispositions du droit des contrats aux décisions sociales	71
II. L'annulabilité des décisions adoptées par vice de consentement	72
III. La nullité d'une décision sociale au contenu illicite ou impossible	73
IV. Le sort des décisions adoptées par un actionnaire incapable	74
§ 3 La sanction de l'abus de droit: l'abus de majorité	75
I. L'abus de majorité comme principale source d'annulation des actes et délibérations en droit français	75
A. Une décision contraire à l'intérêt social	77
B. Une décision qui favorise les majoritaires	79
C. Une décision prise au détriment des minoritaires	79
II. L'annulabilité d'une décision pour abus de droit en Suisse	81
A. La contrariété aux règles de la bonne foi	81
B. L'exercice des droits avec ménagement	81
C. L'acceptation timide de l'abus de majorité ou abus de position dominante	83
Conclusion de la section 1	85
Section 2: La violation des dispositions propres aux sociétés anonymes	86
§ 1 La méconnaissance des règles de compétence des organes	87
I. Le principe de spécialité des organes et la sanction de la nullité automatique en droit français	88
II. Le principe de parité des organes et la sanction de la nullité en droit suisse	90
§ 2 La violation du droit des actionnaires de participer à l'assemblée générale	91
I. La convocation à l'assemblée générale	91

A.	Irrégularités formelles de la convocation	91
1.	En France: nullité facultative et relative	91
2.	En Suisse: annulabilité ou nullité	92
B.	Convocation par un organe incompétent	95
1.	En France: nullité facultative et absolue	95
2.	En Suisse: sanction incertaine	96
C.	Ordre du jour absent ou incomplet	97
1.	En France: nullité automatique	97
2.	En Suisse: annulabilité	100
II.	Le droit à l'information	101
A.	Information préalable incomplète	101
1.	En France	101
a.	<i>Nullité facultative de principe</i>	101
b.	<i>Nullité automatique en cas de manquement du rapport de gestion</i>	102
c.	<i>Nullité automatique en cas de décision d'une certaine gravité</i>	104
2.	En Suisse: annulabilité de principe	104
B.	Communication hors délai	108
1.	En France (L. 225-108 C.com.): nullité facultative	108
2.	En Suisse: nullité	108
III.	La participation effective à l'assemblée générale: de la bonne tenue de la séance à la consignation de l'expression du vote	109
A.	Irrégularité formelle du déroulement de l'assemblée générale	109
1.	En France: nullité automatique	109
2.	En Suisse: annulation ou absence de sanction	110
B.	Non-respect du quorum de présence	111
1.	En France: nullité obligatoire	111
2.	En Suisse: annulation en présence de dispositions statutaires	111
C.	Absence de feuille de présence	112
1.	En France: nullité facultative	112
2.	En Suisse: annulabilité	113
D.	Participation de tiers	114
1.	En France: absence de nullité	114
2.	En Suisse: annulabilité	115
E.	Droit de prendre part aux décisions	118
1.	En France	118
a.	<i>Le droit de débattre: nullité facultative</i>	118
b.	<i>Le droit de vote: nullité facultative</i>	120
c.	<i>La méconnaissance du principe de proportionnalité: nullité automatique</i>	122
2.	En Suisse	122
a.	<i>Exclusion injustifiée: annulabilité</i>	122
b.	<i>Entrave du droit de vote: nullité</i>	123
F.	Les vices affectant le procès-verbal	124
1.	En France: nullité facultative	124
2.	En Suisse: le silence de la loi	125
IV.	Les droits financiers des actionnaires: préservation du capital de la société	127
A.	En France: nullité automatique et absolue	127
1.	Méconnaissance de l'obligation de constituer une réserve légale	127

2. Méconnaissance des dispositions encadrant l'émission de titres donnant accès au capital	128
3. Nullité spéciale en cas de fusion et scission	130
B. En Suisse: nullité	131
§ 3 La protection des droits des créanciers sociaux	132
I. En France: une évolution vers une plus grande protection des créanciers sociaux	132
A. En période ordinaire	132
1. Les créanciers dans leurs relations avec les organes sociaux	132
2. L'assemblée générale des obligataires	133
a. Les droits des porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital et des obligataires	133
b. Le fonctionnement des assemblées d'obligataires	134
B. En période de procédure collective	135
1. Contestation des actes et décisions de la période suspecte	135
2. Contestation des décisions de l'assemblée des obligataires	136
II. En Suisse: nullité par le détour du droit commun	138
A. Le droit du représentant des obligataires de prendre part aux délibérations des organes sociaux	139
B. La contestation des décisions de l'assemblée des obligataires	140
C. La contestation des assemblées de créanciers en cas de poursuite	141
§ 4 La protection des droits des mandataires sociaux	142
I. Convocation irrégulière des administrateurs au conseil d'administration	142
A. En France: nullité facultative	142
B. En Suisse: nullité sur le fondement de l'article 714 CO	144
II. Méconnaissance du droit à l'information	145
A. En France: nullité automatique	145
B. En Suisse: sanction incertaine	146
III. Irrégularités affectant la composition du conseil d'administration dans la société anonyme	148
A. Irrégularité de composition du conseil d'administration	148
1. En France: nullité facultative	148
2. En Suisse: sanction stricte de la nullité en cas de rupture du principe d'égalité	150
B. Irrégularité des décisions du conseil d'administration	151
1. En France: nullité facultative	151
2. En Suisse	152
a. <i>Décisions illicites: nullité</i>	152
b. <i>Défaut de quorum: annulation</i>	153
IV. Absence de procès-verbal	153
A. En France: nullité obligatoire et relative	153
B. En Suisse: pas de sanction	154
§ 5 La protection des droits des salariés: le droit de participer à la vie sociale	155
I. Le droit de participer au conseil d'administration dans les sociétés anonymes	156
II. Le droit de participer à l'assemblée générale	157
Conclusion de la section 2	159

Section 3: Le sort des décisions contraires aux statuts	162
§ 1 En droit français: les tergiversations jurisprudentielles	162
I. Le principe: la méconnaissance des statuts n'est pas sanctionnée par la nullité	162
II. Les aménagements du principe	165
A. Les statuts reprennent une règle légale impérative	165
B. La méconnaissance des statuts n'a que des effets internes	167
C. Les statuts prévoient expressément la sanction de la nullité	167
III. Le particularisme des SAS	168
A. Le principe de la liberté statutaire et la nullité facultative	168
B. L'incertitude de la sanction en cas de méconnaissance de droits protégés	169
1. Contenu et forme de la convocation	169
2. La sanction de la méconnaissance du droit à l'information	170
§ 2 En droit suisse: une solution sans équivoque	171
I. Non-respect des statuts par l'assemblée générale: annulabilité	171
II. Non-respect des statuts par le conseil d'administration: action en responsabilité	172
Conclusion du chapitre 2	172
Chapitre 3: La mise en œuvre de l'action en nullité	175
Section 1: Le contrôle procédural dans la mise en œuvre de la sanction	175
§ 1 Le rôle du juge dans l'application de la sanction	175
I. En droit français	176
II. En droit suisse: la prudence des juges	177
§ 2 Le contrôle de l'intérêt à agir du demandeur	179
I. En droit français: le contrôle de la finalité de la règle impérative méconnue	180
A. Distinction entre nullité absolue et nullité relative	180
1. Distinction fondée sur l'intérêt protégé	180
a. <i>Intérêt protégé et intérêt à agir</i>	180
b. <i>Les nullités relatives catégorielles</i>	182
c. <i>Les difficultés d'identification de l'intérêt protégé</i>	183
2. Distinction entre nullité absolue ou relative et nullité automatique ou facultative	184
B. Définition de l'intérêt à agir: pas de nullité sans grief	185
1. Appréciation restrictive de l'intérêt à agir	185
a. <i>Le pouvoir d'appréciation du juge</i>	185
b. <i>Les critères retenus par le juge pour apprécier l'intérêt à agir</i>	186
2. Appréciation restrictive de la qualité à agir en matière de nullité relative	187
II. En droit suisse: l'existence d'un grief	190
A. Définition de la légitimation active	190
B. Définition de l'intérêt à agir	190
C. Légitimation active de l'action en annulation: nullité relative	192
1. Principe: actionnaire et dirigeant représentant la société	192

2. Exclusion des créanciers et porteurs de bon de jouissance	193
D. Légitimation active de l'action en constatation de la nullité: nullité absolue	193
§ 3 Le contrôle du respect de l'intérêt social	193
I. En droit français	194
A. La définition de l'intérêt social en droit français	194
B. La violation de l'intérêt social comme cause de nullité d'une décision sociale	198
II. En droit suisse	203
A. L'importance de l'intérêt social dans le prononcé de la nullité	203
B. La définition de la notion par la doctrine: les partisans de la notion étroite	205
C. La notion médiane: intérêt des actionnaires et des créanciers	206
D. La notion large: intérêt des salariés et au-delà	206
E. Le devoir de fidélité au service de l'intérêt social	207
F. Le positionnement de la jurisprudence	207
Conclusion de la section 1	208
Section 2: Les enjeux procéduraux	208
§ 1 Les délais pour agir	209
I. Le délai de prescription	209
A. En France	209
1. La prescription triennale	209
2. L'exception de nullité	210
B. En Suisse	211
1. L'imprescriptibilité de l'action en nullité	211
2. Le délai très court de l'action en annulation	212
II. La qualification du délai	212
A. En France: un délai de prescription	212
B. En Suisse: un délai de péremption	212
III. Le point de départ du délai	213
A. En France	213
B. En Suisse	214
§ 2 Les difficultés procédurales spécifiques à la Suisse: la difficulté d'appréciation de la valeur litigieuse	214
Conclusion de la section 2	218
Section 3: Une sanction aux effets mitigés et à la mise en œuvre laborieuse . . .	218
§ 1 L'effet rétroactif de la nullité et les nullités en cascade en droit français	218
I. Les nullités en cascade	218
A. Principe	218
B. Tempérament: l'inopposabilité de la nullité aux tiers de bonne foi et ses limites	219
II. Critique de l'article L. 235-12 du Code de commerce	221

§ 2 La recherche de sécurité juridique en droit suisse	222
I. Le principe de l'opposabilité <i>erga omnes</i> et de l'effet <i>ex tunc</i> de la sanction . .	222
II. Implication sur les nullités en cascade	223
§ 3 L'inadaptation de la sanction aux sociétés cotées	225
I. La nullité des décisions sociales dans les sociétés cotées: un contentieux rare	225
A. La suspension des droits de vote par le bureau de l'assemblée générale . .	225
B. La nullité comme sanction de la violation des dispositions propres aux opérations sur titres	226
C. Les obligations d'informations spécifiques aux sociétés cotées: l'objectif de protection des investisseurs et d'information du marché	227
II. La nullité comme sanction de la méconnaissance des règles de bonne gouvernance	228
A. Les règles de composition des conseils d'administration	228
B. Les dispositions sur la transparence des dirigeants	229
Conclusion de la section 3	230
Conclusion du chapitre 3	230
Conclusion de la partie I	231
Partie II: Les correctifs légaux	233
Chapitre 1: Les correctifs en amont de l'annulation des décisions sociales	235
Section 1: La renonciation	235
§ 1 La théorie du vote utile	235
I. En France: une application extensive	235
II. En Suisse: la résultante de la nécessité d'un lien de causalité	236
§ 2 La renonciation implicite	237
I. En France: les actes confirmatifs emportant renonciation	237
II. En Suisse: <i>venire contra factum proprium</i>	240
Section 2: La régularisation de l'acte litigieux	242
§ 1 Régularisation et injonction de régularisation en droit suisse	242
§ 2 La distinction entre la régularisation et la confirmation	244
I. Guérison de l'acte irrégulier ou renonciation à l'action en nullité	245
II. Les vices susceptibles d'être guéris	246
III. Les effets: la régularisation <i>erga omnes</i> et la confirmation <i>inter partes</i>	248
§ 3 La mise en œuvre de la régularisation	248
I. Les typologies de régularisation	249
A. La régularisation préventive	249
B. La régularisation dans le cadre d'une procédure d'action en nullité	249
II. Les limites de la régularisation	250

Section 3: Les voies alternatives	251
§ 1 Les spécificités du droit français: l'action interrogatoire	251
§ 2 Les contrôles de légalité préalable à toute action en droit suisse	253
I. Le verrou du conseil d'administration	253
II. Le verrou de l'office du registre du commerce	254
A. Différences entre le greffier en droit français et l'office du registre du commerce	254
B. Le contrôle de l'office du registre du commerce	255
1. Les mesures conservatoires à l'initiative du demandeur	256
2. Le refus de l'inscription à l'initiative de l'office du registre du commerce	257
C. L'effet guérisseur de l'inscription au registre du commerce	260
D. Les limites sur l'action en nullité du pouvoir d'examen de l'office du registre du commerce	260
Conclusion du chapitre 1	262
Chapitre 2: L'articulation de l'action en annulation avec les mesures réparatrices	263
Section 1: La difficile articulation avec l'action en responsabilité civile des dirigeants sociaux	263
§ 1 En droit français: l'autonomie de l'action en responsabilité civile et de l'action en nullité	264
I. Le principe d'autonomie et la responsabilité des suites de la nullité	264
A. Le principe d'autonomie de l'action en responsabilité	264
B. La responsabilité du fait de la nullité	266
II. La présomption de faute en cas de nullité	267
III. L'existence d'un dommage	268
A. Le dommage direct et l'action personnelle	269
B. Le dommage indirect et l'action <i>ut singuli</i>	270
C. La réparation du dommage des suites du prononcé de la nullité	271
§ 2 En droit suisse: critique du principe de subsidiarité de l'action en annulation par rapport à l'action en responsabilité	272
I. Le principe de subsidiarité	272
II. La responsabilité civile du fait de la nullité appliquée au droit suisse	274
A. La détermination de la faute	274
B. L'identification du dommage	276
1. Le patrimoine direct et l'action personnelle	277
2. Le patrimoine indirect et l'action <i>ut singuli</i>	279
C. La condition d'un lien de causalité	280
Section 2: Le recouvrement des sommes illégalement versées	281
§ 1 L'action en répétition des sommes indues en droit français	282
I. Le régime de l'action en répétition	282

A. En cas de versement de dividendes fictifs	282
B. En cas de versement de rémunération indue	283
II. L'articulation de l'action en restitution avec les autres modes de contestation et de réparation	284
§ 2 L'action en restitution en Suisse	285
I. L'action en restitution de prestations et l'action en enrichissement illégitime	285
II. Articulation de l'action en restitution avec l'action en annulation et l'action en responsabilité	286
Conclusion du chapitre 2	289
Conclusion de la partie II	291
Partie III: Evaluation des actions en contestation en droits français et suisse . .	295
Chapitre 1: Les causes des divergences	297
Section 1: Des causes historiques	297
§ 1 En France: une sanction empruntée au droit civil	297
I. La transposition de la théorie civiliste des nullités au droit des sociétés	298
A. Du droit romain à l'Ancien Régime: la distinction entre nullité et annulabilité	298
B. La construction doctrinale de la théorie de la nullité en droit civil français	299
1. 1804 -1909: la théorie classique	299
a. <i>L'identification des causes générales de nullité</i>	301
b. <i>La prédominance des nullités absolues sur les nullités relatives</i> . . .	301
2. Les apports d'Aubry et Rau	302
a. <i>Nullité textuelle et virtuelle</i>	302
b. <i>Absence de distinction entre les nullités absolues et relatives</i> . . .	302
c. <i>L'absence de grief</i>	302
d. <i>L'articulation avec l'action en responsabilité</i>	303
3. Depuis 1909: la théorie moderne	303
C. La transposition du droit civil au droit des sociétés	304
1. La délicate transposition	304
2. Les solutions en vigueur antérieurement à la loi de 1966 et leurs tempéraments	305
II. L'allègement progressif des sanctions: des sanctions pénales à la nullité relative	309
A. Les allègements successifs de la loi du 24 juillet 1966 et de la loi du 15 mai 2001 dite NRE	309
B. Les apports de la loi du 22 mars 2012 dite de «simplification» et de la loi du 22 mai 2019 dite «PACTE»	311
§ 2 En droit suisse: une sanction relativement récente	312
I. Régime antérieur à la loi fédérale du 18 décembre 1936	312
II. Apport de la loi fédérale du 18 décembre 1936 et réformes subséquentes . . .	314

Section 2: Des causes idéologiques	317
§ 1 L'arbitrage entre la protection des minoritaires et la stabilité juridique	317
I. En France: la volonté du législateur de protéger les actionnaires minoritaires	318
II. En Suisse: la prévalence du majoritaire et la volonté de garantir la sécurité juridique	320
§ 2 Des conceptions théoriques de la société différentes	323
I. En France: l'influence de la théorie de l'institution et des théories de <i>corporate governance</i>	323
A. L'approche contractuelle	325
1. La société analysée comme un contrat	325
2. Limites de l'approche contractuelle	326
B. L'approche institutionnelle (1900-1930)	327
1. La société analysée comme une institution et les difficultés de l'approche institutionnelle	327
2. Les implications sur la notion de société en droit français	330
C. Le renouveau des débats doctrinaux sur la nature de la société en France	331
1. Le développement de l'Ecole de Rennes en France (1970-1990)	331
2. L'influence de la théorie de l'agence et le renouveau de la théorie contractuelle (1980-à nos jours)	332
II. En Suisse: l'influence du modèle allemand	335
A. L'absence de théorie des nullités en Suisse	335
B. L'inspiration du droit allemand des sociétés	336
C. L'absence d'influence de la conception théorique de la société	341
Conclusion chapitre 1	342
Chapitre 2: Propositions d'amélioration du régime en droit suisse	343
Section 1: Evaluation du droit suisse	343
§ 1 L'efficacité du régime de l'action en annulation et en nullité des décisions sociales	343
§ 2 Avantages et inconvénients du régime de la nullité en droit suisse des sociétés	347
Section 2: Pistes d'amélioration	348
§ 1 Repenser le délai de péremption de l'article 706a CO et modifier l'imprescriptibilité de l'article 706b CO	349
§ 2 Adapter la notion de valeur litigieuse	351
§ 3 Elargir les décisions pouvant être contestées aux décisions du conseil d'administration	351
§ 4 Identifier un fondement unique aux actions des articles 706 et 706b CO	352
I. La rupture d'égalité non fondée et non consentie	352
II. Introduire un critère clair de distinction entre l'annulation et la nullité fondé sur la gravité et la durée de l'atteinte	352

§ 5 Consacrer le cumul de l'action en annulation ou en nullité avec une action en responsabilité	353
Conclusion de la partie III	355
Conclusion générale	357
Index	359

Bibliographie

- ALCOUFFE ALAIN/KALWEIT CHRISTIAN, Droit à l'information des actionnaires et actions sociales des associés en France et en Allemagne. Considérations de droit comparé en relation avec les directives américaines, *Revue Internationale de Droit Economique*, 2003/2, pp. 159-196.
- ANSAULT JEAN-JACQUES, Le contrôle de l'intérêt à agir en nullité des délibérations sociales, *Rev. soc.*, 2012, p. 7.
- AT CHRISTIAN/CHAPPE NATHALIE/MORAND PIERRE-HENRI, Protection des actionnaires et bénéficiaires privés. Doit-on aller plus loin que la loi ?, *Revue économique* 2007/6 (vol. 58), pp. 1207-1220.
- ATANASOV VLADIMIR/BLACK BERNARD/CICCOTELLO CONRAD, Law and tunneling, *The Journal of corporation law* 37, 2011, pp. 1-49.
- AUBERT JEAN-LUC, Le droit pour le créancier d'agir en nullité des actes passés par son débiteur, *RTD Civ.*, 1969, p. 692.
- AUBERSON CAMILLE/OPPLIGER DAMIEN, L'affaire SIKA : un exemple en faveur d'une approche économique des transferts d'actions soumis à l'agrément de la société, *SZW/RSDA* 6/2015, pp. 614-629.
- AUBRY CHARLES/RAU CHARLES, *Droit civil français*, t. 1, Paris, 1869.
- AZAVANT MARC, La sanction civile en droit des sociétés. Ou l'apport du droit commun au droit spécial, *Rev. soc.* 2003, p. 441.
- AZENCOT MARCEL, L'intervention du juge dans la gestion des sociétés commerciales, thèse Paris II, 1979.
- BAHAR RASHID, La démocratie comme principe directeur du droit des sociétés anonymes : mythes et réalités. *In*: La démocratie comme idée directrice de l'ordre juridique suisse, Genève, 2005, pp. 81-123.
- BAILLY-MASSON CLAUDE, L'intérêt social, une notion fondamentale, *LPA*, 9 nov. 2000, pp. 6-12.
- BARBIER HUGO, Qu'est-ce qu'une «règle impérative dont la violation justifie la nullité d'une délibération»? note sous CA Angers, 22 mars 2011, n° 10/00265, *BJS* n° 10 du 1^{er} octobre 2011, p. 398.

- BÄR ROLF, Minderheitenschutz in der Aktiengesellschaft, ZBJV 1959.
- BÄR ROLF, Kognitionsbefugnisse des Handelsregisterführers. *In: Le notaire bernois*, 1978, p. 410.
- BÄRTSCHI HARALD, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich, 2001.
- BARUCHEL NATHALIE, La personnalité morale en droit privé: Eléments pour une théorie, Paris, 2004.
- Basler Kommentar zum Obligationenrecht II (Commentaire bâlois – Code des obligations II)
- DUBS DIETER/TRUFFER ROLAND, Commentaires des articles 700 à 706b CO, *in: Honsell/Vogt/Watter, Basler Kommentar zum Obligationenrecht II*, 2008.
 - WEBER STEPHAN, Commentaires des articles 696-697 CO, *in: Honsell/Vogt/Watter, Basler Kommentar zum Obligationenrecht II*, 2008.
 - WERNLI MARTIN, Commentaire de l'article 714 CO, *in: Honsell/Vogt/Watter, Basler Kommentar zum Obligationenrecht II*, 2008.
 - WERNLI MARTIN/RIZZI MARCO, Commentaires des articles 710 et 713 CO, *in: Honsell/Vogt/Watter, Basler Kommentar zum Obligationenrecht II*, 2012.
 - ZINDEL GAUDENZ/ISLER PETER, Kommentierung Kapitalerhöhungen im Aktienrecht und im GmbH-Recht (art. 650-653i CO), *in: Honsell/Vogt/Watter, Basler Kommentar zum Obligationenrecht II*, 2016.
- Basler Kommentar zum Wertpapierrecht:
- REUTTER URS/STEINMANN CHRISTIAN, Commentaires de l'article 1160 CO, *in: Honsell/Vogt/Watter, Basler Kommentar zum Wertpapierrecht*, 2012.
- BAUEN MARS/BERNET ROBERT/ROUILLET NICOLAS, La société anonyme suisse, Zürich, 2007.
- BEBCHUK LUCIAN ARYE, The Case of increasing Shareholder Power, *Harvard Law Review*, Vol. 118, Janvier 2005, pp. 833-917.
- BENEDICT JÉRÔME/JAQUIER JÉRÔME, Les actionnaires face aux risques et aux conséquences d'une dilution de leurs droits en cas d'augmentation de capital. *In: Aspects actuels du droit de la société anonyme*, Lausanne, 2005, pp. 149-189.
- BERNDT HANS, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Beschlüssen einer GmbH, Berne, 1932.
- Berner Kommentar zum Obligationenrecht (Commentaires bernois – Code des obligations):
- NOBEL PETER, Auf Minderheitenschutz. *In: Nobel, Das Aktienrecht. Systematische Darstellung*, Berner Kommentar, 2017.
- BERR CLAUDE, La place de la notion de contrôle en droit des sociétés. *In: Mélanges Bastian: Droit des sociétés I*, Paris, 1974.

- BERTREL JEAN-PIERRE, Liberté contractuelle et droit des sociétés, essai d'une théorie du juste milieu, RTD Com. 1996, pp. 595 s.
- BERTREL MARINA, L'impact social du LBO sur la société cible ou la nécessité de réformer l'abus de majorité, Rev. soc., 2013, pp. 75 s.
- BETTSCHEART SÉBASTIEN, Convocation de l'assemblée générale et abus de droit, GesKR 3/2015, 2015, pp. 435 s.
- BISSARA PHILIPPE, Les véritables enjeux du débat sur le gouvernement d'entreprise, Rev. soc. 1998, pp. 5-20.
- BISSARA PHILIPPE, L'intérêt social, Rev. soc. 1999, pp. 5-31.
- BLACK BERNARD S., Shareholder activism and corporate governance in the United States. *In: The new Palgrave Dictionary of Economics and Law*, New-York, 1998.
- BÖCKLI PETER, Die unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates, Zürich, 1994.
- BÖCKLI PETER, Die Leitungsbefugnisse des Präsidenten in der Generalversammlung. *In: Forstmoser/Druey, Rechtsfragen um die Generalversammlung*, 1997, pp. 47-85.
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, Zürich, 2009.
- BÖCKLI PETER/HUGUENIN CLAIRE/DESSEMONTET FRANÇOIS, Le gouvernement d'entreprise, CEDIDAC, Lausanne, 2005.
- BOHNET FRANÇOIS, L'action en annulation du droit de la société anonyme en procédure civile suisse/IV. *In: Quelques actions en annulation*, Neuchâtel, 2007.
- BOIZARD MARTINE, L'abus de minorité, Rev. soc., 1988/29, pp. 365-380.
- BORNHAUSER-MITRANI LAURENCE, La violation d'une clause statutaire, LPA 8 avril 1998, n° 42, pp. 11 s.
- BOSQUET-DENIS JEAN-BERNARD, La protection de l'associé contre le gérant statutaire et égalitaire d'une SARL, Rev. soc. 1993, pp. 751-766.
- BOUDOT MICHEL, Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19^e et 20^e siècles. *In: La théorie des nullités*, Colloque des 23 et 24 mars 2007, Faculté de droit de Poitiers, 2009, pp. 79-98.
- BOUTON DANIEL (sous la présidence de), Rapport du groupe de travail «Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées», Medef, AFEP-Agref, 2002.
- BRUNSWICK PHILIPPE, Le devoir de loyauté: une norme générale de comportement? Cahiers de droit de l'entreprise, n° 1, janvier-février 2016, pp. 17-48.
- BÜHLER CHRISTOPH, Regulierung im Bereich der Corporate Governance, Zürich/St. Gallen 2009.
- BÜHLER CHRISTOPH/VON DER CRONE HANS-CASPAR, Positive Beschlussfeststellungsklage, SZW/RSDA 2014, pp. 567 s.
- BUREAU DOMINIQUE, Nullités sans frontières? À propos du domaine des articles L. 235-1 et s. C.com. *In: Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Paris, 2012, pp. 79 s.

- CADBURY (RAPPORT), Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Finance, 1992.
- CAHANNES MERENS/VON DER CRONE HANS-CASPAR, Unterschreiten der Mindestmitgliederzahl bei Genossenschaften, commentaire de l'arrêt ATF 4A_370/2015 du 16 décembre 2015, SZW/RSDA 3/2016, pp. 340-353.
- CASIMIR JEAN-PIERRE/COURET ALAIN/BARBIERI JEAN-JACQUES, Droit des affaires, gestion juridique de l'entreprise, Paris, 1987.
- CARRON BLAISE, Le nouveau droit suisse de la prescription – Présentation et analyse critique au regard des objectifs visés. *In*: sui-generis, 2019, p. 318.
- CHABLOZ ISABELLE, Actionnaire dans les sociétés cotées: actions légales et gouvernance, Etude comparée: Suisse, Australie, Allemagne, thèse d'habilitation, Genève/Zürich/Bâle, 2012.
- CHAMMARTIN CATHERINE/VON DER CRONE HANS-CASPAR, Der Déchargebeschluss, SZW/RSDA 77/2005, pp. 329 s.
- CHAMPAUD CLAUDE, Le pouvoir de concentration de la société par actions, Paris, 1962.
- CHAMPAUD CLAUDE, Le contrat de société existe-t-il encore? *In*: Le droit contemporain des contrats, Paris, 1987.
- CHAMPAUD CLAUDE/DE BERMOND DE VAULX JEAN-MARIE, L'usage de la notion de contrôle par le conseil d'administration ou le directoire dans les sociétés anonymes, JCP 1970, 2366.
- CHAN NGUYEN XUAN, La nullité des sociétés commerciales dans la loi du 24 juillet 1966, D. 1968, chron. 27, n° 37.
- CHAPPUIS CHRISTINE, Responsabilité fondée sur la confiance: un tour d'horizon. *In*: Chappuis/Winiger, La responsabilité fondée sur la confiance: Journée de la responsabilité civile 2000, Zürich, 2001, pp. 21-36.
- CHAPUT YVES, Droit des sociétés, Paris, 1993.
- CHARREAUX GÉRARD/PITOL-BELIN JEAN-PIERRE, La théorie contractuelle des organisations: une application au conseil d'administration. *In*: Le gouvernement des entreprises, Paris, 1997.
- CHARVERIAT ANNE/COURET ALAIN, Sociétés commerciales, Mémento Francis Lefèbvre, Paris, 2016.
- CHATELANAT CHRISTOPHE, Droit à l'information des membres du conseil d'administration, CDBF, avril 2018.
- CHAUDET FRANÇOIS/CHERPILLOD ANNE/LANDROVE JUAN CARLOS, Droit suisse des affaires, Bâle, 2010.
- CHENAUX JEAN-LUC, La responsabilité du conseil d'administration dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral. *In*: Bohnet, Quelques actions en responsabilité, Neuchâtel, 2008, pp. 148-198.

- CHENEDE FRANÇOIS, *Le nouveau droit des contrats et des obligations – modifications et interprétations de l’ordonnance du 10 février 2016*, Paris, 2018.
- CHO HYEON-DEOG/KIM JOON B./LEE EUN-YOUNG, *The Shareholder rights and activism review: South Korea*, *The Law Review*, oct. 2020.
- Commission européenne, *Livre vert – Le cadre de la gouvernance d’entreprise dans l’Union Européenne*, 5 avril 2011, COM (2011) 164.
- Commentaire romand – Code des obligations II:
- CHENAUX JEAN-LUC, *Commentaire de l’article 689 CO*, *in*: Tercier/Amstutz, *Commentaire romand du Code des obligations II*, 2008.
 - VIANIN GUILLAUME, *Commentaire de l’article 940 CO*, *in*: Tercier/Amstutz, *Commentaire romand du Code des obligations II*, 2008.
 - PETER HENRY/CAVADINI FRANCESCA, *Commentaires des articles 706 à 714 CO*, *in*: Tercier/Amstutz, *Commentaire romand du Code des Obligations II*, 2008.
 - PETER HENRY/GENEQUAND EMMANUEL/CAVADINI FRANCESCA, *Commentaire de l’article 713 CO*, *in*: Tercier/Amstutz, *Commentaire romand du Code des obligations II*, 2008.
 - TRIGO TRINDADE RITA, *Commentaires des articles 691 à 697 CO*, *in*: Tercier/Amstutz, *Commentaire romand du Code des obligations II*, 2017.
 - TRIGO TRINDADE RITA/HERITIER LACHAT ANNE, *Commentaire de l’article 695 CO*, *in*: Tercier/Amstutz, *Commentaire romand du Code des obligations II*, 2008.
 - ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, *Commentaire de l’article 1160 CO*, *in*: Tercier/Amstutz, *Commentaire romand du Code des obligations II*, 2008.
- CONSTANTIN ALEXIS, *La tyrannie des faibles. De l’abus de minorité en droit des sociétés*. *In*: *Mélanges en l’honneur de Yves Guyon*, Paris, 2013, pp. 213 s.
- CONTIN RAPHAËL, *L’arrêt Fruehauf et l’évolution du droit des sociétés*, *Dalloz* 1968, 45.
- CONTIN RAPHAËL, *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, Paris, 1976.
- CORBOZ BERNARD, *La responsabilité des organes en droit des sociétés*, Bâle, 2005.
- CORNU GÉRARD, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, 2022.
- COURET ALAIN/DONDERO BRUNO, *Loi Pacte: la société, organisation juridique de l’entreprise*, Paris, 2019.
- COURET ALAIN, *Les apports de la théorie micro-économique moderne à l’analyse du droit des sociétés*, *Rev. soc.* 1984, pp. 243-258.
- COURET ALAIN, *Le gouvernement d’entreprise, la corporate governance*, chr. *Dalloz* 1995, pp. 163 s.
- COURET ALAIN, *Le harcèlement des majoritaires*, *BJS* févr. 1996, p. 112.

- COURET ALAIN, Loi sur les nouvelles régulations économiques. La régulation du pouvoir dans l'entreprise, *Semaine Juridique*, n° 30, pp. 1485-1493.
- COZIAN MAURICE/VIANDIER ALAIN/DEBOISSY FLORENCE, *Droit des sociétés*, Paris, 34 éd, 2021.
- CLIFT BEN, *French Corporate Governance in the New Global Economy: Mechanisms of Change and Hybridisation within Models of Capitalism*, 2007. Lien vers la version publiée en ligne: <<http://dx.doi.org/10.1111/j.1467-9248.2007.00655.x>>.
- CUENDET ANDRÉ, *La fusion par absorption, en particulier le contrat de fusion, dans le droit suisse de la société anonyme*, Berne, 1973.
- DAIGRE JEAN-JACQUES, *Vers un nouvel équilibre des pouvoirs dans les sociétés cotées? La «corporate governance» à la française*, *Petites affiches spécial*, n° 116/1995.
- DAIGRE JEAN-JACQUES, *Le gouvernement d'entreprise: feu de paille ou mouvement de fond?*, *Dr. & patr.* 1996, p. 21.
- DAIGRE JEAN-JACQUES/SENTILLES-DUPONT MONIQUE, *Pactes d'actionnaires*, Paris, 1995.
- DALMAU REMI, *Le faux procès-verbal d'une assemblée générale non réunie*, *Rev. soc.* 2019, p. 391.
- DAHYA JAY/ORLIN DIMITROV/MCCONNELL JOHN, *Dominant Shareholders, Corporate Boards, and Corporate Value: A Cross-Country Analysis*, *Journal of Financial Economics* 87 (1), 2008, pp. 73–100.
- DE DIER STIJN, *Friends with benefits?! A comparative view on legal standing to challenge board decision*, disponible sur <www.srn.com>.
- DE FONTMICHEL MAXIMIN, *Les nouvelles actions interrogatoires*, *Recueil Dalloz* 2016, p. 1165.
- DELEBECQUE PHILIPPE/PANSIER JÉRÔME, *Conseil d'administration, Répertoire des sociétés*, Paris, 2003.
- DES GOUTTES RENÉ, *Systèmes des nullités en droit suisse*, *Revue de droit suisse*, vol. 48, 1929.
- DEWATRIPONT MATHIAS/TIROLE JEAN, *A Theory of Debt and Equity: Diversity of securities and manager-shareholder congruence*, *Quarterly Journal of Economics*, 1991, pp. 1027-1053.
- DOM JEAN-PHILIPPE, *La protection des minoritaires*, *Rev. soc.* 2001, pp. 9-24.
- DONDERO BRUNO/LE CANNU PAUL, *Droit des sociétés*, 8^e éd., Paris, 2021.
- DONDERO BRUNO/LE CANNU PAUL, *Droit des sociétés*, 7^e éd., Paris, 2019.
- DRUEY JEAN-FRANÇOIS, *Organ und Organisation, Zur Verantwortlichkeit aus aktienrechtlicher Organshaft*, *RSDA/SZW* 1981, pp. 77-87.

- DRUEY JEAN-FRANÇOIS, Organfreiheit oder zugeschnürte Weste?: Grundlagen und Grundfragen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit. *In*: Bär, Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Berne, 2003.
- DUBOIS JULIEN/HÄNNI LINO, Egalité de traitement matérielle et devoir de fidélité: approche comparée des droits suisse et allemand de la SA. *In*: Bahar/Trigo Trindade, Egalité de traitement dans l'ordre juridique: fondements et perspectives, Genève, 2013, pp. 325-357.
- DUBOUT HUBERT, La notion d'impasse (deadlock) dans les pactes d'actionnaires, LPA, 2008, n° 228, 13 novembre, doctrine, pp. 4-7.
- DUCOULOUX-FAVARD CLAUDE, Actionnariat et pouvoir, chr. Dalloz 1995, p. 178.
- DUREAN-HAZERA CLÉMENT, Ce que change le projet de Loi Sapin 2 en matière de «say on pay», Revue Banque & Stratégie n° 353, 09 déc. 2016.
- EVRARD EDITH, Les nullités des actes et/ou décisions des organes délibérants de sociétés, ANSA n° 3/209, juillet 2003.
- FAGES BERTRAND/PORACCHIA DIDIER, Fiduciary Duty of Loyalty in French Company Law, RTDF n° 3, 2014, p. 51.
- FAHMO FAZLINA MOHD/OMAR NORMAH, Corporate reporting on minority shareholders information and its implication on shareholders activism in Malaysia. *In*: National Accounting Research 3 (1), 2005, pp. 17-39.
- FAIRLCHILD RICHARD, Conflicts between Managers and Investors over the Optimal Financial contract, International Journal of Business and Economics, vol. 3, n° 2, 2003, pp. 197-212.
- FAMA EUGENE/JENSEN MICHAEL, Agency Problems and residual claims, Journal of Law & Economics, 1983.
- FAVARIO THIERRY, L'abus de majorité, Journ. Sociétés, 2011, p. 25.
- FAVRE ANTOINE, Essai sur la cause des obligations en droit suisse, thèse Fribourg – St Maurice, 1927.
- FERRAND FREDERIQUE/PEGLOW KERSTIN, Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparé, Revue internationale de droit comparé, 2004, pp. 254-258.
- FLORES G./MESTRE JACQUES, Brèves réflexions sur l'approche institutionnelle de la société, Petites affiches 58/1986, p. 25.
- FLÜCKIGER ALEXANDRE, L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois, Revue européenne des sciences sociales, XLV-138|2007, disponible en ligne: <<http://journals.openedition.org/ress/195>>; DOI: <10.4000/ress.195>.
- FORSTMOSER PETER, Die Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers – Geltende Praxis, Kritik und Lösungsvorschläge, REpax 2/99 (1999), pp. 1 s.
- FORSTMOSER PETER, La responsabilité du réviseur en droit des sociétés anonymes, Zürich, 1997.

- FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR, Droit suisse des sociétés, (trad.) Berne, 2015.
- FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR, Grundris des schweizerischen Gesellschaftsrecht, Berne, 1989.
- FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Berne, 1996.
- FORSTMOSER PETER/UNTERSANDER OLIVER, Le point sur le droit des sociétés, RSJ 1999, pp. 470 s.
- FRISON-ROCHE ANNE-MARIE, le droit français des sociétés entre *corporate governance* et culture de marché. In: Plihon/Ponssard, La montée en puissance des fonds d'investissement: quels enjeux pour les entreprises, Les études de la documentation française, 2002, pp. 77-91.
- GAILLARD EMILE, La société anonyme de demain: la théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme, 2^e éd., Paris, 1934.
- GANDOY AURÉLIE, Invalidité *ex tunc* d'un contrat composé pour cause d'erreur (TF 4A_335/2018), Newsletter bail.ch, vol. août 2019.
- GARBARSKI ANDREW, La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, Lausanne, Genève, Zürich, Bâle, 2006.
- GARINOT JEAN-MARIE, La loyauté en droit des sociétés: une obligation en clair-obscur, RLDA, n° 91, 2014.
- GAUDET SERGE, Inexistence, nullité et annulabilité du contrat: essai de synthèse, Revue de droit de McGill, 1995/40-2.
- GAUTIER PIERRE-YVES, Faut-il porter l'estocade finale à l'adage «Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum»? , Revue des contrats, n° 3, 01 juillet 2001, p. 849.
- GERMAIN MICHEL, L'abus de droit de majorité, Gaz. Pal., 1977, p. 157.
- GERMAIN MICHEL, La loi de la majorité, Actes du colloque de Deauville du 15-16 juin 1990, Rev. de jurisprudence commerciale, n° spec. Nov. 1990, p. 124.
- GERMAIN MICHEL, De quelques limites à la nullité des décisions sociales prévues par l'article 360 de la loi de 1966, BJS, n° 5, 1992, p. 491.
- GERMAIN MICHEL, L'intérêt commun des actionnaires, in: Où se situera demain le pouvoir dans les sociétés cotées, Cah. dr. de l'entreprise, 1996.
- GERMAIN MICHEL, Le droit des minoritaires, Rev. int. de dr. comp., vol. 54, n° 2, avril-juin 2002, pp. 401 – 413, disponible sur: <https://www.persee.fr/docAsPDF/ridc_0035-3337_2002_num_54_2_18750.pdf> 401–413.
- GIGARD CARINE, Les actionnaires minoritaires, Revue française de gestion, 2002/5, n° 141, pp. 183-202.
- GLANZMANN LUKAS, Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate Governance-Aspekten, ZSR/RDS 2000 II, p. 135.
- GÖBBEL VINCENT, Die Lehre vom fehlerhaften Organ, Tübingen, 2018.

- GODON LAURENT, *La SAS*, Paris, 2014.
- GOFFAUX-CALLEBAUT GÉRALDINE, La définition de l'intérêt social. Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes, *RTD Com.*, 2004, pp. 35-45.
- GOFFAUX-CALLEBAUT GERALDINE, *Du contrat en droit des sociétés. Essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, Paris, 2008.
- GOSHEN ZOHAR/SQUIRE RICHARD, Principal costs: a new theory for corporate law and governance, *Columbia Law Review*, vol. 117, n° 3, 2017.
- GOUT OLIVIER, *Le juge et l'annulation du contrat*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 1999.
- GOUTAY PHILIPPE/DANOS FRÉDÉRIC, De l'abus de la notion d'intérêt social, *Dalloz affaire*, n° 28, 1997.
- GRAF DAMIAN, *Gesellschaftsorgane zwischen Aktienrecht und Strafrecht*, thèse d'habilitation, Zürich, 2016.
- GRILLET-PONTON DOMINIQUE, La méconnaissance d'une règle impérative de la loi, cause de nullité des actes et délibérations des organes de la société, *Rev. soc.*, 1984.
- GRELON BERNARD, La consultation des créanciers obligataires dans le cadre d'une procédure collective d'insolvabilité, *Rev. soc.*, 2008, p. 25.
- GRELON BERNARD, L'affaire Thomson: la loi à l'épreuve de la finance, note sous *Trib. Com. Nanterre* du 17 février 2010, *Sté FHB c/Sté Technicolor*, *Rev. soc.* 2010, p. 244.
- GROSSMAN SANFORD/HART OLIVER, *Corporate Financial Structure and managerial incentives*. In: *The Economics of Uncertainty*, Chicago, 1982.
- GROSCLAUDE LAURENT, *Le renouvellement des sanctions*, Paris, 1997.
- GUEGAN ELSA, *Essai de réforme des nullités des décisions sociales*, thèse de l'Université de Rennes, Paris, 2020.
- GUGGENHEIM DANIEL, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé: essai d'une théorie générale*, Genève, 1970.
- GUYON YVES, *Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*. In: *Guyon, Traité des contrats*, Paris, 1993.
- GUYON YVES, *La société anonyme, une démocratie parfaite!* In: *Propos impertinents de droit des affaires*, Paris, 2001.
- GUYON YVES, *Assemblée d'actionnaires*, Encyclopédie Dalloz, Répertoire des sociétés, 2002.
- HALLOUIN JEAN-CLAUDE, *Les nullités en matière de sociétés*. In: *La théorie des nullités*, Actes du colloque des 23 et 24 mars 2007, Université de Poitiers, pp. 185 – 207.
- HANNOUN CHARLEY, *Le droit et les groupes de sociétés*, Paris, 1991.

- HANNOUN CHARLEY, Remarques sur la prescription de l'action en nullité en droit des sociétés, *Rev. soc.* 1991, p. 45.
- HANNOUN CHARLEY, L'action en nullité et le droit des sociétés (Réflexion sur les sources procédurales du droit de critique et leurs fonctions), *RTD Com.* 1993.
- HARI OLIVIER/HÄNNI LINO, Quelques procédures particulières du droit de la société anonyme/I. Contestation des décisions de l'assemblée générale. *In*: La personne morale et l'entreprise, Neuchâtel, 2014.
- HAURIOU MAURICE, La théorie de l'institution. Essai ontologique juridique, Toulouse, 1906.
- HEINZ KEINERT, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Vereinsbeschlüssen, *Juristische Blätter* 133 (10), 2001, pp. 617 – 625.
- HEMARD JEAN/TERRE FRANÇOIS/MABILAT PIERRE, Les sociétés commerciales, 3.t. Paris, 1972.
- HIRSCH ALAIN, La responsabilité des organes en cas d'insolvabilité de la SA: dommage direct et dommage indirect des créanciers, *RSDA* 2000, pp. 94 ss.
- HIRSCH CÉLIAN, La restitution des prestations versées au conseil d'administration (CO 678), 2015, <www.lawinside.ch/12/>.
- HOMBURGER ERIC/MOSER SUZY, Willensmängel bei der Beschlussfassung der Generalversammlung der Aktionäre. *In*: *Mélanges Pierre Engel*, Lausanne 1989, p. 147.
- HONORAT JEAN, Nullité, *Recueil Dalloz*, Répertoire des sociétés, 1997.
- HONORAT Jean, Conseil d'administration, *Recueil Dalloz*, Répertoire des sociétés, 1987.
- HOUPIN CHARLES/BOSVIEUX HENRY, *Traité Général des sociétés et des associations*, t. 2, Paris, 1923.
- HUGUENIN JACOBS CLAIRE, *Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht*, Zürich, 1994.
- HUNGERBÜHLER IVO W., *Der Verwaltungsratspräsident*, thèse Zürich, 2003.
- JACCARD MICHEL/BARUH EROL, L'équilibre des pouvoirs dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme, *RSDA* 2/2008, pp. 135-146.
- JACCARD MICHEL/FELLAY ALEXANDRE, Sociétés anonymes en crise, *GesKR* 2/2010, p. 214.
- JACQUOT-GUILLARMOD EMILIE, action paulienne et contrat nul, *comm. de l'arrêt ATF 143 III 167*, *Droit des contrats*, LP, 2017 disponible sur <www.lawinside.ch/409/>.
- JAPIOT RENÉ, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse Paris, 1909.
- JENSEN MICHAEL/MECKLING WILLIAM, Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure, *Journal of Financial Economics*, Vol 3, issue 4, 1976, pp. 305-360.

- JUNG PETER, Die mangelhafte Beschlussfassung in der Personengesellschaft. *In*: Kunz/Jörg, *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht*, Berne, 2015.
- JUNG PETER/KUNZ PETER/BÄRTSCHI HARALD, *Gesellschaftsrecht*, 2 éd., Zürich 2018.
- JUNG PETER/KUNZ PETER/BÄRTSCHI HARALD, *Gesellschaftsrecht*, 3 éd., Zürich 2021.
- JUNOD VALÉRIE, «Comply or explain»: la solution au dilemme des quotas?, *RSDA* 5/2015, pp. 478-480.
- KARILA DE VAN JULIANA, Le droit de nuire, *RTD Civ.* 1995, pp. 533-548.
- KLEIN JEAN-PHILIPPE, Die Unwirksamkeit von Verträgen nach französischem Recht, Tübingen, 2010.
- KUNZ PETER, Die Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, *Der Schweizer Treuhänder*, Berne 2001.
- KUNZ PETER, Erfolgreiche Anfechtungen von Wahlen in der Verwaltungsrat: gibt es eine reflexive Rückwirkung, *Jusletter*, 29 juin 2015.
- KUNZ PETER, Kognition der Handelsregisterämter bei Eintragungen von Generalversammlungsbeschlüssen. *In*: Kunz/Arter/Jörg, *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X*, Berne, 2015.
- LA FONTAINE (DE) JEAN, Les Membres et l'Estomac, *Les Fables*, Livre III, 2, 1668.
- LAGARDE XAVIER, Entre contrat et procédure: les actions interrogatoires, *Recueil Dalloz* 2017, p. 715.
- LAITHIER YVES MARIE, Le droit comparé et l'efficacité économique. *In*: Bollée/Laithier/Pèrès, *L'efficacité économique en droit*, Paris, 2010.
- LA PORTA RAFAEL/LOPEZ-DE-SILANES FLORENCIO/SHLEIFER ANDREI/VISHNY ROBERT, Investor Protection and corporate valuation, *Journal of Finance* 57(3), 2002, pp. 1147-70.
- LE CANNU PAUL, L'abus de minorité, *BJS* 1986, pp. 429 s.
- LE CANNU PAUL, La protection des administrateurs minoritaires, *BJS* 1990.
- LE CANNU PAUL, Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions, *BJS* 1995, 637.
- LE CANNU PAUL, Le contentieux de la SAS I, *Rev. générale du droit*, 2001.
- LE CANNU PAUL, La canalisation des nullités subséquentes en droit des sociétés. *In*: *Le juge et le droit de l'économie. Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard*, 2002.
- LEBLOND JEAN, Les pouvoirs respectifs de l'assemblée générale, du conseil d'administration, du Président-directeur général, et du Directeur général adjoint, dans la doctrine institutionnelle, *Gaz. Pal.* 1/1957, pp. 26.
- LEBLOND JEAN, Les actions en nullité en droit des sociétés, *Gaz. Pal.* 1976, I, *doctr.* 79.

- LEDOUX PATRICK, Le droit de vote des actionnaires, thèse, Paris, 2002.
- LEGRAND PIERRE, Le droit comparé, Paris, 1999.
- LEGROS JEAN-PIERRE, La violation des statuts est-elle une cause de nullité, Dr. soc. N° 4, chron. 1, 1991.
- LEGROS JEAN-PIERRE, Les nullités des décisions de sociétés, Rev. soc. 1991, p. 275.
- LEGROS JEAN-PIERRE, La nullité d'une délibération, y compris de la décision d'augmenter le capital, peut toujours être régularisée sur le fondement d'un texte spécial au droit des sociétés, LPA 2 avril 2002, p. 7.
- LEGROS JEAN-PIERRE, Nullité des décisions sociales: causes de nullité. In: JCI Traité Société, Paris, 2013.
- LEGROS JEAN-PIERRE, Les sociétés commerciales. In: Fasc. 32-40, Lamy Société Commerciales, Paris, 2013.
- LEHMANN PETER, Missbrauch der aktienrechtlichen Anfechtungsklage, Aarau, 2000.
- LE NABASQUE HERVÉ/TERRIER GEORGES, L'exécution forcée des pactes d'actionnaires, Actes pratiques ing. Sociétaire, 1994.
- LE NABASQUE HERVÉ (sous la dir.), Loi PACTE et droit des sociétés, BJS juin 2019, n° 119/1, p. 33
- LE NABASQUE HERVÉ, Le champ d'application du nouveau «say on pay» (loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 et décret du 16 mars 2017), BJS avril 2017.
- LEMERCIER KARINE, Réforme du droit des entreprises en difficulté: instauration des «classes de parties affectées», D. 8 nov. 2021.
- LEPOUTRE EMERIC, Les sanctions des abus de minorité et de majorité dans les sociétés commerciales, Dr & patr. 33/1995, p. 68.
- MAMA OTABELA HUGUES JOËL, Le contrôle de la société anonyme par les actionnaires minoritaires, Revue de l'association française des docteurs en droit, n° 13, mars 2020.
- MARINI PHILIPPE, La modernisation du droit des sociétés, Rapport au Premier Ministre, 13 juillet 1996.
- MARTIN DIDIER (sous la prés. de), Rapport sur les nullités en droit des sociétés du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris, 27 mars 2020.
- MARTIN-SERF ANNE-LAURE, L'influence des créanciers sur les décisions des sociétés, thèse Paris II, 2002.
- MASSART THIERRY, Contrat de société. In: Dalloz, Répertoire de droit des sociétés, Paris 2006.
- MAUTE WOLFGANG, Die Durchführung der Generalversammlung, Zürich, 1993.
- MAY JEAN-CLAUDE, La société: contrat ou institution. In: Contrat ou institution: un enjeu de société, Paris, 2004.

- MCLEAN R. DAVID/ZHANG TIANYU/ZHAO MENGXIN, Why Does the Law Matter? Investor Protection and Its Effects on Investment, Finance, and Growth, *Journal of Finance* 67: 313-50, 2012. Disponible en ligne: doi: 10.1111/j.1540-6261.2011.01713.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER/SETHE ROLF, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 12^e éd., Berne 2018.
- MEISTERHANS CLEMENS, *Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörde*, thèse Zürich, 1996.
- MEKKI MUSTAPHA, La réforme du droit des contrats et le monde des affaires: une nouvelle version du principe, *Gaz. Pal.* 2016, n° 1, p. 20.
- MEKKI MUSTAPHA, L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *Le volet droit des contrats: l'art de refaire sans défaire*, D. 2016, p. 494.
- MERCADAL BARTHÉLÉMY/JANIN PHILIPPE, *Sociétés commerciales*, Mémento Francis Lefèbvre, Paris, 2004.
- MERCIER VIRGINIE, Le rôle des parties prenantes dans l'évolution du droit des sociétés, *BJS* novembre 2019, n° 120/9, p. 44.
- MERLE PHILIPPE, *Droit commercial, sociétés commerciales*, Paris, 1988.
- MESTRE JACQUES/VELARDOCCHIO DOMINIQUE, *Sociétés commerciales*, Paris, 1994.
- MESTRE JACQUES/FAYE SYLVIE/BLANCHARD CHRISTINE, *Lamy Sociétés Commerciales*, 1996, n° 35.
- MESTRE JACQUES, D'importantes précisions sur les cas de nullité du contrat, *RTD civ.*, 1999, p. 383.
- MESTRE JACQUES/FAGES BERTRAND, Où l'obligation de contracter de bonne foi et la recherche d'un profit sont réconciliées, note sous *Cass. civ. 1^{re}*, 3 mai 2000, *Clin c/Mme Natali*, *RTD civ.*, 2000, p. 566.
- MICHOUD LÉON, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français. Notion de personnalité morale*. 3^e éd., Paris, 1932.
- MILET LAURENT/COHEN MAURICE, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, Paris, 2021.
- MILLARD ERIC, Hauriou et la théorie de l'institution, *Droit et société* 30-31, 1995, pp. 381-412.
- MONSALLIER MARIE-CHRISTINE, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, Paris, 1998.
- MONTAVON PASCAL, *Droit suisse de la SA*, Lausanne, 2004.
- MONTAVON PASCAL, *Abrégé de droit commercial*, Zürich, 2011.
- MONTESQUIEU (DE) CHARLES, *De l'Esprit des lois*, Genève, 1758

- MORTIER RENAUD, Nullités d'assemblées de SAS pour convocation contraire aux statuts (comm. arrêt CA Paris, pôle 5, ch. 8, 27 novembre 2018, n° 16/16446, X. c/Y.), *Dr. soc.* 4/2018, comm. 61.
- NOBEL PETER, «Mehr oder Minder?», *Contre-projet et initiative Minder*, Economie Suisse, 2012.
- NOCQUET PHILIPPE, L'étendue de l'information des actionnaires préalable aux assemblées d'actionnaires, *Dr. soc.*, n° 3, 1979, pp. 2 s.
- NURIT PONTIER LAURE, Vers un nouvel ordre sociétaire. *In: Les concepts émergents en droit des affaires*, Paris, 2010.
- OKUR YIGIT TAHSIN, L'action en annulation des décisions de l'assemblée générale des actionnaires dans la société anonyme, thèse Genève, 1965.
- OULEVEY ROLAND, Le statut juridique des obligataires, thèse Lausanne, 1929.
- PAILLUSSEAU JEAN, La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise, Paris 1976.
- PAILLUSSEAU JEAN, Les fondements du droit moderne des sociétés, JCP éd. G. 1984, I. 3148.
- PAILLUSSEAU JEAN, La modernisation du droit des sociétés commerciales, *Daloz*, chron. 287, 1996.
- PAILLUSSEAU JEAN, Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports?, *Daloz* 1999, p. 157.
- PAILLUSSEAU JEAN, La mutation de la notion de société et de l'intérêt social, *Revue des sociétés*, 2020, p. 523.
- PATRY ROBERT, L'action en annulation des décisions de l'assemblée générale, Genève 1963.
- PATRY ROBERT, Nullité des décisions des organes sociaux dans les sociétés anonymes. *In: Mélanges Roger Secrétan*, Lausanne, 1964, pp. 227 ss.
- PERES CÉCILE, Rapport introductif. *In: Bollée/Laithier/Pérès, L'efficacité économique en droit*, éd. Etudes Juridiques, Economica, Paris, 2010.
- PEROCHON FRANÇOISE/BONHOMME RÉGINE, Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement, 8^e éd., Paris, 2009.
- PETER HENRY, La responsabilité fondée sur la confiance en droit des sociétés. *In: Chappuis/Winiger, La responsabilité de l'actionnaire majoritaire*, Genève, Zürich, 2001, pp. 49-67.
- PETER HENRY, Les nouvelles sources de la responsabilité des administrateurs en droit des sociétés. *In: Bernasconi/Chopard, Nouvelles responsabilités pour le conseil d'administration*, 2005, pp. 11-22.
- PETER HENRY/SAUERWEIN NORBERT, La causalité, talon d'Achille de l'action en responsabilité des administrateurs? *In: Les causes du dommage, Journée de la responsabilité civile*, Genève, 2006, pp. 145-178.

- PETITPIERRE GILLES, Enfoncer une porte ouverte?, La responsabilité fondée sur la confiance. *In*: Journée de la responsabilité civile, Zürich, 2001, pp. 183 ss.
- PHILIPPE ARNAUD, Distinguer les structures actionnariales en gouvernance d'entreprise comparé. *In*: Bahar/Graziano, Le droit comparé et le droit Suisse, Genève/Bâle/Zürich, 2018.
- PICOD NATHALIE, La consécration légale de l'exception de nullité: un second souffle pour un adage séculaire? *Recueil Dalloz* 2020, n° 37, pp. 2057-2112.
- PICOD NATHALIE, Le déclin de l'exception de nullité à l'époque contemporaine, *RTD Com.*, n° 3 juillet-septembre, 2014.
- PICOD YVES, Nullité, *Répertoire civil*, Dalloz, juillet 2019.
- PIROVANO ANTOINE, La «boussole» de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise? *Dalloz* 1997, pp. 189.
- PLANIOL MARCEL, *Traité élémentaire de Droit civil*, t.1 & t. 2, 8^e éd., Paris, 1920.
- PLÜSS ADRIAN, *Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes*, Zürich, 1990.
- POTHIER ROBERT-JOSEPH, *Traité du contrat de société*, vol. 10, Paris, 1807.
- PRADA MICHEL (présidé par), *Rapport sur l'activisme actionnarial du Club des juristes*, novembre 2019.
- PORACCHIA DIDIER, Le rôle de l'intérêt social dans la société par action simplifiée, *Rev. soc.* 2000, pp. 23 s.
- PORACCHIA DIDIER, De l'intérêt social à la raison d'être des sociétés. *In*: Commentaires de la loi n° 2019-486, 22 mai 2019, dite loi PACTE, *BJS* juin 2019, p. 40.
- PRODHOMME ISABELLE, De nouvelles simplifications à venir en matière de droit des sociétés, *Gaz. Pal.*, 25 septembre 2018, n° 331/9, p. 47.
- RANDRIANIRINA IONY, Un nouveau véhicule juridique: la société à mission, *LPA* 25 novembre 2020, n° 154/8.
- RATHGEB CHARLES, L'action en justice et l'interruption de la prescription. *In*: *Mélanges François Guisan*, Lausanne, 1950, p. 243.
- RECORDON PIERRE-ALAIN, La protection des actionnaires lors des fusions et scissions de sociétés en droit suisse et en droit français, thèse Genève, 1974.
- RENARD GEORGES, L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au Moyen-Age, *Nouvelle Revue Historique de Droit français et étranger*, 1903, pp. 214 s.
- RENARD GEORGES, *La théorie de l'institution. Essai ontologique juridique*, Paris, 1930.
- REYMOND JACQUES-ANDRÉ, La société anonyme XII: droit et protection de l'actionnaire (1), *Fiche juridique suisse* 400.
- RHEIN MIRJAM, *Die Nichtigkeit von VR-Beschlüssen*, thèse Zürich, 2011.
- RICHA ALEXANDRE/RAEDLER DAVID, La contestation des décisions en droit de la SA (I-III), *CEDIDAC* 2014.

- RIEMER HANS MICHAEL, *Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht*, Berne, 1998.
- RIPERT GEORGES/ROBLOT RENÉ, *Traité élémentaire de droit commercial*, 10^e éd, Paris, 1986.
- ROMY ISABELLE, *Responsabilité des organes: jurisprudence actuelle sur la qualité pour agir des créanciers et le dommage direct et indirect*. *In*: Imsand, *La responsabilité civile dans l'entreprise*, CEDIDAC, Lausanne, 2004.
- ROTH PELLANDA KATJA, *Organisation des Verwaltungsrates*, Zürich, 2007.
- ROUSSEAU STÉPHANE/TCHOTOURIAN YVAN, *L'intérêt social en droit des sociétés: regards transatlantiques*, Université de Montréal, disponible en ligne: <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/3072>>.
- RUBELLIN PASCAL, *Les nullités facultatives*. *In*: *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Paris, 2006.
- RUEDIN ROLAND, *Droit des sociétés*, Berne, 2006.
- RUELLAN CAROLINE, *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, thèse Paris, 1997.
- SADI DAMIEN, *Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé*, thèses, Paris, 2015.
- SCHAPIRA JEAN, *L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme*, *RTD Com.* 1971.
- SCHILLER SOPHIE, *Peut-on obtenir la nullité d'une assemblée générale qui viole une disposition légale ou conventionnelle? Actes pratiques & ingénierie sociétaire*, 2012.
- SCHENKER URS, *Die Anfechtung von GV-Beschlüssen bei der Aktiengesellschaft*, Berne, 2015.
- SCHLEIFFER PATRICK, *Der gesetzliche Stimmrechtsausschluss im schweizerischen Aktienrecht*, Zürich, 1993.
- SCHLUEP WALTER RENÉ, *Die Wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht*, thèse, Zürich, 1955.
- SCHMIDT DOMINIQUE, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, thèse, Strasbourg, 1968.
- SCHMIDT DOMINIQUE, *De l'intérêt commun des associés*, *JCPE*, Paris, 1994.
- SCHMIDT DOMINIQUE, *De l'intérêt social*, *JCP*, Paris, 1995.
- SCHMIDT DOMINIQUE, *Les conflits d'intérêt dans les sociétés anonymes*, Paris, 1999 et 2^e éd. 2004.
- SCHMIDT DOMINIQUE, *Le rapport sur les conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil d'administration*. *In*: *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Paris 2006, pp. 502-512.

- SCHOTT BERTRAND, Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von General-Versammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängels, Schweizer Schriften zum Handels und Wirtschaftsrecht, Zürich, 2009.
- SCHULTZ PHILIPPE, Raison d'être de la société et cause de nullité, LPA 08 janvier 2020, n° 149/3.
- SERINET YVES-MARIE, Observations sur le Projet de réforme du Code civil sur le droit des contrats proposé par la Chancellerie, LPA 12 février 2009, n° 31, p. 34 ss.
- SIFONIOS DAVID, Les méandres de la réforme du droit de la société anonyme : état des travaux de révision, Bull. CEDIDAC n° 58, février 2012.
- SIMONART VALERIE, La personnalité morale en droit privé comparé. L'unité du concept et ses applications pratiques. Allemagne, Angleterre, Belgique, Etats-Unis, France, Italie, Pays-Bas et Suisse. Bruxelles, 1995.
- SOLOMON DOV, The Voice: the minority Shareholder's Perspective, Nevada Law Journal 2017, pp. 739 s.
- SOLON VICTOR HIPPOLYTE, Traité des nullités des conventions et des actes, Bruxelles, 1835, sur gallica.bnf.fr
- SOUSI GÉRARD, L'intérêt du groupe et l'intérêt social, JCP E, 1975.
- SPIESS MARIE-HÉLÈNE, Les administrateurs peuvent faire valoir leur droit aux renseignements et à la consultation par la voie judiciaire, Droit des sociétés, LawInside, mars 2018.
- STOFFEL WALTER, Klagen und Einreden in der Organverantwortlichkeit. In: Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, SZNA 5, Zürich, 1994.
- SUTTER RETO/FACINCANI NICOLAS, Décision du conseil d'administration prises par voie circulaire, L'expert Fiduciaire, 2/2014, pp. 110 s.
- TERCIER PIERRE, Le nouveau régime de la responsabilité dans les sociétés anonymes. In: Ciocca, Le nouveau droit des sociétés anonymes, CEDIDAC, Lausanne, 1993, pp. 449-488.
- TERCIER PIERRE, La réforme du droit de la responsabilité civile, RDS 1997, pp. 257-272.
- TERRE FRANÇOIS/LEQUETTE YVES, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12^e éd., Dalloz 2007.
- TEYSSIE BERNARD, L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail, Dalloz 2004, p. 1080.
- THALLER EDMOND, De la réforme de la loi sur les sociétés par actions, Journ. sociétés 1884.
- TRICOT DANIEL, Abus de droit dans les sociétés, abus de majorité et de minorité, RTD Com., 1994, p. 617.

- TRIGO TRINDADE RITA, Le conseil d'administration de la société anonyme: composition, organisation et responsabilité en cas de pluralité d'administrateurs, thèse Genève, 1994.
- TRIGO TRINDADE RITA, La responsabilité des organes de gestion de la société anonyme dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, SJ 1998, pp. 5 s.
- TRIGO TRINDADE RITA/BAHAR RASHID, Droits des actionnaires minoritaires en Suisse, Rapports suisses présentés au XVI^e Congrès International de Droit comparé, Brisbane, Zürich, 2002.
- TRIGO TRINDADE RITA/PETER HENRY, Responsabilité des organes de gestion dans un groupe de sociétés: commentaires des ATF 128 III 29 et 128 III 92, RSDA 2002, pp. 259 s.
- TUNC ANDRÉ, Le gouvernement des sociétés anonymes, le mouvement de réformes aux Etats-Unis et au Royaume-Uni, RIDComp. 1994, p. 49.
- TUNC ANDRÉ, Le Rapport Viénot sur le conseil d'administration des sociétés cotées, RIDComp. 1996, 48-3, pp. 647-655.
- URBAIN-PARLEANI ISABELLE, Les nouvelles obligations d'information des dirigeants envers les actionnaires, Rev. soc. 2003.
- VAN DER ELST CHRISTOPH, Shareholder Rights and Shareholder Activism: The role of the general meeting of Shareholders, ECGI, Law Working Paper No. 188/2012.
- VELARDOCCHIO DOMINIQUE, Dividendes, répertoires des sociétés Dalloz, août 1996.
- VEYRE LIZA, L'action interrogatoire en matière de nullité: personnes intéressées, soyez vigilantes!, AJ contrat 2017, p. 74.
- VIANDIER ALAIN, La notion d'associé, Paris, 1978.
- VIENOT MARC (sous la dir.), Rapport sur le conseil d'administration des sociétés cotées, CNPF-AFEP, 1995 (cit: Rapport VIENOT I).
- VIENOT MARC, (sous la dir.), Rapport sur le gouvernement d'entreprise, CNPF-AFEP, 1999 (cit: Rapport VIENOT II).
- VIONNET GUILLAUME, Sanctions à l'inégalité de traitement des actionnaires. *In*: Aspects actuels du droit de la société anonymes, Lausanne, 2005.
- VISCHER MARKUS, Protokollierung von GV- und VR-Beschlüssen als Gültigkeitsform, SZW 2022, pp. 416-429.
- VON DER CRONE HANS-CASPAR, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts, disponible en intégralité sur admin.ch et publié en partie: REPRAX 2002/1, pp. 1 ss et REPRAX 2003/2, pp. 1 s.
- VON DER CRONE HANS-CASPAR/GERSBACH ANDREAS, La fusion et la scission: procédure et réalisation (dans une perspective pratique), SZW/RSDA 3/2004, pp. 186-196.

- VON PLANTA ANDREAS, La théorie de l'organe double. *In*: Responsabilité de l'actionnaire majoritaire, Zürich, 2000, pp. 5 s.
- VON STEIGER FRITZ, Les inscriptions concernant les sociétés anonymes au registre du commerce, Zürich, 1938 (trad. Fraymond).
- VON STEIGER FRITZ, Das Recht der Aktiengesellschaft, 4^e éd., Zürich, 1970.
- VON TUHR ANDREAS, Partie Générale du Code fédéral des Obligations, Lausanne, 1933.
- WATTER ROLF/DUBS DIETER, Der Déchargebeschluss, PJA 8/2001, p. 923.
- WERMEILLE YANN, La diminution effective de l'actif de la société au préjudice des créanciers et la gestion fautive, RPS 117/1999.
- WOERTH ERIC/DIRX BENJAMIN, Rapport sur l'activisme actionnarial de la commission de finance d' octobre 2019 visant à identifier les formes excessives d'activisme, Journal officiel de l'Assemblée Nationale n° 2287, 2 octobre 2019.
- WYSS JEAN-ALBERT, La péremption dans le code civil suisse, thèse Lausanne, 1957.
- ZEN RUFFINEN MARIE-JOËLLE/BAUEN MARC, Le conseil d'administration, Zürich, 2017.
- AUBRY CHARLES/RAU CHARLES/VON LINGENTHAL KARL SALOMO ZACHARIAE, Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C-S. Zachariae, vol. II, 1844.
- Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht (Commentaires zurichois – Code des obligations):
- BAHAR RASHID/PEYER MARTIN, Commentaires des articles 654-656 CO, *in*: Handschin, Zürcher Kommentar, 2016.
 - BÜRGI FRIEDRICH WOLFHART/NORDMANN-ZIMMERMANN URSULA, Commentaires de l'article 753/754a CO, *in*: Bürgi/Nordmann-Zimmermann, Auflösung, Verantwortlichkeit (art. 739-771 CO), Zürcher Kommentar, 1979.
 - BÜRGI FRIEDRICH WOLFHART, Commentaires des articles 706 et 721 CO, *in*: Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, 1979.
 - HOMBURGER ERIC, Commentaires de l'article 714 CO, *in*: Der Verwaltungsrat (art. 707-726 CO), Zürcher Kommentar, 1997.
 - JUNG PETER, Commentaires de l'article 620 CO, *in*: Handschin, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, Zürcher Kommentar, 2016.
 - TANNER BRIGITTE, Commentaires des articles 698-726 CO, *in*: Handschin, Die Aktiengesellschaft. Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, Zürcher Kommentar, 2018.

Abréviations

<i>adde</i>	addenda (ajouter)
<i>AFEP</i>	Association française des entreprises privées
<i>AktG</i>	Aktiengesetz
<i>al.</i>	alinéa
<i>AMF</i>	Autorité des marchés financiers
<i>AN</i>	Assemblée Nationale
<i>ANSA</i>	Association nationale des sociétés anonymes
<i>art.</i>	article
<i>ATF</i>	arrêt du Tribunal fédéral
<i>BSK</i>	Basler Kommentar (Commentaires bâlois)
<i>BK</i>	Berner Kommentar (Commentaires bernois)
<i>BGer</i>	Bundesgericht (Tribunal fédéral)
<i>BJS</i>	Bulletin Joly Société
<i>BRDA</i>	Bulletin Rapide de droit des affaires
<i>Bull.</i>	Bulletin
<i>C. civ.</i>	Code civil (français)
<i>C.com.</i>	Code de commerce
<i>CCRCS</i>	Comité de coordination du registre du commerce et des sociétés
<i>CEDIDAC</i>	Centre du droit de l'entreprise
<i>C.J.</i>	comité juridique
<i>C. trav.</i>	Code du travail
<i>c/</i>	contre
<i>CA</i>	Cour d'appel
<i>Cass. civ.</i>	Chambre civile de la Cour de cassation

<i>Cass. com.</i>	Chambre commercial de la Cour de cassation
<i>Cass. soc.</i>	Chambre sociale de la Cour de cassation
<i>CC</i>	Code civil (suisse)
<i>CEDH</i>	Convention européenne des Droits de l’Homme
<i>cf.</i>	confer
<i>ch.</i>	chambre
<i>chif.</i>	chiffre
<i>CO</i>	Code des obligations
<i>comm.</i>	commentaire
<i>comp.</i>	comparer
<i>concl.</i>	conclusions
<i>consid.</i>	considérant
<i>contra</i>	en sens contraire
<i>CourEDH</i>	Cour européenne des Droits de l’Homme
<i>CR</i>	Commentaires romands
<i>D.</i>	Receuil Dalloz
<i>Dr. & patr</i>	Droit et patrimoine
<i>Dr. soc.</i>	Revue Droit et sociétés
<i>éd.</i>	édition
<i>ég</i>	également
<i>FF</i>	feuille fédérale
<i>GesKR</i>	Gesellschaft und Kapitalmarktrecht
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>HCJ</i>	Haute Cour de Justice
<i>infra</i>	ci-dessous
<i>J.-Cl.</i>	Juris-Classeur
<i>JCP</i>	Jurisclasseur périodique La semaine juridique
<i>JCP E</i>	Juris-Classeur périodique La semaine juridique Entreprise
<i>JCP G</i>	Juris-Classeur Périodique La semaine juridique Générale
<i>JO</i>	Journal officiel
<i>JOAN</i>	Journal officiel de l’Assemblée Nationale
<i>JORF</i>	Journal officiel de la République française
<i>L.</i>	Loi

<i>L.G.D.J.</i>	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>let.</i>	lettre
<i>LFus</i>	Loi sur la fusion
<i>LP</i>	Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite
<i>lit.</i>	<i>littera</i>
<i>LPA</i>	Les petites affiches
<i>MSC</i>	Memento Sociétés commerciales Francis Lefebvre
<i>N</i>	note
<i>n°</i>	numéro
<i>nouv.</i>	nouveau
<i>NCPC</i>	nouveau Code de procédure civile (français)
<i>NRE</i>	Nouvelle régulation économique
<i>obs.</i>	observations
<i>OC</i>	Ordonnance du registre du commerce
<i>op. cit.</i>	opere citato
<i>Ord.</i>	Ordonnance
<i>ORC</i>	Ordonnance sur le Registre du commerce
<i>p.</i>	page
<i>pp.</i>	pages
<i>PACTE</i>	Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises
<i>Rappr.</i>	rapprocher
<i>RDA</i>	Revue de droit des affaires
<i>RDC</i>	<i>Revue des contrats</i>
<i>Rep. Min.</i>	réponse ministérielle
<i>Req.</i>	chambre des requêtes
<i>Rev. soc.</i>	Revue des sociétés
<i>RIDComp.</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RJCom</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RLDA</i>	Revue Lamy de droit des affaires
<i>RO</i>	Recueil officiel du droit fédéral
<i>RSDA</i>	Revue suisse de droit des affaires

<i>RSJ</i>	Revue suisse de jurisprudence
<i>RTD Civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD Com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>RTDA</i>	Revue trimestrielle de droit des affaires
<i>RTDF</i>	Revue trimestrielle de droit financier
<i>s.</i>	suivant(e)
<i>supra</i>	ci-dessus
<i>SA</i>	société anonyme
<i>SARL</i>	société à responsabilité limitée
<i>SAS</i>	société par action simplifiée
<i>SCA</i>	société en commandite par action
<i>sec.</i>	section
<i>SNC</i>	société en nom collectif
<i>ss</i>	suivant(e)s
<i>SZW</i>	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarkt- recht
<i>TAF</i>	Tribunal administratif fédéral
<i>TGI</i>	Tribunal de grande instance
<i>T. com.</i>	Tribunal de commerce
<i>t.</i>	tome
<i>v.</i>	voir
<i>vol.</i>	volume
<i>ZBJV</i>	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
<i>ZK</i>	Zuercher kommentar (Commentaires zurichois)

Introduction

Chapitre 1: La formation de la volonté sociale par les organes de la société

À l’instar des membres et de l’estomac dans la fable de Jean de la Fontaine pour qui «Tout travaille pour elle et réciproquement/Tout tire d’elle l’aliment»¹, la société ne saurait exister sans la volonté commune des acteurs qui la composent et qui espèrent d’elle un bénéfice. Ces acteurs sont les organes sociaux qui ensemble forment la société personne morale, procédant de ces organes mais ayant une existence distincte d’eux. Filant la métaphore, Léon Michoud écrira: «l’organe (de la société) n’est pas quelque chose qui soit distinct d’elle; il est une partie d’elle-même dont elle se sert comme la personne physique se sert de la bouche ou de la main»².

Les constructions théoriques autour de la notion de personne morale se sont largement développées en France et en Suisse. Le droit suisse, s’inspirant du droit germanique, offre toutefois une particularité en l’absence de personnalité morale dans les sociétés de personne³, alors que le droit français leur reconnaît la personnalité morale⁴. Clôturant un débat opposant d’une part les partisans de la théorie de la réalité de la personne morale et d’autre part les défenseurs de la théorie de la fiction⁵, l’approche contempo-

¹ LA FONTAINE (1668).

² MICHOUD (1932), N 60.

³ SIMONART (1995), N18, p. 21. Le droit suisse refuse de reconnaître la personnalité morale aux sociétés de personne. Elles sont à ce titre dépourvues d’organes sociaux, ce qui justifie que nous excluons de notre étude cette forme sociale.

⁴ Un arrêt de la Cour de cassation en date du 28 janvier 1954, (Cass. Civ 2., 28 janvier 1954, n° 54-07.081, Comité d’établissement Saint-Chamond) consacre la théorie de la réalité de la personne morale: tout groupement dont le degré d’organisation lui permet d’exprimer une volonté et d’agir est doté de la personnalité morale.

⁵ Pour une excellente et synthétique présentation des différentes théories de la personne morale, voir la première partie de la thèse de BARUCHEL (2004). La théorie de la réalité de la personne morale a été initiée par le législateur après une longue controverse close par un grand arrêt de la Cour de cassation en date du 23 février 1891 qui reconnaît la personnalité morale des sociétés civiles (*in*: TERRE/LEQUETTE (2007), p. 13). En droit suisse, V. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (2018), § 11 N 11 ss et 22 ss sur les développements relatifs

raine définit la personne morale comme un concept de pure technique juridique, indépendant de toute idée de fiction, qui permet d'attribuer des droits et des obligations à des entités identifiées par un certain nombre de propriétés fondamentales dans des conditions définies par le législateur, et dont l'expression de la volonté sociale s'exprime au travers de ses organes⁶. La personnalité morale n'est autre que le moyen technique approprié à la défense des intérêts collectifs⁷, comme l'a reconnu de façon extensive un arrêt de la Cour de cassation en date du 28 janvier 1954 selon lequel la personnalité civile (comprendre ici : personnalité morale) appartient à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par la suite d'être juridiquement reconnus et protégés⁸.

- 3 L'intérêt collectif d'une société de capitaux pourvue de la personnalité morale s'exprime à travers ses organes sociaux, dont les grands principes d'organisation sont relativement proches en droit français et en droit suisse. De l'assemblée générale procèdent les organes de gestion, qu'elle désigne et révoque *ad nutum* ou pour juste motif selon les cas⁹. En retour, les organes de gestion informent les associés tout au long de la vie sociale et convoquent l'assemblée générale. A titre introductif, il convient de définir la notion d'organe en droit des sociétés et la notion de décisions des organes sociaux (Section 1) avant d'envisager les modalités de contestation de ces dernières (Section 2).

Section 1: La notion d'organe

- 4 La notion d'organe social doit être clarifiée à titre liminaire afin de délimiter le champ d'analyse de la présente étude. La notion d'organe désigne «des centres de fonctions»,

à la théorie de la fiction et à la théorie de la réalité de la personne morale. La théorie de la fiction l'a clairement emporté en droit suisse de la société anonyme.

⁶ LEDOUX (2002) N 25, p. 37: l'approche de la notion de personnalité morale par la doctrine a longtemps été marquée d'anthropomorphisme; plus tard seulement est apparue l'idée que les personnes morales devaient disposer d'une organisation interne permettant de dégager une volonté collective: MICHOU (1932) et réf. sous la note (106); MEIER-HAYOZ/FORST-MOSER/SETHE (2018), § 11 N 18.

⁷ MICHOU (1932) N 174, p. 13 et s.

⁸ Cass. civ. 2, 28 janvier 1954, n° 54-07.081, *Comité d'établissement de Saint Chamond, des Forges de la Marine et d'Homécourt*, D. 1994, 217, note LEVASSEUR: JCP 1954, II, 7978, concl. Lemoine; Dr. social 1954, 161, note Durand, concernant un comité d'entreprise pourvu de «personnalité civile».

⁹ Dans les SARL en France: L. 223-18, al. 2, deuxième phrase C.com. et révocation L. 223-25, al. 1 C.com. Dans les SARL en Suisse: art. 777 CO et révocation art. 815 CO. Dans les SA en France: L. 225-18 C.com.; L. 225-100 al. 7 et al. 8 C.com. Dans les SA en Suisse: art. 705 al. 1 CO, bien que les statuts puissent exiger qu'une majorité qualifiée soit nécessaire pour révoquer un administrateur (ATF 117 II 313).

c'est-à-dire des instances où sont réunies des fonctions essentielles telles que la formation de la volonté sociale, la gestion ou le contrôle¹⁰. D'autres auteurs les qualifient de «centres de décision et de responsabilité distincts en raison de leur compétence et de leur composition, qui fonctionnent selon des processus normés¹¹». Les organes reflètent le mode d'organisation de la société (§ 1). Le critère général caractérisant les organes sociaux est la participation effective et déterminante à la formation de la volonté de la société, qu'ils aient été légalement investis de pouvoirs autonomes, ou qu'ils aient usurpés de tels pouvoirs¹² (§ 2).

§ 1 La spécialisation des organes comme mode d'organisation de la société

La notion d'organe n'est pas définie uniformément par le législateur et est l'objet de 5 controverses jurisprudentielles et doctrinales¹³. Il est néanmoins établi que les organes sont spécialisés, chacun ayant des compétences légalement définies¹⁴. Les deux principales typologies distinguent les organes selon la finalité de leurs fonctions, ou selon les modalités de leur légitimation. Elles distinguent les organes de contrôle des organes de gestion (I) d'une part, et d'autre part les organes de droit des organes de fait (II).

I. Organes de contrôle et organes de gestion: distinction fonctionnelle

Le principe de spécialisation des organes sociaux se concrétise en France¹⁵ comme en 6 Suisse¹⁶ par la distinction fonctionnelle entre organes de contrôle (ou de surveillance) et organes de gestion¹⁷. Cette distinction résulte des dispositions légales impératives, des dispositions conventionnelles statutaires ou du règlement intérieur. Volontairement, nous excluons la notion d'organe décisionnaire, les prises de décisions étant en réalité diffuses.

¹⁰ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), N 29, p. 60; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (2018), § 2 N 11 ss.

¹¹ LE CANNU/DONDERO (2019), N 452 ss.

¹² MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), N 31, p. 60; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (2018), § 2 N 96 ss.

¹³ JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (2021), § 6 N 12.

¹⁴ LE CANNU/DONDERO (2019), N 460 et 462.

¹⁵ La loi fixe de manière impérative les pouvoirs et les prérogatives des différents organes de la société. «De même qu'une assemblée générale ne peut empiéter sur le rôle dévolu au conseil d'administration, celui-ci ne peut se dépouiller de ses attributions propres» (CA Aix-en-Provence, 28 septembre 1982; Rev. soc. 1983.773, note Mestre).

¹⁶ La spécialisation des organes se traduit par le principe de parité, en vertu duquel chaque organe est investi de certaines attributions inaliénables. Voir: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), N 352, p. 600; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (2018) § 2 N 32 ss.

¹⁷ JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (2021), § 6 N 12.

- 7 Les organes de gestion ont pour fonction la gestion quotidienne et la bonne administration de la société. Ces organes peuvent être collégiaux ou à membre unique. Leur dénomination varie selon les formes sociales: le gérant dans les SARL, la direction générale dans les sociétés anonymes monistes¹⁸ ou encore le directoire dans les sociétés anonymes dualistes. Dans les SAS en France, l'organe de gestion est *a minima* le président, les actionnaires ayant la liberté de consacrer tout autre organe de gestion dans les statuts. Le rapport Viénot décrit le conseil d'administration comme «une instance collégiale qui représente collectivement l'ensemble des actionnaires et à qui s'impose l'obligation d'agir en toutes circonstances dans l'intérêt social de l'entreprise». Sa mission est de «définir la stratégie de l'entreprise, désigner les mandataires sociaux, contrôler la gestion et veiller à la qualité de l'information fournie aux actionnaires¹⁹».
- 8 Les organes de contrôle ont pour mission la surveillance de la gestion de la société²⁰: le pouvoir exercé par les organes de gestion ne saurait être absolu, et celui-ci doit faire l'objet d'un contrôle au sens de surveillance²¹. L'étendue de ce contrôle n'est toutefois pas certaine. Selon une conception extensive, le contrôle doit s'assurer que la gestion respecte l'intérêt social. Selon une conception minimaliste, le pouvoir de contrôle se réduit à l'empêchement de conflits d'intérêts et l'évitement du détournement du bien social. Les organes de contrôle sont principalement les organes internes que sont l'assemblée générale des actionnaires (dans les sociétés anonymes et dans les SAS) ou des associés (dans les SARL) et le conseil de surveillance dans les sociétés anonymes dualistes. Le contrôle effectué par l'assemblée générale étant jugé insuffisant tant en France²² qu'en Suisse²³, en raison de l'absentéisme des actionnaires ou de leur supposée incompétence, les organes de contrôle externe que sont l'organe de révision en Suisse²⁴ ou les commissaires aux comptes en France²⁵ sont obligatoires dans certaines hypothèses.
- 9 Cette répartition des compétences illustre une certaine conception de la nature de la société. En droit allemand, où le modèle de la société anonyme dualiste est obliga-

¹⁸ LE CANNU/DONDERO (2021), N 696 ss.

¹⁹ Rapp. VIENOT; TUNC (1996), p. 649.

²⁰ MERLE (1988), N 498.

²¹ LEDOUX (2002), N 137 et BERR (1974), p. 1 qui voient dans la notion d'intérêt social la finalité du contrôle, citant CHAMPAUD/DE BERMAND DE VAULX (1970), N 2366: «La souveraineté est la source d'étranges passions. Ce pouvoir économique ne peut pas être sans contrôle. Un critère doit permettre de diriger cette force et d'assigner une finalité à son impitoyable efficacité. Ce critère réside dans l'intérêt social».

²² LE CANNU/DONDERO (2019), N 268: insistant sur les «investisseurs passifs» propres aux sociétés de capitaux.

²³ RECORDON (1974).

²⁴ Art. 727 s. CO.

²⁵ Art. L 820-1 s. et R. 821-1 s. C.com.; LE CANNU/DONDERO (2021) N 516 ss.

toire, l'assemblée générale est dépourvue du contrôle de la gestion de la société. Le rôle de contrôle est dévolu au conseil de surveillance, dont la mission est de pondérer les intérêts de la société en présence. Il en résulte que les actionnaires disposent d'un droit à l'information très circonstancié et d'une possibilité de contester les décisions du conseil de surveillance très limitée²⁶. A l'inverse, le droit anglo-saxon qualifiant la société de «nœuds de contrat», les dirigeants sociaux sont mandatés par les actionnaires et doivent à ce titre leurs rendre des comptes²⁷.

En France comme en Suisse, la conception de la société est plus nuancée. La distinction 10 entre organes de contrôle et organe de gestion n'est pas absolue: un organe de contrôle peut, lui-même, être composé d'un élément interne d'auto-contrôle. A titre illustratif, les administrateurs indépendants ont une fonction de contrôle au sein même du conseil d'administration de la société anonyme, qui est pourtant un organe de contrôle – bien que ce qualificatif puisse être nuancé²⁸. Dans l'approche doctrinale française, les actionnaires minoritaires sont également supposés exercer un contre-pouvoir à la majorité actionnariale, en d'autres termes s'assurer que la majorité adopte des décisions concordantes avec l'intérêt social²⁹.

Les rapports qu'entretiennent ces organes sont relativement similaires en droit français 11 et en droit suisse. Les organes de gestion, à savoir le conseil d'administration dans les sociétés anonymes et le gérant dans les SARL, sont nommés et révoqués par l'assemblée générale des associés. Celle-ci approuve les comptes sociaux et donne *quitus* à la gestion lors des assemblées ordinaires, ou encore entérine certains événements majeurs de la vie sociale lors de réunions extraordinaires. Chaque organe se voit conférer par la loi certaines prérogatives contre les décisions adoptées par les autres organes de façon soit à protéger ses propres droits, soit à faire valoir l'intérêt social. De la sorte s'organise un subtil équilibre de pouvoir et de contre-pouvoir.

II. Organes de droit et organes de fait

En Suisse comme en France, les dirigeants de droit (ou organe formel en Suisse³⁰) procèdent 12 de la loi. Sont qualifiés comme tels les dirigeants élus dans les conditions de formes légalement ou statutairement prévues, y compris les administrateurs dans les sociétés anonymes.

²⁶ ALCOUFFE/KALWEIT (2003), p. 166.

²⁷ ALCOUFFE/KALWEIT (2003), p. 188 et s.

²⁸ En effet, le conseil d'administration a pour mission la surveillance de la gestion, mais participe également à la gestion. L'assemblée générale donne d'ailleurs *quitus* au conseil d'administration pour sa gestion. Les administrations sont également responsables des actes contraires à la bonne gestion de la société.

²⁹ MAMA OTABELA (2020).

³⁰ CHAMMARTIN/VON DER CRONE (2005), p. 331 s. Sur la nécessité d'une élection régulière: BÄRTSCHI (2001), p. 97.

- 13 Parallèlement, la jurisprudence suisse et la jurisprudence française ont élaboré une théorie des organes de fait³¹. Les organes de fait visent toutes les personnes qui «participent de manière déterminante à la formation de la volonté sociale³²» et «qui, sans faire formellement parti du conseil d'administration, exercent matériellement des fonctions dirigeantes³³» en prenant des «décisions importantes pour la société, de manière indépendante et permanente³⁴». Plus précisément, la jurisprudence du Tribunal fédéral retient deux conditions cumulatives pour identifier un organe de fait: (1) l'exercice de compétences durables³⁵ et (2) l'exercice d'une influence sur la société en raison d'une position typique d'organe³⁶. La question de la qualification est un sujet sensible, car elle entraîne l'engagement de la responsabilité civile et pénale de l'organe de fait. Elle peut, lorsque ces conditions sont remplies, s'appliquer à l'actionnaire majoritaire³⁷.
- 14 En droit français, est susceptible d'être qualifié de dirigeant de fait toute personne (société mère, actionnaire personne physique ou morale de la société mère, créancier, tiers, etc.) qui exerce une influence prédominante sur la société ou, dans le cas de groupe de société, sur la filiale ou la sous-filiale. Les actes de gestion susceptibles de

³¹ Pour plus de détails, voir les références sous la note (28).

³² TRIGO TRINDADE/BAHAR (2002), p. 443, cite un arrêt de la I^{re} Cour civile du Tribunal fédéral ATF 107 II 349, JT 1982 I 1973, en date du 14 septembre 1981 dans la cause *Baumgartner et consorts c. Caisse de maladie suisse pour les industries du bois et du bâtiments et branches annexes (CMBB) et consorts*, consid. 5: «Tout comme le conseil d'administration ou la direction, certaines personnes prennent des décisions qui sont en réalité réservées à cet organe ou assurent la direction effective de la société, et ont ainsi une influence déterminante sur le processus décisionnel de la société (membres du conseil d'administration non nommés)»; et voir également arrêt de la I^{re} Cour civile du Tribunal fédéral du 12 décembre 1991, *Christoph N. c. W., G. et K.*, ATF 117 II 570, JT 1993 I 80, pp. 81-82.

³³ TERCIER (1993), p. 461; CHAUDET (2010), N. 712; Message, FF 1983 II, p. 963: exemple des directeurs et des gestionnaires comme organe matériel.

³⁴ Message, FF 1983 II, p. 963 vise les «directions occultes».

³⁵ ATF 128 III 29, consid. 3c = JdT 2003 I 18 = SJ 2002 I, p. 351; ATF 128 III 92, consid. 3c = JdT 2003 I 23 = SJ 2002 I p. 347: «la position d'organe de fait de l'administrateur de la société mère en raison d'une compétence de fait, relevant typiquement d'un organe, au sein de la société fille de novembre 1988 à février 1989 (soit 4 mois)». La notion de «durable» soulève des divergences doctrinales.

³⁶ ATF 128 III 92, consid. 3b = JdT 2003 I 23 = SJ 2002 I, p. 347; TRIGO TRINDADE/PETER (2002), p. 255.

³⁷ CHAMMARTIN/VON DER CRONE (2005), p. 332; CHAUDET (2010), N 712; MONTA-VON (2004), p. 801; JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (2021) § 6 N 12 et ss, et particulièrement § 6 N 18 sur les organes factices: *Faktische Organe sind den formellen Organen nicht durchwegs gleichgestellt. Es handelt sich vor allem um einen haftungsrechtlichen Begriff, mit dem der Anwendungsbereich der Zurechnung des deliktischen Verhaltens von Organen zur Gesellschaft und der Organverantwortlichkeit erweitert wird. Im Übrigen ist jedoch fraglich, ob die für formelle Organe massgeblichen Vorschriften auch für faktische Organe gelten. Das ist insbesondere hinsichtlich der organschaftlichen Vertretungsmacht zu verneinen, so dass faktische Organe die Körperschaft nur aufgrund einer Vollmacht unter Einschluss der Duldungs- und Anscheinsvollmacht wirksam vertreten können.* V. ég. GRAF (2016), § 6 N 441.

caractériser la direction de fait sont définis comme des actes positifs qui dénotent une volonté sans équivoque de gérer la société³⁸.

Nous ne reviendrons pas plus en détail sur les critères casuistiques qui permettent 15 d'identifier les organes de fait en droit suisse ou les dirigeants de fait en droit français et qui divergent dans chacun des deux ordres juridiques, mais nous chercherons à comparer quels sont les recours envisageables contre les décisions de ces organes et dans quelle mesure ceux-ci sont eux-mêmes susceptibles d'agir contre les décisions des autres organes sociaux.

§ 2 Notion d'organe social et élaboration de la volonté sociale

Pour agir et exercer ses droits, la personne morale est dotée d'une volonté conçue et 16 exprimée par ses organes. La volonté propre de la personne morale est l'expression de l'intérêt collectif, qui se forme par des mécanismes et des procédures définis³⁹.

En France, Léon Michoud soulignait que, à l'inverse du représentant dont la qualité dé- 17 coule soit d'un acte juridique, soit de la loi, la qualité d'organe résulte de la constitution même de la personne morale. L'organe n'est pas distinct de la personne morale car «l'organisation juridique dont il est le produit appartient à l'essence de la personne morale : elle est comme son corps juridique, sans laquelle elle est incapable d'existence»⁴⁰.

La théorie allemande de l'organe a également trouvé échos en Suisse. La société, pour 18 former et exprimer une volonté distincte de celle des personnes qui agissent pour son compte, doit être pourvue d'une possibilité d'expression collective, reconnue et protégée par la loi, par le truchement de ses organes sociaux⁴¹. La reconnaissance légale des organes sociaux répond au principe de nécessité exprimé à l'article 54 CC, selon lequel «les personnes morales ont l'exercice des droits civils dès qu'elles possèdent les organes que la loi et les statuts exigent à cet effet». L'article 55 CC dispose expressément que «la volonté d'une personne morale s'exprime par ses organes» et que «ceux-ci obligent la personne morale par leurs actes juridiques et par tout autre fait».

Doctrines et jurisprudence ont eu l'occasion de définir la notion d'organes sociaux. En 19 France, nous retiendrons la définition proposée par Paul Le Cannu, à savoir «des centres de décision et de responsabilité distincts en raison de leur compétence et de leur composition, qui fonctionnent selon des processus normés⁴²». Les organes so-

³⁸ LE CANNU/DONDERO (2021), N 499; COZIAN/VIANDIER/DEBOISSY (2021), N 420 ss : le critère est «l'immixtion dans la gestion».

³⁹ BARUCHEL (2004), voir comm. et réf. sous la note (68).

⁴⁰ MICHOU (1932), N 60.

⁴¹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), N 22, p. 56.

⁴² LE CANNU/DONDERO (2019), N 452.

ciaux peuvent également être définis comme «l'ensemble des institutions internes à la société, qui se répartissent par un jeu de pouvoir et de contre-pouvoir le processus de prise de décision au sein de la société⁴³». L'organe social, institution interne, se matérialise par un ensemble de règles gouvernant son fonctionnement au sein de la société. En Suisse, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser les contours de la notion. Il la définit en renvoyant aux «personnes exerçant une fonction au sein de la personne morale qui sont identifiés par la loi, les statuts ou les règlements, pour effectuer des tâches sociales ou qui en acquièrent le droit de manière autonome et indépendante⁴⁴».

- 20 Les organes sociaux ont pour vocation de formuler par un procédé légalement ou conventionnellement encadré une volonté sociale indépendante de la somme des volontés individuelles des membres qui les composent. De l'expression de cette volonté sociale, qui se concrétise par un vote lorsque l'organe est collégial ou par une décision lorsque l'organe est individuel⁴⁵, découleront des actes juridiques passés au nom et pour le compte de la société.
- 21 En France comme en Suisse, avec plus ou moins de précisions, la loi prévoit de façon impérative ou facultative (i) une définition des compétences de chaque organe, (ii) la description du fonctionnement interne de chaque organe, et (iii) l'encadrement des rapports qu'ils entretiennent entre eux.
- 22 Dès lors, répondent à la notion d'organes sociaux dans le cadre de cette étude les organes collégiaux ou unipersonnels qui, par un processus de vote ou déclaratif, expriment un pouvoir décisionnel contribuant à la formation de la volonté sociale, d'où découleront des actes engageant la société. Sont en conséquence exclus du champ de cette étude les organes qui (1) ne participent pas de façon indispensable à la formation et à l'expression de la volonté sociale et (2) ne sont pas indispensables à l'existence de la société, comme c'est le cas par exemple des commissaires aux comptes/réviseurs. Sont donc des organes sociaux : les assemblées générales, l'actionnaire/associé unique, le(s) gérant(s) de SARL, le conseil d'administration ou le conseil de surveillance et le directoire dans les sociétés anonymes, l'organe de gestion quel qu'il soit selon sa désignation statutaire dans les SAS françaises. Nous prenons la position, bien que controversée⁴⁶, que les assemblées de créanciers et d'obligataires sont également des organes sociaux lorsque la société entre en période de procédure collective et que ces instances sont amenées à adopter des décisions essentielles à la vie de la société⁴⁷.

⁴³ LEGROS (2013).

⁴⁴ ATF 117 II 570 = JdT 1993 I 8, consid. 3 : sont des organes les personnes qui, sous le contrôle du comité d'administration d'une personne morale, en assurent effectivement les fonctions.

⁴⁵ La loi ou les statuts désignent la majorité requise lors de la mise en vote par l'assemblée générale.

⁴⁶ Voir *infra*, N 73 ss et les notes correspondantes.

⁴⁷ En ce sens V. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (2018), § 1 N 24 et 25 : «*Die Gläubiger werden im Konkurs ihres gemeinsamen Schuldners durch das Gesetz zu einer Einheit zu-*

Sont écartées du champ d'étude les sociétés de personnes (SNC, sociétés civiles, société simple) et les sociétés en commandites par actions (SCA), dans lesquelles les associés sont solidairement et personnellement tenus sur leurs biens personnels des engagements de la société. La notion d'organe s'appréhende avec particularisme dans ces sociétés⁴⁸, ce qui justifie que nous nous cantonnions à l'étude des sociétés de capitaux, dans lesquelles les actionnaires ne sont tenus qu'à concurrence de leurs apports, et particulièrement les sociétés anonymes. Les solutions applicables en présence d'une société anonyme sont par défaut applicables également dans les SARL, en France comme en Suisse, sauf dans les cas contraires que nous expliciterons. Les solutions en vigueur en présence d'une SAS feront l'objet d'un développement particulier.

Sont également exclus du champ de cette analyse les commissaires aux comptes en France ou les organes de révision en Suisse. La doctrine n'a d'ailleurs pas clos le débat⁴⁹. Au soutien des arguments en faveur de la conception organique des réviseurs, il est avancé que l'organe de révision exerce un contrôle indépendant de la gestion effectuée par l'organe de gestion. Il est doté d'un mandat conféré par l'assemblée générale qui le lie à la société.

En sens contraire, il n'est pas dans une relation de subordination à l'égard des organes composants la société. Il ne procède en aucun cas des statuts, à l'inverse des organes sociaux. De même, la société ne procède pas de l'organe de révision alors qu'elle procède de ses organes sociaux. Organe externe⁵⁰, il ne dispose pas de moyens décisionnaires s'inscrivant dans la formulation de la volonté sociale, bien qu'il puisse pallier les carences de l'organe de gestion dans certains cas bien délimités. Il éclaire la prise de décision sociale, mais n'y prend pas part. En outre, le commissaire aux comptes/réviseur n'est pas recevable à contester une délibération sociale irrégulière. En effet, il n'a pas vocation à s'immiscer dans les affaires sociales et son droit de critique se limite donc aux cas de fraude⁵¹.

sammengefasst, und ihre Versammlung erhält in der Konkursabwicklung die Funktion des obersten Organes.»

⁴⁸ JUNG (2015).

⁴⁹ En ce sens : BISSARA (1999) en France : « les commissaires aux comptes sont des organes », sans développer outre mesure ; LE CANNU/DONDERO (2021), N 516 parle « d'organes légaux » mais classifient les commissaires aux comptes parmi les « autres organes » aux cotés des comités d'études ou encore du comité social et économique. En Suisse : FORSTMOSER (1997), N 18, p. 26 : considère le réviseur comme un organe. *Contra*: BÖCKLI (2009), § 15 N 31, 32 : le réviseur n'est pas un organe au sens habituel (« kein Organ im üblichen Sinn »).

⁵⁰ En s'appuyant sur l'analyse de GABARSKI (2010), on peut distinguer les organes dont la responsabilité se fonde sur l'art. 754 CO et ceux dont la responsabilité découle de l'art. 55 CC. Dans ce dernier cas, la notion d'organe remplit la fonction « externe », afin de permettre à un tiers d'imputer à la société le comportement dommageable de ses organes. V. ég. : STUTZ/VON DER CRONE, RSDA 74 (2002), p. 262.

⁵¹ ANSAULT (2012), N 13.

- 26 Sont également partiellement exclus de la présente étude les organes représentatifs du personnel, comme le comité social et économique (qui remplace le comité d'entreprise aux termes de l'ordonnance n° 217-1386 du 22 septembre 2017)⁵² lorsque la société en comporte. Celui-ci bénéficie d'une place prépondérante dans l'organisation de la société en France. Son rôle ne sera envisagé que dans la mesure où il est amené à donner des avis consultatifs sur un nombre extensif de décisions des organes dirigeants⁵³ et peut influencer la formation de la volonté collective en proposant des points à l'ordre du jour des assemblées générales.
- 27 De plus, un organe est qualifié comme tel lorsqu'il dispose de compétences propres et qu'il est organisé selon un processus normé défini par la loi de façon impérative ou par les statuts de la société, de sorte à permettre la formation d'une volonté génératrice d'effets juridiques, c'est-à-dire lorsqu'il est en mesure de conclure des actes juridiques au nom et pour le compte de la société. Ne répondent pas à cette définition les actionnaires pris individuellement, ou encore des actionnaires qui se seraient réunis en dehors des formalités nécessaires à la tenue d'une assemblée générale ou à d'autres fins, réserve faite des assemblées universelles reconnues par le droit suisse mais étrangères au droit français, bien qu'en pratique les associés peuvent renoncer à l'unanimité aux modalités de convocation de l'assemblée générale. Ne répondent pas à la définition les groupes d'actionnaires liés par un pacte d'actionnaires.

Section 2: La contestation des décisions des organes sociaux

- 28 Les organes sociaux tels que définis ci-dessus se réunissent, débattent (lorsqu'ils ont un caractère collégial) et adoptent des décisions qu'ils mettent en œuvre. Il convient de définir la notion de décision des organes sociaux et d'identifier le périmètre retenu dans le cadre de cette étude (§ 1), avant de présenter les modalités de contestation des dites décisions (§ 2).

⁵² Art. L. 2321-1 C. trav. et s.: «Un comité d'entreprise est constitué dans toutes les entreprises comptant cinquante salariés et plus pendant douze mois consécutifs ou non au cours des trois années précédentes. Doté de la personnalité civile et d'un patrimoine propre, le comité d'entreprise a pour objet d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production».

⁵³ Art. L. 2323-2 C. trav.: «Les décisions de l'employeur sont précédées de la consultation du comité d'entreprise»; LE CANNU/DONDERO (2021), N 536: «bien que le comité est un organe de l'entreprise et non spécifiquement de la société, ses attributions se sont considérablement développées dans l'ordre de la gestion, au point qu'il jouit aujourd'hui d'une information légale plus complète que celle des actionnaires.»

§ 1 La notion de décision des organes sociaux (ou décision sociale)

Pour être qualifiée comme telle, une décision doit répondre à un certain nombre de 29 critères (I) afin de déployer des effets spécifiques (II).

I. Définition générale

Sans s'étendre sur le processus de prise de décision, nous retiendrons une définition 30 générale apportée par la doctrine. La décision sociale (*Beschluss*) est «le procédé par lequel une décision intervient dans les affaires intérieures de la société⁵⁴», qui aboutit à la formation et à l'expression de la volonté sociale en vue d'atteindre un but identifié. La décision émanant d'un organe social collégial est un acte juridique multilatéral par lequel les différentes déclarations de volonté (votes), le cas échéant tempérées par le principe majoritaire, se fondent au sein d'une volonté unique⁵⁵. Lorsque la décision émane d'un organe individuel, tel que le gérant de la SARL ou l'associé unique, celle-ci est un acte juridique manifestant une volonté unique issue de la déclaration de volonté dudit organe. Enfin, une autre opinion qualifie les décisions sociales de déclaration unilatérale de la société constatant par le biais de son président ou de son gérant le vote majoritaire de l'assemblée générale⁵⁶.

La notion de décision collective vise les décisions sociales issues du processus de 31 prise de décision du ou des associé(s). En droit français, la notion de décision collective se trouve à la section III du chapitre consacré à la société civile par le Code civil et intitulé «décisions collectives». Les articles 1853 et 1854 du Code civil envisagent deux modes de décision collective autres que l'assemblée générale des associés, à savoir la consultation écrite et l'acte unanime. Ces techniques sont également présentes dans les sociétés commerciales : l'article L. 223-27 du Code de commerce prévoit la consultation écrite et l'acte unanime des associés dans les SARL ; l'article L. 227-1 du Code de commerce vise les décisions de l'ensemble des associés qui forment l'organe social compétent pour prendre certaines décisions au nom de la société anonyme. En Suisse, la réforme du Code des obligations portant sur le droit de la société anonyme en date du 19 juin 2020⁵⁷ – dont l'entrée en vigueur est espérée en 2022 – prévoit dans son nouvel l'article 701 al. 3 que l'assemblée générale de la société anonyme peut également prendre des décisions «par écrit sur papier ou sous forme électronique, à moins qu'une discussion ne soit requise par un actionnaire ou son représentant».

Comme le souligne Elsa Guégan dans sa thèse de doctorat : «Le processus de forma- 32 tion des décisions sociales doit être plus complexe que celui des contrats ; il doit conte-

⁵⁴ RECORDON (1974) ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), N 103, p. 85.

⁵⁵ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), N 103 et s.

⁵⁶ JUNG (2015).

⁵⁷ FF 2020 5409.

nir des règles spécifiques destinées à assurer non plus tant la protection des auteurs de l'acte que celle de leurs destinataires, lesquelles se voient imposer une décision à laquelle ils n'ont pourtant pas consenti. Le corollaire en est une protection renforcée des minoritaires⁵⁸.» Il en résulte que la notion de décisions sociales exclut les décisions prises hors des cadres institutionnels, à savoir les protocoles d'accord, convention de vote et de manière générale tous les actes privés entre associés.

- 33 Des auteurs définissent comme décisions collectives les seules décisions qui ressortent «de la compétence d'un organe collectif composé par les associés, que cette compétence leur soit donné par la loi ou par les statuts.», excluant ainsi les décisions émanant des conseils d'administration⁵⁹. Telle n'est pas la définition retenue ici : les décisions des organes sociaux ne sauraient se réduire aux seules décisions collectives des associés. En effet, les organes de gestion, à savoir le conseil d'administration dans les sociétés anonymes ou le gérant dans les SARL, concourent également à la formation de la volonté sociale : soit qu'ils adoptent des délibérations dans un cadre qui leur a été délégué par l'assemblée générale elle-même, soit qu'ils influencent les décisions des actionnaires par l'élaboration de l'ordre du jour, l'assemblée générale fonctionnant alors comme une «caisse enregistreuse», soit que le président de l'assemblée détermine lui-même le résultat de la résolution, ou encore que le résultat des votes électroniques parvient avant même la tenue de l'assemblée générale. Dans ces hypothèses, le véritable organe décisionnaire est en pratique l'organe de gestion. La volonté exprimée est alors moins celle de la collectivité des actionnaires que celle de ses organes de gestion en raison de l'absence de débat actionnarial.

II. L'opposabilité *erga omnes* des décisions des organes sociaux

- 34 L'effet d'une décision régulière est de s'imposer à tous les organes, y compris à l'organe qui l'a adopté, qui ne peuvent s'y soustraire sauf cas de dol ou de fraude. Elle ne peut être modifiée ultérieurement⁶⁰. Elle s'impose également aux autres organes sociaux et à la société elle-même. Enfin, la décision régulière est opposable aux tiers.

⁵⁸ GUEGAN (2020), N 369 et s.

⁵⁹ LE CANNU/DONDERO (2019), N 155.

⁶⁰ Sur le fondement de l'art. L. 225-96 al. 2 C.com. : les décisions des assemblées générales extraordinaires, quand elles sont prises régulièrement, à la majorité, dans les formes et conditions prescrites par la loi et dans les limites de leurs pouvoirs, s'imposent aux actionnaires et ne peuvent être modifiées par les tribunaux (Req. 22 juin 1926 : DP. 1927.1. 177 : «un actionnaire, même dissident, est lié par les décisions de l'assemblée générale prises régulièrement dans les limites de sa compétence, et il ne peut attaquer ces décisions qu'en cas de dol ou de fraude»; CA Lyon, 3 décembre 1925 : DH 1926. 93).

§ 2 La contestation des décisions des organes sociaux

L'organisation de la société commerciale telle que conçue par les droits français et helvète prévoit des mécanismes de contrôle des organes de gestion, au sens de surveillance. La fonction de contrôle n'est pas dévolue à un seul organe mais se répartit entre (i) un contrôle externe lorsqu'un organe en contrôle un autre (telle est la fonction du conseil de surveillance et de l'assemblée générale), et (ii) un contrôle interne lorsque les membres d'un organe sont en mesure de contrôler le fonctionnement de l'organe auquel ils appartiennent. Par exemple et non limitativement, tel est le rôle de l'administrateur indépendant, mais aussi en droit français le rôle de l'actionnaire minoritaire qui, par l'action en abus de majorité, a la possibilité d'assurer le bon fonctionnement de l'assemblée générale en contestant les décisions irrégulières prises par la majorité des actionnaires⁶¹.

La contestation des décisions sociale par l'actionnaire se distingue du contrôle de la gestion *a priori*. Ce dernier s'exerce par la demande d'un contrôle spécial, par le recours à un expert de gestion ou encore par l'exercice du droit d'information. La contestation s'exerce en revanche par un contrôle effectué *a posteriori*, par le biais de diverses actions légales. Les actions en contestation des décisions sociales ont un champ d'application plus large que le simple contrôle *a priori* de la gestion. En effet, elles permettent de remettre en cause la légalité des décisions de l'assemblée générale *a posteriori*, c'est-à-dire après leurs adoptions.

La contestation des décisions sociales présente un caractère dissuasif: la perspective de la sanction vise à dissuader les organes sociaux de contrevenir à certains droits protégés et à l'intérêt social⁶². Cette finalité dissuasive est atteinte différemment selon que l'action engagée porte sur la nullité de la décision litigieuse ou sur la responsabilité de l'organe qui l'a adoptée. En effet, l'effet de l'action en nullité est de critiquer puis de corriger ou d'anéantir la décision litigieuse en lui apportant un remède: elle a donc un caractère réparatoire. Lorsque la contestation se combine à une action en responsabilité, elle se pare en revanche d'un caractère compensatoire.

Le droit de critique des décisions des organes sociaux est en outre offert aux actionnaires mais aussi dans certaines mesures aux créanciers, aux mandataires sociaux,

⁶¹ Ces contre-pouvoirs cherchent à pallier l'efficacité déficiente du contrôle des organes par l'assemblée générale. En France dans les sociétés anonymes, depuis la loi du 1^{er} mars 1984 dite «de prévention des difficultés des entreprises», la tendance est à la multiplication des organes de gestion et de contrôle. Certains organes assurent désormais les deux fonctions à la fois: dans les sociétés anonymes, des administrateurs exécutifs et des administrateurs indépendants qui contrôlent les premiers cohabitent au sein d'un même conseil d'administration.

⁶² CORNU (2022): «Constitue une sanction de façon générale, toute mesure justifiée par la violation d'une obligation ... plus généralement encore, tout moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation.»

aux salariés et aux tiers en général. Nous pouvons ainsi relever qu'il existe un contrôle mutuel et réciproque des organes sociaux entre eux, dont le périmètre et l'intensité sont variables selon que le législateur a voulu positionner le curseur du pouvoir en faveur de l'un ou de l'autre de ces organes. Ce point a déjà été relevé par d'imminents auteurs en France, pour qui «au-delà du conflit entre la sécurité juridique et le souci d'assurer l'effectivité des prescriptions légales, le mécanisme étudié prend place dans un autre débat, toujours ouvert, relatif à l'évolution institutionnelle ou contractuelle de la société»⁶³. Notre analyse vise à vérifier que le positionnement de ce curseur est influencé, en France, par la conception idéologique de la société anonyme.

I. L'importance des actions en contestation en droit des sociétés

39 Garde-fou de l'intérêt social, les différentes actions en contestation contribuent à la formation de la volonté sociale (A), mais l'importance que le législateur leur a conféré dans l'ordre juridique est susceptible de varier selon les formes sociales envisagées (B).

A. Actions en contestation et formation de la volonté sociale

40 Les actions en contestation matérialisent un droit de critique, formulé par Japiot et repris par Gaudemet en France⁶⁴, qui se traduit principalement par l'action en nullité. Le droit de critique endosse plusieurs fonctions: une fonction dissuasive et corrective, une fonction de protection de l'intérêt social et des minorités, et une fonction institutionnelle d'exercice d'un contre-pouvoir.

41 Par leurs fonctions, les actions en contestation sont nécessaires au bon fonctionnement de la société:

- (i) elles garantissent le droit de contrôle des actionnaires sur la gestion de la société;
- (ii) elles garantissent la protection des droits fondamentaux des différentes parties prenantes en s'assurant que les intérêts de la société d'une part et d'autre part les intérêts dominés, en première ligne desquelles se trouvent les actionnaires minoritaires, ne subissent pas des atteintes excessives. Comme le note Paul Le Cannu, la contestation des décisions des organes compétents est un correctif qui permet au juge d'arbitrer entre l'intérêt de la société et celui des associés (*a minima*, car, nous le verrons, la contestation des décisions sociales n'est pas réservée exclusivement aux seuls associés) lorsqu'ils divergent et en cas d'excès de «bénéfices privés⁶⁵» au détriment de la société;

⁶³ GRILLET-PONTON (1984), N 24.

⁶⁴ JAPIOT (1909) p. 285, cité par BOUDOT (2008), p. 92.

⁶⁵ AT/CHAPPE/MORAND (2007), note de bas de page 1: «Ces bénéfices privés incluent toutes les utilisations des ressources de l'entreprise qui ne sont pas dans l'intérêt des actionnaires: avantages en nature, construction d'empires, abus de biens sociaux, tunneling. Les travaux de Barclay et Holderness [1989] et de Dick et Zingales [2004] offrent une évaluation empirique

- (iii) elles pallient les déséquilibres qui pourraient entraver le fonctionnement des organes de contrôle et de gestion en rétablissant le fonctionnement normal de chaque organe;
- (iv) et de façon plus générale, elles permettent de surmonter les crises juridiques qui peuvent entraver la vie sociale; les crises juridiques s'entendant, au-delà de toute situation de blocage, comme la contestation d'une décision contraire aux lois, aux règlements⁶⁶ ou aux statuts.

Dominique Schmidt relève l'importance primordiale de la contestation, assimilée à un 42 droit de critique, dans la formation de la volonté sociale exprimée par l'assemblée générale. Comme le souligne cet éminent auteur français, «le problème est alors non pas que tout actionnaire exprime son opinion mais que tout opposant ou tout actionnaire partageant un autre point de vue puisse intervenir dans la délibération. (...) La volonté exprimée par la majorité sera dite sociale car chacun des associés aura pu par son intervention, contribuer au dégagement de l'intérêt de la collectivité. Plus précisément encore, c'est la faculté d'intervention, de contestation, qu'elle soit exprimée ou non, qui confère à la volonté exprimée par la majorité son caractère de volonté sociale⁶⁷.»

Nous ne pouvons donc que nous ranger du côté de l'analyse du Dominique Schmidt 43 lorsqu'il écrit que «Dès lors (...) le législateur se devait d'assortir ces règles de la procédure en assemblée de sanctions adaptées et efficaces. Sont en jeu la défense de la volonté des intérêts de la collectivité en rétablissant la minorité dans l'exercice de ses droits, de corriger une délibération irrégulière ayant faussé le sens de la résolution⁶⁸.» Cependant, ce droit de contrôle doit être assorti de garde-fous afin d'empêcher les associés s'abuser de leur pouvoir de contrôle⁶⁹.

B. *Actions en contestation et formes sociales*

Selon certains auteurs, les sociétés de personnes seraient dotées d'un *affectio societa-* 44 *tis* et d'une homogénéité actionnariale plus importants que les sociétés de capitaux dont les actionnaires agiraient exclusivement sur la base d'un fort *intuitu pecuniae*. L'appréciation des conséquences qui en découlent varie selon les auteurs. Pour certains, les relations entre les membres seraient plus impersonnelles dans les sociétés de capitaux⁷⁰ et principalement dans les sociétés anonymes, dont les actionnaires seraient plus nombreux et se connaîtraient mal, et elles seraient donc moins sujettes à l'existence de conflits. Les actions en contestation devraient donc être moins nom-

des bénéfiques privés. Ces auteurs montrent que les bénéfiques privés représentent en moyenne respectivement 6% et 14% de la valeur des actions.»

⁶⁶ COZIAN/VIANDIER/DEBOISSY (2020), N 612.

⁶⁷ SCHMIDT (1968), p. 74 ss.

⁶⁸ SCHMIDT (1968) p. 74 ss.

⁶⁹ LE CANNU/DONDERO (2019), N 159.

⁷⁰ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), N 8, p. 56.

breuses dans les sociétés de capitaux que dans les sociétés de personnes. Au sein des sociétés de capitaux, les conflits seraient, pour les mêmes motifs, moins nombreux au sein des sociétés anonymes que dans les SARL. Dans le même sens, les décisions devant être prises à l'unanimité dans les sociétés de personnes, le risque de blocage et de ne pas parvenir à un vote unanime est plus significatif.

- 45 Pour d'autres auteurs, les sociétés anonymes seraient au contraire les plus exposées à des irrégularités en raison de la complexité des règles impératives qui en gouvernent le fonctionnement⁷¹: le recours à des actions en contestation devrait alors être plus fréquent dans ce type de sociétés.
- 46 Ces arguments nous semblent discutables. En effet, la structure de l'actionnariat est plus susceptible de générer des sources de conflits que le choix de la forme sociale. Trois principales hypothèses sont potentiellement génératrices de conflits. Dans la première configuration, le capital de la société (indépendamment de sa forme sociale) est détenu à part égale entre deux actionnaires ou deux groupes d'actionnaires. En cas de mésentente, le risque de blocage est criant et la pratique tend à le prévenir par l'adoption de pacte d'actionnaires comportant des clauses *deadlocks*⁷². Dans la deuxième configuration, un groupe d'actionnaires minoritaires cherche à influencer la conduite de la société afin de maximiser sa valeur actionnariale – on pense ici aux actionnaires activistes ou encore aux associations de petits porteurs. Cette configuration est certes plus susceptible de se présenter dans des sociétés cotées, mais peut également se présenter dans toutes sociétés commerciales, indépendamment de la forme sociale. Dans la troisième configuration, l'actionnaire majoritaire ou dominant exerce une influence notable sur les organes de gestion (exercice de la présidence, représentation majoritaire au conseil d'administration, etc.) de sorte qu'il peut sans contre-pouvoir agir dans son intérêt personnel au détriment de celui de la société.
- 47 Ce serait sur la base de ce constat que la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales a construit en France le régime de la protection des actionnaires minoritaires. Son objectif était d'éviter le détournement de l'intérêt social par une majorité d'actionnaires qui adopterait des décisions sociales dans le seul intérêt personnel de ses membres⁷³.

⁷¹ AZENCOT (1979).

⁷² Les clauses *deadlocks* sont les clauses contractuelles dont l'objet est de résoudre les modalités de sorties d'un ou des actionnaires pour résoudre des situations de blocage ou d'impasse. V.: DUBOUT (2008), pp. 4-7.

⁷³ GUYON (1980), N 443.

II. L'expression contestataire *a posteriori*

Les actions en contestation ont pour objectif principal d'assurer la bonne marche de la 48
vie sociale, qui peut être mise à mal en raison (i) de décisions contraires à la loi, aux
règlements et aux statuts ou (ii) de décisions contraires à l'intérêt supérieur de la
société. Le non-respect des dispositions légales et statutaires par les organes sociaux
appelle des sanctions. Ces sanctions peuvent être économiques (A) ou/et juri-
diques (B)⁷⁴.

A. La contestation par les sanctions économiques

La sanction économique est la possibilité pour l'actionnaire de vendre ses titres. Cette 49
sanction est limitée. Elle n'est pertinente que dans les sociétés cotées, dont les actions
sont librement cessibles sur un marché et sous réserve d'une liquidité suffisante. La
vente des actions provoque une possible baisse du cours boursiers des titres, sous ré-
serve encore une fois que le nombre d'actions vendues soit conséquent. La «sanction
de marché» peut donc être illusoire car un petit actionnaire isolé n'aura que peu d'in-
fluence sur la valorisation de la capitalisation boursière d'une société cotée, et le mé-
canisme s'apparente plutôt à un phénomène de *take it or leave it*, dépourvu des effets
d'une sanction. Dans les sociétés non-cotées, les sanctions de marché sont inapplica-
bles: pouvoir vendre ses actions est une chose, trouver un acquéreur en est une autre.
La possibilité de vendre ses titres est certes toujours ouverte, mais le processus de
vente, alors qu'il est immédiat dans les sociétés cotées, peut être fastidieux dans les
sociétés privées en l'absence de clause de sortie qui prévoit le droit et les modalités
pour certains actionnaires de vendre leur participation, nécessitant parfois de purger
la clause d'agrément le cas échéant⁷⁵ ou de mandater un intermédiaire et de réaliser
des *due diligences* pour valoriser cette participation. Il est par ailleurs d'autant plus
difficile de trouver un acquéreur lorsque la cession intervient dans un contexte de mé-
senteur des actionnaires ou de désaccord sur la gestion de la société. Au pire, dans
des circonstances exceptionnelles, le droit suisse et le droit français accordent la possi-
bilité de dissoudre la société⁷⁶. Une sanction économique pourrait en outre s'exprimer

⁷⁴ TRIGO TRINDADE/BAHAR (2002) citent des exemples de sanctions non juridiques comme la perte de réputation (note 386).

⁷⁵ L'art. L.228-23 al. 4 C.com. précise «Toute cession effectuée en violation d'une clause d'agrément figurant dans les statuts est nulle». Il s'agit d'un cas de nullité relative dont ne peuvent se prévaloir que la société et les actionnaires. Une telle nullité serait donc susceptible de régularisation. Cass. com. 11 février 1992, n° 89-14.596, Bull. 1992 IV No. 72, p.53, avec les obs. de LE CANNU, BJS 4/1992 § 141; REINHARD, RTDC 1/1999, p. 141; RJDA 5/1992, n° 466. La nullité d'une cession de parts sociales d'une SARL en violation de la procédure d'agrément est relative: seuls les associés dont le consentement est requis pour approuver la cession ont qualité à en demander la nullité. Voir également: ANSA n° 600 C.J. du 7 février 2001.

⁷⁶ En Suisse, les statuts peuvent prévoir des causes spécifiques de dissolution (art. 776, al. 1 litt. 19 CO): à l'initiative des créanciers ou des actionnaires, lorsque leurs intérêts sont grave-
ment menacés ou compromis par le fait que des conditions légales ou statutaires n'ont pas été

par un refus de l'actionnaire en désaccord de réaliser de nouveaux apports en compte courant d'associés.

- 50 Enfin, la sanction économique n'est pas l'apanage des seuls actionnaires. Les créanciers ont également la possibilité de céder leur créance (art. 164 CC en Suisse; art. 1321 et s. du C. civ. en France). L'article 1324 du Code civil français et l'article 167 du Code des obligations suisse prévoient que la cession n'est opposable au débiteur que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte. En désaccord avec la gestion de la société, les créanciers ne seront pas enclins à renouveler les lignes de prêt, ou réclameront des conditions d'emprunt moins avantageuses pour la société (hausse du taux d'intérêts, demande de sûretés importantes, négociations de *covenants*⁷⁷ stricts). Certaines recherches en *Law & Economics* s'attachent particulièrement à démontrer le lien entre mauvaise gestion de la société et sanction disciplinaire des créanciers: en substance, si le débiteur ne peut honorer ses échéances ou ne respecte pas les *covenant* bancaires, les créanciers peuvent mener la société en procédure collective, voire à la faillite⁷⁸.

B. La contestation par les sanctions juridiques

- 51 Les actions en contestation se divisent entre les actions curatives qui permettent une «remise à plat» de la décision litigieuse en la soignant du vice l'affectant (1) et les actions palliatives visant la réparation du dommage que cette décision aurait causé (2).
1. Nullité en droit français; nullité et annulabilité en droit suisse: les actions réparatoires
- 52 À des fins qui ne sont pas uniquement terminologiques, rappelons préalablement ici que le législateur suisse distingue une action en annulabilité (*Anfechtungsklage*) et une action en nullité (*Nichtigkeitklage*) des décisions de l'assemblée générale (les décisions du conseil d'administration ne souffrant que de nullité, comme nous le verrons par la suite), alors que le législateur français ne mentionne qu'une unique action en nullité. En France, jurisprudence et doctrine distinguent d'une part nullité facultative et nullité automatique, et d'autre part nullité absolue et nullité relative.

remplies lors de la fondation de la société (art. 779 al. 3 CO). Dans les SARL: les art. 821 et s. CO précisent les causes et modalités de dissolution. L'art. 822 al. 1 CO permet à un associé de recourir au juge pour sortir de la société pour de justes motifs.

En droit français, les causes de dissolution peuvent être statutaires (art. 1844-7 C.civ); judiciaire pour justes motifs (art. 1844-7 C. civ.), décidées de façon anticipé par les associés (art. 1844-7 C.civ). A ces causes communes à toutes les sociétés s'ajoutent des causes spécifiques de dissolution propres à chaque forme sociale.

⁷⁷ Les *covenant* bancaires sont les clauses parfois contenues dans les contrats de prêts: elles peuvent prévoir d'imposer à l'emprunteur de respecter des ratios financiers, ou de fournir ses états financiers ou encore définir les modalités garantissant la capacité de remboursement.

⁷⁸ Nous renvoyons ici aux travaux de GROSSMAN/HART (1982); DEWATRIPONT/TIROLE (1991); FAIRCHILD (2003).

Au sein des actions curatives, l'action en nullité ou en annulabilité des décisions prises 53 par les organes sociaux est un moyen de contestation commun au droit suisse et au droit français. Considérée classiquement par la doctrine française comme l'expression d'un droit de critique, l'action en nullité s'inscrit en contestation d'un acte ou d'une délibération dont les conditions de validité juridique ont été méconnues⁷⁹. La nullité sanctionne non seulement les vices de formation mais également les vices matériels, c'est-à-dire portant sur le contenu même de la décision.

2. Action en responsabilité et restitution : les actions compensatoires.

L'action en annulation peut être complétée ou s'effacer au profit d'actions palliatives, 54 dont la finalité est la réparation du préjudice subi. A ce titre, le droit français et le droit suisse reconnaissent la responsabilité des membres de l'organe dont la décision litigieuse aurait causé un tort à la société et/ou aux différentes parties prenantes. Si elle ne permet pas de remettre en cause la décision litigieuse, l'action en responsabilité assure un dédommagement des personnes lésées. L'action en restitution en droit suisse, mais inconnue en droit français, en est l'aboutissement⁸⁰.

⁷⁹ JAPIOT (1906), p. 286 ; GAUDEMET, p. 147. V. ég. GUEGAN (2020), N 2.

⁸⁰ L'action pour enrichissement sans cause en droit français pourrait toutefois s'approcher de l'action en restitution en droit suisse (voir développements *infra*).

Chapitre 2: Problématiques et enjeux

Le droit français et le droit suisse connaissent tous deux les actions en nullité des décisions litigieuses et les actions en responsabilité des membres des organes fautifs. Cependant, leur champ d'application, leur mise en œuvre et l'articulation de ces deux actions varient considérablement en France et en Suisse. Ces différences ont des conséquences en matière d'efficacité et de protection des droits que les décisions litigieuses auraient méconnus. 55

L'étude de la contestation des décisions sociales nécessite une présentation des notions de nullité (*Nichtigkeit*) et d'annulabilité (*Anfechtbarkeit*) en Suisse et de la notion de nullité en France. Puis, dans une approche statique mais indispensable, la dissection des régimes juridiques des actions en annulation et en nullité dans chacun des ordres considérés permettra d'identifier les droits que cette sanction protège en France et en Suisse (PARTIE I). Au titre des actions en contestation, nous nous attachons particulièrement à l'étude des actions en nullité et en annulation en droit suisse et de l'action en nullité en droit français (PARTIE I). 56

Par la suite, ces actions seront mises en perspective dans leur ordre juridique respectif, afin d'en étudier les tempéraments et les actions complémentaires (PARTIE II). Sanction aux conséquences sévères et à la mise en œuvre parfois délicate, la nullité appelle des palliatifs (renonciation, confirmation, action interrogatoire, ...) et des alternatives. Afin d'apprécier l'effectivité de l'action en nullité dans chacun des deux ordres juridiques comparés, il est nécessaire d'exposer son articulation avec les autres actions existantes, et particulièrement avec l'action en responsabilité. Il s'en déduit que l'action en nullité revêt une place centrale en droit français. Elle n'est en revanche que subsidiaire en Suisse, où elle constitue un recours ultime, une sanction exceptionnelle qui n'est que rarement prononcée (PARTIE II). 57

De ces constats se déduisent les conclusions sur l'efficacité relative des différentes actions en contestation après en avoir expliqué les divergences et/ou similitudes dans les deux ordres juridiques par (i) la construction historique des lois encadrant ces actions, 58

(ii) l'influence de l'interprétation jurisprudentielle et doctrinale, et (iii) le contexte social et culturel et son impact sur l'ordre juridique. Nous chercherons à vérifier l'hypothèse selon laquelle ces divergences trouvent leurs causes dans la construction historique du droit des sociétés et dans une conception divergente de la *corporate governance* en France et en Suisse. Enfin, nous chercherons à évaluer globalement l'efficacité du régime juridique helvète, et le cas échéant, à suggérer quelques pistes d'amélioration (PARTIE III).

Partie I: Les actions en nullité et en annulation: des actions curatives

À titre de rappel terminologique, le droit français des sociétés ne distingue pas nullité 59 (*Nichtigkeit*) et annulabilité (*Anfechtbarkeit*), à l'inverse du droit suisse. Le lecteur devra donc éviter d'amalgamer action en nullité en droit français et action en annulation ou en nullité en droit suisse: la réalité que recouvrent ces notions diffère sensiblement entre ces deux ordres juridiques.

La sanction de la nullité est redoutable et redoutée. Pour cause, elle a pour effet 60 l'anéantissement, le plus souvent rétroactif, de la décision litigieuse. L'avantage est de «remettre les compteurs à zéro» en faisant purement et simplement disparaître une décision qui contreviendrait à des droits protégés. L'inconvénient est que certaines décisions ont des effets juridiques immédiats, et leur nullité entraîne des difficultés pratiques de mise en œuvre. Tel est le cas de la nullité d'une décision de fusion qui serait prononcée après la réalisation de l'opération: comment défaire ce qui a été ainsi construit pour retourner à l'ordre des choses antérieur? Tant le droit français que le droit suisse (LFus) ont à ce titre encadré plus strictement la possibilité d'annuler une opération de fusion ou de scission. En raison de son effet rétroactif, la sanction de la nullité peut être préjudiciable pour les tiers et pour la sécurité juridique.

Les législateurs français et suisse ont cherché à limiter les causes qui peuvent être in- 61 voquées au fondement de la nullité et à restreindre la légitimation active de l'action. Le juge dispose en outre d'un pouvoir d'appréciation dans le prononcé de la sanction: selon sa conception plus ou moins extensive de l'intérêt à agir du demandeur (pré-requis à la recevabilité de la demande) et de l'intérêt social (intérêt suprême que la sanction vise *in fine* à protéger), le juge sera plus ou moins enclin à admettre la nullité des décisions litigieuses.

Après avoir présenté statiquement le régime de l'action en nullité en France et des ac- 62 tions en nullité et en annulabilité en Suisse en droit positif (Chapitre 1) et en avoir comparé les mises en œuvre dans chacun des deux ordres juridiques (Chapitre 2),

nous relèverons qu'en France, où la conception institutionnelle de la société a eu une influence notable, cette sanction est plus facilement prononcée. Les bénéficiaires de l'action y sont plus nombreux qu'en Suisse et la notion d'intérêt social y est plus large, ce qui étend la possibilité de décisions qui lui seraient potentiellement contraire (Chapitre 3).

Chapitre 1: **Les causes de nullité et d'annulabilité des décisions des organes sociaux**

La nullité est originellement une sanction de droit civil, déjà présente en droit romain, 63 qui a progressivement évolué avant de faire irruption en droit des sociétés. Sans revenir sur sa construction historique⁸¹, retenons que le législateur a tenté de combiner deux impératifs: circonscrire cette sanction aux effets redoutables à la protection des intérêts et des droits les plus essentiels d'une part, et d'autre part autoriser une certaine malléabilité de son appréhension et de son prononcé afin de l'adapter aux évolutions juridiques et au besoin de pragmatisme du droit des affaires. Il résulte de cette rédaction d'équilibriste des difficultés d'interprétation de la loi dans les deux ordres juridiques (Section 1), difficultés qui justifient les tentatives doctrinales en France comme en Suisse d'en raisonner le régime applicable (Section 2).

Section 1: Les fondements des actions en nullité et en annulabilité

Les approches légistiques françaises et helvètes divergent sensiblement. Le droit fran- 64 çais consacre l'action en nullité dans les dispositions du Code civil communes à toutes les sociétés. Les dispositions spéciales du Code de commerce ont vocation à s'appliquer aux sociétés commerciales. Il convient de lire ces dispositions de façon complémentaire (§ 1). Le droit suisse, quant à lui, distingue les actions en constatation de la nullité (art. 706b CO) et en annulation (art. 706 CO) des décisions de l'assemblée générale d'une part, et d'autre part l'action en nullité des décisions du conseil d'administration (art. 714 CO) dans les sociétés anonymes (§ 2).

⁸¹ La construction de la théorie des nullités en droit français a fait et continue de faire couler beaucoup d'encre. Nous vous renvoyons à des présentations synthétiques et historiques, principalement: JAPIOT (1909), GUGENHEIM (1970), BOUDOT (2008), KLEIN (2010), SADI (2013).

§ 1 En droit français: la combinaison des fondements de droit commun et de droit spécial des sociétés

65 La combinaison des fondements de droit commun de l'article 1844-10 al. 3 du Code civil et de droit spécial de l'article L. 235-1 du Code de commerce donne la priorité au droit des sociétés, en application du principe *specialia generalibus derogant*. La sanction civile de la nullité palie les carences éventuelles du droit des sociétés⁸².

66 L'article 1844-10, al. 3 du Code civil dispose que:

« 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 ou de l'une des causes de nullité des contrats en général. » L'article L. 235-1 du Code de commerce issu de l'article 360 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 dite « loi sur les sociétés commerciales » dispose que: *« 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 ou des lois qui régissent les contrats. »

67 Aux côtés de ces deux textes de portée générale, le législateur français a codifié des nullités spéciales qui procèdent par renvoi (art. L.225-121, al. 1^{er} C.com.⁸³) ou qui précisent expressément la sanction de la nullité immédiatement à la fin d'une disposition spécifique (art. L.225-19, al. 2 C.com.⁸⁴). Ces nullités spéciales se retrouvent particulièrement au chapitre V, du titre II, deuxième livre du Code de commerce dédié au fonctionnement des sociétés anonymes. La lecture combinée de ces deux dispositions permet de délimiter les champs d'application *ratione personae* (I) et *ratione materiae* (II) de l'action en nullité.

⁸² AZAVANT (2013), N 11.

⁸³ « Les délibérations prises par les assemblées en violation des articles L. 225-96, L. 225-98, des troisième et quatrième alinéas de l'article L. 225-99, du deuxième alinéa de l'article L. 225-100 et de l'article L. 225-105 sont nulles ».

⁸⁴ « À défaut de disposition expresse dans les statuts, le nombre des administrateurs ayant dépassé l'âge de soixante-dix ans ne peut être supérieur au tiers des administrateurs en fonction. Toute nomination intervenue en violation des disposition de l'alinéa précédent est nulle ».

I. Le champ d'application *ratione personae*

En droit français, l'action en nullité ne distingue pas les décisions annulables selon 68 l'organe décisionnaire (A), ou selon la forme sociale (B) mais en fonction des titulaires du droit d'action (C).

A. Les décisions annulables selon l'organe décisionnaire

1. L'annulabilité sans distinction des organes sociaux décisionnaires

Contrairement à l'approche retenue par le droit suisse, le législateur français n'a pas 69 distingué les décisions sanctionnables selon l'organe décisionnaire dont émane la décision litigieuse: les décisions de l'assemblée générale sont tout autant sanctionnables que celles de l'organe de gestion, bien que la jurisprudence ait dans un premier temps considéré que les décisions du conseil d'administration n'étaient pas annulables⁸⁵. La réponse est moins certaine concernant les décisions des assemblées des obligataires dont la qualification d'organe social est sujette à débat⁸⁶.

Les articles 1844-10, al. 3 du Code civil et L.235- 1 al. 2 du Code de commerce dé- 70 signent tous deux les «*actes et délibérations des organes sociaux*». Les «*actes*» visent toute manifestation de volonté émanant des représentants légaux d'une société destinée à produire des effets de droit dans les rapports de la société avec les actionnaires et les tiers par l'intermédiaire de son dirigeant. Les «*délibérations*» désignent toute décision émanant des organes délibérants des sociétés et concernant généralement la vie interne des sociétés⁸⁷. Le législateur n'a apporté aucune restriction relative aux actes et délibérations de gestion selon l'organe délibérant⁸⁸.

En visant les actes et délibérations de façon étendue, l'objectif du législateur français 71 est double. Il espère d'abord assurer la régularité de toutes les décisions concourant à la formation de la volonté sociale, qu'elles émanent de l'assemblée générale ou d'un organe de gestion, reconnaissant ainsi implicitement que la volonté sociale n'est pas l'émanation des seuls actionnaires. Il vise ensuite à assurer la régularité du processus décisionnel autant que la finalité même de la décision ainsi que ses conséquences. Comme le relève Madame Grillet-Ponton, «*les conditions auxquelles est subordonnée la régularité des actes de la vie sociale sont doubles. Le législateur veille tout d'abord*

⁸⁵ En sens contraire: CA Paris, 23e, A, 22 mars 1977, D. 1978. 157, note G. Gourlay, Rev. soc. 1978. 90 J.H.: Pour ce qui est des délibérations du conseil d'administration, aucune disposition de cette loi (NDLA: Loi du 24 juillet 1966) n'édicte de nullité, sauf celle qui résulterait de la violation de l'article 100 al. 1er sur le quorum. La demande en annulation d'un conseil d'administration doit être rejetée dès lors que l'actionnaire ne peut prétendre, en supposant un instant qu'on ne l'ait pas convoqué, qu'il s'ensuivrait l'existence d'une fraude, d'un abus ou d'une atteinte entaché de dol aux intérêts des actionnaires et aux siens en particulier.

⁸⁶ MARTIN (2020), p. 9.

⁸⁷ F. LEFEBVRE MSC (2015), N 89320; HALLOUIN (2008), p. 192.

⁸⁸ GRILLET-PONTON (1984), N 17.

à assurer le bon fonctionnement du mécanisme sociétaire, en sanctionnant les vices apparus au cours du processus de formation de la volonté sociale. Enfin dans le prolongement des décisions collectives par lesquelles cette volonté s'exprime, les actes pris en vue de l'administration et la gestion de la société doivent en outre être conformes à la finalité sociale, matérialisée par les concepts d'objet et d'intérêt social, lesquelles fournissent respectivement la mesure des pouvoirs des majoritaires dans leurs rapports avec les tiers et les associés⁸⁹.».

- 72 Toutefois, la terminologie employée par le législateur français est source de difficultés soulevées par la doctrine qui aurait préféré la notion de «décisions» : la notion d'actes est trop large et ne distingue pas les actes internes des actes externes⁹⁰ et la notion de délibérations, en ce qu'elle implique nécessairement un débat préalable, est trop étroite⁹¹. Les notions d'actes et de délibérations employées par le législateur visent toutes «les décisions par lesquelles les organes expriment la volonté sociale à mesure de leurs compétences respectives et suivant une procédure déterminée⁹²». Il en résulte que ces dispositions sont très étendues. Elles s'appliquent autant aux décisions de l'assemblée générale des associés et des organes exécutifs collégiaux (conseil d'administration, conseil de surveillance dans les sociétés anonymes) y compris les consultations écrites des associés⁹³, qu'aux actes et décisions unilatérales de l'associé unique et de l'organe exécutif à membre unique (gérant dans les SARL)⁹⁴. Ces dispositions s'appliquent également à toutes les manifestations de volonté émanant de la société et destinées à produire des effets de droit dans les rapports avec les associés⁹⁵.
- 73 Concernant particulièrement les assemblées générales des obligataires, la question de savoir si leurs délibérations entrent dans le champ de l'article L. 235-1 du Code de commerce n'est pas tranchée. Certains auteurs ont retenu que les assemblées d'obligataires, au motif que leur objet est la défense des intérêts des obligataires (art. L. 228-65 du Code de commerce), ne contribuent pas à la formation de la volonté sociale : elles représentent la masse des obligataires, elle-même dotée d'une personnalité juridique distincte de celle de la société. Ils en déduisent que «en l'absence de renvoi exprès aux règles prévues pour les nullités des délibérations sociales, les délibérations de l'assemblée générale des obligataires ne peuvent relever que du régime de nullité de droit

⁸⁹ GRILLET-PONTON (1984), N 16.

⁹⁰ GUEGAN (2020), N 55 et s.

⁹¹ GUEGAN (2020), N 9 et s.

⁹² GUEGAN (2020), N 9.

⁹³ Cass. com., 19 mars 2013, n° 12-15283 : BJS 2013, p. 402, note F.-X. Lucas ; Dr. soc. 2013, comm. 98, obs. R. Mortier ; JCP E 2013, 1289, note B. Dondero ; Rev. soc. 2014, p. 51, note P. Le Cannu.

⁹⁴ Cette distinction entre «actes» et «délibérations» ne se retrouve pas en droit suisse, qui vise les «décisions».

⁹⁵ Lamy Société commerciale, N 2719.

commun⁹⁶». De plus, les dispositions spécifiques aux assemblées d'obligataires sont extérieures au livre II du Code de commerce, dont le contenu est seul visé par l'article L. 235-1 du Code de commerce, ce qui justifierait l'application du droit commun des nullités aux assemblées des obligataires⁹⁷.

D'autres auteurs soutiennent au contraire que les délibérations des assemblées d'obligataires sont soumises par analogie au même régime que les décisions de l'assemblée générale ne modifiant pas les statuts⁹⁸. Nous nous rangeons de cet avis. En premier lieu, l'article L. 235-1 alinéa 2 du Code de commerce vise «les actes et délibérations autres que ceux prévus à l'alinéa précédent», sans distinction de l'émetteur de la délibération. Or, il ne fait aucun doute que l'assemblée des obligataires adopte des délibérations, dont certes l'objet est très circonstancié et extérieur à la gestion des affaires sociales⁹⁹, mais qui peuvent néanmoins avoir une incidence sur l'activité de la société.

De plus, l'argument selon lequel les dispositions relatives aux assemblées d'obligataires sont extérieures au livre II du Code de commerce est à relativiser. La Cour de cassation ne s'est pas privé par le passé, dans une interprétation extensive, de sanctionner sur le fondement de l'article L. 235-1 du Code de commerce des atteintes à des dispositions impératives situées en dehors du livre II du Code de commerce. Or, les dispositions régissant le fonctionnement des assemblées d'obligataires ont sans conteste un caractère impératif. Néanmoins, leur méconnaissance n'est pas expressément sanctionnée. Seul l'article L. 235-1 du Code de commerce permettrait d'offrir un fondement à la nullité de décisions violant des dispositions impératives régissant le fonctionnement des assemblées d'obligataires. De plus, les dispositions spécifiques aux convocations et au *quorum* de l'assemblée d'obligataires renvoient aux dispositions des assemblées générales des actionnaires (art. L. 228-59 C.com.): on ne peut donc pas exclure que la sanction applicable à la méconnaissance de ces dispositions dans les assemblées d'actionnaires ne soit pas la même sanction qu'en cas de méconnaissance des mêmes dispositions dans les assemblées d'obligataires, c'est-à-dire l'application de l'article L. 235-1 du Code de commerce par analogie.

De plus, il est généralement avancé que les modalités de fonctionnement de l'assemblée des obligataires figurent dans le prospectus d'émission: les obligataires sont donc, selon cette approche, co-contractants de la société et tiers à son organisation interne. En conséquence, toute méconnaissance des stipulations contractuelles du prospectus devrait se résoudre par les mécanismes usuels du droit des contrats. Ces remèdes (responsabilité contractuelle, exception d'inexécution) ne sont pas les plus

⁹⁶ GUEGAN (2020), N 45.

⁹⁷ GUEGAN (2020), sous note 85, se référant é.g. à BUREAU (2012), N 14, p. 79, 89.

⁹⁸ HEMARD/TERRE/MABILAT, t. 3, (1978), N 243, p. 161.

⁹⁹ Art. L. 228-55 C.com: «Les représentants de la masse ne peuvent s'immiscer dans la gestion des affaires sociales.»

adaptés en cas de violation d'une règle de convocation ou de *quorum* de l'assemblée des obligataires. La solution est d'ailleurs regrettée par un pan de la doctrine qui appelle de ses vœux un alignement des règles des nullités des délibérations de l'assemblée des obligataires sur celles des nullités des décisions des assemblées générales¹⁰⁰.

77 Conscient de ces difficultés, le Rapport du Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris préconise d'introduire une disposition spéciale qui soumettrait les décisions des assemblées d'obligataires au même régime de nullité que celui des décisions sociales en générale, tout en précisant que les assemblées d'obligataires ne sont pas des organes sociaux¹⁰¹.

2. Des fondements différents selon que la décision litigieuse modifie ou non les statuts

78 À l'inverse de l'article 1844-10, al. 3 du Code civil qui n'opère aucune distinction selon la nature de l'acte ou de la délibération litigieuse, l'article L. 235-1 du Code de commerce distingue les actes et délibérations modificatives des statuts (al. 1) des autres actes et délibérations (al. 2). Cette disposition soumet les actes et délibérations modificatives des statuts au même régime que celui de la nullité de la société. En conséquence, une même irrégularité est soumise à un traitement différent suivant, non pas la qualité de l'organe dont elle émane comme l'ont suggéré certaines plumes¹⁰², mais selon la finalité de la décision litigieuse : modifier ou non les statuts.

79 Originellement, le législateur de 1966 n'avait envisagé que la seule nullité de la société ou des actes et délibérations modifiant les statuts. Les débats parlementaires ont souligné qu'en l'état, la sanction de la nullité n'aurait pas pu s'appliquer aux autres actes et délibérations¹⁰³. Pour pallier cette lacune, un second alinéa a été ajouté à l'article L. 235-1 du Code de commerce afin d'étendre la sanction de la nullité à tous les actes et délibérations. L'explication de cette dichotomie réside dans la qualification des statuts, qui constituent l'acte fondateur de la société. Pour le législateur, modifier les statuts équivaut à modifier les fondements constitutifs de la société et procède donc du droit des contrats. En revanche, les autres actes et délibérations n'entraînent pas de modification des statuts et leur nullité est spécifique à la méconnaissance du droit spécial des sociétés.

80 Cette distinction entre nullité des actes et délibérations modifiant les statuts et les autres actes et délibérations apparaît artificielle. Elle n'a d'ailleurs pas été reprise par les lois postérieures à 1966 qui ont instauré de nouvelles causes de nullité reposant sur la violation de textes propres au droit des sociétés, à savoir ceux édictés par le livre II

¹⁰⁰ GUEGAN (2020), N 47.

¹⁰¹ MARTIN (2020), p. 11.

¹⁰² GRILLET-PONTON (1984), N 18, p. 274.

¹⁰³ GERMAIN (2002), N 23.

du Code de commerce pour les sociétés commerciale et par le titre IX du livre III du Code civil pour les autres sociétés¹⁰⁴.

Il en résulte que les actes et décisions modifiant les statuts (dont la nullité résulte 81 d'une disposition expresse du livre II du Code de commerce et des dispositions légales qui régissent la nullité des contrats) et les autres actes et décisions (dont la nullité sanctionne la violation d'une disposition impérative de ce même livre et les dispositions légales impératives qui régissent les contrats) répondent à des régimes distincts. Les premiers visent en pratique les décisions des assemblées générales extraordinaires, en principe seules compétentes pour modifier les statuts, et les assemblées générales spéciales lorsqu'elles approuvent la modification des statuts votée en assemblée extraordinaire. Ce sont aussi les décisions prises par d'autres organes de la société dans les cas où la loi les a autorisés à modifier les statuts: le conseil d'administration ou le directoire autorisé par l'assemblée générale à réaliser une augmentation (art. L. 225-129-2 C.com.) ou une réduction (art. L. 225-204 C.com.) du capital, ou encore le conseil d'administration ou le conseil de surveillance décidant un transfert du siège social (art. L. 225-36 et L. 225-65 C.com.)¹⁰⁵. Selon une autre interprétation, aucune disposition ne prévoit de nullité expresse dans les rares cas où le conseil d'administration est habilité à prendre une décision modifiant les statuts. Les seuls fondements possibles à une action en nullité des décisions d'un conseil d'administration modifiant les statuts intentée par un actionnaire seraient alors la violation de l'objet social ou celle d'un principe général du droit des contrats (fraude, abus de droit)¹⁰⁶.

B. Les décisions annulables selon la forme sociale de la société

L'article 1844-10, al. 3 du Code civil a vocation à s'appliquer à toutes les sociétés. Par 82 la terminologie «*présent titre*», l'article 1844-10, al. 3 du Code civil vise le titre X du même Code qui s'applique aux sociétés civiles ou commerciales, indépendamment de leur forme sociale.

L'article L. 235-1 du Code de commerce, par le jeu de la règle selon laquelle le spécial 83 déroge au général, ne s'applique qu'aux sociétés commerciales, indépendamment de leur forme sociale (SA, SAS, Sarl, SNC, SCA, SCS). Le «*présent livre*» mentionné à l'article L. 235-1 du Code de commerce vise le livre deuxième du même Code portant

¹⁰⁴ LEGROS, JCI Société Traitée, Fasc. 32-40.

¹⁰⁵ F. LEFÈBVRE MSC Mémento Sociétés Commerciales (2015), N 89220.

¹⁰⁶ EVRARD (2003), comm. sous la note (1); CA Paris, 23e, A, 22 mars 1977, D. 1978. 157, note G. Gourlay, Rev. soc. 1978. 90 J.H.: Pour ce qui est des délibérations du conseil d'administration, aucune disposition de cette loi (NDLA loi du 24 juillet 1966) n'édicte de nullité, sauf celle qui résulterait de la violation de l'article 100 al. 1er sur le quorum. La demande en annulation d'un conseil d'administration doit être rejetée dès lors que l'actionnaire ne peut prétendre, en supposant un instant qu'on ne l'ait pas convoqué, qu'il s'ensuivrait l'existence d'une fraude, d'un abus ou d'une atteinte entaché de dol aux intérêts des actionnaires et aux siens en particulier.

sur «Des sociétés commerciales et des groupements économiques». Le texte a donc une portée de droit commun, et vise autant les sociétés de personnes que les sociétés de capitaux¹⁰⁷. Il ne s'applique en revanche pas aux sociétés civiles et aux sociétés en participation.

- 84 Quant aux nullités spéciales, elles sont d'interprétation *ad rubricam*: elles s'appliquent en présence d'une société ayant la forme sociale régie par le livre dans lequel la disposition spéciale se situe.

C. Les décisions annulables selon les titulaires du droit d'action

- 85 Ces dispositions de portée générale ne précisent pas quels sont les titulaires du droit d'action. Il reviendra à la jurisprudence de distinguer les nullités absolues (qui peuvent être invoquées par toute personne y ayant intérêt) des nullités relatives (qui ne peuvent être invoquées que par certaines personnes, dont les intérêts particuliers sont protégés par la règle).
- 86 Dans le cadre de quelques nullités spéciales, le législateur aura à titre d'exception désigné le ou les titulaire(s) du droit d'action.

II. Le champ d'application *ratione materiae*

- 87 La distinction entre les nullités expresses (A) et les nullités virtuelles (B) dépend de l'objet de la décision litigieuse. Sont expresses les nullités qui ont été explicitement et textuellement indiquées par le législateur, qu'elles soient facultatives ou automatiques. Mais en termes de légistique, cette approche présente des limites. Comme le souligne Elsa Guégan: «le système des nullités expresses suppose l'exhaustivité de la loi en ce sens que le législateur doit prévoir toutes les hypothèses dans lesquelles il souhaite voir l'annulation d'un acte modifiant les statuts. Dans un tel système, le silence du législateur devrait pouvoir être interprété comme le choix délibéré d'écarter la nullité de sorte que le juge, sans avoir à se poser la question, devrait s'abstenir de prononcer cette sanction»¹⁰⁸. Aussi, les systèmes des nullités virtuelles et des nullités expresses coexistent lorsque la contestation vise un acte ne modifiant pas les statuts. En revanche, seules les nullités expresses trouvent à s'appliquer en présence d'une décision modifiant les statuts. Certaines dispositions, bien qu'elles soient impératives, ne sont en effet assorties d'aucune sanction expresse, ce qui est source de difficultés. Dans ce cas, le silence du législateur devrait selon nous pouvoir être pallié par le recours à l'article L. 235-1 du Code de commerce visant «les lois qui régissent la nullité des contrats», faute de quoi l'absence de mention expresse rend la méconnaissance de

¹⁰⁷ CA Paris, 3e ch. A, 12 juin 2007, n° 07/05264, *Gisserot c. SA Caceis Bank*; Juris-Data n° 2007-340208; notes de LE CANNU, BJS 2007, p. 1341; Bonneau, JCP E 2007, II, n° 2312; Le Cannu/Dondero, RTD Com. 2007, p. 789; Hovasse, D. soc. 2007 N 12.

¹⁰⁸ GUEGAN (2020), N 98.

ces dispositions dépourvue de toute sanction (art. L. 223-34 al. 2 et L. 225-204 al. 2 C.com. portant sur le défaut ou la tardiveté du rapport des commissaires aux comptes)¹⁰⁹.

A. *Les nullités expresses: sanction des décisions modifiant les statuts.*

L'article L. 235-1 du Code de commerce distingue les actes modifiant les statuts des 88 actes ne modifiant par les statuts. La nullité des actes modifiant les statuts repose sur des nullités expresses: la sanction doit nécessairement se fonder sur un texte. Il n'est donc pas, en principe, possible pour le juge de prononcer une nullité simplement virtuelle, qui serait tirée de l'esprit des lois¹¹⁰.

Il en résulte que les juges refusent de prononcer la nullité si la décision modifiant les 89 statuts ne contredit aucun texte écrit. Tel fût le cas par exemple d'une cour d'appel refusant d'annuler, faute de disposition expresse, une réduction de capital pour défaut de communication du projet de réduction au commissaire aux comptes dans un délai de quarante-cinq jours avant la tenue de l'assemblée générale extraordinaire¹¹¹. De même, l'absence d'une mention – qu'aucune loi n'impose – dans une formule de procuration des dispositions de l'article L. 225-106 du Code de commerce n'entraîne pas la nullité d'une assemblée générale extraordinaire¹¹².

On remarque que les dispositions propres aux sociétés anonymes comportent plus 90 de causes de nullité expresse que les dispositions spécifiques à la SARL. Dans les SARL, seules deux nullités expresses ont été relevées: l'irrégularité de la convocation à l'assemblée des associés (art. L. 223-27 der. al. C.com.) est sanctionnée par la nullité facultative et relative et l'irrégularité des modalités d'adoption des décisions de l'associé unique (art. L. 223-31 C.com.) est punissable par la nullité facultative et absolue. En outre, la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 dite «PACTE» a ajouté une cause de nullité des décisions de l'assemblée générale ordinaire ou extraordinaire prises en violation des règles de quorum et de majorité (L.223-29 et L. 223-30 C.com.). De même, la SAS ne connaît qu'une cause de nullité expresse mentionnée à l'article L. 227-9, alinéa 4 du Code de commerce relatif aux modalités de prise de décisions collectives des associés et des compétences impérativement dévolues aux associés.

Les nullités expresses, aussi appelées nullités textuelles¹¹³, et les nullités spéciales (qui 91 ne concernent que les décisions modifiant le capital social¹¹⁴ ou affectant la structure

¹⁰⁹ GUEGAN (2020), N 108 et 110.

¹¹⁰ Lamy Sociétés commerciales, N° 2714

¹¹¹ CA Paris, 3e ch.A. 21 mars 2000, n° 1998/10480, *Douchez c/SA Francomet*, BJS 2000, p. 960, note Le Cannu: refusant d'annuler.

¹¹² CA Paris, 1^{re} ch. C, 4 mai 2000, *Blanc c/Scop Cooptis*, Dr. Sociétés 2000, n° 160.

¹¹³ HONORAT, Nullités, N 130: «Il existe en matière d'actes et de délibérations concernant le fonctionnement courant des sociétés un certain nombre de nullités textuelles. Le principe de

de la société) ne soulèvent pas de difficultés d'interprétation car elles renvoient directement aux textes sanctionnables. Ce principe accepte toutefois une exception: les principes généraux du droit des contrats et du droit des sociétés sont admis au titre des dispositions protégées, sans qu'une nullité expresse soit exprimée.

B. Les décisions ne modifiant pas les statuts contrares à une disposition impérative

92 Les articles 1844-10 al. 3 du Code civil et L. 235-1 du Code de commerce sont rédigés en termes généraux et sanctionnent par la nullité les décisions ne modifiant pas les statuts dès lors qu'elles sont contrares à une disposition impérative (du livre II du Code de commerce): la nullité est encourue indépendamment du fait que le législateur ait expressément indiqué la sanction. Il en résulte que «le juge doit rechercher s'il y a bien eu violation de la loi, mais encore, il doit déterminer si la violation de la loi est, d'après la finalité du texte, de nature à entraîner la nullité de l'acte contesté»¹¹⁵.

93 Certains y ont vu une dérogation au principe «pas de nullité sans texte», ouvrant ainsi la porte aux nullités virtuelles¹¹⁶ et admettant plus facilement en matière de société commerciale la nullité des décisions ne modifiant pas les statuts que la nullité des décisions modifiant les statuts. Cette formulation a entraîné plus de confusion que de clarté, le caractère impératif de la règle n'étant pas déterminé ou indiqué par le législateur. En conséquence, c'est au juge qu'il incombe d'identifier comme impérative (1) la règle légale ou réglementaire visée (2).

1. Définition d'une disposition impérative

94 Jurisprudence et doctrine considèrent que les dispositions impératives ne sont pas uniquement celles que la loi sanctionne expressément de nullité, ce qui aurait pour conséquence d'assimiler les deux alinéas de l'article L. 235-1 du Code de commerce¹¹⁷. En outre, la présence de sanctions pénales accompagnant une disposition ne lui confère pas un caractère impératif au sens de l'article L. 235-1 du Code de commerce. Inversement, l'absence de sanction pénale ne fait pas obstacle au prononcé de la nullité pour violation d'une règle impérative¹¹⁸.

ces nullités n'est pas en effet entièrement abandonné même si à côté d'elles il en existe au caractère plus implicite».

¹¹⁴ Art. L. 223-7 C.com. : dans les SARL, est nulle l'augmentation de capital réalisée en numéraire alors que le capital n'est pas intégralement libéré. Dans les SA: l'art. L. 225-149-3, al. 2. C.com.

¹¹⁵ GUEGAN (2020), N 79.

¹¹⁶ Lamy Société commerciale, N 2719: L'expression «violation d'une disposition impérative de la présente loi» de l'article L. 235-1, al. 2 C.com. laisse place à des nullités virtuelles, non expressément édictées par les textes, en ce qui concerne les décisions ne modifiant pas les statuts.

¹¹⁷ LEGROS (2013), N 248 et s.

¹¹⁸ GRILLET-PONTON (1984), N 15, p. 271.

Comment dès lors reconnaître le caractère impératif d'une disposition légale? La notion de disposition impérative, plus large que celle d'ordre public¹¹⁹, est controversée et soulève des difficultés.

Comme le souligne Jean Honorat¹²⁰, la notion de disposition impérative peut désigner un texte comportant un commandement positif d'accomplir un acte juridique ou un fait matériel (convocation d'une assemblée, nomination d'un commissaire aux comptes, par exemple) ou une interdiction. L'étude sémantique livre alors de précieuses indications: sont ainsi impératifs tous les textes dans lesquels se trouve un commandement positif d'accomplir un acte ou une formalité, indiqué par le recours des verbes comme «devoir» ou «être tenu de» (*müssen, sollen*), à subtilement distinguer des règles permissives qui n'offrent que de simples prérogatives («pouvoir», *können, dürfen*)¹²¹.

Une règle impérative peut également désigner toute disposition qui, contrairement aux dispositions supplétives, n'est pas susceptible d'être aménagée par des dispositions contractuelles. Une disposition est impérative lorsqu'elle contient une règle obligatoire (qui ordonne ou interdit) ne souffrant aucune exception, ni mesure de substitution¹²². Dès lors, une disposition est certainement impérative lorsqu'elle répute non écrite toute clause qui lui serait contraire, ou encore qu'un organe ne peut délibérer valablement si certaines conditions ne sont pas remplies. La distinction entre dispositions impératives et dispositions supplétives ne satisfait toutefois pas entièrement¹²³: les normes supplétives peuvent avoir un caractère impératif. Tel est le cas lorsqu'apparaît la mention «faute de clause statutaire contraire». Elles sont alors connues sous la qualification de «règles impératives aménagées».

Sont notamment impératives, selon la doctrine et la jurisprudence¹²⁴, toute disposition dont le législateur interdit strictement et expressément toute pratique contraire («Nul ne peut»). Il en résulte qu'une disposition doit être considérée comme impérative chaque fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi¹²⁵.

¹¹⁹ HALLOUIN (2007), p. 193.

¹²⁰ HONORAT, Nullités, N 130.

¹²¹ GUEGAN (2020), N 125; N 128 et s.

¹²² ANSA n°07-011, Réunion du 7 mars 2007, p. 6.

¹²³ GUEGAN (2020), N 121.

¹²⁴ L'article 1836 al. 2 du Code civil, disposant qu'en aucun cas les engagements d'un associé peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci, est une disposition d'ordre public sanctionnée par une nullité absolue (Cass. com., 12 novembre 2003, n°00-20.646; Bull. civ. 2003 IV, n° 171, p. 188; Rapp. Doc. Fr. 2003, p. 391; BJS 2004 § 73, p. 413, note Le Nabasque; Rev. soc. 2004, p. 97, note B. Saintourens; RJDA 5/2004, n° 560, p. 508. 107, obs. D. Parocchia; RTD com. 2004, p. 314, obs. C. Chapaud et D. Danet).

¹²⁵ LEGROS (2013), N 253, formule empruntée à GHESTIN, Droit civil, les obligations, n° 93; PLANIOL, t. 1, (1928), N 291, p. 114.

Cette définition rejoint celle de l'ordre public. Pourtant toutes les règles impératives ne sont pas d'ordre public, bien que toutes les règles d'ordre public sont nécessairement impératives : les notions se recouvrent mais ne se confondent pas. Ainsi, afin d'en définir le caractère impératif, il est nécessaire de s'interroger sur la finalité de la règle méconnue « avant de pouvoir décider que le législateur lui a attaché une importance suffisante pour qu'elle doive être considérée comme impérative »¹²⁶.

- 99 De cette définition nécessairement un peu vague peut naître des difficultés d'interprétation. Si rien dans le libellé d'un texte ne permet d'en reconnaître la portée, l'interprétation jurisprudentielle permet alors d'apprécier dans quelle mesure l'irrégularité entraîne la nullité de la délibération¹²⁷.
- 100 La règle tient alors son caractère impératif de son fondement et de la finalité du texte par l'interprétation téléologique qu'en fait le juge¹²⁸. Elle n'est pas rattachée à la sanction qui lui est appliquée¹²⁹, ce qui laisse une marge de manœuvre au juge dans son prononcé¹³⁰. Cette approche est assumée : les travaux préparatoires de la loi de 1966 sur les sociétés commerciales indiquent vouloir instaurer une cause de nullité générale

¹²⁶ CHARVERIAT/COURET, MSC (2016) N 28306; HONORAT, Nullités, N 130.

¹²⁷ HONORAT, Nullités, N 130.

¹²⁸ LEGROS (2013).

¹²⁹ ANSA n°07-011, Réunion du 7 mars 2007, p. 6. Un premier mouvement jurisprudentiel a d'abord admis qu'une règle accompagnée d'une sanction pénale était nécessairement impérative. Dans la même ligne que la Cour de cassation (Cass. com., 20 octobre 1976, n° 75-40.690, Rev. soc. 1977, p. 277, note J. G., jugeant que la méconnaissance de l'incompatibilité édictée par l'article L. 822-12 du Code de commerce et pénalement sanctionnée par l'article L. 242-5 du Code de commerce est d'ordre impératif ; et entraîne l'annulation des actes passés par la personne désignée au mépris de cette interdiction.), la Cour d'appel de Montpellier a dans un jugement du 7 janvier 1980 jugé que l'article L. 223-21 du Code de commerce frappant d'interdiction certains actes accomplis par les gérants de SARL était impératif comme ayant pour cause un fait sanctionné par la loi pénale (CA de Montpellier, 7 janvier 1980, Rev. soc., p. 738, note Mouly). Ce courant jurisprudentiel a fait l'objet de vives critiques de la doctrine, pour qui l'absence de sanction pénale ne fait nullement obstacle au prononcé de la nullité pour violation d'une règle impérative. Inversement, l'intervention du législateur au plan répressif ne doit pas suffire à désigner l'ouverture d'un cas de nullité. Les sanctions pénales seraient simplement supplétives de la sanction de la nullité, dans les cas où celle-ci ne saurait s'appliquer pour des raisons proprement juridiques (GRILLET-PONTON se référant à CA Paris, 23^e ch. A, 22 mars 1977, Rev. soc. 1978, p. 90, note J.H., D. 1978, jur. P. 157, note Gourlay : « la violation de disposition du décret du 23 mars 1967 n'ouvre droit, outre les sanctions pénales éventuellement applicables, qu'à des dommages-intérêts, hors les cas expressément visés (de nullité) »). Depuis, la Cour d'appel de Paris a en effet indiqué que, nonobstant la sanction pénale qui s'attache au défaut de communication du projet de réduction de capital au commissaire aux comptes dans un délai de quarante-cinq jours avant l'assemblée générale extraordinaire, le non-respect de cette obligation n'entraîne pas la nullité de la délibération de l'assemblée, faute de disposition légale expresse prévoyant cette nullité (CA Paris, 3^e ch. A, 21 mars 2000, *Douchez c. SA Francomet*, BJS 2000, p. 860 note Le Cannu). On en déduit donc que l'existence d'une sanction pénale ne suffit pas à qualifier une règle d'impérative ou facultative.

¹³⁰ HONORAT, Nullités, N 130.

afin de permettre au juge de suppléer aux oublis inévitables¹³¹. En d'autres termes, c'est au juge qu'il appartient de décider si la sanction de l'irrégularité sera la nullité en conférant à telle ou telle disposition un caractère impératif. Aussi les dispositions impératives ne peuvent être connues qu'au fur et à mesure que les tribunaux sont appelés à se prononcer.

Il en découle un risque d'insécurité juridique en raison de la possibilité offerte au juge, 101 par son interprétation, d'étendre ou de restreindre la portée de la règle méconnue selon l'opportunité¹³² et le contexte¹³³. Ainsi, le juge peut ne pas retenir cette sanction s'il l'estime inopportune ou encore préjudiciable au demandeur ou à la société¹³⁴, quand bien même toutes les conditions légales à son application seraient remplies.

Il en résulte une grande casuistique¹³⁵, mais aussi une plus grande adaptabilité aux 102 évolutions rapides du droit des affaires. La jurisprudence peut en effet sur le seul visa de l'article L. 235-1 al. 2 du Code de commerce annuler une décision lui apparaissant porter atteinte à un droit fondamental, tel que ce fût le cas avec la construction prétoirienne d'un droit à l'information des administrateurs¹³⁶.

2. Les décrets d'application sont-ils impératifs ?

La principale difficulté qui résulte de cette formulation générique concerne le champ 103 d'application de l'article L. 235-1, al. 2 du Code de commerce: la référence à «une

¹³¹ Rapport AN 1966 N 1886, p. 46: l'expression «disposition impérative» est une cause de nullité générale permettant au juge de suppléer aux oublis éventuels du législateur. La nullité est susceptible d'être prononcée en l'absence d'une disposition expresse la prévoyant. A l'inverse, une disposition expresse est nécessaire pour annuler une décision modifiant les statuts. GERMAIN (1992), N 491; HANNOUN (1993), N 227.

¹³² EVRARD (2003), p. 2.

¹³³ Cass. com., 19 avril 2005, n° 02-13599 (n° 667 FS-PBR), *Lecca c/Cabinet Plasseraud*; Jurisdata n° 2005-028184; Bull. civ. 2005, IV, n° 96; RJDA 7/200, n° 833, p. 720; JCP E 2005, IV, 971; notes de LIENHARD, 2005, 1287; SAINTOURENS, Rev. soc. 2005, p. 840; LE CANNU, BJS 2005, § 280, p. 1269; dans une société civile (mais la solution peut s'étendre à toutes les formes sociales), «le prononcé de la nullité attachée au non-respect de l'obligation faite au gérant de rendre compte de sa gestion par écrit est subordonné à l'existence d'un préjudice causé par cette irrégularité.»

¹³⁴ Lamy Sociétés commerciales, N 2713.

¹³⁵ HONORAT, Nullités, N 135, La solution opposée a été retenue dans un cas où avaient été méconnues des règles sur les incompatibilités intéressants les commissaires aux comptes (CA Montpellier, 7 janvier 1980, Rev. soc. 1980, p. 737, note Ch. Mouly).

¹³⁶ CA Metz, 1^{er} ch., 19 juillet 2005, *Sté Fidaut Fiduciale c/Colleony*, RG: 05/00716, JCP G 2006, 1, n° 1720, JCP E 2006, n° 1671: annule la délibération d'un conseil de surveillance dont certains membres de celui-ci avaient pris part au vote en contravention avec des dispositions statutaires non contraires à l'ordonnance du 19 décembre 1945 et au Code de commerce. En l'espèce, les statuts réputaient démissionnaires les membres du conseil de surveillance qui n'étaient pas propriétaires d'au moins une action. En application des statuts, le conseil de surveillance ne délibérait pas valablement.

disposition impérative de la loi » a divisé la doctrine sur la possibilité de fonder la nullité sur la méconnaissance d'une disposition du décret du 23 mars 1967¹³⁷.

- 104 Mettant fin aux débats théoriques, le principe jurisprudentiel se cantonne à une interprétation stricte. En présence d'une société anonyme, la nullité ne peut en principe résulter que du livre II de la partie législative du Code de commerce. Toutefois, la violation du décret du 23 mars 1967 peut être sanctionnée par la nullité (i) lorsqu'une décision viole une disposition impérative faisant expressément référence au décret du 23 mars 1967¹³⁸ ou (ii) lorsqu'une décision méconnaît une disposition du décret indissociable de la loi¹³⁹ ou (iii) lorsqu'une décision est contraire à une condition d'application d'une disposition légale impérative¹⁴⁰ ou encore (iv) lorsque le texte du décret est indispensable à l'exercice de leurs droits par les actionnaires¹⁴¹.
- 105 En creux de cette jurisprudence, la nullité n'est pas retenue lorsque les dispositions méconnues du décret de 1967 étaient autonomes et parfaitement détachables du texte même de la loi de 1966¹⁴².

¹³⁷ LE CANNU/DONDERO (2021), N 473 ; COZIAN/VIANDIER/DEBOISSY (2021), N 731.

¹³⁸ Cass. com., 15 avril 1982, n° 80-15.566, Bull. civ. IV, n° 122, notes de Honorat, Rev. soc. 1983, p. 344 ; D. 1982. IR 355 ; Hemard, Rev. soc. 1983. 343 : en l'espèce, des actionnaires d'une société anonyme demandent la nullité des délibérations de l'assemblée générale au motif que le délai de 25 jours entre la convocation et la date de l'assemblée prescrit par l'article 129 du décret du 23 mars 1967 n'avait pas été respecté. La Cour d'appel donne droit à leur demande, au motif que la violation des règles impératives de la loi ou du décret auquel il est expressément fait référence est nécessairement sanctionnée par la nullité. La Cour de cassation confirme le jugement : « C'est à bon droit qu'une Cour d'appel a retenu que les nullités visées à l'article 360 de la loi du 24 juillet 1966 ne pouvaient être fondées, réserves faites des dispositions qui régissent les contrats, que sur celles de la loi elle-même, à l'exclusion de toutes autres dispositions, et décidé que l'article 173 de la loi précitée sanctionnait nécessairement par la nullité la violation des règles impératives édictées par l'article 160 tant par lui-même que par référence expresse à l'article 129 du décret du 23 mars 1967. »

¹³⁹ EVRARD (2003), p. 3.

¹⁴⁰ Cass. com., 15 avril 1982, n° 80-15.566, *op. cit.*

¹⁴¹ Cass. com., 26 octobre 1981, n° 80-13.121, Bull. civ. IV, n° 369 : au regard de l'article 134 du décret de 1967 la Cour d'appel, constatant que des pouvoirs en blanc n'avaient pas été adressés à la société ou à une personne habilitée à recueillir les procurations, a décidé à bon droit que de tels pouvoirs ne permettaient pas l'émission d'un vote favorable au projet de résolution présenté aux actionnaires par le conseil d'administration lors d'une assemblée générale ; ainsi a-t-elle justifié sa décision d'annulation de la délibération d'une assemblée générale extraordinaire par laquelle avait été adopté le projet de fusion.

¹⁴² CA Paris, 14^e ch. B, 22 mai 1991, n° 91/2988, *Potvin c/Petit*, BJS 1992, p. 1087, Dr. Sociétés 1992, n° 228, obs. Le Nabasque : refuse d'annuler les délibérations prises par une assemblée générale de SARL en violation de l'article 38 du décret de 1967 dans la mesure où le mandataire l'ayant convoquée avait été désigné à la demande d'associés non pas en référé mais par voie de simple requête. « Les délibérations des assemblées générales ne modifiant pas les statuts ne peuvent être annulées que pour violation d'une disposition impérative de la loi elle-même ou de celles qui régissent les contrats » (rapp. CA Paris, 23^e ch. B, 3 décembre 1993, *Serfati c/Chriqui ès qual. et autres*. BJS 1994, p. 299, note Saintourens).

La codification des décrets d'application par le décret du 25 mars 2007 a définitivement 106 mis fin à toute tergiversation jurisprudentielle: une disposition impérative du livre II réglementaire du Code de commerce peut être visée par l'article L. 235-1 al. 2 du Code de commerce, à condition alors qu'elle soit le complément indissociable d'une disposition législative du livre II législatif¹⁴³ et qu'un grief soit établi¹⁴⁴. Dans le cas contraire, sauf lorsque la loi par renvoi exprès prévoit la nullité pour sanctionner leur violation, les dispositions du décret ne peuvent ouvrir droit qu'à des dommages-intérêts.

La chambre civile de la Cour de cassation a par la suite aligné sa jurisprudence appli- 107 cable aux sociétés civiles sur celle de la chambre commerciale. Dans un arrêt du 16 décembre 2005, la Haute Juridiction estime dorénavant que l'article 40 du décret de 1978, qui définit les règles de forme devant être observées pour permettre aux associés de participer valablement aux décisions collectives lorsqu'elles sont prises en assemblée, est le prolongement de l'article 1844 al. 1 du Code civil¹⁴⁵.

Cette jurisprudence ouvre une brèche significative à la règle de la localisation de la 108 norme méconnue. Elle justifie les courants doctrinaux qui concèdent de sanctionner par la nullité des règles impératives qui se trouveraient hors du livre II du Code de commerce ou hors du titre IX du livre III du Code civil. Dès lors, la nullité pourrait, et même devrait selon certains¹⁴⁶, être prononcée dès lors qu'une disposition est impérative, quand bien même serait-elle localisée hors code. Une autre tendance appelle de ses vœux une réforme supprimant purement et simplement le critère de localisation¹⁴⁷.

§ 2 En droit suisse: les articles 706 CO, 706b CO et 714 CO

À l'inverse de l'approche retenue par le droit français, la sanction applicable en droit 109 suisse dépend de l'organe décisionnaire et de la légitimation active (I). Les conséquences de la décision sont également déterminantes pour distinguer l'annulabilité de la nullité (II).

¹⁴³ LE CANNU/DONDERO (2021), N 473.

¹⁴⁴ COZIAN/VIANDIER/DEBOISSY (2021), N 732 visant Cass. com., 21 juin 2011, n° 10-21928; JCP E 2011, 1736, note R. Marsin-Rose; Dr. soc. 2011, n° 167, obs. R. Mortier.

¹⁴⁵ Cass. ch. mixte, 16 décembre 2005, n° 04-10986, JurisData n° 2005-031541; notes de Grosclaude, BJS 2006 § 107 p. 536; Lienhard, D. 2006, p. 146; Lucas, Dr. Sociétés 2006, n° 36; Domingo, JCP E 2006; Caussin/Deboissy/Wicker, JCP E 2006: atténue la jurisprudence antérieure qui, toujours à propos d'une société civile, affirme que la nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du titre neuvième du Code civil ou de l'une des causes de nullité des contrats en général; il en résulte que la méconnaissance des modalités de convocation des associés aux assemblées générales qui sont prescrites par le décret du 3 juillet 1978 ne peut entraîner l'annulation de ces assemblées.

¹⁴⁶ Soulevant la question: LE CANNU/DONDERO (2019) N 472.

¹⁴⁷ MARTIN (2020) p. 17; GUEGAN (2020).

I. Champs d'application *ratione personae*

110 Selon l'organe dont émane la décision, la sanction sera l'annulabilité ou la nullité (A). La légitimation active oriente également la sanction recevable (C). L'identification de la sanction s'applique dans la SARL par analogie avec les dispositions propres au droit de la société anonyme (B).

A. Les décisions sanctionnables selon l'organe décisionnaire

111 L'article 706 CO¹⁴⁸ fonde l'action en annulation (*Anfechtungsklage*) et vise expressément les décisions de l'assemblée générale des actionnaires, à l'exclusion de toute autre. L'article 706b CO¹⁴⁹ fonde l'action en constatation de la nullité (*Nichtigkeitsklage*) et vise tant les décisions de l'assemblée des actionnaires que les décisions du conseil d'administration ou du gérant par renvoi de l'article 714 CO¹⁵⁰.

112 *A contrario*, les décisions du conseil d'administration ne peuvent donc pas faire l'objet d'une action en annulation, ce qui reviendrait à un élargissement injustifié du champ d'application de l'article 706 CO. Elles peuvent uniquement faire l'objet d'une action en constatation de la nullité (*Nichtigkeitsklage*) sur le fondement de l'article 706b CO¹⁵¹. Certains auteurs ont toutefois soutenu que les décisions du conseil d'administration pourraient être annulables mais uniquement à l'initiative d'un administrateur¹⁵². Cette position n'emporte pas la faveur en l'état actuel du droit. En effet, l'absence de renvoi de l'article 714 CO à l'article 706 CO est un silence qualifié de la loi¹⁵³, le législateur suisse ayant estimé, comme le Tribunal Fédéral avant

¹⁴⁸ Art. 706 CO:

(1) Le conseil d'administration et chaque actionnaire peuvent attaquer en justice les décisions de l'assemblée générale qui violent la loi ou les statuts; l'action est dirigée contre la société.

(2) Sont en particulier annulables les décisions qui:

1. suppriment ou limitent les droits des actionnaires en violation de la loi ou des statuts;
2. suppriment ou limitent les droits des actionnaires d'une manière non fondée;
3. entraînent pour les actionnaires une inégalité de traitement ou un préjudice non justifiés par le but de la société;
4. suppriment le but lucratif de la société sans l'accord de tous les actionnaires

¹⁴⁹ Art. 706b CO:

Sont nulles en particulier les décisions de l'assemblée générale qui:

(1) suppriment ou limitent le droit de prendre part à l'assemblée générale, le droit de vote minimal, le droit d'intenter action ou d'autres droits des actionnaires garantis par des dispositions impératives de la loi;

(2) restreignent es droits de contrôle des actionnaires davantage que ne le permet la loi ou

(3) négligent les structures de base de la société anonyme ou portent atteinte aux dispositions de protection du capital.

¹⁵⁰ Art. 714 CO: Les motifs de nullité des décisions de l'assemblée générale s'appliquent par analogie aux décisions du conseil d'administration

¹⁵¹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (2018), § 16 N 302.

¹⁵² GRAF (2016), § 8 N 803, 805.

¹⁵³ Définition retenue dans l'arrêt ATF 132 III 470 consid.5.1: en droit Suisse, on distingue le silence qualifié de la lacune proprement dite. Ce dernier cas se rencontre, par exemple, lors-

lui¹⁵⁴, que les décisions du conseil d'administration ne sauraient être annulables dès lors que de telles actions risquent de provoquer des blocages excessifs dans le fonctionnement et l'activité de la société et que l'actionnaire dispose d'autres moyens comme l'action en responsabilité fondée sur l'article 754 CO.

Par dérogation, les décisions de fusion et de scission peuvent être attaquées par un actionnaire même lorsqu'elles n'ont pas été adoptées par l'assemblée générale mais par le conseil d'administration (art. 106 al. 2 LFus). 113

Par ailleurs, la loi citant limitativement les décisions sanctionnables selon les organes dont elles émanent, les décisions des assemblées des porteurs de titres de créance ne sont couvertes ni par l'article 706 CO, ni par l'article 706b CO. Le fonctionnement des assemblées de la communauté des créanciers est régi par les articles 1170 CO et suivant, dont le caractère est indéniablement impératif. Pour autant, seul l'article 1174 al. 3 CO sanctionne expressément par la nullité les décisions prises en méconnaissance du principe d'égalité de traitement des créanciers. La violation des règles impératives relatives à l'adoption et au contenu des décisions des créanciers est sanctionnable, non pas par l'annulation ou la nullité, mais par le refus d'approbation de l'autorité cantonale supérieure en matière de concordat (art. 1177 CO). 114

B. Les décisions sanctionnables selon la forme sociale de la société

Les dispositions insérées dans la partie du Code des obligations consacrée aux sociétés anonymes s'appliquent également aux sociétés en commandite par actions par renvoi de l'article 764 al. 2 CO aux règles applicables aux sociétés anonymes sauf disposition contraire. Elles s'appliquent également aux SARL par renvoi de l'article 808c CO à l'article 706 CO concernant les décisions de l'assemblée des associés, et par renvoi de l'article 816 CO¹⁵⁵ à l'article 706b CO concernant les décisions du ou des gérant(s)¹⁵⁶. 115

qu'une réglementation nécessaire fait défaut car le législateur ne l'a pas envisagé. Dans ce cas, le juge peut la compléter. En revanche, en présence d'un silence qualifié, le législateur a pensé à la situation mais n'a pas voulu légiférer. Le législateur ayant refusé de légiférer, le juge estime qu'il n'a aucun recours contre cette décision. Le juge doit appliquer la loi et ne peut pas créer de droit. Cette conception est issue de la prévalence du Mouvement du droit libre, selon lequel le droit contient nécessairement des lacunes, sur la théorie de la plénitude légale qui considèrerait que tous les cas de figure sont couverts par la loi.

¹⁵⁴ Voir par exemple ATF 133 III 77 du 16 janvier 2007, consid. 5: «La portée de la règle pour les décisions du conseil d'administration est discutée, mais il n'est pas contesté que la nullité ne sera admise qu'exceptionnellement, par exemple en cas de violation grave et durable de règles légales impératives et fondamentales»; BÖCKLI (2009), § 13 N 267.

¹⁵⁵ Art. 816 CO: les motifs de nullité des décisions de l'assemblée générale et du conseil d'administration dans les SA de la société anonyme s'appliquent par analogie aux décisions des gérants dans les SARL.

¹⁵⁶ Elles s'appliquent également aux SCA par renvoi de l'article 764 al. 2 CO, mais nous excluons volontairement ces formes sociales de notre étude pour les raisons mentionnées en introduction.

C. *Les décisions sanctionnables selon les titulaires du droit d'action*

- 116 A l'inverse de l'approche retenue par le législateur français, le droit suisse précise expressément quels sont les titulaires du droit d'agir en annulation ou en nullité des décisions visées. L'article 706 CO (*Anfechtbarkeit*) ouvre l'action aux actionnaires et membres du conseil d'administration. Cette disposition étant d'interprétation stricte, un directeur ou un créancier seraient irrecevables à agir en annulation¹⁵⁷, quand bien même la décision serait susceptible de porter atteinte à leurs droits. L'article 706b CO (*Nichtigkeit*), bien plus étendu, ouvre l'action à toute personne en ayant un intérêt, ce qui inclut les créanciers ou encore les concurrents¹⁵⁸.
- 117 Peuvent également agir en annulation les titulaires de bons de participation (art. 656c al. 1 et 2 CO *a contrario*), ainsi que l'actionnaire sans droit de vote (art. 685f al. 2 CO)¹⁵⁹. Quant au porteur de bons de jouissance, il n'a qualité pour agir en annulation que lorsque ce droit lui a été réservé par les statuts¹⁶⁰.
- 118 Le conseil d'administration peut agir en annulation d'une décision de l'assemblée générale, sous réserve que la majorité des voix émises par les administrateurs abonde en ce sens¹⁶¹, sauf disposition contraire des statuts (art. 713 al. 1 CO).

II. **Champs d'application *ratione materiae***

- 119 Les articles 706 CO et 706b CO doivent être interprétés conjointement. Le législateur a voulu que l'action en annulation (*Anfechtbarkeitsklage*) soit la règle, et que l'exception soit la constatation de la nullité (*Nichtigkeitsklage*). Cette dernière, en raison de l'insécurité juridique qu'elle est susceptible de provoquer, doit être interprétée restrictivement¹⁶².
- 120 La formulation de ces deux articles permet difficilement de distinguer les décisions annulables (*anfechtbar*) des décisions nulles (*nichtig*). La ligne de démarcation est complexe et incertaine¹⁶³, le législateur s'étant borné à dresser une liste illustrative dans chacun des cas¹⁶⁴. La lecture combinée de ces deux dispositions nous permet de

¹⁵⁷ BOHNET (2007), N 56 «Elle ne peut l'être en revanche à notre sens par un directeur, puisque, si celui-ci peut représenter la société (art. 718 al. 2 CO), il ne peut cependant agir pour le conseil d'administration au sens de l'art. 706 CO.»

¹⁵⁸ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (2018), § 16 N 306.

¹⁵⁹ Voir BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706 CO, N 4; BÖCKLI (2009), § 16 N 104 s.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (1996) sous la note (3), § 25 N 42.

¹⁶⁰ BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706 CO, N 4; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (1996) sous la note (3), § 47 N 33; BÖCKLI (2009), § 16 N 106, lui reconnaît ce droit lorsqu'il est atteint par la décision prise.

¹⁶¹ ZK-BÜRGLI, art. 706 CO, N 57.

¹⁶² CR-PETER/CAVADINI, art. 706b CO, N 2.

¹⁶³ CR-PETER/CAVADINI, art. 706b CO, N 1; JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (2021), § 8 N 285.

¹⁶⁴ TF 4A_630/2012 du 19 mars 2013, consid. 3.1.: Comme l'indique l'usage par l'art. 706 al. 2 *in initio* CO des termes «en particulier», la liste des motifs d'annulation des décisions de l'assem-

considérer que l'annulation sanctionne la méconnaissance de toutes les lois et des statuts (A) alors que la nullité ne sanctionne que la méconnaissance d'une loi impérative (B). Cependant cette ligne de démarcation n'est pas convaincante: elle impliquerait que la violation d'une loi impérative puisse être, au choix, annulable ou nulle. En effet l'expression « contraire à la loi » visée par l'article 706 CO englobe nécessairement les dispositions impératives de l'article 706b CO.

A. *Les critères de l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale fondée sur l'article 706 CO*

Une lecture combinée des alinéa de l'article 706 CO indique que pour être annulable 121 une décision doit être (1) contraire à la loi ou aux statuts, et (2) adoptée de manière non fondée.

Le texte vise tant la violation des statuts que de la loi en général, ce qui rend le champ 122 d'application *ratione materiae* extrêmement large, puisque. La notion de « loi » renvoie ici au droit de la société anonyme, lequel doit cependant être compris dans un sens large¹⁶⁵, englobant les dispositions du Code civil relatives aux personnes morales ainsi que les principes généraux applicables à l'intégralité de l'ordre juridique¹⁶⁶. Sont ainsi sanctionnables les décisions contraires au droit commun des obligations tel que le principe de bonne foi de l'article 2 CC, mais également celles contraire aux principes généraux du droit ou encore contraires aux règles impératives en général, qu'elles soient de droit privé ou public¹⁶⁷. Il pourra s'agir de décisions prises en violation de normes relatives aux droits réels¹⁶⁸, de la législation bancaire ou boursière ou encore les décisions dont le contenu serait immoral ou contraire aux droits de la personnalité (art. 27 CC ou 20 CO).

En outre, la décision doit avoir été adoptée de manière non fondée. Il faut comprendre 123 que n'est pas fondée la décision qui est contraire à l'intérêt de la société. Ce critère ouvre une large marge d'appréciation au juge. Le périmètre d'application de la sanction dépendra de son appréhension plus ou moins étroite de la notion d'intérêt social, appréhension déduite de la conception notionnelle de la société. Ce critère permet également de sanctionner tout abus de droit¹⁶⁹.

blée générale donnée par cette norme n'est pas exhaustive. V. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (1996) § 25 ch. 13 p. 249; JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (2021), § 8 N 285.

¹⁶⁵ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (2018), § 16 N 297: « *Darüber hinaus ist unbestritten, dass auch die Verletzung eines allgemeinen ungeschriebenen Grundsatzes des Aktienrechts oder der Rechtsordnung im Allgemeinen als Rechtsverstoss zu qualifizieren und demzufolge ein darauf beruhender Beschluss anfechtbar ist.* »

¹⁶⁶ RICHA/RAEDLER (2014), p. 10.

¹⁶⁷ BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706 CO, N 8.

¹⁶⁸ MONTAVON (2004), p. 547.

¹⁶⁹ CR-PETER/CAVADINI, art 706 CO, N 33.

124 Enfin, est annulable toute décision substantielle adoptée en violation des règles légales et statutaires de majorité ou d'unanimité. Cette règle se déduit de l'article 706 al. 2 chif. (1) CO et de l'article 706 al. 2 chif. (4) CO qui sanctionne la suppression du but lucratif de la société sans l'accord de tous les actionnaires.

B. L'action en nullité des décisions de l'assemblée générale et du conseil d'administration

1. Sur le fondement de l'article 706b CO

125 L'article 706b CO fournit un catalogue non exhaustif¹⁷⁰ de décisions absolument nulles, parmi lesquelles (1) porter atteinte aux droits des actionnaires garantis par les dispositions impératives de la loi; (2) restreindre le droit de contrôle des actionnaires davantage que ne le permet la loi; ou (3) négliger les structures de base de la société anonyme ou porter atteinte aux dispositions de protection du capital.

126 Cette distinction paraît quelque peu artificielle. L'article 706b CO sanctionne la violation de deux catégories de normes impératives: (1) les droits impératifs en faveur des actionnaires (droit de prendre part à l'assemblée générale, droit de vote minimal, droit d'intenter une action, droit de contrôle), et (2) les normes qui visent les structures de base de la société anonyme et qui ont pour but de protéger le capital de celle-ci¹⁷¹.

127 Après quelques débats théoriques, la majorité des auteurs est d'avis que les dispositions de l'article 706b CO ne visent pas exclusivement les droits protégés par le titre du Code des obligations relatif à la société anonyme (et par renvoi, de la SARL) mais visent également les dispositions concernant les personnes morales en général, ainsi que les principes généraux du droit¹⁷². Cependant, par exception à cette position majoritaire, d'autres causes de nullité situées en dehors du titre du Code des obligations relatif aux sociétés anonymes ou de celui relatif aux SARL ont été identifiées par la doctrine et la jurisprudence. Entraînent ainsi la nullité des décisions viciées (i) toute atteinte aux droits légaux, inaliénables et intransmissibles, (ii) la violation des articles 20 CO et 27 CC qui protègent les droits de la personnalité¹⁷³ et (iii) toute violation aux principes du droit ayant pour objectif de protéger les créanciers de la société anonyme ou de sauvegarder les intérêts du public¹⁷⁴ ou encore (iv) des cas de nullité

¹⁷⁰ JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (2021), § 8 N 285.

¹⁷¹ BÖCKLI (2009), § 16 N 158; CR-PETER/CAVADINI, art. 706 CO, N 7.

¹⁷² CR-PETER/CAVADINI, art. 706 CO, N 23.

¹⁷³ BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706b CO, N 3a.

¹⁷⁴ ATF 86 II 78 = JdT 1961 I 17 sur les conditions du coup d'accordéon (consid. 3) «*Nach der Ansicht des Klägers verstösst der Generalversammlungsbeschluss auf gänzliche Abschreibung des Aktienkapitals gegen Art. 622 Abs. 4, 692 Abs. 3 und 693 OR, sowie gegen Art. 8 ZGB. Er macht geltend, die Vorinstanz habe in irriger Auslegung von Art. 692 Abs. 3 OR angenommen, das schweizerische Recht kenne eine "Aktie ohne Nennwert". Art. 622 Abs. 4 OR dürfe nicht dahin ausgelegt werden, dass der Nennwert einer Aktie auf Null abgeschrieben werden könne.*»

expresse et spéciale comme l'article 731 al. 3 CO, l'article 691, al. 3 CO ou encore l'article 689 *e al.* 1 et 2 CO¹⁷⁵. Enfin les vices formels, c'est-à-dire causés par une irrégularité dans le processus d'adoption de la décision, peuvent également être source de nullité lorsqu'ils entraînent une privation totale de l'exercice d'un droit ou contreviennent au fonctionnement de la société, comme par exemple lorsque la décision est prise par un organe incompétent.

2. Sur le fondement de l'article 714 CO

L'article 714 CO vise la nullité des décisions du conseil d'administration par renvoi à l'article 706b CO. Le législateur a volontairement restreint significativement la possibilité d'engager la nullité des décisions du conseil d'administration: seuls les motifs de nullité des décisions de l'assemblée générale visés à l'article 706b CO s'appliquent par analogie aux décisions du conseil d'administration. Une demande en annulation d'une décision du conseil d'administration est donc exclue¹⁷⁶. 128

Le législateur et la majorité de la doctrine soutiennent donc qu'il est inopportun que les décisions relatives à la gestion, dont les effets sont tant internes qu'externes, puissent être remises en question trop facilement. L'épée de Damoclès de l'action en annulation risquerait d'entraîner une insécurité juridique qui rendrait difficile la gestion quotidienne de la société. 129

Le contestataire ne dispose d'aucun moyen juridique pour obtenir l'annulation¹⁷⁷ de la décision illicite et devra s'en tenir aux cas de nullité par renvoi de l'article 714 CO à l'article 706b CO. L'article 706b CO ouvre le droit d'agir en constatation de la nullité des assemblées générales à toute personne ayant un intérêt à agir, autant aux administrateurs qu'aux actionnaires ou aux tiers. Par analogie, nous retenons donc une interprétation large, selon laquelle tant les administrateurs que les actionnaires ou les tiers peuvent agir en nullité des décisions du conseil d'administration. 130

¹⁷⁵ JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (2021), § 8 N 281: précisant que le catalogue de l'article 706 al. 2 CO n'est pas exhaustif, des motifs de contestation étant expressément mentionnés ailleurs dans la loi ou reconnu par la pratique.

¹⁷⁶ ATF F.X. RO 76 II 51 = JT 1950 I 555, consid. 2 et 3: «À la différence des décisions de l'assemblée générale, les décisions du conseil d'administration ne peuvent pas être attaquées en justice. Il n'y a pas de lacune de la loi.»: BÖCKLI (2009), § 13 N 264, 265.

¹⁷⁷ TRIGO TRINDADE (1994), p. 127: «même lorsque la décision est illicite, l'administrateur minorisé ne dispose d'aucun moyen juridique pour en obtenir l'annulation ou *a fortiori* pour faire remplacer la décision illicite par une décision licite», citant ATF F.X. RO 76 II 51 = JdT 1950 I 555, consid. 2 et 3. Tout en réservant les cas des décisions nulles au sens de l'art. 754 CO.

Conclusion de la section 1

- 131 Les approches retenues par les législateurs français et suisse sont nettement différentes. Tout d'abord, le droit français ne distingue pas nullité et annulabilité à l'inverse du droit suisse. De plus, les dispositions du droit français visent tous les actes et délibérations, indépendamment de l'organe qui les prononce, ce qui en rend le champ d'application de la règle très large. A l'inverse, le droit suisse sanctionne les décisions de l'assemblée générale (action en annulation et action en nullité) et les décisions du conseil d'administration ou du gérant (action en nullité uniquement) sur la base d'un critère organique.
- 132 Par ailleurs, la loi française abandonne à la jurisprudence le soin d'identifier les bénéficiaires de l'action selon que la nullité est absolue ou relative, alors que le droit suisse précise clairement que seuls les actionnaires et les administrateurs peuvent agir en annulation et que tout intéressé peut agir en constatation de la nullité.
- 133 Le droit français distingue la nature de la délibération selon qu'elle modifie ou non les statuts, subtilité que le droit suisse ignore, puisque la solution ne dépend pas de la nature de la décision (assemblée générale ordinaire ou extraordinaire), mais du droit protégé.
- 134 Enfin, le droit français ne fait pas état de la méconnaissance des statuts, alors que le droit suisse vise expressément l'atteinte des statuts en la sanctionnant par une action en annulation.
- 135 Nous en concluons que le droit français a adopté une approche plus large, laissant également une plus grande marge de manœuvre à l'interprétation jurisprudentielle et doctrinale, mais au risque d'une plus grande insécurité juridique.
- 136 Le seul point commun entre les approches légistiques française et suisses, outre de manquer de clarté, est de s'employer à sanctionner la violation des principes généraux du droit du droit commun et du droit des sociétés, ou encore d'une règle légale (ou réglementaire) impérative.

Section 2: Les typologies des actions en nullité et en annulation

- 137 Le régime de la nullité en droit des sociétés s'est initialement inspiré du régime des nullités en droit civil. En France, la doctrine a progressivement retenu une distinction entre la nullité absolue et relative d'une part, et d'autre part la nullité automatique et la nullité facultative (§ 1). En Suisse, la classification reposant sur la théorie des droits acquis construite par Schluep a longtemps dominé la compréhension du régime des nullités en droit des sociétés. Elle a cependant été abandonnée, laissant place à une certaine confusion (§ 2).

§ 1 Nullité absolue ou relative et nullité automatique ou facultative en droit français

Les nullités sont classées en droit français selon le titulaire de l'intérêt à agir (I), selon la marge de manœuvre offerte au juge dans le prononcé de la sanction (II) ou encore selon la formulation des textes (III), sans pour autant qu'aucune de ces catégories ne se recoupe nécessairement. 138

I. La distinction entre nullité absolue et nullité relative

Les présentations et monographies de droit français consacrées aux théories des nullités s'emploient généralement et principalement à distinguer les nullités absolues des nullités relatives.¹⁷⁸ Cette ligne de démarcation, pressentie chez de nombreux grands auteurs qui marquèrent le XVIII^e siècle, est réputée avoir été consacrée par Japiot dans sa thèse de doctorat, puis par Gaudemet. Ces éminents auteurs ont eu pour mérite de relever le caractère nécessaire du recours au juge pour prononcer la sanction, que l'acte soit nul de plein droit ou annulable selon la typologie alors en vigueur. 139

Les théories civilistes du XIX^e siècle reposaient sur la distinction entre nullité de plein droit (la nullité est alors automatique) et l'annulabilité. Dans ce dernier cas uniquement, le juge avait une faculté d'apprécier les éléments portés à sa connaissance pour prononcer ou rejeter la sanction. A l'inverse, en cas de nullité de plein droit, le juge se contentait de constater la nullité et ne disposait donc d'aucune faculté. La sanction s'imposait à lui. La dichotomie entre nullité absolue et relative se calquant sur celle de la nullité de plein droit et annulabilité, la confusion s'est rapidement opérée que toutes les nullités absolues étaient forcément automatiques, et que toutes les nullités relatives étaient nécessairement facultatives. Pourtant, les auteurs antérieurs, au premier titre desquels Planiol ont relevé que les deux dichotomies ne se confondaient pas, sans toutefois approfondir outre mesure¹⁷⁹. 140

Confier au juge un rôle déterminant du contrôle de l'exercice du droit d'agir, qui caractérise la thèse de Japiot¹⁸⁰, a eu pour effet d'abandonner progressivement le prononcé de la sanction à la discrétion du juge, favorisant ainsi le développement des nullités facultatives. 141

¹⁷⁸ Pour une approche complète et didactique, voir: KLEIN (2010).

¹⁷⁹ BOUDOT (2008), N 15, p. 91 : « il est très remarquable que PLANIOL fasse coïncider la dichotomie nullité absolue/nullité relative avec nullité de plein droit/annulation, mais il nous met en garde en note de bas de page que les deux ne se confondent pas ».

¹⁸⁰ BOUDOT (2008), N 18, p. 93.

- 142 Conscient de cette lacune, et au regard des évolutions sémantiques de la loi, les auteurs contemporains s'emploient de plus en plus souvent à distinguer clairement les deux dichotomies¹⁸¹.
- 143 La doctrine s'est attachée principalement au cours du siècle dernier à identifier le critère distinguant la nullité absolue de la nullité relative. Par le passé, la jurisprudence de la Cour de cassation retenait le critère de la gravité du vice pour distinguer les nullités relatives des nullités absolues en droit commun. Ce critère a été abandonné au profit de l'intérêt protégé par la règle violée¹⁸². Sous l'influence de Japiot, le premier critère retenu aura été la finalité de la règle protégée: la nullité absolue protège un intérêt général alors que la nullité relative protège un intérêt particulier.
- 144 Nous n'entrons pas plus dans les détails car le caractère absolu ou relatif de la nullité est une question de droit processuel, et non pas une question de droit substantiel. Le sujet sera étudié dans la partie traitant de la légitimation active.

II. La distinction entre nullité automatique et nullité facultative

- 145 Les textes ne distinguent pas nullité automatique (ou obligatoire) et nullité facultative, les deux sanctions étant regroupées dans une seule et même action: l'action en nullité.
- 146 À l'inverse du droit suisse qui considère la nullité comme subsidiaire à l'annulabilité, la doctrine française considèrerait initialement que les nullités automatiques étaient la règle et les nullités facultatives étaient l'exception¹⁸³. Aussi, lorsque le caractère facultatif n'est pas précisé par le législateur, la nullité est automatique. Ce principe est issu de la théorie générale des nullités, selon laquelle «la nullité de plein droit est la véritable nullité, celle qui sanctionne en principe les prohibitions de la loi. C'est elle qui représente le droit commun; la simple annulabilité est une exception qui n'a lieu que dans certains cas¹⁸⁴». Lorsque la nullité est obligatoire, le juge ne dispose d'aucune marge d'appréciation¹⁸⁵. Il n'a pas d'autres alternatives que de prononcer la nullité de la délibération dès lors que les conditions légales sont réunies et qu'il a reconnu le caractère impératif de la règle.
- 147 Toutefois, le législateur a donné une place croissante aux nullités facultatives¹⁸⁶ en droit des sociétés¹⁸⁷ en raison des conséquences graves de cette sanction sur la sécurité

¹⁸¹ HALLOUIN (2008), p. 201.

¹⁸² CHENEDE (2018), p. 81.

¹⁸³ Depuis la loi NRE de 2001, le principe s'est inversé: les nullités facultatives sont devenues la règle et les nullités automatiques sont l'exception.

¹⁸⁴ BOUDOT (2008) citant AUBRY et RAU, N 14, p. 91.

¹⁸⁵ LEGROS: Jurisclasseur 32-50 N 122 et s.

¹⁸⁶ Le législateur avait initialement institué quelques hypothèses de nullités facultatives (GROSCLAUDE (1997), N 821). Depuis la réforme de 1966, ces cas se sont multipliés, avec une recrudescence à partir de la loi sur la sécurité financière du 1^{er} août 2003 (LEGROS: Jurisclas-

juridique¹⁸⁸. De la sorte, la nullité facultative tend à devenir la règle, et la nullité obligatoire tend à devenir l'exception. Il a été remarqué que les juges ont pu, en présence d'une nullité automatique, s'octroyer un pouvoir d'appréciation en identifiant l'existence ou l'absence d'un grief¹⁸⁹. Un mouvement de réforme a d'ailleurs proposé une généralisation des nullités facultatives en réservant les nullités automatiques aux violations les plus graves, que le juge déterminerait en procédant à un contrôle de proportionnalité¹⁹⁰.

En présence d'une nullité facultative, le juge a une simple faculté de prononcer la sanction eu égard au cas d'espèce et à l'opportunité¹⁹¹. Le principe de la nullité facultative permet de concilier les intérêts en présence, le juge pouvant considérer la gravité de la faute ou les conséquences de la nullité d'une décision sociale¹⁹². Le juge peut alors procéder à un état des lieux et à un bilan coût-avantage pour rejeter la sanction alors même que la violation des normes a causé un grief au demandeur¹⁹³.

Comment distinguer les nullités obligatoires des nullités facultatives?

149

L'approche la plus évidente est d'identifier les dispositions législatives qui donnent directement au juge la possibilité de prononcer la nullité¹⁹⁴. La sémantique de la règle protégée ne soulève généralement aucune difficulté de compréhension en présence de nullité expresse. La formulation retenue en cas de nullité obligatoire est alors «nul ne peut», «est nulle...». Lorsque le législateur emploie la formulation «peut être annulée...», la nullité est facultative. Des nullités facultatives peuvent sanctionner la méconnaissance du droit d'information préalable de l'actionnaire (art. L.225-121 al.2 C.com.: «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») ou les irrégularités de convocation de l'assemblée (art. L.225-104 al.2 C.com.: «Toute assemblée irrégulièrement convoquée peut être annulée»). Dans ce cas, le juge a la faculté de ne pas appliquer la nullité quand bien même aurait-il constaté que les conditions de la sanction étaient par ailleurs réunies. Il n'est alors pas requis qu'il motive par des explications le rejet de la sanction¹⁹⁵.

seur 32-50 N 122 et s.); RUBELLIN (2006), N 25 parle poétiquement de «printemps des nullités facultatives».

¹⁸⁷ RUBELLIN (2006), N 24.

¹⁸⁸ LE CANNU (2002), p. 113.

¹⁸⁹ MARTIN (2020), p. 27, renvoyant à Cass. com., 7 juillet 2015, n° 14-18.705.

¹⁹⁰ MARTIN (2020), pp. 8, 28.

¹⁹¹ ANSA n° 3 209, juillet 2003; EVRARD (2003).

¹⁹² LEGROS (2013), N 148.

¹⁹³ RUBELLIN (2006), N 45, p. 713.

¹⁹⁴ RUBELLIN (2006), N 26.

¹⁹⁵ LEGROS (2013), N 125; LEGROS: Jurisclasseur 32-50, N 122 et s.

- 150 Une autre proposition s'appuie sur la structure des textes législatifs: certaines nullités facultatives sont édictées en dehors de toute autre sanction (art. L. 228-11, al. 4. C.com.), mais bien plus souvent, la nullité facultative est insérée en opposition immédiate avec une nullité de plein droit¹⁹⁶. On en retrouve l'illustration à l'article L. 632-2 du Code de commerce qui énonce les cas de nullités facultatives de la période suspecte, après que l'article L. 632-1, I du même Code ait énuméré les nullités automatiques¹⁹⁷.
- 151 Il est également admis que, de façon plus audacieuse, la nullité facultative pourrait être décelée lorsque le législateur a omis de prévoir la sanction d'une règle¹⁹⁸. Selon nous, cette règle devrait avoir été préalablement qualifiée d'impérative par le juge, à défaut de quoi l'interprétation stricte de l'article L. 235-1 du Code de commerce ferait obstacle au prononcé de la sanction. Il en résulte un inversement du principe: à défaut de sanction expresse de la loi, la nullité d'une décision qui contrevient à une disposition impérative serait alors facultative. Les nullités obligatoires devraient alors nécessairement avoir été indiquées comme telles par les textes, et tomberaient dans le domaine de l'exception.

§ 2 En droit suisse: les critères de distinction de l'annulabilité et de la nullité

- 152 La difficulté du droit Suisse provient de la rédaction des articles 706 et 706b CO, qui offrent deux listes distinctes mais illustratives des décisions annulables ou nulles, sans donner d'indication du critère à retenir pour identifier la sanction applicable. À l'inverse du droit français, l'annulabilité est de principe et la nullité n'est prononcée qu'exceptionnellement. La présomption en faveur de l'annulabilité est justifiée par le législateur pour des motifs tenant à la sécurité du droit. Il ne retient la sanction de la nullité que lorsque d'importants intérêts publics se trouvent en jeu¹⁹⁹.
- 153 La distinction entre les deux fondements s'est d'abord opérée d'après la grille de lecture proposée par la théorie des droits acquis de Schluép (I), avant que celle-ci ne soit abandonnée. On lui préférera aujourd'hui une combinaison du critère organique fondé sur la gravité du vice et de l'intérêt protégé par la disposition méconnue (II).

¹⁹⁶ RUBELLIN (2006), N 27.

¹⁹⁷ V. ég.: art. L. 225-104 C.com. par opposition à art. L. 225-105 C.com. et art. L. 225-121, al. 1 vs al. 2 du même article.

¹⁹⁸ RUBELLIN (2006), N 26.

¹⁹⁹ Message CF, 23 février 1983, FF 1983 II Réforme de la société anonyme, p. 198.

I. L'abandon de la théorie des droits acquis de Schluiep

A. Le contenu de la théorie de Schluiep

Afin de distinguer les motifs d'annulation de l'article 706 CO des motifs de nullité 154 de l'article 706b CO, la doctrine s'est un temps appuyée sur la théorie des droits acquis, telle qu'elle avait été élaborée par Schluiep dans sa théorie générale des droits des actionnaires²⁰⁰. Il proposait une *summa divisio* des droits des actionnaires en quatre catégories: (i) les droits inaliénables tel le droit de vote ou le droit à l'information, dont un actionnaire ne pouvait être privé même avec son consentement; (ii) les droits acquis absolus (*absolut wohlerworbene Rechte*) dont un actionnaire ne pouvait être privé qu'avec son consentement, tel le droit à la poursuite d'un but lucratif; (iii) les droits acquis relatifs (*relativ wohlerworbene Rechte*) dont un actionnaire ne pouvait être privé que si l'intérêt supérieur de la société l'exigeait, comme le droit à la libre cession des titres et (iv) les droits ordinaires, qui pouvaient être supprimés par une simple décision majoritaire respectant le principe d'égalité de traitement²⁰¹. La nullité sanctionnait la violation, la suppression ou la limitation des droits acquis absolus. L'annulabilité sanctionnait, quant à elle, l'atteinte excessive des droits acquis relatifs²⁰².

B. L'abandon de la théorie de Schluiep

La théorie de Schluiep a fait l'objet de critiques doctrinales. En effet, selon certains au- 155 teurs, rien ne permet en principe de frapper de nullité les décisions qui porteraient atteinte aux droits acquis²⁰³.

Lors de la révision du droit des sociétés anonymes de 1991, le législateur a abandonné 156 le concept des droits acquis au profit d'une énumération des droits des actionnaires dont la violation sera sanctionnée par l'annulabilité ou par la nullité, codifiée respectivement aux articles 706 CO et 706b CO tels qu'actuellement en vigueur. Il a également ajouté à l'article 706 CO la précision selon laquelle les décisions qui «suppriment ou limitent les droits des actionnaires d'une manière non fondée» ou celles qui «entraînent pour les actionnaires [...] un préjudice non justifié par le but de la société» sont annulables.

Le Conseil Fédéral précise dans son Message que, de la sorte, le législateur renonce à 157 établir une distinction entre droits acquis absolus et droits acquis relatifs comme critère de la sanction applicable (nullité ou annulabilité). La sanction d'une violation d'un droit de l'actionnaire n'est donc pas fonction de la nature du droit protégé. Les conséquences juridiques de la méconnaissance du droit protégé sont considérées

²⁰⁰ SCHLUEP (1955).

²⁰¹ SCHLUEP (1955).

²⁰² MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (2018), § 16 N 365.

²⁰³ OKUR (1965), p. 46; PATRY (1964), pp. 227 ss.

comme le critère de distinction²⁰⁴. Dans cette approche, la distinction entre annulabilité et nullité repose sur la conséquence juridique (*Rechtsfolge*), c'est-à-dire sur le point de savoir si la nullité est justifiée dans un cas individuel (*Einzelfall*) ou si la simple annulabilité conduit à des résultats choquants (*stossende Ergebnisse*)²⁰⁵.

158 Cependant, le critère de distinction portant sur les conséquences juridiques est discutable²⁰⁶. En effet, d'après la doctrine et la jurisprudence actuelle, il s'avère que les catalogues dressés par les articles 706 CO et 706b CO ne permettent pas de distinguer les décisions nulles des décisions annulables car le législateur a eu recours à des notions larges et indéterminées qui se recoupent. Il n'a pas non plus pris en considération la nature et l'importance de l'atteinte qui est portée aux droits protégés²⁰⁷.

C. *Les désaccords doctrinaux sur la classification*

159 Depuis le Message de 1983, la doctrine est divisée sur la question de savoir si les catégories de droits d'actionnaires telles que identifiées par Schluép subsistent. Selon Peter Forstmoser, la distinction est maintenue en dépit de la réforme législative²⁰⁸. Reymond considère que la hiérarchie des droits est maintenue, notamment car l'article 706 al. 2 ch. 3 CO reprend la notion de droit acquis absolu en exigeant une décision unanime pour supprimer valablement le but lucratif de la société et, à son al. 2 ch. 1, généralise la notion de droit acquis relatif en disposant que la suppression «non fondée» d'un droit est annulable²⁰⁹.

160 Nous ne partageons pas cet avis: le renoncement à la poursuite du but lucratif était qualifié de droit absolu par Schluép, et à ce titre aurait dû être sanctionné par la nullité. Or le législateur a inscrit cette disposition aux titres des décisions seulement annulables (art. 706, al. 2, ch. 4 CO: «suppriment le but lucratif de la société sans l'accord de tous les actionnaires»), ce qui indique que l'ancienne catégorie de Schluép a été définitivement et volontairement abandonnée.

161 Pour d'autres auteurs²¹⁰, les critères décisifs doivent être recherchés dans les conséquences légales de la décision sociale portant atteinte à des droits déterminés de l'actionnaire²¹¹. La nullité frappe ainsi les décisions qui lèsent les droits auxquels l'action-

²⁰⁴ Message CF 83.015 du 23 février 1983 concernant la révision du droit des sociétés anonymes, p. 841.

²⁰⁵ JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (2021), § 8 N 285.

²⁰⁶ JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (2021), § 8 N 285.

²⁰⁷ TRIGO TRINDADE/BAHAR (2002), p. 440.

²⁰⁸ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (1996), note 3, § 39, N 108, 115 et 117/118.

²⁰⁹ REYMOND (1994), p. 2.

²¹⁰ CR-PETER/CAVADINI, art. 706 CO, N 7 et 23; art 706b CO, N 3.

²¹¹ Message 83.015 du 23 février 1983, 85; ATF 121 III 420 = JdT I 111, 117 s. portant sur l'action en annulation d'une décision d'assemblée générale concernant l'assainissement de la société par une réduction du capital-actions à zéro assortie d'une réaugmentation de celui-ci au montant précédent, considérant que l'opération d'assainissement a été dûment portée à l'ordre

naire ne peut renoncer, c'est-à-dire ceux qui «peuvent être désignés comme le premier degré des droits sociaux», alors que l'annulabilité sanctionne toute infraction aux droits auxquels l'actionnaire peut renoncer.

Dans cette dernière approche, la nature du droit bafoué est tout de même pris en compte car seuls les droits impératifs qualifiés, à savoir les droits visés par une règle légale destinée à protéger l'intérêt public ou les intérêts de tiers, sont protégés par la sanction de la nullité²¹². Très précisément, Peter Forstmoser souligne que: «la suppression et la limitation de droits acquis absolus sont en principes nulles (à l'exception de l'art. 706 al. 2 ch. 4 CO), tandis que l'atteinte excessive à des droits acquis relatifs est annulable». Comme l'indique le Conseil fédéral, une décision qui porte atteinte aux droits garantis par la loi est exceptionnellement nulle, «lorsque au droit correspondant des actionnaires, sont liés des intérêts publics importants, de telle sorte qu'ils prédominent également l'intérêt de la sécurité du droit²¹³».

En revanche, l'annulabilité sanctionne les décisions sociales entachées de défauts qui ne sont pas les plus graves, plus précisément celles qui violent des normes de droit impératif visant à protéger des intérêts privés, des normes de droit dispositif, des principes généraux non écrits ou les statuts²¹⁴.

Le Message du Conseil fédéral proposait de distinguer l'article 660 CO de l'article 660a CO. L'article 660 CO mettrait en exergue les droits impératifs auxquels l'actionnaire ne peut renoncer et dont la sanction de leur méconnaissance est la nullité (le droit de prendre part à l'assemblée générale, le droit de vote minimum, les droits d'intenter une action et le droit de contrôle minimum)²¹⁵. L'article 660a CO traiterait quant à lui traité des violations des droits des actionnaires qui ont pour conséquence l'annulabilité des décisions de l'assemblée générale lorsque cette violation est mal fondée, c'est-à-dire lorsqu'elle ne se justifie pas par le but social²¹⁶. Cette distinction était toutefois incohérente, car le même Message précisait qu'il renonçait à distinguer la sanction applicable en fonction de la nature du droit et rejetait la théorie de Schluemp. Et pour autant, il proposait d'introduire une distinction reposant sur les droits de premier degrés et de second degrés, qui indirectement a pour effet de réintroduire le cri-

du jour dans la convocation de l'assemblée générale (consid. 2) et que cette opération ne suppose ni l'établissement d'un bilan intermédiaire au sens de l'article 725 al. 2 CO ni d'un rapport de révision spécial au sens de l'article 732 al. 2 CO (consid. 3).

²¹² FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (1996), N 263 et 264; TRIGO TRINDADE/BAHAR (2002), p. 441.

²¹³ Message 83.015 du 23 février 1983 concernant la réforme du droit de la société anonyme, p. 902.

²¹⁴ RUEDIN (2006), N 1487.

²¹⁵ Message 83.015 du 23 février 1983, N 210.3, p. 842.

²¹⁶ Message 83.015 du 23 février 1983, p. 842.

rière de la nature des droits méconnus comme distinction entre la nullité et l'annulabilité. Ce projet n'a d'ailleurs pas été retenu.

II. La recherche de critères de distinction pertinents

165 Truffer et Dubs proposent d'opposer les vices matériels aux vices formels d'une part, et d'autre part de distinguer la violation de normes impératives (pour lesquelles seule une décision générale peut être nulle) de la violation des règles en matière de protection du capital (pour lesquelles des décisions concrètes peuvent aussi être nulles)²¹⁷. Peter et Cavadini distinguent selon d'une part les décisions violant la loi ou les statuts et d'autre part celles qui sont uniquement «non fondées»²¹⁸.

166 Truffer et Dubs ainsi que Böckli estiment pour leur part que la nullité frappe essentiellement les décisions de portée générale prises par l'assemblée générale. Ils réservent toutefois la protection du capital-actions ainsi que tous les cas d'application de l'alinéa 1 chiffre 3, les décisions concrètes pouvant alors également être nulles²¹⁹.

A. La violation d'une règle impérative

167 Les droits des actionnaires visés aux al. 1 et 2 de l'article 706b CO doivent être distingués des droits des actionnaires protégés par l'action en annulation de l'article 706 CO. En effet, l'action fondée sur l'article 706b CO protège les droits garantis par des dispositions impératives. Est nulle toute décision contraire à une règle impérative protégeant soit les actionnaires, soit la structure de la société anonyme elle-même. En revanche, l'action fondée sur l'article 706 CO protège les droits des actionnaires des décisions «non fondées».

168 Les tribunaux ont eu l'occasion de rappeler que l'action fondée sur l'article 706 CO sanctionne des causes formelles, en particulier lorsque les règles non impératives relatives à la prise de décisions n'ont pas été respectées²²⁰.

169 Il convient donc ici de définir la notion de règle impérative en droit suisse, puisque ce critère semble être un indice de distinction des décisions annulables et des décisions nulles. Une règle est qualifiée d'impérative qualifiée selon d'une part (i) la rédaction de la loi et d'autre part (ii) la finalité du texte. Un exemple de règle impérative quali-

²¹⁷ BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706b CO, N 8. En ce sens également: CR-PETER/CAVADINI, art. 706 CO, N 6.

²¹⁸ CR-PETER/CAVADINI, art. 706 CO, N 22 et s., N 25.

²¹⁹ *Contra*: CR-PETER/CAVADINI, art. 706 CO, N 7 et art. 706b CO, N 3 qui considèrent que la nullité peut frapper tant une décision de portée générale qu'une décision concrète dans la mesure où elle peut porter atteinte à un des droits ou intérêts protégés par l'art. 706 al. 1 ou al. 2 CO.

²²⁰ Arrêt de la Cour de justice de Genève, ch. civ., 24 juin 2016, C/14718/2014, consid. 7.1.1. citant BOHNET (2007), N 12, p. 154; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (1996), § 25 N 34; MONTAVON (2004), p. 536 et 540.

fiée est sans conteste l'article 700 CO portant sur les mentions devant figurer sur la convocation à l'assemblée générale des sociétés anonymes. La formulation stricte et en des termes impératifs ne laisse aucun doute sur la sanction applicable en cas de méconnaissance de l'article 700 CO: la nullité (art. 706b CO). Par ailleurs, lorsque l'irrégularité n'a pas eu pour conséquence de priver totalement les actionnaires de leurs droits de participer et de voter visés à l'article 706b al. 1 CO, la sanction de la nullité peut être tempérée.

Les règles semi-impératives sont celles auxquelles les parties peuvent conventionnellement déroger, et dont toute décision contraire serait seulement annulable sur le fondement de l'article 706 CO et sous réserve qu'elle soit non fondée. A titre d'exemple, certaines règles de majorité peuvent être renforcées ou assouplies statutairement. Les actionnaires pourraient ainsi décider que les statuts peuvent être modifiés à la majorité des voix présentes et non plus à la majorité qualifiée des voix et du capital (art. 808 CO), tout comme pour la limitation du droit préférentiel de souscription (art. 781 al. 5 chif. (2) CO renvoyant à l'art. 650 al. 2 chif. (8) CO). 170

Les compétences intransmissibles (impératives) ne peuvent faire l'objet d'aucun aménagement conventionnel et doivent respecter l'attribution légale des organes, à l'inverse des compétences transmissibles (semi-impératives). Ces dernières peuvent faire l'objet d'un aménagement statutaire et être dévolues à d'autres organes que ceux prévus par la loi. Les compétences intransmissibles concernent les compétences dévolues à l'assemblée des actionnaires, l'introduction ou l'extension d'obligation des actionnaires²²¹, l'adoption d'un droit de veto en faveur des actionnaires²²², la renonciation par les actionnaires à la prohibition de faire concurrence²²³, la constitution du contrôle ordinaire²²⁴. Une décision qui violerait des compétences intransmissibles (règles impératives qualifiées) est sanctionnée par la nullité, alors que la violation de compétences transmissibles (règles semi-impératives), et donc conventionnellement aménageables, est sanctionnée par l'annulabilité, sous réserve que la décision soit non fondée²²⁵. 171

À titre d'exception, certaines règles semi-impératives ne peuvent pas être assouplies mais uniquement renforcées. Ainsi, les modifications des clauses statutaires portant sur la modification du but social, l'introduction de parts sociales à droit de vote privilégié, les limitations du transfert de parts sociales, l'augmentation de capital, le transfert du siège de la société ou encore la dissolution de la société ne peuvent être adoptées à moins des deux tiers des voix représentées et la majorité du capital social dans 172

²²¹ Art. 797 CO.

²²² Art. 807 al. 1 et 2 CO.

²²³ Art. 803 al. 3 CO et art. 812 al. 3 CO.

²²⁴ Art. 906 CO.

²²⁵ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), § 16 N 263 et N 263.

les SARL (art. 808*b* al. 1 chif. (1) CO) ou encore la modification de certaines règles de majorité qualifiée dans les sociétés anonymes (art. 704 al. 1 CO)²²⁶.

- 173 Certaines dispositions tirent leur caractère impératif ou semi-impératif de la sanction de nullité ou d'annulabilité qui leur est respectivement et expressément attachée. La sanction applicable est alors explicite. C'est le cas par exemple de l'article 691 al. 3 CO, qui instaure un motif d'annulabilité en disposant que: «lorsque des personnes qui n'ont pas le droit de participer à l'assemblée générale coopèrent à l'une de ses décisions, chaque actionnaire peut l'attaquer en justice». De même, la loi sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (LFus) a également introduit expressément des causes d'annulabilité dans une section 5 introduite «annulabilité des décisions de fusion, de scission, de transformation ou de transfert de patrimoine par les associés». Certaines dispositions sont sans aucun doute impératives lorsqu'elles sont expressément sanctionnées par la nullité comme l'article 731 al. 3 CO qui sanctionne par la nullité les décisions d'approbation des comptes et d'emploi du bénéfice qui auraient été adoptées en l'absence de rapport de révision.
- 174 Certains auteurs et certains arrêts penchent en faveur du critère de la règle impérative pour distinguer les causes d'annulabilité des causes de nullité²²⁷. Ainsi, l'office du registre du commerce doit refuser d'inscrire une décision de l'assemblée générale, qui dans sa forme ou dans sa lettre lèse des prescriptions légales impératives édictées pour la sauvegarde d'intérêts généraux. Une décision de ce genre est nulle en soit et ne saurait donc être inscrite au registre du commerce²²⁸.
- 175 Le critère de la règle impérative pour distinguer l'annulabilité de la nullité n'est pas pertinent. Certes, la formulation de l'article 706*b* CO pourrait porter à croire que la règle impérative est protégée exclusivement par une action en nullité. Une telle interprétation aurait pour conséquence de fonder une dichotomie séparant annulabilité aux fins de protection des intérêts privés et nullité aux fins de protection des intérêts généraux. Cela reviendrait à considérer que la nullité absolue de l'article 706*b* CO vise nécessairement et exclusivement à protéger des intérêts généraux et que l'annulabilité relative de l'article 706 CO vise nécessairement à protéger les intérêts particuliers. Cette distinction entre nullité relative et nullité absolue selon la finalité des intérêts protégés n'est pas sans rappeler la typologie retenue en France. Pourtant, une telle typologie ne serait pas pertinente en droit suisse. En effet, en matière de société anonyme, la violation des prescriptions légales édictées pour la sauvegarde d'intérêts publics ne constitue pas la seule cause de nullité. Dans certaines circonstances particulières, la jurispru-

²²⁶ BAHAR (2005), p. 86.

²²⁷ OKUR (1965), p. 63.

²²⁸ OKUR (1965), pp. 52-53.

dence et la doctrine admettent aussi la nullité des décisions qui touchent les intérêts privés des actionnaires.

De plus, la méconnaissance des décisions violant les dispositions impératives protégeant les droits des actionnaires est sanctionnée par la nullité fondée sur l'article 706b CO. En revanche l'annulabilité fondée sur l'article 706 CO sanctionne les violations de la loi en général, ce qui inclut les dispositions impératives. Pourtant, le Tribunal fédéral se réfère à l'annulabilité de l'article 706 CO pour éluder certaines dispositions impératives. Dès lors que ces dispositions sont impératives, leur méconnaissance justifierait une action en nullité plutôt qu'une action en annulabilité. Le Tribunal fédéral laisse entendre que lorsque la règle méconnue est impérative et protège des intérêts généraux, la sanction serait la nullité; alors que lorsque la règle impérative protège des intérêts particuliers, la sanction serait l'annulabilité. La terminologie suggère que les causes d'annulation englobent les causes de nullité, plus qu'elles ne s'en distinguent. Aussi serait-il admis que la méconnaissance des dispositions impératives de la loi puisse être sanctionnée autant sur le fondement de la nullité (art. 706b CO) que sur celui de l'annulabilité (art. 706 CO). 176

Un auteur soutient également que le critère de la règle impérative risque d'opérer un dangereux glissement. En effet, la majorité des règles régissant les sociétés anonymes, ont un caractère strictement obligatoire, de sorte que la sanction de la nullité de la méconnaissance des règles impératives aurait pour conséquence de multiplier d'une manière inadmissible la nullité des décisions sociales en totale contradiction avec l'objectif du législateur de contenir les cas de nullité²²⁹. 177

Le Tribunal fédéral se refuse parfois de prononcer la nullité de dispositions pourtant impératives, comme c'est le cas par exemple lors d'atteintes aux règles de convocation. Ainsi un vice de forme, quand bien même il résulterait de l'inobservation de règles impératives des articles 699 al. 1 et 2 et 700 al. 1 CO, n'est pas nécessairement sanctionné par la nullité de la décision de l'assemblée générale²³⁰. Toutes les règles impératives ne sont donc pas source de nullité en l'absence de grief. Il convient dès lors de recouper ce critère avec d'autres variables, que le législateur n'a pas explicitées mais qui semblent ressortir de l'application jurisprudentielle. 178

B. La nature du vice affectant la décision et la portée de la décision

Une majorité de la doctrine²³¹ propose de distinguer les cas de nullité selon le caractère formel ou matériel du vice affectant les décisions d'une part, et d'autre part selon la portée de la décision souffrant d'un vice matériel. 179

²²⁹ OKUR (1965), p. 64.

²³⁰ ATF 71 I pp. 383 ss = JdT 1946 I, p. 135 ss.

²³¹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (1996), 3 § 25 n° 111 et s.; v. également: TRIGO TRINIDADE/BAHAR (2002), p. 440.

- 180 Les décisions sont affectées d'un vice de forme lorsque sont méconnues les prescriptions relatives à la procédure d'adoption desdites décisions. Elles sont alors nulles ou annulables selon la gravité du vice de forme²³².
- 181 Les décisions sont affectées d'un vice matériel lorsque leur contenu viole la substance de la loi ou les statuts. Elles se divisent selon que la décision est de nature abstraite et générale, dont la sanction sera la nullité, ou qu'elle est de nature concrète et individuelle, dont la sanction sera l'annulabilité²³³.

C. La gravité de l'atteinte

- 182 Nous soutenons que le critère de la gravité de l'atteinte du droit doit être pris en compte pour distinguer l'annulabilité (*Anfechtbarkeit*) de la nullité (*Nichtigkeit*). Il agit comme une boussole qui indique la sanction applicable. Ainsi, tout autant que la nature et la finalité de la règle méconnue, la gravité de l'atteinte est à prendre en compte. Un arrêt du Tribunal fédéral abonde en ce sens en confirmant que: «si les décisions de l'assemblée générale sont affectées d'un vice grave, elles sont nulles²³⁴». Un autre arrêt laisse entendre que les «vices formels graves touchant la détermination des droits de participation et des droits de vote attachés aux actions entraînent la nullité» de la décision affectée²³⁵». Etudiant l'application analogique de l'article 706b CO dans les sociétés de personnes, Peter Jung relève également que la distinction entre annulabilité et nullité peut s'établir selon la gravité des conséquences du vice. Pour que la nullité soit applicable, la violation (*Verstoss*) doit être grave au point de justifier une insécurité juridique (*Rechtsunsicherheit*) pour les actionnaires et les tiers (*nach der Schwere der Wirkung des Mangels*)²³⁶.
- 183 Le degré de gravité se détermine selon les conséquences de l'irrégularité (*Rechtsfolgen*) sur les intérêts particuliers et sur les intérêts généraux. Si l'atteinte est telle qu'elle empêche totalement l'exercice de son droit par la personne protégée, alors la sanction devrait être la nullité, indépendamment de son caractère impératif. En revanche, si la gravité de l'atteinte est légère ou que les circonstances permettent d'en atténuer les conséquences, de sorte que les personnes protégées n'ont pas été totalement privées de l'exercice de leurs droits mais qu'il leur a seulement été rendu plus difficile de les exercer, la sanction devrait être l'annulabilité. De plus, la gravité de l'atteinte présente également l'avantage de sanctionner par la nullité les décisions af-

²³² Cour de justice du Genève, ch. civ., 24 juin 2016, consid. 7.1.1. citant ATF 137 III 460, consid. 3.3.2; ATF 115 II 468, consid. 3b = JdT 1990I 374.

²³³ ZK-TANNER, art. 706b CO, N 51; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (1996), § 25 N 16; MONTAVON (2004), 539.

²³⁴ 4A_141/2020, arrêt du 4 septembre 2020, consid 3.2.

²³⁵ ATF 4A_141/2020 du 4 septembre 2020, consid. D.

²³⁶ JUNG (2015), p. 193.

fectées par des vices formels²³⁷. Elle permet ainsi de clore la dichotomie qui considère que les vices formels sont seulement annulables et que seuls les vices matériels sont nuls.

A titre illustratif, il est certain que le droit de participer à l'assemblée générale, garanti par la convocation des actionnaires, est un droit dont les actionnaires ne peuvent être privés. Cependant, il convient selon nous de distinguer entre une absence totale de convocation, qui devrait être sanctionnée par la nullité des décisions de l'assemblée générale, et une convocation au contenu incomplet, qui devrait être sanctionnée par l'annulabilité. En effet, l'absence de convocation ne permet pas à l'actionnaire d'avoir connaissance de la tenue de l'assemblée générale et l'exclut totalement du droit d'y participer. En revanche, une convocation incomplète quant à son heure ou à son lieu rend seulement l'exercice de son droit de participer plus difficile, mais pas impossible, dans la mesure où l'actionnaire peut en effet se renseigner auprès de la société pour obtenir les informations manquantes. 184

Le critère de la gravité est en outre complété par le critère du but poursuivi par la décision litigieuse. En ce sens, le Message du Conseil fédéral précise que: « Tout préjudice aux dépens des actionnaires doit être proportionnel au but visé, c'est-à-dire que la gravité de l'atteinte portée par l'assemblée générale doit être en relation avec la fin poursuivie²³⁸. » 185

Conclusion de la section 2

La doctrine suisse et la doctrine française se sont employées à établir des typologies permettant de distinguer les causes de nullité automatique et facultative (en France) et les causes de nullité et d'annulabilité (en Suisse). 186

En France, la *summa divisio* retenue par le législateur distinguant les actes et délibérations modifiant les statuts des autres actes et délibérations n'est pas d'une grande utilité. Un mouvement de réforme préconise d'ailleurs de supprimer l'article L. 235-1 du Code de commerce pour ne conserver qu'une disposition de droit commun des sociétés à côté de laquelle cohabiteraient des dispositions dérogatoires de droit spécial²³⁹. La doctrine s'est inspirée de la théorie générale des nullités en droit civil pour proposer une approche reposant sur la nature et la finalité de la règle bafouée par la délibération litigieuse. Le caractère impératif de la disposition méconnue permet d'identifier 187

²³⁷ BÖCKLI (2009), § 16 N159, 174; Cour de justice du Genève, ch. civ., 24 juin 2016, consid. 7.1.1. citant ATF 137 III 460, consid. 3.3.2; ATF 115 II 468, consid. 3b = JdT 1990 I 374), MONTAVON (2004), p. 536; BOHNET (2007), N 12, p. 154.

²³⁸ Message du 23 février 1983, p. 909.

²³⁹ MARTIN (2020), p. 7.

les droits protégés; et le juge dispose d'une grande marge d'appréciation pour distinguer la nullité automatique de la nullité facultative d'une décision ne modifiant pas les statuts.

- 188 En Suisse, le rejet explicite par le législateur de la théorie des droits acquis, sur laquelle se fondait auparavant la théorie de la nullité, a généré plus de troubles que de clarté. Plusieurs auteurs proposent depuis lors des interprétations différentes pour distinguer les causes d'annulabilité des causes de nullité. Selon notre analyse, la sanction applicable dépendra d'une combinaison de critères: (1) du caractère impératif ou semi-impératif de la règle protégée ainsi que (2) du bénéficiaire du droit protégé selon qu'il s'agit d'intérêts généraux ou particuliers, (3) du caractère formel ou matériel du vice affectant la décision, (4) de la portée de la décision litigieuse et (5) de la gravité de l'atteinte au droit protégé. Sont ainsi nulles sur le fondement de l'article 706b CO: les décisions contraires à un intérêt de portée générale, présentant un caractère impératif, d'une gravité telle qu'elle prive intégralement les personnes protégées de leurs droits. Sont annulables sur le fondement de l'article 706 CO: les décisions contraires à un intérêt particulier, et principalement aux intérêts des actionnaires, non justifiées par l'intérêt social.

Chapitre 2: Les décisions illicites sanctionnables

La nullité (sont visés ici à la fois l'annulabilité et la nullité), dans sa dimension sanctionnatrice, a pour objectif la protection d'intérêts généraux ou privés. Ces intérêts sont protégés par l'édiction d'un droit substantiel ou formel. Lorsque la décision d'un organe social heurte ce droit, cette décision revêt un caractère illicite, dont le vice est grave au point de la priver de sa validité. Toutefois, en raison de son caractère redoutable, la sanction de la nullité frappe uniquement les décisions contraires à un droit particulièrement essentiel ou dont le vice est d'une gravité particulière. A ce titre, les décisions illicites ne sont pas nécessairement sanctionnées par la nullité. 189

Tant en France qu'en Suisse, est sanctionnable la méconnaissance du socle élémentaire que constitue le droit commun des contrats et les principes généraux du droit des sociétés (Section 1). Sur ces fondements, est sanctionnée la violation de l'ordre public en matière de droit des sociétés, à savoir le principe d'égalité, le principe de proportionnalité, le respect des droits individuels, le respect de l'intérêt social (Section 2). 190

Certains droits ont pour finalité de protéger des intérêts considérés essentiels, soit qu'ils participent au bon fonctionnement de la société, soit qu'ils garantissent aux personnes protégées le respect de leurs intérêts particuliers. Certains de ces droits se sont progressivement détachés au fil de leur construction pour devenir des droits protégés *per se*. Tel est le cas du droit à l'information des actionnaires. 191

Sans surprise, si certains de ces droits se retrouvent en France et en Suisse, la sanction applicable à leur défense varie en fonction de l'importance que le législateur leur a accordée d'une part, et d'autre part du cadre herméneutique particulier à chacun des ordres concernés. Le choix de la sanction applicable opère une hiérarchie des normes protégées: les droits indispensables sont protégés par la sanction la plus sévère à savoir la nullité automatique en France ou la constatation de la nullité en Suisse; les droits essentiels mais non indispensables sont protégés par la sanction plus malléable, à savoir la nullité facultative en France ou l'annulabilité en Suisse. Cette hiérarchie est 192

souple, le juge disposant d'une certaine faculté pour la faire évoluer, selon qu'il positionne le curseur de la sanction en faveur de l'un ou de l'autre des intérêts catégoriels.

Section 1: La violation des principes généraux du droit

193 En droit français, la lettre des articles 1844-10 du Code civil et L. 235-1 du Code de commerce vise explicitement la violation d'une disposition qui régit la nullité des contrats comme source de la nullité des délibérations sociales, qu'elles modifient ou non les statuts. En droit suisse, l'article 706 CO vise la méconnaissance de la loi comme source d'annulation et l'article 706b CO vise la violation d'une règle impérative comme source de nullité: sont inclus de la sorte les principes généraux du droit. La raison en est le caractère complémentaire du droit commun en présence de lacunes du droit des sociétés. Il en résulte que les causes de nullités des contrats (§ 1 et § 2) de même que l'abus de droit (§ 3) peuvent constituer des fondements à la nullité des décisions sociales.

§ 1 Les causes de nullité des contrats, fondement de la nullité des décisions sociales en droit français

194 Le droit français admet la nullité d'un contrat dont les conditions de formation n'ont pas été valablement remplies. Depuis la réforme du droit des contrats et des obligations introduite par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016²⁴⁰, le contrat est valablement formé lorsqu'il remplit trois conditions (I): un consentement, une capacité et un contenu licite. Il doit en outre respecter des principes généraux et être dépourvu de fraude (II). Une délibération sociale, modifiant ou non les statuts, contraire à ces principes serait également viciée et susceptible d'être annulée.

I. Le sort de la décision litigieuse adoptée en violation des principes de l'article 1109 du Code civil

195 En droit français, l'article 1844-10 du Code civil dispose expressément que la nullité des actes ou délibérations des organes de la société peut résulter de l'une des causes de nullité des contrats en général. L'article L. 235-1 al. 1 du Code de commerce fait également référence aux «lois qui régissent la nullité des contrats» comme cause de nullité des délibérations des organes sociaux, ces règles de nullité étant édictées par le nouvel article 1128 du Code civil. Trois conditions (et non plus quatre) doivent désor-

²⁴⁰ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Voir aussi: rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, NOR: JUSC1522466P, JO 11 février 2016.

mais être réunies pour qu'une convention soit valable: le consentement des parties, leur capacité à contracter, un contenu licite et certain.

A. *Un contenu licite et certain*

L'objet licite et certain englobe les notions d'objet et de cause en vigueur avant la réforme du droit des contrats²⁴¹. La réforme du droit des contrats engagée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 n'a cependant pas totalement supprimé la notion de cause du droit civil français. En effet, le nouvel article 1162 du Code civil dispose que «le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties». Cette rédaction sanctionne un contrat dont la cause serait illicite. De même, le nouvel article 1169 du Code civil prévoit en effet qu'«un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire.» Cette rédaction sanctionne l'absence d'objet²⁴². Selon nous, la jurisprudence fondant la nullité des décisions sociales pour défaut d'objet ou cause illicite devrait donc toujours s'appliquer en dépit de la réforme du droit des contrats. Une délibération d'un conseil d'administration accordant une retraite sans contrepartie à son président était ainsi nulle pour absence d'objet sur le fondement des principes généraux du droit des contrats²⁴³. La cause illicite pouvait également justifier la nullité d'une décision sociale. L'exemple jurisprudentiel le plus parlant est l'arrêt de la Cour de cassation en date du 27 janvier 1998 selon lequel l'article 6 du Code civil, qui invalide les conventions contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public, justifie la nullité d'un acte ou d'une délibération accompli par une personne physique faisant l'objet d'une interdiction de gérer²⁴⁴.

B. *Les vices du consentement*

Le contentieux foisonnant porte principalement sur les vices de consentement comme motif de nullité des décisions des organes sociaux, et principalement sur le dol²⁴⁵. La réforme du droit des contrats introduit par l'ordonnance du 10 février 2016 n'a, sur ce point, pas apporté de modifications significatives: pour que le contrat soit valable, le consentement doit être libre et éclairé. Il est toutefois désormais précisé que la nullité en cas de vice du consentement est relative (nouvel art. 1131 C. civ.). Les conditions du dol et de la réticence dolosive ont été élargies (nouvel art. 1137 C. civ.) et la notion de violence économique a été précisée (nouvel art. 1143 C. civ.).

²⁴¹ MEKKI (2017), N 18, p. 10; CHENEDE (2018), p. 60: «commode par son imprécision, cette expression se contente de rassembler sous une étiquette commune l'ensemble des conditions de validité (...), qui correspondaient, dans le Code civil de 1804, à l'objet et à la cause.»

²⁴² CHENEDE (2018), p. 60.

²⁴³ Cass. com., 8 avril 1976, n° 75-10.971, Bull.civ. IV, n° 109.

²⁴⁴ Cass. com., 27 janvier 1998, n° 95-20.585, Bull. 1998 IV n° 47 p. 37.

²⁴⁵ COZIAN/VIANDIER/DEBOISSY (2021), N 728.

- 198 La nullité des délibérations sociales contraire aux principes régissant la validité des contrats est ancrée de longue date. La jurisprudence avait admis sur le fondement du droit antérieur à la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales la nullité d'un acte modifiant les statuts pour vice de consentement. La solution est demeurée inchangée depuis: une délibération adoptée alors que le consentement d'un actionnaire a été vicié, que ce soit par erreur²⁴⁶, dol²⁴⁷, fraude (mais à condition de caractériser les manœuvres frauduleuses qui ont amené la victime à participer à la délibération²⁴⁸) ou obtenu sous la menace²⁴⁹, est susceptible d'être annulée.
- 199 Les juges du fonds apprécieront souverainement les éléments de faits qui leurs seront soumis pour caractériser le vice de consentement. A ce titre, le contenu de l'information préalable à la tenue de l'assemblée générale a un caractère déterminant²⁵⁰. Il ressort de la jurisprudence que les juges ont une approche restrictive²⁵¹.

²⁴⁶ Cass. com., 27 janvier 1982, *op. cit.*

²⁴⁷ Cass. com., 13 février 1996, n° 93-21140/94-12225: RJDA 6/1996, n° 789, p. 562: dans une SNC, l'article 1844-1, alinéa 2, du Code civil ne fait pas obstacle à ce que les bénéfices distribuables d'un exercice clos soient répartis entre les associés, sous forme de dividendes, conformément aux renonciations exprimées par certains d'entre eux en assemblée générale; dès lors, la Cour d'appel a pu décider qu'était valide la résolution de l'assemblée générale du 20 septembre 1989 relative à la répartition des bénéfices de l'année 1988. Il s'agit d'une nullité facultative: dès lors qu'elle n'avait constaté aucune fraude, la Cour d'appel (...) n'a fait qu'user de la faculté d'appréciation à elle accordée par l'article 361 de la loi du 24 juillet 1966, en ne prononçant pas la nullité de l'assemblée générale du 21 mars 1988; Cass. com., 26 avril 1971, n° 69-10.265, JC, P G 1972, II, n° 16986, note Bernard, Rev. soc. 1972, p. 248 pour un dol à l'occasion d'une augmentation de capital: cependant en l'espèce, la demande de nullité pour vice de consentement est rejetée, faute de qualité pour agir car le demandeur n'était pas actionnaire au moment de l'adoption de la résolution par l'assemblée générale.

²⁴⁸ Cass. Req., 10 février 1868, plus récent Cass. com., 27 novembre 1972, n° 70-12. 609; Rev. soc. 1973, p. 50, note J.G.; Gaz. Pal. 1973, p. 259, note Demais: la souscription d'un actionnaire à une augmentation de capital d'une société anonyme peut être annulée pour dol, dès lors qu'il est constaté que ce sont les manœuvres dolosives des représentants légaux de cette société qui ont amené l'actionnaire à souscrire, en lui faisant croire qu'ils assumeraient une partie des charges résultant de la souscription et que ces représentants ont agi dans l'exercice de leurs fonctions et l'intérêt direct de la société qui a tiré un profit manifeste de leurs agissements.

²⁴⁹ CA Paris, 19 mars 1981, 3e ch. B.: D. 1981, jurispr. P. 405, concl. M. Jeol: JCP G 1982 II.

²⁵⁰ Cass. com., 27 janvier 1982, n° 80-11.064, note de Bouloc, Rev. soc. 1982, p. 825: écarte le grief d'erreur invoqué par d'autres actionnaires à propos de la création d'obligations convertibles en actions en relevant que «les actionnaires demandeurs avaient été informés de l'objet de la délibération et de sa portée», dès lors que le rapport du conseil d'administration qui doit être présenté à l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires délibérant sur l'émission en question comportait les mentions prévues par l'article 170 du décret du 23 mars 1967.

²⁵¹ Cass. com., 3 nov. 2004, n° 00-20.248, RJDA 2005, n° 401, BJS 2005, p. 737: rejette la demande de nullité pour dol d'une assemblée générale portant sur une augmentation de capital, au motif que le dol est constitué lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que sans ces manœuvres l'autre partie n'aurait pas contracté. Or, en l'espèce, le demandeur avait pu établir une *due diligence* avant la souscription et avait été alerté par le commissaire aux comptes sur certaines écritures. V. aussi Cass. com., 3 juin 1998, n° 96-

Désormais codifiée depuis l'ordonnance du 10 février 2016, la sanction usuelle d'un vice du consentement est la nullité relative (nouvel art. 1131 C. civ.). En étendant la solution au droit des sociétés, et en particulier à la formation de la volonté collective des organes sociaux, la nullité sera encourue en cas de défaut ou de vice du consentement des membres des organes sociaux²⁵².

Deux critères cumulatifs sont déterminants pour identifier un vice du consentement en matière de décision collective: (1) les membres dudit organe ont été insuffisamment informés, ou de façon erronée, ou des informations leur ont été dissimulées²⁵³, le droit d'information ayant été érigé en principe général du droit des sociétés et étant le préalable indispensable à la formation d'un consentement éclairé²⁵⁴; et (2) cette information incomplète ou inexacte est la cause d'un préjudice²⁵⁵. Dans une espèce portée jusque devant la Cour de cassation, les actionnaires minoritaires demandent la nullité d'une assemblée générale approuvant les comptes et une convention réglementée. Leur prétention est rejetée aux motifs que ni les associés auraient été trompés sur l'étendue des engagements contenus dans la convention litigieuse, ni la situation fi-

13.891, Rev. Lamy dr. Aff. 1998, n°9, n°543, notes de Couret, BJS 1998, p.921; Viander/Caussain, JCP E 1998, p.1304: rejette la réticence dolosive du président de la société absorbante pour écarter la nullité d'une fusion, au motif que les informations qui n'avaient pas été divulguées (en l'espèce, un contrat classé secret défense) n'auraient pas eu d'impact sur la valorisation de la société et sur la fixation des parités d'échange.

²⁵² CA Paris, 3e ch. A, 12 juin 2007, n°07/05264, BJS 207, p.1341, note Le Cannu/Dondero: dans le cadre d'une SAS, «selon l'article 1108 du Code civil, le consentement de la partie qui s'oblige est une condition essentielle pour la validité d'une convention: d'où la nullité d'une convention de cession de parts que les membres du directoire avaient passée sans l'autorisation préalable du conseil de surveillance requise par les statuts».

²⁵³ Cass. com., 21 janvier 1970, n°68-11.085, *Saupiquet c. Cassegrain*, notes de J.G., Rev. soc. 1970. 292, Oppetit, JCP 1970. II. 16541: Les décisions du conseil d'administration et la délibération de l'assemblée générale extraordinaire d'une société anonyme autorisant la cession à une autre société d'une part importante de son capital social ne sauraient être annulées comme portant une atteinte grave à l'objet de la société et mettant en cause sa survivance même, des lors que cette société conserve son existence propre, sa personnalité juridique son objet et sa durée. Les décisions ainsi prises ne peuvent être tenues pour des abus de pouvoir des lors que les offres d'acquisition faites aux actionnaires ont été transmises à tous ceux-ci sans exception et qu'il n'apparaît pas que le conseil d'administration ait donné des renseignements inexacts, dissimulé des informations utiles ni qu'il n'est pas tenu compte de l'intérêt de la société ou cherché à favoriser certains actionnaires au détriment des autres.

²⁵⁴ CA Limoges, 28 mars 2012, *SAS Groupe Rambaud c/R*, JCP E 2012, n°1341: les juges se fondent sur le droit d'information des associés comme principe général du droit des sociétés pour prononcer la nullité d'une délibération ayant modifié la répartition des droits de vote entre les actionnaires: en l'espèce, les associés n'avaient pas été clairement informés et n'avaient donc pas voté en connaissance de cause.

²⁵⁵ Cass. com., 28 avril 2004, n°00-12.827, *RJDA* 2004, n°982 approuvant un refus d'annulation dès lors d'une part que les associés n'ont pas été trompés sur l'étendue des engagements contenus dans les conventions approuvées et ont été suffisamment informés et de manière exacte par le rapport de gestion, et d'autre part qu'aucune des opérations mises en œuvre n'a été de nature à porter préjudice à la société ou à un associé.

nancière de la société aurait pu les conduire à ne pas ratifier celle-ci, ni le rapport de gérance aurait été insuffisant ou inexact, ni la décision eût été contraire à l'intérêt social (en l'espèce, les actifs ont été vendus à une valeur supérieure à leur valeur comptable)²⁵⁶.

C. *La capacité*

- 202 En droit français, sont incapables les mineurs, les majeurs sous tutelle et les majeurs sous curatelle (art. 1146 C. civ.). La capacité étant une condition de validité des contrats, la délibération sociale adoptée par un incapable est-elle sanctionnée par la nullité? Elsa Guégan se penche sur la question dans sa thèse: comme elle le souligne, «les modalités de l'exercice du droit de vote dépendent de la qualification de cet acte en acte d'administration ou de disposition²⁵⁷».
- 203 Depuis l'adoption du décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008, l'exercice du droit de vote est un acte d'administration sauf lorsqu'il porte sur un ordre du jour particulier. Il est un acte de disposition lorsque la résolution modifie le patrimoine de l'associé incapable, comme par exemple en cas de fusion, scission, d'agrément d'un actionnaire, d'augmentation et de réduction de capital ou d'aggravation des engagements des associés. Lorsque l'exercice du droit de vote est qualifié d'acte d'administration, le vote sera exercé par un des parents du mineur, par le majeur seul en cas de curatelle ou par le tuteur en cas de tutelle. Si l'exercice du vote est qualifié d'acte de disposition, il doit être effectué en présence des deux parents pour le mineur, du juge des tutelles ou du conseil de famille pour l'actionnaire sous tutelle ou en présence du curateur pour le majeur sous curatelle. La sanction en cas de non-respect des dispositions relatives à la capacité est édictée à l'article 465 du Code civil: en principe, la sanction est la nullité relative à condition que la personne protégée ait subi un préjudice. La nullité absolue est encourue lorsque la personne protégée aurait dû être représentée. Le nouvel article 1147 du Code civil prévoit que la nullité du contrat pour défaut de capacité est relative mais le nouvel article 1150 du Code civil réserve les sanctions de l'article 465 mentionné précédemment. La nullité pour défaut de capacité admet un tempérament en l'article 1151 al. 1 nouveau du Code civil: le cocontractant capable pourra faire obstacle à la nullité en démontrant que le contrat conclu est utile et exempt de lésion ou profitable à l'incapable.

II. **Le sort de la décision litigieuse adoptée par fraude**

- 204 En droit suisse comme en droit français, la fraude corrompt tout. Sans revenir ici sur la construction de la théorie de la fraude en droit privé, on notera simplement que tant le Tribunal Fédéral que la Cour de cassation ont été amenés à annuler des décisions d'as-

²⁵⁶ Cass. com., 28 avril 2004, n° 00-12.827, *op. cit.*

²⁵⁷ GUEGAN (2020), N 193 et s.

semblées générales adoptées frauduleusement en application du droit commun des contrats. La fraude était caractérisée car certains actionnaires avaient été écartés par ruse et artifice²⁵⁸.

La jurisprudence en la matière est peu fournie mais la solution est stable. En droit fran- 205 çais, pour caractériser la fraude le demandeur devra démontrer que la décision est entachée d'irrégularité en raison d'une volonté de nuire d'une part et d'autre part d'agissements malicieux. Le juge appréciera donc la finalité de l'opération litigieuse. Aussi, en matière d'augmentation de capital, «la fraude n'est pas caractérisée, alors que l'assemblée a été régulièrement convoquée, que l'associé était présent, que le prix des actions émises n'est pas prohibitif, que l'associé n'a pas été empêché d'y souscrire, que sa dilution est marginale²⁵⁹».

La fraude se manifeste lorsque l'actionnaire est empêché d'exercer son droit préféren- 206 tiel de souscription ou lorsque le montant de la prime d'émission est injustifié eu égard à la situation financière de la société. À titre d'exemple, une augmentation de capital a pu être annulée alors que la valeur d'émission des actions nouvelles représentait vingt-cinq fois le nominal des actions anciennes, les réserves étant inexistantes et la société ayant réalisé des pertes²⁶⁰.

La fraude peut fonder l'annulation tant d'une assemblée générale ordinaire que d'une 207 assemblée générale extraordinaire, mais ce fondement est admis restrictivement et ne confère au juge qu'une simple faculté. Elle peut être invoquée par toute personne y ayant intérêt²⁶¹. La nullité est donc facultative et absolue.

²⁵⁸ Cass. com., 6 juillet 1983, n° 82-12.910, Bull. Civ. 1983, IV, n° 206; note de Guyon, Rev. soc. 1984, p. 76, pour l'annulation d'une assemblée générale convoquée hors du délais légal minimum de 15 jours (nullité facultative) et sur le fondement de la fraude en raison du refus d'admission à l'assemblée de certains actionnaires détenant une minorité de blocage par ruse et artifice du président du conseil d'administration; Cass. com., 22 mai 2001, n° 98-19.086, *Château Giscours*, JCP E 2002, n° 1, p. 33: rejette la demande d'annulation de l'augmentation de capital qui soutenait que le montant de la prime d'émission vise à permettre aux actionnaires majoritaires de le demeurer. La fraude n'est pas caractérisée car la prime d'émission a été établie sur la base des documents comptables; CA Paris, 3^e ch. A, 15 juin 1999, *Société GSD c/ Labadedi*, RJDA 1999, n° 1093; Cass. com., 7 octobre 2008, n° 07-18.635, Bull. civ. IV, n° 168, note Bureau, BJS 2009, p. 44: dans une société civile, rejette au visa de l'article 1844-17, 2^e du Code civil la demande de nullité de l'assemblée générale qui décide de la cession des seuls actifs de la société, au motif que la violation des droits des associés minoritaires par éludation d'une règle obligatoire n'a pas été caractérisée.

²⁵⁹ Cass. com., 5 février 2018, n° 16-18772, BJ N° 07-08, p. 405 note Coupet.

²⁶⁰ Cass. com., 12 mai 1975, n° 74-10363: Bull. civ. IV, n° 129; Cass. com., 16 avril 2013, n° 09-10583 et 09-13651.

²⁶¹ CA Paris, 25 janvier 1972, Rev. soc. 1972, p. 688, note Schmidt: l'application de la théorie générale des contrats conduit également à l'annulation des actes effectués et des délibérations prises en fraude des droits des créanciers sociaux.

- 208 Sur la base du principe *fraus omnia corrumpit*, le fondement de la fraude permet de pallier l'absence de règle impérative protégeant un droit particulier. Le raisonnement est le suivant: lorsque le droit spécial est protégé par une règle impérative, son inobservation sera la nullité. Lorsque aucune règle impérative n'est prévue, l'éventualité de la fraude permettra d'obtenir l'annulation. A défaut, aucune sanction ne serait prononcée. C'est bien le raisonnement que semblent retenir les juges du fond: l'article L. 225-98 du Code de commerce n'exigeant pas la présence d'un nombre minimal d'actionnaires, la demande en annulation d'une assemblée générale tenue en présence d'un seul actionnaire, en l'absence de fraude ou de faute, n'est pas recevable²⁶². Il a également été admis qu'un actionnaire, même dissident, est lié par les décisions de l'assemblée générale prises régulièrement dans les limites de sa compétence, et il ne peut attaquer ces décisions qu'en cas de dol ou de fraude²⁶³. De même, bien que la loi et les statuts d'une société anonyme ne fixent pas de règles relatives à la convocation et à la tenue des réunions du conseil d'administration, les décisions de celui-ci peuvent être annulées si des fraudes, des excès de pouvoir ou des abus de droit ont été commis au préjudice de la société ou de certains actionnaires par les membres du conseil d'administration qui ont voté ces décisions²⁶⁴. Enfin, le droit français ne sanctionnant en principe pas l'inobservation des statuts par la nullité, un détour par le fondement de la fraude pourrait également être envisagé pour sanctionner une décision qui contreviendrait aux statuts et lèserait des intérêts particuliers²⁶⁵.
- 209 Les droits des créanciers de la société peuvent également être menacés d'actions frauduleuses, dite fraude paulienne. Ils peuvent alors entamer une action sur le fondement de l'article 1341-2 du Code civil pour attaquer les actes et décisions sociales adoptés par le débiteur en fraude de leurs droits. Toutefois, la sanction d'une décision sociale dont l'objet serait une fraude paulienne ne semble pas être sanctionnée par la nul-

²⁶² CA Paris, 11 juin 1981: Rev. soc. 1982. 297, note Sibon.

²⁶³ CA Lyon, 3 décembre 1925: DH 1926. 93.

²⁶⁴ Cass. com., 19 janvier 1959, n° 57-10.279; P:D. 1959.260, *consorts Lavie c. Usines Lavie*: si la loi et les statuts d'une société ne fixent pas les règles relatives à la convocation et à la tenue des réunions du conseil d'administration, les décisions de ce conseil peuvent être annulées si des fraudes, des excès de pouvoir ou des abus de droit ont été commis au préjudice de la société ou de certains actionnaires par les membres du conseil d'administration ayant voté des décisions, et d'autant plus que les manœuvres (en l'espèce, convocation tardive dans un lieu éloigné, ordre du jour trop imprécis) ont eu pour conséquences de fausser le sens de la délibération et de préjudicier aux intérêts de la société et des actionnaires, la majorité des administrateurs étant opposée au projet objet de la résolution.

²⁶⁵ La victime de la fraude pourrait obtenir l'inopposabilité à son égard de la modification statutaire destinée à la léser (cf. pour une fusion décidée pour frauder les droits du bénéficiaire d'un cautionnement, Cass. com., 10 octobre 1995, n° 93-15.619, BJS 1995, p. 1058, RJDA 1995, n° 1371, Rev. soc. 1995, p. 708, note Routier: visant le principe *fraus omnia corrumpit*) ou encore agir sur le fondement de la responsabilité civile (dissolution décidée en fraude des droits d'un créancier, Cass. com., 21 septembre 2004, n° 02-20.250, RJDA 2005, n° 147).

lité²⁶⁶. L'article 1341-2 du Code civil précise que la sanction des actes accomplis en fraude des droits des créanciers est l'inopposabilité de tels actes aux créanciers.

§ 2 Le sort des délibérations contraires au droit régissant les contrats en droit suisse

La difficulté de la transposition des solutions de droit commun aux décisions sociales en droit suisse tient du fait que la nullité n'est de loin pas la sanction communément applicable (I) bien qu'elle puisse, de façon exceptionnelle, se justifier en cas de vice du consentement (II) ou de contenu illicite ou contraire aux bonnes mœurs (III).

I. L'application des dispositions du droit des contrats aux décisions sociales

En droit suisse, l'article 706 CO qui fonde l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale vise les décisions qui violent «la loi» de façon générale, sans se limiter aux seules lois régissant les sociétés anonymes. L'article 706b CO qui fonde la nullité de ces mêmes décisions vise quant à lui les «droits des actionnaires garantis par des dispositions impératives», sans se limiter aux dispositions impératives propres aux sociétés anonymes. Certains auteurs estiment que l'absence de précision du texte est un silence qualifié du législateur et en déduisent que les dispositions des articles 706 CO et suivants visent l'ensemble des normes légales, ce qui inclut les dispositions relatives au droit commun des contrats²⁶⁷. D'autres auteurs préconisent une limitation aux dispositions du droit de la SA et de la SARL²⁶⁸. Cette approche restrictive admet néanmoins que les décisions adoptées en violation des principes généraux du droit tels que ceux découlant des articles 2 CC ou 27 CC et 28 CC peuvent également être sanctionnées par la nullité.

Peut-on raisonner par analogie avec la matière contractuelle en présence d'une décision sociale, qui ne saurait être qualifiée de contrat? En principe, les règles en matière contractuelle sont applicables à tous les actes juridiques en l'absence de dispositions spéciales. En effet, préalablement à l'adoption des articles 706 et s. CO, le Tribunal fédéral avait fait sien ce raisonnement: en l'absence de fondement spécifique permettant d'annuler une décision sociale, les causes de nullité admises en droit commun des contrats s'appliquent, tel que l'illicéité de l'objet ou la contrariété aux bonnes mœurs.

²⁶⁶ GUEGAN (2020), N 213 pour qui la jurisprudence ne semble pas l'admettre.

²⁶⁷ CR-PETER/CAVADINI, art. 706 CO, N 23; JUNG (2015), p. 188: admet l'annulation d'une décision prise par erreur, tromperie ou violence: le détour par le droit commun est possible dans les sociétés de personnes en l'absence de disposition spéciale, tel serait également le cas selon nous dans les sociétés de capitaux rien ne s'y opposant.

²⁶⁸ TRIGO TRINDADE/BAHAR (2002), p. 381-458.

Dans le célèbre arrêt *Gebrüder Oechslin* en date du 24 janvier 1928²⁶⁹, le Tribunal fédéral avait érigé en principe que, s'agissant du moins de l'approbation du bilan, l'actionnaire ne peut saisir le juge que dans la mesure où sa demande se rapporte à des dispositions légales sur lesquels il a sans succès sollicité des renseignements avant l'assemblée générale ou au cours de celle-ci. L'arrêt réserve le cas des décisions contraires à des dispositions légales impératives ou aux bonnes mœurs, dont l'actionnaire demeure toujours libre de faire constater la nullité.

II. L'annulabilité des décisions adoptées par vice de consentement

- 213 Dès lors, une décision adoptée par erreur (art. 23 CO), dol (art. 28 CO) ou crainte fondée serait-elle susceptible d'être annulée? L'étude de la doctrine²⁷⁰ et de la jurisprudence permet de l'envisager. Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral admet sans difficulté qu'un acte puisse être attaqué pour vice de consentement en vertu des articles 23 CO et ss (erreur, dol ou crainte fondée), pour autant que l'acte ait une nature contractuelle²⁷¹.
- 214 Notons d'emblée que, en droit commun des contrats, il est admis que le vice affectant un contrat permet à la partie dont le consentement a été vicié d'invalider le contrat, ce qui emporte la caducité du contrat avec effet *ex tunc*²⁷². En pratique, un actionnaire pourrait estimer que son consentement a été vicié si ses demandes de renseignements préalablement à la tenue de l'assemblée générale ou pendant la séance sont restées sans réponse de façon injustifiée. Il serait toutefois étonnant qu'un actionnaire accepte de voter en faveur d'une résolution pour laquelle il estime ne pas avoir été suffisamment renseigné. En pratique encore, les renseignements transmis à l'actionnaire peuvent être erronés et incomplets, ce qui l'aurait induit en erreur. Un arrêt en date du 13 février 2012²⁷³ juge que la décision d'un coup d'accordéon (*Kapitalschnitt auf Null*) est annulable sur le fondement de l'article 706 CO et non pas nulle sur le fondement de l'article 706b CO. En l'espèce, le requérant soutenait qu'il n'avait pas été suffisamment informé sur des mesures qui, combinées à l'augmentation de capital, permettraient d'assainir la situation financière de la société. Il invoquait donc que la décision de coup d'accordéon était contraire à l'article 732a al. 1 CO car elle ne constituait pas une mesure d'assainissement financier, ce que les juges ont approuvé.

²⁶⁹ RO 54 II 19.

²⁷⁰ En ce sens: BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706 CO, N 7; BÖCKLI (2009), § 16 N 121: l'actionnaire peut contester son propre vote en raison d'une erreur.

²⁷¹ ATF 80 I 385, arrêt en date du 21 décembre 1954, *Moroge et cons. c/Département du commerce et de l'industrie du canton de Genève*, consid. 3.

²⁷² ATF 129 III 320, arrêt 4C.352/2002 du 21 février 2003 = JdT 2003 I 331, consid. 7.1.1., *Ville de Zürich c. ABZ Recycling SA*; ATF 143 III 167: en principe, la nullité du contrat sur le fondement de l'article 20 CO produit ses effets *ex tunc* (rétroactivement). Mais s'agissant d'un contrat de durée, la nullité a un effet *ex nunc* (Comm.: JACOT-GUILLARMOD).

²⁷³ ATF 138 III 204.

III. La nullité d'une décision sociale au contenu illicite ou impossible

Une décision, dont le contenu serait illicite, contraire aux bonnes mœurs ou encore 215 constitutif d'une fraude à la loi, serait également susceptible d'être nulle (art. 706b CO)²⁷⁴. En effet, en droit commun, un contrat au contenu illicite ou contraire aux bonnes mœurs tombe sous le coup des articles 19 et 20 CO²⁷⁵. La jurisprudence admet que la convention des parties est nulle pour cause de contenu impossible sur le fondement de l'article 20 al. 1 CO²⁷⁶. Les conventions sont également nulles lorsqu'elles ont un objet illicite, tel que l'énumère l'article 19 CO, c'est-à-dire contraire à une norme impérative de droit suisse²⁷⁷. Une opération juridique qui viole une norme du droit n'est nulle que dans la mesure où la norme méconnue prévoit expressément cette sanction ou si le but de la disposition en cause l'exige²⁷⁸.

Par analogie, il en serait de même des décisions litigieuses dépourvues d'objet ou de 216 cause²⁷⁹. La doctrine abonde en ce sens: la nullité de l'article 706b CO en cas de violations des articles 19 al. 2 et 20 al. 1 CO se justifie parce que l'article 706 CO ne confère pas aux tiers, à l'instar des créanciers sociaux, le droit d'attaquer de telles décisions et parce que la solution de l'article 706 CO ne saurait être satisfaisante²⁸⁰.

En la matière, l'arrêt phare du 25 juin 1991 dans la cause Association Canes c/ 217 Nestlé apporte un éclairage intéressant²⁸¹. En l'espèce, la requérante demandait la nullité au sens de l'article 20 CO du rapport fiduciaire entre la société Nestlé et sa banque dans le cadre d'une souscription d'actions réalisant une augmentation de capital décidée en assemblée générale. Elle en déduisait également l'annulation de la décision de l'assemblée générale autorisant l'augmentation de capital. Le Tribunal fédéral conçoit que le rapport fiduciaire est nul au sens de l'article 20 CO lorsqu'il constitue un moyen de contourner les règles légales impératives, notamment celles de la société anonyme²⁸². Il caractérise le comportement fautif qui vise à éluder la loi en méconnaissant son esprit, tout en respectant la lettre même d'une mesure d'in-

²⁷⁴ BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706b CO, N 3.

²⁷⁵ ATF 129 III 320, arrêt 4C.352-2002 du 21 février 2003, JdT 2003 I 331, *Ville de Zürich c. ABZ Recycling SA*

²⁷⁶ ATF 133 III 311, consid. 3.4.1.

²⁷⁷ ATF 126 III 182, consid. 3b, JdT 2000 I p. 315: arrêt rendu en matière de nullité de l'objet.

²⁷⁸ ATF 96 II 18 en date du 12 mai 1970, consid. 1 se référant à ATF 81 II 619; ATF 82 II 132; ATF 86 II 450; ATF 95 II 538.

²⁷⁹ La cause est «la raison» pour laquelle le contrat est conclu, l'objectif que l'exécution du contrat cherche à atteindre. L'objet s'en distingue en ce qu'il réfère au contenu du contrat, qui est le contenant. V. FAVRE (1927).

²⁸⁰ OKUR (1965), p 69; ZK-JUNG, art. 620 CO, N 68: la société anonyme dont l'objet est illégal ou immoral est sanctionnée par la nullité de la société et des actes individuels accomplis avec cette finalité, conformément à l'article 20 al. 1 CO.

²⁸¹ ATF 117 II 290.

²⁸² ATF 113 II 36, consid. 3c; ATF 85 II 102, consid. 3; ATF 81 II 540, consid. 2.

terdiction²⁸³. Notons que l'on peut reconnaître dans cette formulation la définition de la fraude à la loi en droit suisse. Le Tribunal fédéral y fait d'ailleurs référence dans le même considérant, mentionnant que la souscription fiduciaire est nulle lorsque les parties y introduisent des obligations juridiquement inadmissibles, constituant un procédé de fraude comme, par exemple, lorsque le droit de vote fiduciaire prévu dans la convention recherche un but manifestement contraire aux statuts.

- 218 Le Tribunal fédéral distingue dans son raisonnement selon que la décision de l'assemblée générale par son objet même est contraire aux dispositions impératives de la loi ou selon que le rapport fiduciaire, qui découle de la mise en œuvre de la décision de l'assemblée générale, est nul. Le Tribunal fédéral précise alors qu'est annulable sur le fondement de l'article 706 CO la décision qui conduit à éluder des dispositions du droit de la société anonyme, en l'espèce l'interdiction pour la société d'acquérir ses propres actions (art. 659 al. 1 CO), d'émettre des actions en dessous du pair (art. 624 al. 1 CO) et de restituer leurs versements aux actionnaires (art. 680 al. 2 CO)²⁸⁴. Tel n'était pas le cas dans cet arrêt.

IV. Le sort des décisions adoptées par un actionnaire incapable

- 219 Le Code civil précise que pour exercer des droits civils, le titulaire des droits doit être majeur et capable de discernement (art. 13 CC). *A contrario*, les personnes mineures ou privées de discernement ne peuvent exercer leurs droits civils (art. 18 CC), exception faite des droits strictement personnels (art. 19 CC) et les affaires mineures se rapportant à la vie quotidienne (art. 19 al. 2 CC). En dehors de ces exceptions, les personnes privées de l'exercice des droits civils ne peuvent contracter qu'avec le consentement de leur représentant légal (art. 19 al. 1 CC). La sanction est que les actes effectués par une personne privée de discernement sont sans effet juridique (art. 18 CC). Lorsqu'un actionnaire est privé de discernement ou mineur, il ne peut donc plus exercer les droits attachés à sa qualité d'actionnaire, ceux-ci étant des droits civils. Son droit de vote, indistinctement de l'objet de la résolution votée en assemblée générale, devra être exercée par les parents titulaires de l'autorité parentale dans le cas des mineurs ou du tuteur ou du curateur dans le cas d'une personne majeure privée de discernement.
- 220 Si l'incapable venait à exercer lui-même son droit de vote, celui-ci serait selon nous sans effet sur le fondement de l'article 17 CC, sauf ratification ultérieure de son représentant légal. A défaut, son vote devrait donc être défalqué du calcul de la majorité et la décision adoptée serait alors annulable (art. 706 CO) si la majorité requise à la validité de la décision n'était plus atteinte. Si le représentant de l'incapable venait à exer-

²⁸³ ATF 114 Ib 15, consid. 3a; ATF 107 II 445/446.

²⁸⁴ ATF 107 II 445/446, consid 3.d.

cer le droit de vote en assemblée générale sans être en mesure de démontrer l'existence de son mandat, l'assemblée générale tomberait sous le coup d'une action fondée sur l'article 691 al. 3 CO.

§ 3 La sanction de l'abus de droit: l'abus de majorité

Les cas d'abus de minorité ou d'égalité se caractérisent par l'absence de prise de décision aboutissant à une situation de blocage. Il en résulte que la sanction de la nullité est inapplicable, en l'absence de décision à annuler. En revanche, l'abus de majorité se caractérise par une prise de décision illicite qui sera contestée par les parties lésées. Une décision reflétant un tel abus de droit encourt la nullité facultative en droit français (I) et est passible d'annulation en droit suisse²⁸⁵ (II).

I. L'abus de majorité comme principale source d'annulation des actes et délibérations en droit français

L'abus de droit résulte d'une construction jurisprudentielle pragmatique, dérogeant à l'adage «pas de nullité sans texte», se fondant sur le nouvel article 1240 du Code civil (ancien article 1382)²⁸⁶. La formule usuellement employée par la Cour de cassation définit l'abus de majorité, depuis l'arrêt fondateur Société des anciens Etablissements Piquard contre Schumann en date du 18 avril 1961, comme la résolution «prise contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité»²⁸⁷. Trois critères cumulatifs doivent être remplis pour qualifier l'abus de majorité: la décision litigieuse est (1) contraire à l'intérêt général de la société et prise (2) dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité (3) au détriment de la minorité qui doit souffrir d'un préjudice résultant de la décision litigieuse²⁸⁸. La solution est admise de longue

²⁸⁵ ATF 4A_531/2017 en date du 20 février 2017 admet l'annulation sur le fondement de l'article 706 CO pour abus de majorité.

²⁸⁶ LE CANNU/DONDERO (2019), N 159.

²⁸⁷ Cass. com., 18 avril 1961, n° 59-11.394, *Sté des anciens Ets Piquard Frères et Durey-Sohy réunis c/Schumann*: Bull. civ. III n° 175, CP G 1961, II, 12164, note D.B.; T. com. Chartres, 15 janvier 1991: l'abus de majorité est caractérisé lorsque la décision de l'assemblée a été prise dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité. Tel est le cas en présence d'une augmentation de capital sans versement de prime d'émission et ne permettant pas aux actionnaires minoritaires d'exercer leurs droits préférentiels de souscription ou de céder leurs droits de souscription.

²⁸⁸ CA Versailles, 13^e ch., n° 5018.92, 7 juillet 1992, *Marien et autres c/Moreau*, obs. Danet/Champaud, RTD Com. 1993, p. 101: à défaut de préjudice réel, l'inobservation des formes ne suffit pas à remettre en cause la régularité des délibérations de l'assemblée générale extraordinaire; AZAVANT (2013), N 50.

date et constante²⁸⁹. La sanction est dans ce cas la nullité facultative de la décision litigieuse.

- 223 Statistiquement, l'abus de majorité est le fondement le plus communément avancé pour obtenir la nullité d'une délibération²⁹⁰, mais son application par le juge demeure prudente.
- 224 Contrairement à la solution admise en droit suisse, le fondement de l'abus de majorité se distingue de l'abus de droit : les critères de l'abus de majorité sont en effet plus contraignants, l'abus de droit ne nécessitant pas que le titulaire du droit en retire une utilité²⁹¹. L'abus de majorité se fonde sur l'article 1240 du Code civil (ancien article 1382 du Code civil) principalement, et parfois sur les articles 1833 du Code civil relatif à la licéité de l'objet social ou L. 235-1 du Code de commerce. En réalité, c'est la violation de l'intérêt social d'une part et la rupture d'égalité des associés d'autre part que l'abus de majorité sanctionne, bien que certains auteurs soutiennent l'inverse²⁹².
- 225 La loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 dite «PACTE» adoptée en France a suscité des interrogations : l'article 1833 der. al. du Code civil qui en est issu précise que la société est gérée dans son intérêt social. Un amendement parlementaire n° 1479 a voulu limiter l'effet de la reconnaissance légale de l'intérêt social sur la vie de la société et notamment son risque contentieux²⁹³. La crainte était que toute décision contraire à l'intérêt social devienne source de nullité. Afin d'éviter ce risque, le dernier alinéa de l'article 1844-10 prévoit expressément que l'article 1833 der. al. est écarté des causes possibles de nullité d'un acte ou d'une délibération des organes sociaux. Ce faisant, le législateur aurait-il entravé la possibilité de sanctionner un abus de majorité (ou de minorité) en écartant le critère de contrariété à l'intérêt social ? Les auteurs de l'amendement ont examiné la question et ont estimé que la jurisprudence relative à l'abus de majorité ne serait pas affectée.

²⁸⁹ Paris, 2 novembre 1954 : D. 1954. 758 : si la majorité d'une assemblée générale peut, sous certaines conditions, imposer des décisions valables à la minorité, c'est uniquement parce qu'elle est présumée agir dans un intérêt social ; mais s'il est établi que les décisions prises l'ont été en vue de nuire à autrui, elles sont alors entachées d'un véritable abus de droit. Tel est le cas lorsqu'un actionnaire majoritaire a fait voter une modification des statuts afin de faire échec aux droits de cession de son beau-frère et lui a ainsi causé un préjudice certain ; Paris, 31 mars 2000 : RJDA 2001, n° 43 : toute résolution d'un organe contraire à l'intérêt général de la société et prise dans le dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité constitue un abus de majorité.

²⁹⁰ GERMAIN (1977), p. 157.

²⁹¹ GUEGAN (2020), N 217.

²⁹² GUEGAN (2020), N 228, 229 se référant à LE NABASQUE.

²⁹³ Amendement AN n° 1479 du 3 septembre 2018 par Mme Coralie Dubost et M. Roland Les-cure.

A. Une décision contraire à l'intérêt social

La première caractéristique de l'abus de droit en général, et de l'abus de majorité en particulier, est le fait qu'une résolution ne répond pas *a minima* à l'objet social²⁹⁴, et *a maxima* à l'intérêt social. En définissant l'intérêt social, le juge dispose d'une marge de manœuvre non négligeable²⁹⁵.

Certains auteurs ont pu craindre une immixtion du juge dans le prononcé de la nullité pour abus de majorité. Notamment Dominique Schmidt redoute que ne soit « substitué au gouvernement majoritaire un gouvernement judiciaire sur initiative minoritaire²⁹⁶ ». Le juge ne devrait en aucun cas se substituer aux organes sociaux normalement élus en définissant l'intérêt social, « sauf faute d'une particulière gravité »²⁹⁷.

Toutefois, les craintes ne se sont pas avérées fondées. En effet, le juge s'abstient d'apprécier l'opportunité de la décision litigieuse. En d'autres termes, il se contente d'apprécier factuellement le caractère contradictoire à l'intérêt social, et non d'évaluer des solutions alternatives qui eussent été préférables. Ainsi, dans l'arrêt *Saupiquet c. Cassegrain* en date du 21 juin 1982, la Cour de cassation indique que n'est pas entachée d'abus de droit la décision du conseil d'administration susceptible d'entraîner la nullité de la délibération d'une assemblée générale extraordinaire d'une société anonyme ayant autorisé une cession d'actions de nature à permettre à une société concurrente de s'assurer le contrôle de la société. En effet, en l'espèce la situation financière difficile de la société constituait une circonstance de nature à justifier l'opération²⁹⁸. La Cour de cassation censure la Cour d'appel de Rennes qui avait prétendu apprécier l'opportunité de la cession de contrôle d'une société à l'un de ses concurrents à l'égard de l'intérêt social. Ce faisant, la Haute Juridiction a rappelé le principe de souveraineté du pouvoir majoritaire dans la conduite des affaires sociales²⁹⁹.

²⁹⁴ Cass. com., 22 avril 1976, n° 75-10.735 ; note Schmidt, *Rev. soc.* 1976, p. 479 : caractérise les deux éléments de l'abus de droit commis par la majorité des associés lors des assemblées générales d'une société à responsabilité limitée ayant refusé la distribution des bénéfices sociaux, l'arrêt qui, d'une part, constate que la société, pendant de nombreuses années, a mis en réserve, sans investissement et par pure thésaurisation des sommes considérables subissant les conséquences des fluctuations monétaires, et que cette affectation n'a répondu ni à l'objet, ni aux intérêts de la société, et qui déclare, d'autre part, que ces décisions ont favorisé les associés majoritaires, bénéficiaires, au titre de la gestion, de rémunérations substantielles tandis qu'elles nuisaient au minoritaire privé, par l'absence de dividende, du seul avantage de sa qualité de porteur, les parts sociales, ayant, du fait de ses coassociés, perdu leur valeur.

²⁹⁵ Pour une critique du recours au critère de l'intérêt social dans le prononcé de la sanction de l'abus de majorité, voir l'excellente thèse de LEDOUX (2002).

²⁹⁶ SCHMIDT (1976), p. 483 : note sous Cass. com., 22 avril 1976.

²⁹⁷ LE CANNU/DONDERO (2019), N 160.

²⁹⁸ Cass. com., 21 juin 1982, n° 78-14.146, *Saupiquet c. Cassegrain*, *Rev. soc.* 1982, p. 852.

²⁹⁹ LEDOUX (2002), N 152.

- 229 La réserve du juge est particulièrement flagrante en matière de coup d'accordéon, opération que la jurisprudence valide dès lors que la situation économique de la société le justifie³⁰⁰. Dans ce cas, le juge se retranche derrière une appréciation objective, à savoir la bonne santé financière de la société, pour définir le critère subjectif qu'est l'intérêt social. De là à considérer qu'en présence d'abus de majorité, le juge réduit l'intérêt social à la situation économique et financière de la société, il n'y aurait qu'un pas ..., que la Cour de cassation a refusé de franchir³⁰¹.
- 230 La loi PACTE du 22 mai 2019 a laissé planer un doute sur le sort de l'intérêt social comme critère de nullité. En effet, la nouvelle rédaction de l'article 1833 al. 2 du Code civil précise que la société est gérée dans son intérêt social. Dès lors, la seule contrariété à l'intérêt social aurait pu justifier la nullité d'une décision sociale. L'article 1844-10 dernier alinéa a toutefois été modifié pour exclure la violation de l'article 1833 al. 2 susmentionné des causes de nullité. Cela ne signifie pas pour autant que la contrariété à l'intérêt social n'est plus un critère de nullité. Ainsi, quoiqu'un pan de la doctrine estime qu'il devrait être suffisant à lui seul³⁰², la jurisprudence a

³⁰⁰ Cass. com., 17 mai 1994, n° 91-21.364, Bull. civ. IV, n° 183 : valide une opération de coup d'accordéon dans la mesure où l'actif de la société était largement inférieur à la moitié des capitaux propres et sous la condition suspensive d'une augmentation de capital visant à amener celui-ci au montant légal. Le maintien du droit préférentiel de souscription n'impute pas de dettes aux actionnaires mais leurs offres la faculté de souscrire à l'augmentation de capital; Cass. com., 10 octobre 2000, n° 98-10.236, RJDA 2001, n° 41 : valide l'opération de « coup d'accordéon » sous condition que (1) l'augmentation de capital ultérieure vise à ramener celui-ci au montant légal et (2) le droit préférentiel de souscription doit être reconnu à tous les actionnaires afin qu'aucun ne soit évincé contre son gré. La réduction de capital à zéro n'est pas une atteinte au droit de propriété des actionnaires mais sanctionne leur obligation de contribuer aux pertes sociales dans la limite de leurs apports; CA Versailles, 12^e ch., 16 décembre 2004, *Jablonski c/Sté OGD*, RJDA 2005, n° 573, JCP E 2005, p. 160, RTD com., 2005, p. 370, obs. Champaud/Danet, BJS 2005, p. 701 : la décision de procéder à une opération de recapitalisation par une réduction à zéro suivie d'une augmentation du capital social en anticipant de plusieurs mois la date d'expiration du délai fixé par la loi pour reconstituer les capitaux propres à hauteur de la moitié du capital social, ne caractérise pas un abus de majorité lorsque l'intérêt social et l'intérêt des actionnaires se superposent pour se confondre, et lorsque l'opération de restructuration ne révèle aucun traitement discriminatoire entre actionnaires.

³⁰¹ Cass. com., 30 mai 1980, Rev. soc. p. 311, note Schmidt : au visa de l'article 1382 du Code civil, ne donne pas une base légale à sa décision une Cour d'appel qui annule pour abus de droit et à la demande d'un associé la délibération de l'assemblée ordinaire d'une société à responsabilité limitée nommant comme gérants deux associés de la société aux motifs que les salaires attribués aux nouveaux gérants revêtaient un caractère opposé à l'intérêt social d'une petite entreprise dont la situation est préoccupante, que les investissements étaient insuffisants et qu'il n'était pas au surplus établi que les gérants nouvellement élus possédaient réellement les certificats d'aptitude dont ils font état ou une qualification professionnelle correspondant à l'activité de la société, alors qu'il ne ressort pas de ces énonciations que la résolution litigieuse ait été prise contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser l'un des associés majoritaires au mépris des droits que le demandeur tenait en sa qualité d'associé qu'ainsi la Cour d'appel n'a pas caractérisé l'abus de droit par elle retenu.

³⁰² LE CANNU/DONDERO (2019), N 160.

rappelé que le critère de la conformité à l'intérêt social est un critère essentiel mais non suffisant³⁰³ à lui seul pour caractériser un abus de majorité sanctionné par la nullité de la décision litigieuse. Cette position, qui confirme les solutions antérieures, est justifiée car un abus de majorité est «plus qu'une atteinte à l'intérêt social³⁰⁴».

B. Une décision qui favorise les majoritaires

La Cour de cassation ne considère pas que la contrariété à l'intérêt social est un élément à lui seul suffisant pour caractériser l'abus de majorité. La décision doit également être adoptée dans l'avantage exclusif des majoritaires³⁰⁵. *A contrario*, une décision qui serait subie par l'ensemble des actionnaires, à leur avantage ou à leur désavantage, ne serait pas caractéristique d'un abus de majorité³⁰⁶. Comme le relève un auteur, les juges sanctionnent en réalité, derrière le masque de la formule, la rupture du principe d'égalité des actionnaires, dans la mesure où ceux-ci ne supportent pas de façon égale les conséquences de la décision litigieuse³⁰⁷.

C. Une décision prise au détriment des minoritaires

Pour être qualifiée d'abus de majorité, la décision doit être contraire à l'intérêt général de la société tout en étant prononcée à l'avantage exclusif des actionnaires majoritaires. Elle doit également porter atteintes aux intérêts légitimes des actionnaires minoritaires. La jurisprudence considère que le préjudice causé par l'abus de majorité se traduit par un désavantage supporté par les seuls minoritaires³⁰⁸.

La Cour de cassation l'a très nettement indiqué³⁰⁹: l'assemblée générale d'une SARL avait décidé de transférer l'activité de la société dans de nouveaux locaux construits

³⁰³ Cass. soc. 13 janvier 2021, n° 18-21860, FP: BJS avril 2021, p. 13, note E. Schlumberger; Dr. sociétés mars 2021, n° 36, obs. J.-F. Hamelin.

³⁰⁴ LE CANNU/DONDERO (2019), N 162.

³⁰⁵ Cass. com., 29 mai 1972, n° 71-11.739, BJS 1972, p. 563; JCP G 1973, II, no 17337, note Guyon, RTD com. 1972, p. 930, obs. Houin: annule une décision pour abus de majorité, au motif qu'elle augmente les engagements des actionnaires sans égard pour l'intérêt social et qui favorise l'actionnaire majoritaire.

³⁰⁶ Cass. com., 6 juin 1972, n° 70-11.987, notes de Bousquet, D. 1973, p. 213; Bouloc, Rev. soc. 1973, p. 312: une Cour d'appel peut refuser de prononcer la nullité d'une délibération de l'assemblée générale extraordinaire d'une SARL ayant décidé la transformation en société anonyme, en constatant que l'ensemble des associés subit les conséquences de cette transformation, que le caractère familial de la société a été préservé dans toute la mesure du possible par l'exigence de la forme nominative des actions et l'agrément du conseil d'administration pour leur cession et qu'aucun abus de la part de la majorité ne peut être relevé.

³⁰⁷ LEDOUX (2002); GUEGAN (2020). V. ég. LE CANNU/DONDERO (2019), N 160: la contrariété à l'intérêt commun, plus qu'à l'intérêt social, témoigne la rupture d'égalité entre les associés.

³⁰⁸ CA Paris, 18 novembre 1969, BJS 1969, p. 873; CA Rennes, 11 mars 1970, BJS 1971, p. 231.

³⁰⁹ Cass. com., 4 octobre 1994, n° 93-10.934, Bull. Civ. IV, n° 278, BRDA 1994, n° 20, p. 3, Quot. Jur. 25 octobre 1994, p. 2, RJDA 1994, n° 1296, Dr. Sociétés 1994, n° 207, Defrénois 1995, p. 151, obs. Le Cannu: rejette la demande de nullité au motif que la décision litigieuse n'est

par une société civile immobilière qui, en les louant ensuite à la SARL, devait rembourser les mensualités du crédit nécessaire à l'acquisition du terrain. Un minoritaire soutenait que le montage, qui faisait supporter à la SARL le coût de la construction, constituait un abus de majorité. Mais la Cour de cassation approuve les juges du fonds qui l'avaient débouté, dès lors qu'ils avaient relevé que, en comparant les trois derniers bilans de la SARL depuis l'adoption de la décision litigieuse, l'activité de la SARL avait augmenté, ce qui prouvait que le transfert des locaux et le paiement du loyer ne lui nuisaient pas et que le minoritaire profitait également de cette opération.

- 234 De la réunion de ces trois conditions cumulatives ressort une grande casuistique dans le prononcé de la sanction de l'abus de majorité, parfois au risque d'une incohérence source d'insécurité. A titre d'exemple, la mise en réserve systématique des dividendes ne constitue pas, en elle-même, un abus de majorité mais répond à une politique de gestion prudente de la société³¹⁰. Cependant, une telle politique ne relèverait plus de la simple gestion prudente lorsque les réserves représentent plusieurs fois le montant des capitaux propres, la situation financière ne justifiant pas de telles réserves, et la conséquence étant la privation des actionnaires minoritaires d'un dividende. Elle serait, dans ce cas, contraire à l'intérêt social et constituerait une rupture d'égalité entre les associés justifiant une annulation pour abus de majorité³¹¹. Le préjudice supporté par l'actionnaire minoritaire est, quant à lui, caractérisé par la perte de valeurs de parts sociales en l'absence de dividende versé³¹².

pas contraire à l'intérêt social. Justifie légalement sa décision la Cour d'appel qui, pour rejeter la demande d'un associé minoritaire tendant à faire annuler, pour abus de majorité, une résolution votée lors de l'assemblée générale d'une SARL, retient qu'il ressort de la comparaison des bilans successifs que l'activité de la société a augmenté depuis le vote de la résolution litigieuse, ce qui démontre que les mesures qui ont ainsi été décidées ne lui ont pas nui et que l'associé minoritaire a profité de cette expansion, ce dont il résulte que les mesures n'ont pas été prises contrairement à l'intérêt général de la société.

³¹⁰ Cass. com., 23 juin 1987, n° 86-13.040, Bull. civ. IV, n° 160, p. 121 ; BRDA 1987, N 14, p. 17.

³¹¹ Cass. civ. 3^e, 7 février 2012, n° 10-17812 : (SCI) « Attendu qu'ayant justement retenu l'application de l'article 8, alinéa 1, des statuts qui renvoyait à l'article 1852 du Code civil, de sorte que les résolutions prises par chaque société en date du 2 mars 2004 sur la réduction et l'augmentation du capital n'avaient pu valablement être votées à la majorité des trois-quarts alors que l'unanimité des associés était nécessaire et qui en a exactement déduit que l'opposition de Mme X... aux délibérations du 18 mars 2008 décidant l'augmentation du capital à la majorité de l'article 24 des statuts, majorité représentant les trois quarts du capital social, excluait l'unanimité, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision de ce chef ».

³¹² Cass. com., 22 avril 1976, Rev. Soc. 1976, p. 479, note D. Schmidt, *op. cit.*; Cass. com., 6 juin 1990, n° 88-19-420 et 88-19.783, Bull. civ. IV, n° 171, D. 1992, jur., p. 56, note Choley-Combe, Rev. soc. 1990, p. 606, note Chartier, BJS 1990, p. 782, note Le Cannu : abus de majorité lié à l'affectation des bénéfices aux réserves en raison de (1) la mise en réserve systématique de sorte que les réserves étaient 22 fois supérieures au capital, (2) les réserves n'ont jamais été incorporées au capital et (3) provoquent une restriction de cessibilité des parts qui avait pour conséquence de priver les minoritaires de toutes perspectives de récupérer les bénéfices non distribués qui auraient pu accroître la valeur des parts. La mise en réserve systéma-

II. L'annulabilité d'une décision pour abus de droit en Suisse

A. La contrariété aux règles de la bonne foi

Deux approches permettent de caractériser une décision abusive. Une première ap- 235
 proche repose sur le droit commun. En effet, la construction de la théorie de l'abus de
 droit s'appuie sur l'article 2 al. 1 CC selon lequel les droits sont exécutés de bonne foi.
 Il en résulte que nul ne saurait faire un usage de ses droits contraire à la bonne foi.
 L'article 2 al. 2 CC sanctionne ainsi l'usage abusif d'un droit.

En matière de décisions sociales, l'abus est caractérisé lorsque l'actionnaire n'use pas 236
 de son droit pour exercer ses prérogatives d'actionnaire, mais pour en tirer un avan-
 tage exclusif et contraire aux règles de la bonne foi. Le Message du Conseil fédéral
 apporte à ce sujet un éclairage: «Le droit de vote ne peut être exercé à l'encontre du
 but statutaire. La majorité ne peut pas exercer son droit de vote en vue d'atteindre des
 buts spécifiques à cette majorité et étrangers au but social. (...) Si les droits des action-
 naires sont limités ou supprimés pour des motifs étrangers à la finalité sociale et
 servent uniquement des objectifs personnels, la décision de l'assemblée générale ne
 répondra pas aux exigences de l'article 2, al. 2 CC. Exercer un droit contrairement à
 sa finalité constitue un abus de droit et n'est pas protégé par la loi³¹³».

Ce fondement peut être invoqué de façon autonome quand bien même les principes 237
 propres au droit de la société anonyme auraient été respectés. En effet, la jurispru-
 dence a clairement indiqué que «la bonne foi limite l'exercice de tout droit, même
 lorsqu'une décision de l'assemblée générale ne viole pas la loi et les principes recon-
 nus du droit de la société anonyme, elle peut néanmoins être constitutive d'un
 abus»³¹⁴. Il appartiendra au juge de vérifier la finalité de la décision au-delà de son
 apparence licite³¹⁵. À titre d'illustration, constitue un abus de droit le fait pour un ac-
 tionnaire d'user de son droit d'information pour obtenir des renseignements qu'il uti-
 lise à des fins de concurrence.

B. L'exercice des droits avec ménagement

En pratique, le fondement de l'article 2 CC est rarement invoqué. Les principes d'éga- 238
 lité de traitement, du fondement objectif et de ménagement dans l'exercice d'un droit
 ont la faveur des actionnaires lésés³¹⁶, qui peuvent attaquer par une action en annula-
 tion sur le fondement de l'article 706 al. 2 CO une décision de l'assemblée générale

tique ne répond ni à l'objet, ni aux intérêts de la société et a favorisé les associés majoritaires au
 détriment des minoritaires.

³¹³ Message du 23 février 1983 portant révision de la société anonyme, p. 909.

³¹⁴ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), 16 N 252, p. 568.

³¹⁵ ATF 102 II 268, consid. 2.

³¹⁶ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), 16 N 251, p. 568.

prise en violation de ces principes généraux du droit des sociétés et contraire à l'intérêt social³¹⁷, sans recourir à l'article 2 CC.

- 239 Les recours pour abus de majorité semblent trouver un fondement adéquat dans le principe de la nécessité de faire usage de ses droits avec ménagement (*schonende Rechtsausübung*). Le Tribunal fédéral a par ailleurs eu l'occasion de renforcer sa position en jugeant que sont annulables sur le fondement de l'article 706 CO les décisions qui violent le principe de proportionnalité et le devoir d'exercer ses droits avec mesure. Le principe de l'usage des droits avec ménagement est violé lorsque les décisions de la majorité portent atteinte aux droits de la minorité alors que le but poursuivi dans l'intérêt de la société aurait pu être atteint de manière moins dommageable³¹⁸ et sans inconvénient pour cette majorité³¹⁹. Si un but légitime peut être atteint de plusieurs manières, la société doit choisir celle qui compromet le moins les droits des actionnaires minoritaires³²⁰. L'application de ce principe a ainsi pour effet d'empêcher l'actionnaire majoritaire d'imposer une augmentation de capital qui non seulement ne serait pas justifiée par un intérêt prépondérant de la société, mais qui en outre viserait des objectifs susceptibles d'être atteints par un autre moyen de financement³²¹.
- 240 Du principe du ménagement des droits découle le principe du fondement objectif (*Sachlichkeitsgebot*), selon lequel «la majorité compétente ne peut abuser du pouvoir qui lui est conféré, s'agissant des intérêts opposés de la minorité, en violant ces derniers sans fondement objectif³²²». Il en résulte que l'absence de versement de dividendes contre la volonté de la minorité ne constitue pas une méconnaissance du principe du fondement objectif³²³. Cette position jurisprudentielle concernant la mise en réserve systématique des dividendes est cohérente avec le droit positif qui tolère la constitution de réserves assez larges au nom d'une gestion prudente, au motif que le

³¹⁷ ATF 92 II 243, arrêt de la 1^{re} Cour civile du 21 juin 1966, *Besse c. Matières minérales SA*: l'action prévue à l'article 706 al. 2 CO tend principalement à protéger l'actionnaire minoritaire contre un abus de la majorité (ZK-BÜRGI, art. 706 CO, N 26; SCHLUEP (1958), p. 212), dans la mesure où celle-ci se sert des règles d'organisation de la société pour réaliser des fins contraires au bien social, pour faire passer des intérêts particuliers avant les intérêts généraux de la société et de l'ensemble de ses membres (RO 82 II 150).

³¹⁸ ATF 117 II 290 du 25 juin 1991, *Association Canes c/Nestlé*, rappelant que ce principe connaît ses limites dans le principe de la majorité régissant le droit de la société anonyme, auquel se soumet tout actionnaire au moment de l'acquisition de sa qualité de membre (ATF 102 II 268, consid. 3, ATF 99 II 62, consid. b).

³¹⁹ AT 4A_531/2017 en date du 20 février 2017.

³²⁰ MEIER-HAYOZ (1989), 16 N 150, pp. 524-525.

³²¹ BSK-ZINDER/ISLER, art. 652b CO, N. 24; BÖCKLI (2009), pp. 70 s.

³²² ATF 121 III 238 consid. 3.

³²³ TF 4A_43/2007 du 11 juillet 2007, consid. 3: «au sujet de l'emploi du bénéfice, seule une décision arbitraire, exorbitante de toute considération raisonnable, serait illicite au regard de l'art. 660 al. 1 CO».

procédé ne nuit pas aux actionnaires car l'accroissement de la fortune sociale leur profite également³²⁴.

C. L'acceptation timide de l'abus de majorité ou abus de position dominante

Concernant une action en abus de majorité en particulier, aussi appelée en doctrine et 241 en jurisprudence abus de position dominante, le Tribunal Fédéral s'est longtemps employé à une définition restrictive. Dans un arrêt rendu sous l'ancien droit de la société anonyme, un actionnaire contestait sur le fondement de l'abus de majorité une augmentation de capital dont le prix des nouvelles actions étaient sous-évaluées, ce qui avait pour conséquence que l'actionnaire minoritaire n'avait le choix que de renoncer à son droit préférentiel de souscription et de perdre les deux tiers de la valeur de ses titres, ou de souscrire à une augmentation de capital très importante qui n'aurait pas empêché sa dilution et aurait surtout profité à l'actionnaire majoritaire. Le Tribunal fédéral a rejeté sa demande³²⁵. Il considère qu'«en entrant dans la société, l'actionnaire se soumet sciemment à la volonté de la majorité et admet que celle-ci prenne des décisions qui le lient même si elle ne choisit pas la meilleure solution possible et fait éventuellement passer ses propres intérêts avant ceux de la société et d'une minorité; en effet la majorité n'est pas tenue de supporter un désavantage dans le seul but de servir les intérêts de la minorité. Savoir ce qu'il en est relève du pouvoir d'appréciation du juge qui ne peut intervenir que si les actionnaires majoritaires ont manifestement abusé du pouvoir que leur confère l'article 703 CO, eu égard aux intérêts contraires des actionnaires minoritaires³²⁶».

Depuis lors, la jurisprudence a évolué admettant l'abus de majorité³²⁷. Constitue bel et 242 bien un abus toute action concrète de la majorité visant à nuire à la minorité: l'intention de nuire caractérise l'abus de droit de l'actionnaire majoritaire³²⁸. C'est en réalité, la rupture d'égalité entre actionnaires qui est ainsi sanctionnée. La rupture d'égalité entre actionnaires est manifeste lors d'une décision arbitraire, manifestement abusive,

³²⁴ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), § 16 N 173.

³²⁵ ATF 99 II 55 = JdT 1973 I 618, jugement de la 1^{re} chambre civile en date du 3 avril 1973, *Ringier & Co/Weltwoche-Verlag Karl von Schumacher & Co AG*.

³²⁶ ATF 99 II 55 = JdT 1973 I 618, 626 consid.4b, p. 62; confirmé par ATF 102 II 265 = JdT 1977 I 102, consid. 4, p. 270; ATF 100 II 389; ATF 102 II 269. La jurisprudence a eu à mainte reprise l'occasion d'affirmer la toute-puissance du fait majoritaire: il appartient à la majorité de trancher et la minorité doit en principe se soumettre à la décision valablement prise (cf. ATF 104 II 32, consid. 3, p. 43; ATF 67 II 162, consid. d, p. 166; arrêt 4C.185/1998 du 28 août 1998, consid. 3a).

³²⁷ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (2018), § 16 N 351.

³²⁸ ATF 136 III 278 du 5 mars 2010, consid. 2.2.2. En l'espèce la demande portait sur la dissolution de la société. Le Tribunal fédéral vise «l'abus de position dominante qui amène une majorité à décider systématiquement à l'encontre des intérêts de la société ou des droits ou intérêts légitimes des actionnaires minoritaires et vise ATF 126 III 266, consid. 1a, p. 268; ATF 109 II 140, consid. 4, p. 142; ATF 105 II 114, consid. 6b, p. 125; ATF 67 II 162, consid. c, p. 165.

que rien ne justifie en fait, en favorisant les uns au détriment des autres. Comme le confirme le Tribunal fédéral, «le principe d'égalité de traitement apparaît dans le droit des sociétés comme un cas particulier d'application de l'article 2 al. 2 CO soit de la notion générale de l'abus de droit³²⁹». La sanction est alors l'annulabilité de la décision³³⁰.

- 243 Cette position a été confirmée ultérieurement³³¹. Le Tribunal fédéral a par la suite admis la contrariété à l'intérêt social comme critère supplémentaire de l'abus de majorité. Le fait pour la majorité de détourner les règles d'organisation de la société à des fins contraires au bien social et pour faire passer des intérêts particuliers avant les intérêts généraux de la société et de l'ensemble de ses membres constitue un abus de majorité³³².
- 244 De cet arrêt, des auteurs³³³ en ont déduit qu'une décision ne sera abusive que (i) si elle n'est pas justifiée par des motifs économiques raisonnables, (ii) si elle lèse manifestement les intérêts de la minorité et (iii) si elle favorise sans raison les intérêts particuliers de la majorité³³⁴.
- 245 Dans les faits, le contrôle des juges de «l'intérêt économique» n'est qu'apparent³³⁵. Ce sera donc au demandeur de prouver la finalité lésionnaire de l'opération litigieuse³³⁶. Il en résulte que, à l'inverse de la situation française, ce fondement est rarement soulevé devant les juridictions helvètes pour obtenir l'annulation d'une décision. Étonnamment, la jurisprudence se montre moins réticente à dissoudre la société pour justes motifs sur le fondement de l'abus de majorité, que d'admettre l'annulation des décisions litigieuses, bien qu'elle reconnaisse que la dissolution ne doit être qu'un ul-

³²⁹ ATF 82 II pp. 148 ss, du 14 février 1956, *Brandt c. Fabrique des boîtes La Centrale SA*; ATF 69 II, pp. 246 ss.

³³⁰ OKUR (1965), p. 85.

³³¹ 4C. 419/2006, arrêt de la 1^{re} Cour de droit civil du 19 avril 2007, consid. 3.3. portant sur l'égalité de traitement des actionnaires. En ce sens, l'abus de majorité s'apparente à une rupture du principe d'égalité de traitement: «Le juge ne peut intervenir que si les majoritaires ont manifestement abusé du pouvoir que leur confère l'art. 703 CO, eu égard aux intérêts contraires des actionnaires minoritaires.»; Message 1983, 153.

³³² ATF 92 II 243, Arrêt de la Ire Cour civile du 21 juin 1966, *Besse c/Matière Minérale SA*, consid. 2, citant ZK-BÜRGI, art. 706 CO, N 26; SCHLUEP (1958), p. 212.

³³³ JACCARD/FELLAY (2010), p. 210.

³³⁴ ATF 95 II 157, consid. 9c.

³³⁵ Selon un arrêt non publié du Tribunal fédéral 4A_43/2007 du 11 juillet 2007, consid. 5, «le juge de l'action en annulation ne saurait s'immiscer dans la gestion (de la société) pour vérifier si le développement de ses fonds propres est réellement nécessaire ou opportun».

³³⁶ Jugement de la 1^{re} chambre civile en date du 3 avril 1973, *Ringier & CO c/Weltwoche-Verlag et alii*, ATF 99 II 55, consid. 2.5: les motifs d'augmentation de capital et les conditions d'administration ne sont incompatibles ni avec les droits des actionnaires à l'égalité de traitement, à une participation au bénéfice net et au résultat de liquidation, ni avec l'art. 2 CC et les statuts.

time recours³³⁷. En effet, au titre des justes motifs qui justifient la mise à mort de la société, se trouvent notamment l'abus de position dominante qui amène une majorité à décider systématiquement à l'encontre des intérêts de la société ou des droits ou intérêts légitimes des actionnaires minoritaires³³⁸.

L'attachement des juges suisses au respect de l'intérêt social semble donc modéré, 246 comparativement à l'importance que lui confèrent le législateur et les juges français. En application du principe de ménagement, une décision prise dans l'intérêt social est susceptible d'être annulée, sous réserve qu'elle aurait pu être atteinte par un autre moyen présentant moins d'inconvénient pour la minorité. Lorsque les juges apprécient l'absence de conformité à l'intérêt social d'une décision pour caractériser l'abus de majorité, ils se limitent à l'opportunité économique de la décision adoptée. Ce faisant, ils adoptent une conception minimaliste de l'intérêt social.

Conclusion de la section 1

Le droit français tout comme le droit suisse reconnaît la violation de la loi, et en parti- 247 culier des principes généraux du droit commun, comme cause d'annulation des décisions sociales (nullité facultative en France, annulabilité en Suisse). Pour autant, force est de constater que l'application qui en est faite par les juridictions est sensiblement différente, particulièrement en matière d'abus de majorité ou abus de position dominante. En France, la jurisprudence a progressivement dessiné les contours de l'abus de majorité en retenant trois critères cumulatifs, de sorte que cette action est statistiquement la plus fréquemment soulevée en matière de nullité des décisions sociales. Les tribunaux helvètes ont également adopté une position très proche des critères retenus par la Cour de cassation française pour retenir l'abus de position dominante. Néanmoins, d'autres principes tels que l'égalité de traitement, le ménagement dans l'exercice des droits et le fondement objectif limitent la toute-puissance de la majorité en offrant au juge une grille d'analyse moins vaporeuse que celle reposant sur la limite de l'intérêt social.

³³⁷ ATF 136 III 278 du 5 mars 2010: La dissolution est une mesure subsidiaire; elle ne sera pas prononcée s'il apparaît, à la suite d'un examen concret en fonction des circonstances du cas d'espèce, que l'actionnaire minoritaire peut défendre ses intérêts légitimes par une voie moins lourde de conséquences, par exemple en demandant l'annulation d'une décision de l'assemblée générale ou en s'adressant au juge pour obtenir des renseignements.

³³⁸ ATF 126 III 266, consid. 1a, p. 268; ATF 109 II 140, consid. 4, p. 142; ATF 105 II 114, consid. 6b, p. 125; ATF 67 II 162, consid. c, p. 165; ATF 136 III 278, p. 281.

Section 2: La violation des dispositions propres aux sociétés anonymes

- 248 De façon préliminaire, nous reprendrons dans cet exposé comparatif la typologie des droits spécifiques dévolus aux actionnaires, aux mandataires sociaux, aux salariés et aux créanciers telle qu'elle est communément admise en France et en Suisse. Ces droits font l'objet d'une protection légale particulière, dans la mesure où certains ne peuvent en aucun cas être supprimés, tandis que d'autres ne peuvent être limités qu'avec l'accord des intéressés. Nous verrons quelle est la sanction (nullité automatique ou facultative et nullité relative ou absolue en droit français ; nullité ou annullabilité en droit suisse) de la violation de chacun de ces droits. Nous rejoignons Elsa Guegan lorsqu'elle soulève que la matrice commune à toutes les causes de nullités en droit français est le non-respect des conditions nécessaires à la validité des décisions sociales³³⁹. Cette matrice commune est également applicable au droit suisse. Elle englobe tant les causes d'annulation fondées sur les vices formels que sur les vices substantiels en évitant le risque d'une typologie fondée sur une critiquable hiérarchie des droits.
- 249 Concernant la sanction des vices formels, encore appelés vices de procédure, il convient de rappeler que les procédures existent en vue de garantir l'exercice des certains droits, qui peuvent se regrouper en deux grandes catégories : les droits individuels ou collectifs d'une part, et d'autre part les droits révocables ou inaliénables³⁴⁰. En matière d'adoption de décisions sociales, les conditions de validité des décisions sociales existent aux fins de garantir les droits généraux ou les droits particuliers de personnes protégées. Par exemple, les procédures liées à la communication de l'information des actionnaires comme les délais, les contenus et les modalités de transmission des informations en amont des assemblées générales visent à garantir le consentement des actionnaires aux décisions qu'ils votent.
- 250 Concernant les actionnaires, droit français³⁴¹ et droit suisse³⁴² leur reconnaissent les mêmes catégories de droits, bien que le détail de leur contenu varie selon chacun des ordres juridiques nationaux. Les droits non-financiers des actionnaires se divisent en deux catégories. La première, le droit de participation (*Mitverwaltungsrechte*), comportent les droits liés à la participation à la vie sociale comme le droit d'assister, de débattre et de poser des questions aux administrateurs dans les assemblées générales, le droit de voter les résolutions qui leurs sont soumises lors de ces mêmes assemblées

³³⁹ GUEGAN (2020), N 459.

³⁴⁰ JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (2021), § 2 N 68 à 72.

³⁴¹ Jurisclasseur Sociétés, fasc. 97-A, F. LEFÈVRE MSC (1993) N 2631 s., RIPERT/ROBLOT (1986) N 119, HÉMARD/TERRÉ/MABILAT (1972), N 33.

³⁴² MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (2018), § 16 N 233 ss.

(par exemple, sur la nomination ou la révocation des administrateurs, à chaque modification des statuts de la société ou sur les restructurations fondamentales), le droit de convoquer une assemblée générale et d'ajouter des éléments à l'ordre du jour sous certaines conditions, le droit d'être informé, le droit d'agir en justice. Les droits non-financiers comportent également un droit de contrôle (*Schutzrechte*) qui comprend le droit de demander sous condition un contrôle spécial.

Les droits financiers (*Vermögensrechte*) comportent le droit de recevoir des dividendes, le droit d'opter pour le paiement d'un dividende en actions, le droit de disposer du droit préférentiel de souscription, le droit au remboursement des apports, le droit au *boni* de liquidation, le droit de disposer des titres.

Nous ne nous attacherons pas uniquement aux cas de méconnaissance des droits des actionnaires, mais aussi des droits des autres parties prenantes, à savoir les créanciers, les mandataires sociaux et les salariés le cas échéant.

Notre propos ici est, outre d'établir un exposé minutieux indispensable (quoique statique) à la compréhension des deux ordres juridiques, de mettre en perspective le contenu de ces droits particuliers avec la protection offerte par la possibilité de contester des décisions sociales les méconnaissant. Seront ainsi comparées les sanctions applicables en cas de méconnaissance du principe de spécialité des organes (§ 1) ou de méconnaissances des droits collectifs ou individuels des actionnaires (§ 2), des créanciers (§ 3), des mandataires sociaux (§ 4) et des salariés (§ 5) le cas échéant. Nous soulignerons qu'en France, le contenu du droit des actionnaires et des autres parties prenantes est plus étendu qu'en Suisse, et que les moyens offerts pour contester les décisions qui les méconnaîtraient sont plus facilement mis en œuvre.

§ 1 La méconnaissance des règles de compétence des organes

En droit français, comme en droit suisse, la loi attribue impérativement à l'assemblée générale et au conseil d'administration des compétences propres³⁴³. Les compétences qui ne sont pas impérativement octroyées à l'un des organes peuvent faire l'objet d'un

³⁴³ CA Aix-en-Provence, 28 septembre 1982; Rev. soc. 1983. 773, note Mestre: la loi fixe de manière impérative les pouvoirs et prérogatives des différents organes de la société. Si les statuts peuvent aménager les modalités de l'administration et de la direction, cette liberté s'exerce sous la condition expresse d'absence de bouleversement des principes généraux de hiérarchie et de compétence institués par la loi. L'assemblée générale ne peut dépouiller le conseil d'administration de ses prérogatives dévolues par la loi. Dès lors est nulle la délibération de l'assemblée générale extraordinaire par laquelle est décidée la création d'un comité de direction faisant de celui-ci un organe permanent et concurrent du conseil d'administration, alors que l'article 90 du décret du 23 mars 1967 réserve à la compétence exclusive de ce dernier la création d'un tel comité, qui demeure ainsi nécessairement un organe secondaire, placé sous son contrôle direct.

aménagement statutaire. La sanction en cas de méconnaissance de ce principe fondamental de l'organisation sociale est la nullité automatique en France (I) et la nullité (art. 706*b* CO) en Suisse (II).

I. Le principe de spécialité des organes et la sanction de la nullité automatique en droit français

- 255 En France, l'assemblée générale ordinaire des sociétés anonymes est seule compétente pour, notamment, approuver les comptes sociaux (art. L.225-97 C.com.), nommer et révoquer les administrateurs (art. L.225-18 C.com.), nommer les membres de l'organe de gestion et les commissaires aux comptes (art. L.225-100 al. 7 et al. 8 C.com.). L'assemblée extraordinaire est, quant à elle, seule compétente pour transférer le siège social (art. L.225-36 C.com.), modifier les statuts (art. L.225-96 al. 1 C.com.), modifier la nationalité (art. L.225-98, al. 1 C.com.), augmenter ou diminuer le capital social (art. L.225-129 C.com.), dissoudre la société.
- 256 Le fonctionnement et les attributions du conseil d'administration de la société anonyme sont minutieusement prévus par le législateur qui s'est employé à en décrire précisément le fonctionnement (art. L.225-36 C.com. et s.), la composition (art. L.225-17 C.com., art. L. 225-23 C.com.), l'âge des administrateurs (art. L. 225-19 C.com.), les modalités de nomination et de révocation de ses membres par l'assemblée générale (art. L.225-18 C.com.). Sa mission est résiduelle par rapport aux compétences dévolues à l'assemblée générale (art. L.225-35 C.com.).
- 257 Les statuts peuvent aménager la répartition des compétences entre les organes, dans la limite des dispositions légales. Certaines compétences sont exclusives et ne peuvent faire l'objet d'aucun aménagement statutaire, alors que d'autres compétences peuvent être attribuées statutairement à l'un ou l'autre des organes.
- 258 L'intangibilité du principe de hiérarchie et de spécialité des organes a été érigée par un célèbre arrêt de principe rendu sous l'empire du droit antérieur à la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966. En l'espèce, la Cour de cassation sanctionnait par la nullité une décision de l'assemblée générale modifiant les statuts afin de permettre au président-directeur général d'exercer tous les pouvoirs attribués normalement au conseil d'administration³⁴⁴. En cas de violation du principe de spécialité, le juge prononcera désormais

³⁴⁴ Cass. civ., 4 juin 1946, Arrêt *Motte*: S. 1947. 1. 153, note Barbry; JCP 1947, II, 3518, note Bastian: la société anonyme étant une société dont les organes sont hiérarchisés, et dans laquelle l'administration est exercée par un conseil élu par l'assemblée générale, il n'appartient pas à l'assemblée générale d'empiéter sur les prérogatives du conseil d'administration. C'est donc à bon droit qu'un arrêt annule la résolution votée par l'assemblée générale qui investit le président – directeur général de l'ensemble des pouvoirs attribués jusqu'alors au conseil d'administration.

automatiquement la nullité de la délibération³⁴⁵, quoique quelques décisions isolées des juges du fond aient par le passé prononcé de dommages et intérêts sur le fondement de l'abus de droit³⁴⁶.

Un autre exemple de la rigueur de la Cour de cassation s'illustre dans un arrêt en date du 30 avril 1968. La Cour d'appel avait tenu pour valables les résolutions adoptées par une assemblée générale convoquée par un administrateur qui avait irrégulièrement coopté deux autres actionnaires pour constituer le conseil d'administration. Les juges du fond soutenaient que les irrégularités entachant la convocation de ladite assemblée ne donnaient lieu qu'à une nullité relative. Selon leur raisonnement, les irrégularités étaient susceptibles d'être couvertes par les votes de l'assemblée, lorsque celle-ci a pu se réunir dans les délais voulus, a été régulièrement composée et a délibéré dans les conditions légales. La Cour de cassation casse l'arrêt des juges du fond et édicte

³⁴⁵ Cass. com., 31 janvier 1968, Dalloz, 1968, p. 321: la disposition des actionnaires pendant quinze jours au moins avant la date de l'assemblée des documents qui doivent être communiqués à celle-ci, a pour conséquence nécessaire d'imposer un délai de convocation au moins égal à quinze jours, et qu'en raison de la généralité des termes de ce texte, cette règle, qui est d'ordre public, s'applique aussi bien aux assemblées générales ordinaires réunies extraordinairement quand bien même les statuts prévoient un délai plus court. De plus, «s'agissant de réparer le vice entachant la désignation du président-directeur général par un conseil irrégulièrement composé, l'assemblée générale était incompétente pour le faire, une telle désignation entrant dans les attributions exclusives du conseil d'administration»; CA Aix-en-Provence, 28 septembre 1982, *op. cit.*: Rev. soc. 1983. 773, note Mestre. La loi fixe de manière impérative les pouvoirs et prérogatives des différents organes de la société. De même qu'une assemblée générale ne peut empiéter sur le rôle dévolu au conseil d'administration, celui-ci ne peut se dépouiller de ses attributions propres. Par suite, est nulle la décision d'une assemblée générale extraordinaire décidant, par modification des statuts, la création d'un comité de direction en faisant de celui-ci un organe permanent et concurrent du conseil d'administration; CA Paris, 28 septembre 1990, D. 1990, IR, 269: il n'est pas permis à une assemblée générale, fût-elle extraordinaire, d'empiéter sur le rôle dévolu au conseil d'administration, celui-ci ne peut se dépouiller de ses attributions; Cass. com., 24 juin 1997, n° 94-21425, Rev. soc. 1997, p. 792, note Didier: nullité d'une opération de cession d'actif au motif que celle-ci devrait être approuvée par l'assemblée générale extraordinaire et non par l'assemblée générale ordinaire. Une Cour d'appel justifie sa décision d'annuler les délibérations d'assemblées générales ordinaires d'une société qui avaient donné leur accord à la cession du fonds de commerce exploité par cette dernière, dès lors que, ayant relevé que le président du conseil d'administration de la société cessionnaire était administrateur de la société cédante ainsi que président du conseil d'administration de son actionnaire majoritaire, elle retient aussi que le seul actif de la société cédante était constitué par le fonds de commerce cédé, de sorte que, s'agissant d'une cession globale de l'actif de cette société, l'article 53 de ses statuts attribuait expressément compétence à l'assemblée générale extraordinaire (violation des statuts).

³⁴⁶ CA Versailles, 2 décembre 1987, *Cézac c. Société Générale du Golfe de Guinée-Togo*: D. 1988 IR 15; JCP 1988. II. 21067, note Estoup: si étendues que soient les compétences du conseil d'administration, elles ne sauraient empiéter sur celles de l'assemblée des actionnaires. Il en résulte que la non-inscription à l'ordre du jour de la question du renouvellement d'un administrateur est constitutive d'un abus de droit dans la mesure où elle procède d'une intention délibérée. La sanction de l'abus de droit n'est pas la nullité de l'assemblée générale litigieuse mais l'octroi de dommages et intérêt.

que l'assemblée générale convoquée par un conseil d'administration irrégulièrement composé est sanctionnée par la nullité absolue³⁴⁷.

260 La solution n'est pas si évidente lorsque la compétence des organes a été statutairement aménagée. En effet, la violation des statuts n'est pas sanctionnée par la nullité. Dès lors, il nous semble qu'une décision qui serait contraire à la répartition statutaire des compétences entre l'assemblée générale et l'organe de gestion ne pourrait être, logiquement, sanctionnée par la nullité.

II. Le principe de parité des organes et la sanction de la nullité en droit suisse

261 Equivalent helvète du principe de spécialité des organes, le principe de parité assure à chaque organe des attributions inaliénables³⁴⁸.

262 Les attributions de l'assemblée générale des sociétés anonymes (art. 698 ss CO) sont des plus étendues: pouvoir de nommer les autres organes, d'adopter et de modifier les statuts, de déterminer l'emploi du bénéfice. Le conseil d'administration, dont le fonctionnement n'a pas été minutieusement détaillé par le législateur, a une compétence résiduelle par rapport aux compétences réservées à l'assemblée générale (art. 716 al. 1^{er} CO)³⁴⁹.

263 Nous sommes d'avis que les compétences dévolues exclusivement à l'assemblée générale sont impératives et que toute décision contraire au principe de spécialité de l'assemblée générale serait nulle sur le fondement de l'article 706b CO lorsque la compétence est attribuée par la loi. En revanche, la décision serait simplement annulable sur le fondement de l'article 706 CO lorsque la compétence est aménagée par les statuts.

264 Serait également nulle sur le fondement de l'article 706b CO toute décision attribuant à un autre organe des compétences que la loi a impérativement attribuées aux actionnaires et qui serait contraire aux principes de base de la société anonyme. Une telle situation, en plus de générer un conflit d'intérêt évident, reviendrait à anéantir le pouvoir de contrôle des actionnaires. Le Tribunal fédéral avait déjà souligné que les décisions qui relèvent exclusivement de la compétence de l'assemblée générale ne peuvent être prises que par les actionnaires eux-mêmes. Toute décision prise par un autre organe est nulle³⁵⁰.

³⁴⁷ Cass. com., 30 avril 1968, n° 63-12.001 P:D. 1969. 89, note Lacombe; JCP 1968. II. 15695, note Bernard.

³⁴⁸ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), 16 N 352; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (2018), § 10 N 125, 135 ss.

³⁴⁹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), 16 N 395 parle de «présomption de compétence au profit du conseil d'administration».

³⁵⁰ OKUR (1965), p. 61 citant ATF 51 II, pp. 330 = JdT 1926 I, pp. 114, en date du 22 septembre 1925, *Commune de Bolligen c. Worblentalbahn*.

§ 2 La violation du droit des actionnaires de participer à l'assemblée générale

Le bon fonctionnement de l'assemblée générale nécessite de garantir la participation des actionnaires. Pour ce faire, ils doivent être convoqués régulièrement (I), disposer d'une information suffisante au préalable et au cours de l'assemblée (II), pouvoir débattre et poser des questions au cours de l'assemblée afin de voter de façon éclairée (III), non seulement pour garantir l'intérêt social mais aussi pour préserver leurs droits financiers (IV). 265

I. La convocation à l'assemblée générale

La convocation à l'assemblée générale répond à des règles impératives, qui garantissent que son contenu soit suffisant pour assurer la possibilité d'une participation effective des actionnaires. La convocation doit ainsi répondre à des règles de formes (A) mais aussi de fond quant à son ordre du jour (C). Elle doit être émise par l'organe compétent pour convoquer l'assemblée générale (B). 266

A. Irrégularités formelles de la convocation

1. En France: nullité facultative et relative

L'article L. 225-104 du Code de commerce relatif aux sociétés anonymes dispose que «la convocation des assemblées d'actionnaires est faite dans les formes et délais fixés par décret en Conseil d'Etat. Toute assemblée irrégulièrement convoquée peut être annulée. Toutefois, l'action en nullité n'est pas recevable lorsque tous les actionnaires étaient présents ou représentés». L'irrégularité d'une convocation est sanctionnée par une nullité facultative laissée à l'appréciation du juge³⁵¹. 267

En principe, une convocation hors délais ou non conforme aux exigences de forme, tout comme une convocation émanant d'un organe incompétent, est sanctionnée par la nullité facultative³⁵². Celle-ci a d'autant plus de chance d'être prononcée lorsque le résultat du manquement a été d'empêcher un actionnaire de participer à ladite assemblée³⁵³. *A contrario*, le juge refusera probablement d'annuler une assemblée générale si les irrégularités de la convocation ont été sans conséquence sur la présence des actionnaires. La demande sera donc irrecevable lorsque tous les actionnaires sont présents ou représentés malgré l'irrégularité³⁵⁴. En outre, l'assemblée générale peut se te- 268

³⁵¹ Cass. com., 26 octobre 2010, n° 09-71.404, FS-P+B+I.

³⁵² Cass. com., 9 juillet 2002, n° 99-10.453, FS-P, *op. cit.*

³⁵³ Cass. com., 6 juillet 1983, n° 82-12.910, *op. cit.*; Cass. com., 28 mars 2006, n° 02-13.852, BJS 2006, p. 1029, note Le Cannu: nullité d'une assemblée où l'un des associés n'avait pas été convoqué alors que l'ordre du jour était particulièrement important, au visa des articles 1844, al. 1 C. civ et L. 223-27 C.com.

³⁵⁴ CA Versailles, 12^e ch., 24 juin 1993, *SARL Hélios c/SEGAP*, BJS 1993, p. 1013, note Le Cannu: un associé est irrecevable à solliciter la nullité d'une assemblée du chef d'une préten-

nir dans un lieu choisi librement, sauf à constituer un abus de droit dans le seul but d'empêcher la participation de certains associés³⁵⁵.

- 269 Concernant particulièrement la forme de la convocation, celle-ci est réglementée par le décret n° 78-704 du 3 juillet 1978 dont les dispositions sont en principe impératives. Il en résulte que dans les sociétés anonymes³⁵⁶, les irrégularités tenant à la forme de la convocation, à son auteur, ou au délai sont sanctionnées par la nullité facultative³⁵⁷. Dans les sociétés anonymes, la convocation doit être adressée par lettre recommandée avec accusé de réception. Ainsi, est annulable l'assemblée générale d'une société anonyme qui s'est tenue alors que les associés avaient été convoqués par lettre simple, ce qui ne permettait pas de savoir si les membres non présents avaient bien été convoqués³⁵⁸.
- 270 Enfin, les accessoires de la convocation prévus par les dispositions du décret ont également un caractère impératif. A titre d'exemple, l'absence de communication de la liste des actionnaires (art. L.225-116 C.com.) qui doit accompagner la convocation d'une assemblée générale d'une société anonyme entraîne l'irrégularité de celle-ci et son annulabilité³⁵⁹. En revanche, une telle communication de la liste des associés n'est pas requise dans les SARL.

2. En Suisse : annulabilité ou nullité

- 271 Pour pouvoir exercer leurs droits, les actionnaires doivent nécessairement avoir été convoqués à l'assemblée générale. La limitation ou la suppression du droit de partici-

due irrégularité de convocation, lorsque celui-ci a été présent à l'assemblée et a pu utilement participer aux débats qui s'en sont suivis.

³⁵⁵ Cass. com., 31 mars 2021, n° 19-12.057.

³⁵⁶ Art. L.225-104 C.com., L. 225-103 C.com., et L. 225-104 C.com.; Cass. com., 9 juillet 2002, n° 99-10.453, FS-P: aucune disposition impérative de la loi du 24 juillet 1966, ni aucune de celles qui régissent la nullité des contrats n'imposait au juge de prononcer la nullité d'une assemblée générale d'actionnaires, ou de ses délibérations, au motif que la convocation de celle-ci avait été faite par un conseil d'administration qui ne siégeait pas régulièrement, n'a fait qu'user de la faculté d'appréciation qui lui est accordée par l'article L. 225-104, alinéa 2, du Code de commerce.

³⁵⁷ Également dans les SARL: voir Cass. com., 27 mars 2019, n° 17-23.886.

³⁵⁸ Cass. 1^{re} civ., 4 octobre 1988, n° 86-11320; Rev. soc. 1989, p. 62, note Guyon: (SCI) les dispositions réglementaires relatives à la convocation des associés de société civile à l'assemblée générale doivent être respectées à peine de nullité faisant grief. La convocation des associés à l'assemblée générale doit, aux termes mêmes de l'article 40 du décret n° 78-704 du 3 juillet 1978, qui sont impératifs, être faite par lettre recommandée; l'arrêt attaqué, qui a relevé que les associés avaient été convoqués par lettre simple, ce qui ne permettait pas de savoir si les membres non présents avaient bien été convoqués, en a justement déduit la nullité de l'assemblée générale; Cass. ch. mixte, 16 décembre 2005, n° 04-10986, *op. cit.*

³⁵⁹ Cass. com., 21 novembre 1967, n° 64-14.090 P: D. 1969. 89, note Lacombe: la convocation d'une assemblée générale ordinaire réunie extraordinairement qui ne respecte pas les exigences légales, peut être annulée ainsi que l'assemblée elle-même. Les statuts ne peuvent prévoir un délai de convocation plus court que celui prévu de façon impérative par la loi.

per à l'assemblée générale peut concrètement se caractériser par des vices de forme et/ ou de fond dans la convocation, dont les modalités sont régies par l'article 700 CO.

La sanction de la méconnaissance du délai légal ou statutaire d'envoi de la convoca- 272
tion est controversée. Pour certains, les décisions de l'assemblée générale convoquée en dehors du délai légal sont par principe annulables sur le fondement de l'article 706 CO³⁶⁰ alors que pour d'autres, la réponse à cette question dépend des conséquences du non-respect du délai: les décisions seront nulles si le non-respect du délai prive certains actionnaires de prendre part à l'assemblée³⁶¹, ou encore en cas de convocation dépourvue de date³⁶².

Concernant les autres mentions de fond et de forme édictées par l'article 700 CO, la 273
sanction varie en fonction des conséquences concrètes de la méconnaissance des prescriptions. Ainsi, pour certains juges cantonaux, la convocation de seuls quelques-uns des actionnaires entraîne la nullité de l'assemblée générale sur le fondement de l'article 706b CO³⁶³. Toutefois, un auteur propose de distinguer selon la bonne foi de l'organe qui convoque: ainsi, lorsque la convocation n'atteint pas tous les actionnaires en connaissance de cause et aboutit à une décision factice, la nullité de l'assemblée générale sur le fondement de l'article 706b CO est justifiée. En revanche, lorsque l'absence de convocation d'un actionnaire est intervenue de manière accidentelle sans que la société en ait connaissance, l'assemblée générale serait simplement annulable sur le fondement de l'article 706 CO³⁶⁴.

En outre, pour que la nullité au titre d'une violation des prescriptions de l'article 700 274
CO soit prononcée, la convocation doit être incomplète sur un point déterminant et essentiel³⁶⁵, tel que l'absence totale d'indication du lieu et de l'heure³⁶⁶, ayant pour effet d'empêcher totalement les actionnaires de participer à l'assemblée générale.

Le nouveau droit des sociétés anonymes adopté par le Parlement le 19 juin 2020 intro- 275
duit dans le Code des obligations un article 701a, al. 2 CO qui dispose que le lieu de

³⁶⁰ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (1996), § 23 N 79; CR-PETER/CAVADINI, art. 700 CO, N 6 et 11; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (2018), § 16 N 493: «*Die Nichtbeachtung der Formvorschriften für die Einberufung hat nach herrschender Lehre in der Regel keine Nichtigkeit, sondern lediglich die Anfechtbarkeit der gefassten Beschlüsse gemäss OR 706 zur Folge. Nichtig sind Generalversammlungsbeschlüsse aber dann, wenn ein Teil der Aktionäre nicht eingeladen oder ihnen das Recht zur Mitwirkung am Beschluss verwehrt oder beschränkt wurde.*»

³⁶¹ BÖCKLI (2009), § 12 N 89.

³⁶² MAUTE (1993), p. 21.

³⁶³ Cour de justice de Genève, ch. civ., 24 juin 2016, C/14716/2014, consid. 7.1.1. et réf. citées.

³⁶⁴ SCHOTT (2009), N 8, p. 140.

³⁶⁵ AT 4A_338/2012, arrêt du 30 août 2012, 1^{re} Cour de droit civil: les décisions prises par une assemblée non vraisemblablement convoquée de façon valable sont susceptibles d'être nulles.

³⁶⁶ MAUTE (1993), p. 21.

réunion ne doit pas être choisi sciemment dans le but de compliquer de façon non fondée la participation à l'assemblée générale pour un actionnaire. L'article 701b CO instaure la possibilité d'organiser une assemblée générale à l'étranger, mais lorsque le fait de réunir les actionnaires à l'étranger supprime ou limite *de facto* le droit de participation, les délibérations seront frappées de nullité (cf. art. 706b, al. 1, CO)³⁶⁷.

276 En outre, le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'infirmier la position d'un tribunal cantonal qui avait admis qu'une convocation défectueuse peut tout au plus donner lieu à une action en annulation, mais qu'en aucun cas elle ne tomberait sous le coup de la nullité. Le Tribunal fédéral rappelle que la nullité pourrait être admise lorsque la conséquence de la convocation défectueuse est d'empêcher les actionnaires de l'exercice d'un de leur droit, «qu'on pense à des manœuvres consistant à empêcher certains ou même un grand nombre d'actionnaires d'assister à l'assemblée générale ou d'en attaquer la décision dans le délai légal³⁶⁸». Ainsi, une seule imprécision de l'ordre du jour n'est pas de nature à emporter l'annulation de l'assemblée générale³⁶⁹.

277 En revanche, lorsque des modalités de convocation particulières ajoutant ou dérogeant à l'article 700 CO sont précisées dans les statuts, leur méconnaissance provoque l'annulabilité de la décision de l'assemblée générale sur le fondement de l'article 706 CO³⁷⁰. La dérogation statutaire ne doit toutefois pas avoir pour effet de réduire les droits des actionnaires. Ainsi, la décision de l'assemblée générale de modifier des statuts en limitant le délai de convocation de l'assemblée générale à 10 jours, alors qu'il est légalement de 20 jours dans les sociétés anonymes³⁷¹, serait nulle de plein droit³⁷². De même, serait nulle une assemblée générale tenue malgré l'absence de convocation de l'ensemble des actionnaires³⁷³ (art. 706b CO).

³⁶⁷ Message CF du 21 décembre 2007 concernant la révision du Code des obligations, N 08.011.

³⁶⁸ ATF 78 III, pp. 333 = JdT 1952 I, pp. 403 ss.

³⁶⁹ ATF 4A_141/2020 du 4 septembre 2020, consid. 3.5.

³⁷⁰ Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de prononcer l'annulation des décisions prises par une assemblée générale extraordinaire au motif que celle-ci n'avait pas été convoquée conformément aux règles statutaires (ATF 116 II 713, 1^{re} Cour de droit civil du 18 décembre 1990 J. et S. c. *Caisse maladie de X* renvoyant à ATF 115 II 58).

³⁷¹ Art. 696 al. 1 CO. En sens contraire: sur le caractère tardif de la convocation, un courant dissident soutient qu'il ne serait que source d'annulation (MONTAVON, 2004). Dans les SARL, la réduction du délai de convocation de l'assemblée des associés au-dessous de 10 jours (art. 805 al. 3 CO) est sanctionné de nullité.

³⁷² FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (1996), note 3, § 25 N 93.

³⁷³ ATF 137 III 460 – 5A_197/2011 du 15 août 2011: la décision de la réunion de tous les actionnaires, à laquelle tous n'ont pas participé ou n'ont pas été représentés, est nulle. Cette décision n'est pas non plus valable en tant que décision ordinaire de l'assemblée générale, si tous les actionnaires n'ont pas été convoqués. Il importe peu que l'actionnaire qui n'a pas été invité aurait pu, par son vote, empêcher que la décision ne soit prise (consid. 3.3). «Si l'on admettait la validité d'une clause statutaire prévoyant dans ce cas de figure une réélection automatique des administrateurs, elle n'aurait pas seulement pour effet de prolonger tacitement le mandat des administrateurs, mais bien de faire obstacle à la volonté exprimée par l'assemblée générale.

B. Convocation par un organe incompétent

1. En France: nullité facultative et absolue

En application du principe de spécialité des organes, la convocation de l'assemblée générale par un organe incompétent entraîne la nullité facultative³⁷⁴ mais absolue³⁷⁵ de l'assemblée. La solution est stable, en témoigne un contentieux régulier, et était déjà communément admise avant la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966³⁷⁶.

Le juge tiendra compte de l'ensemble des circonstances de l'espèce pour prononcer la sanction³⁷⁷, notamment de la gravité de l'irrégularité et de son influence sur la décision litigieuse. La Cour de cassation a ainsi confirmé qu'en refusant d'annuler la délibération d'une assemblée générale extraordinaire pourtant convoquée par un conseil d'administration irrégulier car composé en majeure partie d'administrateurs qui n'étaient pas propriétaires du nombre d'actions requis par les statuts, la Cour d'appel n'a fait

Autrement dit, elle restreindrait le droit (inaliénable) de l'assemblée générale de nommer les membres du conseil d'administration, ce qui n'est pas admissible (cf. art. 698 al. 2 ch. 2 CO; BSK-WERNLI/RIZZI, art. 710 CO, N 3; PLÜSS (1990), p. 90 note de bas de page 470). La validité d'une telle clause, qui néglige les structures de base de la société anonyme, doit être niée.» Cet arrêt ne constitue pas une application de 706b CO mais y recourt pour interpréter une clause statutaire.

³⁷⁴ Cass. com., 9 juillet 2002, n° 99-10.453, *op. cit.*: la Cour d'appel qui refuse de prononcer la nullité d'une assemblée de fusion convoquée par un conseil d'administration irrégulièrement constitué ne fait qu'user de la faculté d'appréciation que lui laisse l'article L. 225-104 C.com.

³⁷⁵ Cass. com., 30 avril 1968, n° 63-12.001, P.D. 1969. 89, note Lacombe: le droit de convoquer l'assemblée générale ne peut, à peine de nullité de sa délibération, empiéter sur les attributions dudit conseil d'administration. L'assemblée générale ne peut en particulier, sans porter atteintes aux pouvoirs que la loi reconnaît au conseil d'administration, ni se réunir spontanément, ni usurper à son profit pour le confier à un tiers sans qualité le droit de convoquer les actionnaires en assemblée générale. En l'espèce, le droit de convoquer l'assemblée générale entre dans les fonctions propres du conseil d'administration. Or, l'assemblée avait été par un administrateur qui a irrégulièrement coopté deux autres actionnaires pour constituer le conseil d'administration. Une telle irrégularité ne constitue pas une nullité relative qui peut être couverte par les votes de l'assemblée, comme le soutient la Cour d'appel pour rejeter la nullité (nullité absolue).

³⁷⁶ Paris, 12 avril 1902: DP 1906. 2. 345, note Levillain: sur l'annulation d'une assemblée, qui malgré son ajournement, avait été tenue par un groupe d'actionnaires dissidents. (1) La clause des statuts qui subordonne l'exercice individuel de l'action sociale à une autorisation préalable de l'assemblée générale n'est pas opposable à l'actionnaire qui par la voie judiciaire provoque la nullité des délibérations; (2) les décisions de l'assemblée générale sont nulles si celle-ci a été tenue par un groupe d'actionnaires en l'absence d'administrateurs et des commissaires de surveillance et si le vote a porté sur des questions qui ne figuraient pas à l'ordre du jour; (3) le cessionnaire d'actions régulièrement cédées lui confère le droit de prendre part aux délibérations de l'assemblée générale.

³⁷⁷ Cass. com., 21 juillet 1969, n° 66-14.294: la révocation de l'administrateur d'une société anonyme décidée par l'assemblée générale peut être déclarée nulle dès lors que cette assemblée a été irrégulièrement convoquée sans réunion préalable du conseil d'administration, que cette irrégularité a été sciemment commise par le président directeur général qui a compté sur la très grande majorité dont il disposait pour faire approuver son initiative, que ladite assemblée s'est tenue en l'absence de l'intéressé et que l'irrégularité de la convocation n'a pu être couverte.

qu'user de la faculté d'appréciation accordée par l'article L. 225-104, al. 2 du Code de commerce. En l'espèce la décision avait été prise à une majorité de plus de 99 %³⁷⁸.

280 Lorsque la sanction est prononcée, elle entraîne une cascade de nullités: la convocation est annulée pour violation du principe de spécialité. A défaut de convocation régulière, l'assemblée générale est potentiellement elle-même nulle. En conséquence, tous les actes qui en découlent sont également annulés. Il en est de même lorsque les décisions de l'organe qui a convoqué l'assemblée ont été annulées³⁷⁹.

2. En Suisse: sanction incertaine

281 Les modalités de convocation de l'assemblée générale relèvent de l'article 699 CO. La convocation doit émaner du conseil d'administration dans sa forme collective. La sanction applicable à une décision sociale prise en méconnaissance du principe de parité est incertaine en droit suisse. Selon une partie dominante de la doctrine, sont nulles sur le fondement de l'article 706b CO les décisions qui sont prises par un organe incompétent³⁸⁰. Dans la même logique, sont nulles sur le fondement de l'article 706b CO les décisions qui sont prises par une assemblée générale convoquée par une personne dépourvue de compétence pour le faire³⁸¹ ou par le seul président du conseil d'administration, sauf à ce que cette compétence lui soit déléguée afin d'éviter d'éventuelles situations de blocage³⁸².

282 À l'inverse certains auteurs se montrent réservés sur la sanction à appliquer en cas de violation du principe de parité des organes, en raison du risque d'insécurité juridique qui en découlerait. Selon cette position doctrinale, les décisions prises par l'organe incompétent ne devraient être qu'exceptionnellement frappées de nullité. Il en irait ainsi de la convocation de l'assemblée générale (art. 699, al. 1^{er} CO) émanant d'un organe autre que le conseil d'administration³⁸³. Selon cette position, les actionnaires ne sont

³⁷⁸ Cass. com., 23 octobre 1979, n° 78-10.460, Rev. soc. 1980, p. 91: dès lors qu'une Cour d'appel retient à juste titre qu'une délibération de l'assemblée générale extraordinaire d'une société anonyme, convoquée par un conseil d'administration composé en majeure partie d'administrateurs qui n'étaient pas propriétaires du nombre d'actions exigé par les statuts, ne pouvait être atteinte de nullité en vertu de l'article 360 al. 2 de la loi du 24 juillet 1966 comme violant une disposition impérative de la loi ou l'une de celles régissant les contrats, elle ne fait qu'user de la faculté d'appréciation à elle accordée par l'article 159 al. 2 de ladite loi en refusant de prononcer la nullité de cette délibération.

³⁷⁹ Cass. com., 22 décembre 1969, n° 67-13.386 P.: la nullité d'une réunion du conseil d'administration ayant convoqué une assemblée générale avec un ordre du jour circonstancié entraîne celle de ladite assemblée et de toutes les résolutions adoptées.

³⁸⁰ BÖCKLI (2009), § 16 N 168; ZK-TANNER, art 706b CO, N 51; BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706b CO, N 2, 8a; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (1996), § 25 N 127; RIEMER (1998), N 122.

³⁸¹ RIEMER (1998), N 123.

³⁸² CR-PETER/CAVIDANI, art. 699 CO, N 5.

³⁸³ TRIGO TRINDADE (1996), p. 168.

pas en mesure de connaître quel est l'organe qui a effectivement émis la convocation. Dès lors, les actionnaires seraient *a priori* indifférents au respect de cette compétence, qui ne leur porte aucun préjudice au demeurant. Provoquer la nullité de l'assemblée générale au motif que l'organe ayant convoqué les actionnaires aurait été incompétent est en outre source d'insécurité juridique pour les tiers.

Nous penchons en faveur de la sanction de la nullité de l'assemblée générale en cas de convocation par un organe incompétent pour trois raisons :

- la sanction du non-respect du principe de parité des organes est la nullité (art. 706b al. 3 CO);
- la garantie que l'assemblée générale est convoquée par un organe compétent permet d'éviter la tenue d'assemblées loufoques;
- la nullité préserve l'esprit de la loi, qui prévoit divers palliatifs légaux en cas de manquement à l'obligation de convoquer par l'organe compétent³⁸⁴: tel n'aurait pas été le cas si le législateur s'était montré indifférent à l'identité de l'auteur de la convocation.

C. *Ordre du jour absent ou incomplet*

1. En France: nullité automatique

Dans son contenu, la convocation doit comporter l'ordre du jour de l'assemblée générale. Sur le fondement de l'article L. 225-105, al. 3 du Code de commerce qui dispose que «*l'assemblée ne peut délibérer valablement sur une question qui n'est pas inscrite à l'ordre du jour*», et des articles L. 225-121 et R. 255-66, al. 2 du même Code dont la lecture combinée révèle que: «*les questions inscrites à l'ordre du jour sont libellées de telle sorte que leur contenu et leur portée apparaissent clairement, sans qu'il y ait lieu de se reporter à d'autres documents*».

En cas d'absence totale d'ordre du jour ou d'ordre du jour incomplet ou ambigu, la convocation sera irrégulière et l'assemblée sera nulle (nullité automatique)³⁸⁵. Par ren-

³⁸⁴ Un actionnaire peut ainsi réclamer en justice la tenue de l'assemblée générale en cas de carence des organes (art. 731b CO).

³⁸⁵ En ce sens également: Lamy, *Sociétés commerciales*, 2712; TGI Chartes, 15 janvier 1991, Dr. Sociétés 1991, n° 238, Gaz. Pal. 1991, I, jur., p. 211, note Marcbi: annule la décision litigieuse au motif que les termes de la convocation laissent croire à tort que l'augmentation de capital ne serait pas réalisée immédiatement; Cass. com., 15 avril 1982, n° 80-15.566, *op. cit.*: l'article L. 225-121 C.com. sanctionne obligatoirement par la nullité la violation des dispositions impératives édictées par l'art. L. 225-105 C.com. (inscription de projets de résolution à l'ordre du jour), et par référence expresse à l'article R. 225-72 C.com.; Cass. com., 7 novembre 1989, Rev. soc. 1990. 36, note Guyon; BJS 1990.77, note Le Cannu: la Cour de cassation impose seulement au conseil d'administration d'inscrire à l'ordre du jour la question du remplacement de cet administrateur; CA Versailles, 2 décembre 1987, *op. cit.*: D. 1988 IR 15; JCP 1988. II. 21067, note Estoup: dès lors que l'assemblée des actionnaires d'une société anonyme n'a pas la maîtrise de son ordre du jour, le conseil d'administration a l'obligation, et non pas la

voit de l'article L. 225-121 à l'article L. 225-105 du Code de commerce, le non-respect de l'ordre du jour entraîne la nullité automatique de l'assemblée générale.

286 La sanction est d'une particulière sévérité. Les juges en avaient atténué la portée en admettant le principe de l'ordre du jour implicite selon lequel les points ou les questions inscrits pouvaient être génériques à condition d'être suffisamment explicites. La jurisprudence dite de l'ordre du jour implicite admettait la validité des résolutions qui étaient les conséquences nécessaires d'une question inscrite à l'ordre du jour³⁸⁶. Appliquant une approche extensive de ce principe, une Cour d'appel avait refusé d'annuler une assemblée générale pour irrégularité de l'ordre du jour, au motif que les questions portées étaient la conséquence d'une précédente assemblée générale dont les résolutions avaient été approuvées à l'unanimité³⁸⁷.

faculté, de lui soumettre la question bien qu'aucune disposition légale ou réglementaire ne l'impose.

³⁸⁶ Cass. com., 25 avril 1989, n° 87-15.208, BJS 1989. 531, note Jeantin; CA Paris, 21 décembre 1979, D. 1982. IR 15, obs. Bousquet, Rev. soc. 1980. 761, note Sibon; Cass. com., 20 février 2007, RJDA 8-9/07 n° 860: la question régulièrement inscrite à l'ordre du jour sur laquelle l'assemblée générale extraordinaire avait été appelée à délibérer concernait la dissolution anticipée de la société; les résolutions supplémentaires adoptées par ladite assemblée, relatives aux problèmes de liquidation, conséquence directe de la dissolution, relevaient de l'ordre du jour et n'abordaient aucun problème nouveau.

³⁸⁷ CA Paris, 26 novembre 2008, n° 08/11939, *Mutuelle Optique La Roussillonnaise c/SA Cooptimut*, RJDA 2010, n° 370: l'actionnaire ne pouvait se méprendre ni sur le contenu, ni sur la portée des questions inscrites à l'ordre du jour dès lors qu'il avait approuvé lors d'une précédente assemblée la réorganisation intragroupe dont elles n'étaient que la conséquence et que le rapport prévoyant l'étude d'une nouvelle structuration avait lui-même été approuvé à l'unanimité lors d'une assemblée antérieure; CA Paris, 12 novembre 2009, n° 08/22448, Tsatsaris, RJDA 2010, n° 517: le tribunal de commerce saisi en première instance refuse de prononcer la nullité de l'assemblée générale extraordinaire pour la violation des règles concernant la convocation aux motifs que l'annulation poserait des problèmes inextricables compte tenu de la chute ultérieure des cours de bourse. En présence d'une société cotée, le premier avis de convocation doit contenir le projet de résolution et être publié au BALO. Le second avis, si le quorum n'est pas réuni lors de la première réunion, reprend nécessairement le projet de résolution et en voie de conséquence l'ordre du jour du premier avis, sans qu'il soit nécessaire de le reprendre intégralement, un simple renvoi à l'ordre du jour de la première assemblée générale étant suffisant. Toutefois, le second alinéa de l'article R 225-66 du Code de commerce fait obligation de libeller les questions inscrites à l'ordre du jour de telle sorte que leur contenu et leur portée apparaissent clairement sans qu'il y ait lieu de se rapporter à d'autres documents. De plus, la seconde convocation doit également être publiée au BALO conformément à l'article R. 225-67 du Code de commerce. Toutefois, en application de l'article L. 225-104 du Code de commerce, les violations des articles R. 225-66 et R. 225-67 peuvent seulement entraîner l'annulation selon l'appréciation du juge (nullité facultative). En l'espèce, les juges tiennent compte du fait que (1) en dépit des manquements formels de la convocation aux obligations légales, l'actionnaire requérant la nullité avait été informé des dates et de l'ordre du jour des assemblées et (2) l'actionnaire ne détenant que 7% du capital n'aurait pu s'opposer à la dissolution de la société (application de la théorie du vote utile).

Ce principe de l'ordre du jour implicite a depuis été atténué par un arrêt récent, selon 287 lequel un ordre du jour mentionnant «émission réservée aux salariés dans le cadre d'un plan d'épargne d'entreprise» sans que ne soit indiquée la précision «avec suppression du droit préférentiel de souscription» est incomplet et ne permet pas à l'assemblée générale extraordinaire de valablement statuer sur cette opération³⁸⁸.

Cet arrêt, interprété comme une remise en cause partielle du principe de l'ordre du 288 jour implicite, a été suivi de nombreux commentaires doctrinaux édictant des conseils de rédaction de l'ordre du jour. L'ANSA recommande que l'ordre du jour comporte par prudence la mention de toutes les questions impliquant un vote de l'assemblée générale, le cas échéant en se limitant au visa des textes concernés ou en joignant les projets de résolution s'y référant expressément. D'un ordre du jour implicite, les rédacteurs de la convocation devront désormais, par prudence, préférer un ordre du jour explicite voire extensif. Enfin, l'assemblée générale doit effectivement porter sur l'ordre du jour présenté dans la convocation, et ne saurait aborder des sujets certes voisins, mais différents, sous peine de nullité (nullité automatique). Une exception demeure pour la révocation sur incident d'un dirigeant social. Ce dernier peut être révoqué en cours d'assemblée générale sans que le point n'ait été porté à l'ordre du jour³⁸⁹.

Les actionnaires ainsi que les représentants du comité d'entreprise ont également la 289 faculté de demander l'inscription de points à l'ordre du jour. Toutefois ce droit n'est pas absolu et souffre deux limites. D'abord, le conseil d'administration peut refuser d'accéder à leur demande, sous réserve que ce refus soit motivé. Le conseil d'administration peut ainsi refuser d'inscrire à l'ordre du jour des points qui seraient étrangers à l'objet social, qui conduiraient à porter atteinte au secret des affaires ou encore qui présenteraient un caractère vexatoire ou diffamatoire. Enfin, un point qui se présenterait sous la forme d'une demande de décision par l'assemblée générale ne pourra être inscrit.

L'ordre du jour ne doit pas être confondu avec l'inscription de projets de résolution, 290 bien que l'omission d'un projet de résolution entraîne également la nullité de la décision³⁹⁰. Ainsi, l'oubli par une société de soumettre aux débats de l'assemblée générale extraordinaire décidant une augmentation de capital un projet de résolution prévoyant

³⁸⁸ Cass. com., 25 septembre 2012, n° 11-17.256 P:D 2012 Actu. 2301, obs. Lienhard; Rev. soc. 2013. 158, note Le Nabasque; RJDA 2010, n° 1088; BJS 2012. 847, note Mortier; Dr. Sociétés 2013, n° 5, note Roussille: l'assemblée générale des actionnaires ayant voté la suppression du droit préférentiel de souscription pour la totalité de l'augmentation de capital à laquelle elle décidait de procéder sans que cette question ne figure à l'ordre du jour, les résolutions litigieuses doivent être annulées, quand bien même il résulte implicitement mais nécessairement de l'augmentation de capital réservé que le droit préférentiel de souscription est supprimé.

³⁸⁹ Principe constant, encore récemment confirmé: CA Lyon, 2^e ch. civ., 3 juin 2021, RG 19/00642.

³⁹⁰ ANSA n° 3075, juillet 2001.

une émission réservée aux salariés dans le cadre du régime des plan d'épargne salarial (ancien art. L. 225-129 C.com.) était sanctionné par la nullité automatique avant la réforme de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 dite PACTE abrogeant cette obligation de réserver une augmentation de capital aux salariés. La sanction découle aujourd'hui des articles L. 225-129-6 (nullité spéciale)³⁹¹ et L. 235-1, al. 1 du Code de commerce, la décision concernée entraînant une modification potentielle des statuts en cas de modification du capital.

2. En Suisse: annulabilité

- 291 En Suisse, l'absence de communication de l'ordre du jour (*Traktandum*) de même qu'une inscription imprécise des objets à l'ordre du jour ne laissant pas entrevoir la question qui sera effectivement abordée justifient l'annulation de la décision adoptée³⁹². Le Tribunal fédéral a ainsi pu juger qu'«une convocation ne comprenant pas un ordre du jour complet présente un défaut formel pouvant entraîner l'annulabilité de la décision de l'assemblée générale³⁹³». Le Tribunal fédéral a également jugé comme seulement annulable une décision sociale contenant une modification statutaire dont les points essentiels ne figuraient pas sur l'avis de convocation³⁹⁴.
- 292 De même, si l'énonciation de chacun des points à l'ordre du jour n'est pas suffisamment claire, c'est-à-dire qu'il n'est pas facilement compréhensible pour un actionnaire ordinaire³⁹⁵, la décision de l'assemblée générale est susceptible d'être annulée³⁹⁶. La jurisprudence du Tribunal fédéral est constante sur ce point: il a ainsi jugé que les actionnaires doivent être informés de manière claire et sans ambiguïté sur le sens et l'objectif des points à négocier afin qu'ils puissent préparer la réunion. Cela présuppose qu'ils savent exactement ce qui doit être négocié et éventuellement décidé (*Nach dem Sinn und Zweck seiner Vorschriften muss sie die Aktionäre über die Verhandlungsgegenstände aber klar und deutlich unterrichten, damit sie sich mit Hilfe der Statuten nicht bloss auf die Versammlung vorbereiten, sondern auch vergewissern können, ob ihre Teilnahme dringlich sei. Da seine wie das andere setzt*

³⁹¹ Art. L.225-129-6, al. 1^{er} C.com.: «Lors de toute décision d'augmentation du capital par apport en numéraire, sauf si elle résulte d'une émission au préalable de valeurs mobilières donnant accès au capital, l'assemblée générale extraordinaire doit se prononcer sur un projet de résolution tendant à la réalisation d'une augmentation de capital dans les conditions prévues aux articles L. 3332-18 à L.332-24 du Code du travail lorsque la société a des salariés».

³⁹² Art. 700 al. 2 CO; ATF 103 II 141 = JdT 1978 I 562, consid. 1: «art. 700 al. 1 CO: les objets mis à l'ordre du jour doivent être mentionnés avec précision dans la convocation, afin que les actionnaires sachent sur quoi doit porter la délibération et, éventuellement, la décision.»

³⁹³ 4A 141/2020, arrêt du 4 septembre 2020, consid.3.2. renvoyant à ATF 136 III 174, consid. 5.1.; ATF 116 II 713, consid. 3; arrêt 5A 760/2011 du 18 mai 2012, consid 3.2.3.

³⁹⁴ ATF 80 II, pp. 271.

³⁹⁵ ATF 121 III 420 – JdT 1997 I 111, 114, consid. 2.

³⁹⁶ CR-PETER/CAVADINI, art. 700 CO, N 16; MAUTE (1993), p. 21.

voraus, dass sie genau wissen, worüber verhandelt und allenfalls beschlossen werden soll)³⁹⁷.

Le principe d'intangibilité de l'ordre du jour est toutefois plus souple en Suisse qu'en 293 France. En effet, il n'est certes plus possible de modifier l'ordre du jour passé le délai de vingt jours avant la tenue de l'assemblée générale sous peine de nullité de la décision adoptée³⁹⁸. Cependant, il n'est pas interdit d'adopter d'autres mesures (*Anträge*) que celles proposées à l'ordre du jour lorsqu'elles présentent un élément de connexité avec la thématique proposée³⁹⁹. Par ailleurs, le nouveau droit de la société anonyme adopté le 19 juin 2020 a sensiblement remanié l'article 700 CO portant sur les mentions obligatoires de la convocation et sur la rédaction et la délimitation de l'ordre du jour. L'ordre du jour implicite est désormais admis: le conseil d'administration peut faire une présentation succincte des objets portés à l'ordre du jour dans la convocation pour autant qu'il mette des informations plus détaillées à la disposition des actionnaires par une autre voie (art. 700, al. 3 CO).

II. Le droit à l'information

Le droit à l'information des actionnaires est un élément central du droit des sociétés. 294 Le législateur a reconnu aux actionnaires, en plus d'un droit de communication permanent et ponctuel, un droit d'information préalable aux assemblées. L'objectif est que les actionnaires soient suffisamment informés en amont de l'assemblée pour être en mesure de prendre des décisions éclairées. Le contenu de l'information obligatoire diffère selon les formes sociales et est également sensiblement plus étendu en France qu'en Suisse. Le droit à l'information, pour être efficace et permettre un vote éclairé des actionnaires, est garanti par le législateur tant sur son contenu (A) que sur le délai de communication (B).

A. Information préalable incomplète

1. En France

a. Nullité facultative de principe

Le droit à l'information se décompose en un droit à l'information préalable à la tenue 295 de l'assemblée générale dont le contenu est précisé aux articles L. 225-115 et L. 225-116 du Code de commerce, un droit permanent à l'information prévu à l'article L. 225-117 du Code de commerce, un droit ponctuel à l'information détaillé aux articles L. 225-96, L. 225-97, L. 225-98, al. 3 et 4 du Code de commerce par renvoi de l'article L. 225-121 du même Code.

³⁹⁷ ATF 103 II 141, *op. cit.*

³⁹⁸ CR-PETER/CAVADINI, art. 700 CO, N 20.

³⁹⁹ ATF 121 III 420, consid. 2b.

296 Le principe est que les manquements aux droits d'information et de communication des actionnaires préalablement à l'assemblée générale sont sanctionnés par la nullité facultative de l'ensemble des délibérations. Ainsi, tous les rapports établis par le conseil d'administration doivent être communiqués aux actionnaires, y compris le rapport sur les attributions d'actions gratuites (art. L. 225-197-4 C.com.), les rapports spéciaux des commissaires aux comptes (L. 232-19, al. 3 C.com.), sous peine de nullité facultative⁴⁰⁰. Pour prononcer la nullité de l'assemblée, les juges doivent rechercher si les irrégularités commises ont pu avoir pour conséquence d'empêcher l'actionnaire d'exercer son droit de regard et de critique sur la conduite des affaires sociales : pour que l'assemblée soit nulle, il convient de démontrer que le vote de l'actionnaire, s'il avait été correctement informé, aurait été différent et aurait eu une conséquence sur l'adoption de la résolution litigieuse⁴⁰¹. La nullité sera prononcée en cas d'absence totale de communication préalable à une assemblée générale en raison du caractère impératif des dispositions relatives au droit d'information des actionnaires⁴⁰².

297 Cependant, le législateur a prévu un tempérament qui atténue le prononcé de la nullité par le juge. En effet, l'information non transmise aux actionnaires doit avoir été dissimulée afin de les induire en erreur. Il découle de l'article L. 235-1 al. 2 du Code de commerce que la nullité de l'assemblée ne pourrait être invoquée que dans l'hypothèse où la dissimulation de l'information serait telle qu'elle présenterait le caractère d'une manœuvre destinée à leurrer les actionnaires sur l'activité ou les résultats financiers de la société.

298 Il en serait ainsi par exemple dans une petite société non cotée en l'absence de rapport sur la rémunération des dirigeants, si la rémunération des dirigeants tenait une place prépondérante dans le compte d'exploitation⁴⁰³. *A contrario*, la nullité des délibérations de l'assemblée générale prises en violation de l'article L. 225-100 al. 2 du Code de commerce serait écartée par le juge en l'absence d'information sur la rémunération des mandataires sociaux, sous réserve que cette rémunération n'ait pas un impact significatif sur le compte d'exploitation : le manquement de cette information ne vicie pas l'adoption par l'assemblée de la résolution d'approbation des comptes car elle n'empêche pas les actionnaires de se prononcer sur la résolution relative à ces comptes.

b. *Nullité automatique en cas de manquement du rapport de gestion*

299 La sanction a été renforcée en cas de manquement particulièrement grave. Ainsi, les actionnaires doivent pouvoir consulter le rapport de gestion : les délibérations prises

⁴⁰⁰ CA Paris 5 février 2019, n° 17/03710.

⁴⁰¹ Lamy, Sociétés commerciales, N 3819, p. 1757 ; V. NOCQUET (1979), n° 4, p. 4 ; Cass. com., 19 avril 2005, n° 02-13.599, *op. cit.*

⁴⁰² Lamy, Sociétés commerciales, N 3827.

⁴⁰³ ANSA n° 3154, C.J. du 5 juin 2002.

en son absence encourent la nullité automatique dans les sociétés anonymes et la nullité facultative dans les SARL. Une exception existe toutefois pour les petites entreprises qui sont dispensées de l'établissement d'un rapport de gestion indépendamment de leur forme sociale⁴⁰⁴.

Dans les sociétés anonymes, le rapport annuel doit comporter un nombre considérable d'informations sur la société (art. L. 225-100 al. 2, L. 225-102, L. 232-1 al. 2 et D. 148 C.com.), de sorte qu'on peut s'interroger sur le caractère essentiel de ces mentions et sur la sanction qui serait applicable en présence d'irrégularité. Outre le rapport ordinaire, le conseil d'administration doit également présenter à l'assemblée générale des rapports spéciaux lors d'opérations particulières comme une augmentation de capital (L. 225-129, al. 1^{er} C.com.), la suppression du droit préférentiel de souscription (L. 225-135, L. 225-138, R. 225-114 C.com.), l'attribution d'actions gratuites aux salariés (art. L. 225-197-1 C.com.): l'assemblée générale est amenée à statuer sur ces rapports.

En conséquence, des décisions jurisprudentielles ont atténué le poids de cette sanction. En effet, la nullité n'est pas attachée aux simples irrégularités formelles dans l'accomplissement des actes d'information prescrits par le décret du 3 juillet 1978, dès lors que les associés ont, en dépit des irrégularités, bénéficié d'une information suffisante⁴⁰⁵. Au juge d'apprécier ce qu'est une « information suffisante »⁴⁰⁶. L'absence de certaines informations dans le rapport annuel ne saurait être assimilée à une absence totale de rapport annuel, sauf si ledit rapport, vidé de l'essentiel de sa substance, en devient inexistant car trop lacunaire au point d'empêcher les actionnaires de se prononcer en assemblée générale⁴⁰⁷. En revanche, l'omission délibérée dans le rapport d'informations indispensables à la délibération d'une résolution particulière serait de nature à vicier l'adoption de cette résolution sans entacher le reste des délibérations. Tel serait le cas de l'omission, par exemple, de l'information sur les résultats de la société⁴⁰⁸.

De plus, la Cour de cassation a précisé que l'article L. 225-96 du Code de commerce n'impose pas à l'assemblée générale extraordinaire de statuer sur le rapport du conseil

⁴⁰⁴ Art. L. 232-1, IV, C.com. issu de la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un Etat au service d'une société de confiance.

⁴⁰⁵ Cass. 1^{re} civ., 31 octobre 1989: BJS 1990, § 19, p. 93, note Le Cannu.

⁴⁰⁶ CA Paris, 19 mars 1981: D. 1981. 405, concl. Jéol; JCP 1982. II. 19720, note Guyon: si l'absence de tout rapport des commissaires aux comptes entraîne la nullité de la délibération supprimant le droit préférentiel de souscription par contre, l'insuffisance des indications mentionnées aux rapports prescrits ne peut équivaloir à l'absence de rapport qu'au cas où les actionnaires n'ont pu, en raison de cette insuffisance, se prononcer en connaissance de cause.

⁴⁰⁷ La doctrine majoritaire soutient cette position: ANSA n° 3154, C.J. du 5 juin 2002; F. Lefebvre MSC (2002), n° 11081, § 2.

⁴⁰⁸ ANSA n° 3154, C.J. du 5 juin 2002.

d'administration: aussi n'est pas nulle une assemblée générale modifiant les statuts en l'absence de rapport spécial⁴⁰⁹.

c. Nullité automatique en cas de décision d'une certaine gravité

303 L'annulation d'une assemblée générale modifiant les statuts ne peut être obtenue qu'en présence d'une disposition légale expresse. Certaines décisions, en raison de leur importance particulière, encourent la nullité automatique en cas de manquement à l'obligation d'information préalable des actionnaires: la sanction n'est prononcée non plus en raison de la gravité de l'irrégularité entachant l'information requise elle-même, mais en raison de la finalité de la décision prise. C'est le cas des décisions d'augmentation du capital (par jeu de renvoi de l'article L. 225-149-3 C.com) en l'absence du rapport du conseil d'administration ou du directoire⁴¹⁰. C'est également le cas en l'absence de rapport du commissaire à la transformation en cas de transformation d'une société anonyme en SAS (art. L. 224-3 al. 2 et 3 C.com): à défaut d'approbation expresse des actionnaires sur l'évaluation des biens mentionnés au procès-verbal, la transformation est nulle. Lorsque les actionnaires ont approuvé l'évaluation des biens en l'absence de nomination d'un commissaire à la transformation: selon les uns, la décision serait annulable; selon la doctrine majoritaire, la loi ne prévoit littéralement de nullité qu'à défaut d'approbation de l'évaluation des biens et non en l'absence de rapport. La décision serait donc valable⁴¹¹ et l'actionnaire devrait se contenter d'une procédure d'injonction ou d'une action en dommages et intérêts.

2. En Suisse: annulabilité de principe

304 Comme en France, le droit à l'information des actionnaires revêt en droit suisse une dimension centrale. Alors qu'en France le droit à l'information est devenu progressivement un droit en soi⁴¹², il est en Suisse cantonné à un rôle de garant de l'exercice d'un vote éclairé par l'actionnaire⁴¹³.

305 Le choix de la sanction de la nullité ou de l'annulabilité dépendra de la nature de l'information omise et de la gravité des conséquences de l'omission.

⁴⁰⁹ Cass. com., 26 octobre 2010, n° 09-71.404, FS-P+B+I.

⁴¹⁰ Cass. com., 18 février 1964, n° 61-13.507 P:D 1964: la seule indication des motifs de l'augmentation de capital ne suffit pas à répondre aux exigences de dispositions légales, la mise à la disposition des actionnaires de la comptabilité sociale ne couvre pas la nullité résultant du défaut ou de l'insuffisance éventuelle des rapports prescrits dans lesquels les actionnaires doivent trouver tous les renseignements prévus par la loi sans avoir besoin de procéder eux-mêmes à des recherches.

⁴¹¹ ANSA n° 3128, C.J. du 15 mai 2002.

⁴¹² LEDOUX (2002), N 292, p. 247.

⁴¹³ ATF 133 III 453, consid. 7.2.; BSK-WEBER, art. 696 CO, N 1; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (1996), 40 N 146.

Certaines décisions de l'assemblée générale ne peuvent être prises sans que les actionnaires n'aient eu un accès préalable à des informations fondamentales. Ainsi, les décisions d'approbation des comptes ou d'emploi des bénéficiaires (art. 698 al. 2 chif. (4) CO et art. 731 al. 3 CO) seront frappées de nullité lorsque les actionnaires n'ont pas été en mesure de prendre connaissance du rapport de révision, soit que celui-ci n'ait absolument pas été mis à leur disposition, soit qu'il ait été mis à leur disposition mais dans un délai inférieur au délai de convocation de l'assemblée générale (à moins que les actionnaires n'y aient unanimement consentis), soit qu'il soit incomplet sur des points matériellement importants, soit qu'il ne soit pas formellement valable, c'est-à-dire qu'il n'ait pas été écrit ou consigné dans un acte authentique comme le requièrent certaines décisions⁴¹⁴. Bien que la loi ne le prévoit pas, l'absence de communication des comptes annuels devrait également entraîner la nullité des délibérations d'approbation des comptes ou d'emploi du bénéficiaire, les actionnaires n'ayant pu les approuver faute d'en avoir eu connaissance.

En revanche, si le rapport de révision comporte de simples erreurs éventuelles ou est incomplet sur des points non essentiels, les décisions concernées seront seulement annulables et non pas nulles. L'annulation affectera par ailleurs toutes les autres délibérations qui se fondent sur le rapport de gestion ou le rapport de révision, telles que la décision d'approbation du rapport annuel ou des comptes consolidés (art. 698 al. 2 ch. 4 CO) ou la décision de décharge (nouvel art. 698 al. 2 ch. 7 CO) dont l'effet ne peut être limité qu'aux informations qui ont été réellement connues au moment du vote.

En outre, les actionnaires détenant 5% du capital-actions ou des voix bénéficient du droit de consulter les livres de la société avec l'autorisation expresse du conseil d'administration (nouvel art. 697a al. 1 CO). Toutefois, le conseil d'administration peut refuser ce droit dans la mesure où il ne serait pas nécessaire à l'exercice des droits de l'actionnaire et compromet le secret des affaires ou d'autres intérêts sociaux dignes de protection (nouvel art. 697a al. 3 CO). La question se pose de savoir dans quelle mesure un tel refus serait attaquant. Sur le fondement du droit en vigueur avant la réforme du droit de la société anonyme en date du 19 juin 2020 (ancien art. 697 al. 3 CO), la doctrine dominante⁴¹⁵ et la jurisprudence du Tribunal fédéral⁴¹⁶ concédaient à l'assemblée générale et au conseil d'administration un large pouvoir d'appréciation, mais leur décision de refus devait respecter les principes d'égalité de traitement entre

⁴¹⁴ CR-PETER/CAVADINI, art. 698 al. 2 CO, N 27: «En l'absence de rapport de révision, la décision de l'assemblée générale est nulle; en l'absence de réviseur, la révision est en revanche annulable (CO 731 III)».

⁴¹⁵ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (1996) § 40 N 193, BSK-WEBER, art. 696 CO, N 16 ss.

⁴¹⁶ TF_4C. 234/2002, consid. 6.3.

les actionnaires, de proportionnalité et prendre en compte l'intérêt social⁴¹⁷. On relèvera toutefois la difficulté pratique que soulevait cette disposition: lorsque la décision d'autorisation ou de refus de consultation des livres émanait de l'assemblée générale (ce que la réforme du droit des sociétés anonymes en date du 19 juin 2020 a aboli), celle-ci était attaquantable sur le fondement de l'article 706 CO. En revanche, lorsque la même décision émane du conseil d'administration (comme cela est exclusivement le cas depuis la réforme du droit des sociétés anonymes en date du 19 juin 2020), l'actionnaire ne dispose d'aucun recours pour la contester: l'action fondée sur l'article 706 CO vise en effet uniquement les décisions de l'assemblée générale. Cette incohérence mène certains auteurs à soutenir que la décision de l'assemblée générale n'est pas attaquantable, et c'est pour cela que l'ancien article 697 al. 4 CO prévoyait que, en cas de refus, l'actionnaire pouvait saisir le juge pour qu'il statue sur son droit sur requête⁴¹⁸. De plus, alors que l'action en annulation lui permet d'attaquer la décision de refus, elle ne lui permet pas pour autant d'obtenir l'information demandée. En revanche, un recours sur le fondement de l'ancien article 697 al. 4 CO permettait d'accéder à l'information manquante, sans obtenir préalablement l'annulation. La réforme du droit des sociétés anonymes a supprimé cette dernière disposition dont la rédaction était imprécise au profit d'un nouvel article 697b CO selon lequel les actionnaires qui ont essuyé un refus total ou partiel à leur demande de renseignements ou de consultation peuvent demander au tribunal d'ordonner à la société de fournir les renseignements en question.

- 309 Jusqu'où s'étend le droit aux renseignements conféré aux actionnaires? Dans un arrêt en date du 19 avril 2007⁴¹⁹ rendu sur le fondement de l'ancien article 697 CO, le Tribunal fédéral considère que le droit d'information ne présente pas de caractère absolu. En l'espèce, les demandeurs souhaitaient obtenir l'annulation de l'assemblée générale pour violation du droit aux renseignements de l'article 697 CO. Le Tribunal fédéral rappelle que l'information doit être nécessaire à l'exercice par l'actionnaire de ses droits, de sorte qu'il convient de lui donner des renseignements uniquement dans ce but-là⁴²⁰. Il incombe au demandeur de démontrer que la violation du droit à l'information présente un lien de causalité avec le résultat de la décision.
- 310 Récemment, le Tribunal fédéral a semblé étendre les contours du droit aux renseignements, ce qui est critiqué par la doctrine. En effet, dans un arrêt en date du 13 février 2012⁴²¹, le Tribunal fédéral juge que lorsqu'une procédure de «coup d'accordéon» ne suffit pas à elle seule à faire disparaître le surendettement, le conseil d'administration

⁴¹⁷ CR-TRIGO TRINDADE, art. 697 CO, N 64.

⁴¹⁸ BSK-WEBER, art. 697 CO, N 18.

⁴¹⁹ TF_4C. 419/2006/crz.

⁴²⁰ Message du Conseil fédéral du 23 février 1983, FF 1983 II, p. 757 ss, p. 933.

⁴²¹ ATF 138 III 204 sur la validité d'un coup d'accordéon sur le fondement de l'art. 732a al. 1 CO.

doit soumettre un plan d'assainissement à l'assemblée générale, faute de quoi les décisions prises sont annulables avec effet rétroactif. Le Tribunal fédéral fonde sa décision sur l'article 732a al. 1 CO, dont la violation a pour conséquence l'annulation des décisions prises par l'assemblée générale et non leur nullité. Il résulte de l'annulation de la décision de l'assemblée générale que les décisions d'exécution de l'augmentation du capital prises par le conseil d'administration (art. 650 al. 1, 2^e phrase CO) deviennent nulles sur le fondement de l'article 714 CO, faute de décision de principe valable et préalable de l'assemblée générale. La doctrine a critiqué cette interprétation extensive du Tribunal fédéral en soutenant que si les actionnaires ne s'estiment pas suffisamment informés, ils ont la possibilité de rejeter la proposition du conseil d'administration⁴²². La critique doctrinale omet toutefois de tenir compte que, dans l'espèce, les demandeurs de la nullité détenaient une part minoritaire de 10% des droits de vote et que, quand bien même ils auraient rejeté la proposition du conseil d'administration, celle-ci aurait été adoptée par l'actionnaire majoritaire. Il nous semble donc que, au contraire, l'interprétation du Tribunal fédéral protège opportunément les actionnaires minoritaires d'une décision adoptée par le seul majoritaire, et qui n'est pas optimale pour la société.

Enfin, l'identification des bénéficiaires du droit d'information préalable portant sur le rapport de gestion et le rapport de révision garanti par l'ancien article 696 CO (partiellement repris au nouvel article 699a CO) a fait l'objet de discussions. La compréhension littérale de cette disposition est que seuls les actionnaires, qui sont exclusivement et expressément visés, bénéficient de ce droit. Toutefois, pour certains auteurs⁴²³, ces informations doivent également être mises à disposition des participants puisque la loi leur reconnaît qualité pour attaquer les décisions de l'assemblée générale (art. 656a al. 2 CO: « Toutes les dispositions relatives au capital-actions, à l'action et à l'actionnaire sont applicables au capital-participation, au bon de participation et au participant à moins que la loi en dispose autrement. »). Il en résulte que des irrégularités dans le cadre des obligations de convocation et d'information des participants entraînent l'annulabilité des décisions de l'assemblée générale. Si les participants ont obtenu un droit statutaire de participer, ils bénéficient également des dispositions légales applicables aux actionnaires. Selon certains, les sanctions de la méconnaissance de ce droit statutaire des participants seraient les mêmes que la méconnaissance des droits des actionnaires, à savoir l'annulation des décisions⁴²⁴.

⁴²² S. BETTSCHART/J-Y de BOTH, comm. TF 4A_61/2009 du 26 mars 2009, CJN.

⁴²³ CR-TRIGO TRINDADE, art. 696 CO, N 24.

⁴²⁴ ZK-BAHAR/PEYER, art. 656d CO, N 1 à N 6.

B. *Communication hors délai*

1. En France (L. 225-108 C.com.): nullité facultative

312 La solution ancienne et déjà en vigueur sous l'empire de l'ancien droit, constamment réaffirmée, est que le retard de communication n'équivaut pas à une absence de communication. Le simple retard n'entraîne donc pas la nullité de l'assemblée⁴²⁵, dès lors que le délai légal entre la convocation et la tenue de l'assemblée a été respecté.

313 En revanche, lorsque le retard de communication met l'actionnaire dans l'impossibilité de participer au vote, l'assemblée générale encourt la nullité⁴²⁶. Les juges du fond apprécieront *in concreto*.

2. En Suisse: nullité

314 Le nouvel article 699a CO (ancien art. 696 CO) indique les informations qui doivent être portées à la connaissance des actionnaires préalablement à la tenue de l'assemblée générale. Le rapport de gestion et le rapport de révision sont mis à disposition des actionnaires au plus tard vingt jours avant la tenue de l'assemblée générale ordinaire.

315 Ce délai n'est que semi-impératif, à savoir que les actionnaires peuvent renoncer au délai ponctuellement, mais les documents mentionnés doivent néanmoins impérative-

⁴²⁵ Req. 18 juin 1907: DP 1909. 1. 358; Cass. Req., 5 janvier 1926, *Lefèvre c. Soc. L'Alliance de Métaux*: S. 1926. 1. 61; Gaz. Pal. 1926. 1. 389: refus de prononcer la nullité d'une assemblée générale ordinaire d'une société anonyme pour refus de communication à un actionnaire, aux motifs qu'une copie des documents énumérés dans l'article 35 de la loi de 1867 a été remise sur demande à l'actionnaire (la liste des documents à communiquer est donc strictement limitée à ce que la loi prévoit et ne saurait s'étendre au livre journal que réclamait l'actionnaire). La Cour d'appel procède à une appréciation *in concreto*, refusant de considérer que l'absence de liste des actionnaires justifie la nullité de l'assemblée, compte tenu du petit nombre invariable d'actionnaires. Tout au mieux, concède-t-elle un simple retard de communication concernant le rapport des commissaires aux comptes qui a été mis à disposition des actionnaires dès l'ouverture de l'assemblée. «En dehors de tout plan concerté de mauvaise foi par les administrations et qu'il n'a pas privé en réalité de l'exercice du droit de contrôle que les prescriptions de l'article 35 de la loi de 1867 ont pour but de sauvegarder», l'actionnaire a pu prendre des documents communiqués une connaissance suffisante. De plus, concernant la majorité requise pour modifier une clause d'agrément, s'agissant d'une clause des statuts, l'unanimité n'est pas requise par la loi (L. 24 juillet 1867, art. 31).

⁴²⁶ CA Pau, 7 octobre 1959, n° 9999: D. 1960. 248, note Dalsace: si un actionnaire d'une société anonyme, convoqué à une assemblée générale, ne peut, pour demander l'annulation de la délibération, se prévaloir d'un simple retard dans la communication du rapport du conseil d'administration, il n'est pas de même, en ce qui concerne le procès-verbal de la dernière assemblée: bien que les procès-verbaux des assemblées précédentes figurent seulement dans les pièces qui, suivant le paragraphe 3 de l'article 35 de la loi du 24 juillet 1867, font l'objet d'un droit de communication permanent, le refus de communiquer à temps, à l'actionnaire, les éléments d'information qui lui sont nécessaires pour assister à une assemblée générale, l'empêche d'exercer son contrôle sur la gestion des administrateurs et de participer, avec toute l'information nécessaire, au vote qui pourrait intervenir et une semblable attitude de la société doit être sanctionnée par la nullité de l'assemblée générale dont il s'agit.

ment être mis à disposition au plus tard lors de l'assemblée générale ordinaire, faute de quoi la décision d'approbation des comptes et celle relative à l'affectation du bénéfice sont frappées de nullité⁴²⁷. La sanction est fondée sur un cas de nullité spécial prévu à l'article 731 al. 3 CO sanctionnant l'absence de rapport de révision: «Si le rapport de révision n'a pas été présenté, les décisions d'approbation de comptes annuels et des comptes de groupe ainsi que la décision concernant l'emploi du bénéfice sont nulles». Pour la doctrine majoritaire, une mise à disposition dans un délai inférieur au délai de convocation de l'assemblée générale sans que les actionnaires n'y aient unanimement consenti est également sanctionnée par la nullité des décisions de l'assemblée générale⁴²⁸.

III. La participation effective à l'assemblée générale: de la bonne tenue de la séance à la consignation de l'expression du vote

L'assemblée générale est conçue comme un organe d'échange, dont les débats doivent 316 permettre d'aboutir à un vote éclairé, pris à la majorité et manifestant la volonté sociale. Pour ce faire, les législateurs ont assuré des règles formelles et substantielles quant à son organisation et son déroulé (A), quant aux règles de majorité (B), et quant aux informations mises à la disposition des actionnaires en cours de séances (C). Le législateur français appréhende l'assemblée générale comme un lieu d'échange public, alors que le législateur suisse consacre son caractère privé en encadrant la présence de tiers éventuels (D). Enfin, les débats et les votes (E) doivent être consignés dans un procès-verbal (F).

A. Irrégularité formelle du déroulement de l'assemblée générale

1. En France: nullité automatique

En France, l'assemblée générale est organisée par un bureau qui comprend un président 317 (art. R. 225-100 al. 1 C.com.), deux scrutateurs qui sont habituellement les membres de l'assemblée présentant le plus grand nombre de voix et acceptant cette fonction (art. R. 225-101 al. 1 C.com) et un secrétaire (art. R. 225-101 al. 2 C.com.) qui est choisi à la majorité des membres du bureau. Les scrutateurs exercent un rôle non négligeable car ils contrôlent la cohérence des résultats des votes, le quorum, signent l'arrêté de la feuille de présence, examinent et signent le procès-verbal de l'assemblée.

Regardant la composition du bureau, la jurisprudence se montre stricte concernant la 318 nomination du président, qui doit impérativement être le président du conseil d'administration⁴²⁹. A ainsi été annulée une assemblée générale dont le président élu ne ré-

⁴²⁷ CR-TRIGO TRINDADE, art. 696 CO, N 30.

⁴²⁸ CR-PETER/GENEQUAND/CAVADINI, art. 713 CO, N 20.

⁴²⁹ Mais en l'absence de ce dernier, il s'agira soit de la personne désignée par les statuts, soit d'une personne désignée par l'assemblée elle-même (art. R. 225-100 C.com.).

pondait pas aux exigences de l'article R. 225-100 du Code de commerce alors que le président du conseil d'administration était présent dans l'assemblée⁴³⁰. Il s'agit d'une nullité automatique⁴³¹. À notre connaissance, il n'y a pas de contentieux sur la nomination des scrutateurs et du secrétaire. Il est admis qu'un bureau incomplet et dépourvu de scrutateurs n'est pas une cause de nullité de l'assemblée générale⁴³². Cette solution semble cohérente avec la volonté législative⁴³³.

2. En Suisse: annulation ou absence de sanction

- 319 Les actionnaires ne peuvent faire usage de leur droit de vote qu'au sein de l'assemblée générale. Cette règle est de droit impératif: les décisions prises par voie de circulation même si elles ont recueilli l'unanimité des actionnaires sont frappées de nullité absolue⁴³⁴.
- 320 L'assemblée générale est présidée par un président, qui en assure le bon déroulement, et s'assure que les décisions soient prises selon une procédure correcte et légale (nouvel art. 689f al. 2 CO et ancien art. 689e al. 1 CO)⁴³⁵. Dans les sociétés anonymes, les statuts peuvent également accorder au président de l'assemblée générale une voix prépondérante: cette pratique a été légalisée par la réforme du droit de la société anonyme du 19 juin 2020 au nouvel article 703 al. 2 CO.
- 321 Toutefois, en dehors de ces mentions de la loi qui rendent nécessaire la nomination d'un président de l'assemblée générale, aucune mention légale ne régit son statut, les modalités de sa nomination ou ses fonctions. La pratique ou les statuts jouissent donc

⁴³⁰ CA Pau, 3 avril 2012, n° 11/00429: BRDA 9/12, inf. 1: prononce la nullité de l'assemblée sur le fondement de l'article R. 225-100 C.com relatif à la présidence de l'assemblée en considérant cette disposition impérative. La demande porte sur la nullité des procès-verbaux de l'assemblée générale et du conseil d'administration. L'article R. 225-100 C.com. stipule que les assemblées d'actionnaires sont présidées par le président du conseil de surveillance, ou, en son absence, par la personne prévue par les statuts. A défaut, l'assemblée élit elle-même son président. En l'espèce les statuts prévoient que l'assemblée est présidée par le président du conseil d'administration, ou à défaut, par l'administrateur désigné pour suppléer temporairement le président. Or, le président du conseil d'administration était bien présent lors de cette assemblée, et rien ne s'opposait à sa désignation. La Cour prononce donc la nullité, l'assemblée ayant été présidée par une personne dépourvue de la qualité requise.

⁴³¹ L'absence de désignation d'un président de séance ou les inobservations dans les modalités de vote de désignation d'un président de séance entraînent la nullité de l'assemblée générale (Cass. civ. 3^e, 21 novembre 2000, n° 99-10.602 concernant toutefois une assemblée de copropriétaire).

⁴³² Rep. Min. JO, 4 novembre 1970; AFEP-ANSA, Vademecum à l'attention des membres du bureau des assemblées générales, p. 4.

⁴³³ Question AN du 7 juillet 1995, comm. n° 2803, avis n° 345: «dans le cas où le bureau d'une assemblée générale d'actionnaires n'aurait pas été constituée conformément aux dispositions du décret, la délibération de l'assemblée ne peut de ce seul fait être annulée».

⁴³⁴ ATF 67 I, pp. 342 = JdT 1942 I, pp. 591; ATF 71 I, pp. 417 ss = JdT 1946 I, pp. 125, un arrêt du 3 décembre 1945.

⁴³⁵ ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER (2017), N 410, p. 342.

d'une grande liberté en la matière. Il est précisé dans certains ouvrages que la charge de présider l'assemblée générale est habituellement confiée au président du conseil d'administration, ou en cas d'empêchement, à un autre administrateur. Toutefois, dans le silence de la loi, des statuts ou du règlement d'organisation, il n'est pas interdit à l'assemblée d'élire tout autre personne⁴³⁶.

Lorsque les statuts organisent la désignation du président et du bureau de l'assemblée, 322 leurs méconnaissances pourraient faire l'objet d'un recours en annulation des actionnaires. Toutefois, un tel recours nous semble peu susceptible d'aboutir, faute de grief. En l'absence de précision des statuts, un recours contre une irrégularité dans la nomination du président de l'assemblée générale ne trouverait aucune base légale, sauf à ce que cette irrégularité ait eu pour conséquence de rendre impossible l'application de dispositions impératives de la loi (mise en œuvre de l'art. 689 al. 1 CO, par exemple).

B. *Non-respect du quorum de présence*

1. En France: nullité obligatoire

Pour être régulièrement réunie, l'assemblée doit atteindre le quorum requis par la loi, 323 c'est-à-dire que selon que l'assemblée est ordinaire ou extraordinaire, un nombre déterminé minimum d'actionnaires doit être présent pour que l'assemblée se réunisse valablement. Si le quorum n'est pas atteint lors de la première réunion, une deuxième réunion avec un quorum plus bas est convoquée. Si l'assemblée délibère alors que le quorum n'est pas atteint, la sanction sera la nullité automatique sur le fondement de l'article L.225-121 al. 1^{er} du Code de commerce par renvoi à l'article L.225-96 du Code de commerce⁴³⁷. L'article L. 225-121 al. 1^{er} du Code de commerce sanctionne expressément de nullité toute délibération prise en violation de l'article L. 225-96 du Code de commerce notamment, et sa formulation⁴³⁸ ne laisse aucune marge d'appréciation au juge⁴³⁹.

2. En Suisse: annulation en présence de dispositions statutaires

Jusqu'à la réforme du droit de la société anonyme du 4 octobre 1991, la loi n'imposait 324 un quorum de présence que dans certaines circonstances spéciales (art. 649 CO, art. 655 CO, art. 658 CO). Ces dispositions ont depuis été supprimées. Désormais, un

⁴³⁶ BÖCKLI (2009); HUNGERBÜHLER (2003).

⁴³⁷ Art. L.225-96, al. 2 C.com.: «Elle ne délibère valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins, sur première convocation, le quart et, sur deuxième convocation, le cinquième des actions ayant le droit de vote. (...)».

⁴³⁸ Par opposition à l'alinéa 2 de l'article L. 225-121 C.com. qui offre une simple faculté au prononcé de la sanction de nullité.

⁴³⁹ CA Metz, 5 janvier 1977, Rev. soc. 1977, p. 488, note Bouloc: le défaut de quorum résultant de la nullité des mandats de représentation (non conformes aux exigences statutaires de la société de droit allemand) à une assemblée générale d'une société en commandite par action appelée à statuer sur la continuation de l'activité malgré la perte des trois quarts (aujourd'hui de la moitié) du capital social entraîne la nullité de la délibération.

quorum de présence est seulement requis dans l'hypothèse où l'assemblée générale se prononce sur la suppression du but lucratif (art. 706 al. 2 ch. 4 CO). La méconnaissance de ce quorum entraînera l'annulabilité de la décision⁴⁴⁰.

325 En dehors de ce cas spécial, il n'existe pas dans la loi de prescription de portée générale exigeant la représentation d'une fraction déterminée du capital social pour que l'assemblée générale puisse entrer en matière. Cependant, les statuts peuvent introduire des quorums ou des règles de majorité pour l'adoption des délibérations du conseil d'administration, et *a priori* rien n'empêche l'instauration d'un quorum statutaire pour l'adoption des délibérations de l'assemblée générale.

326 Selon l'opinion dominante, de tels quorums dans la mesure où ils sont licites, doivent être respectés sous peine d'annulabilité sur le fondement de l'article 706 CO, également au moment d'adopter les modifications statutaires qui les introduisent ou les suppriment (art. 704 al. 4 CO par analogie)⁴⁴¹.

C. Absence de feuille de présence

1. En France : nullité facultative

327 L'établissement d'une feuille de présence pour chaque assemblée générale est requis en application de l'article L. 225-114 du Code de commerce. Les mentions qu'elle doit comporter sont minutieusement fixées par décret (art. R. 225-95 C.com.⁴⁴²).

⁴⁴⁰ BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706b CO, N 18.

⁴⁴¹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (1996), N 26 p. 226; BSK-DUBS/TRUFFER, art. 704 CO, N 9; TRIGO TRINDADE/BAHAR (2002), p. 398, 435.

⁴⁴² Art. R. 225-95 C.com. :

La feuille de présence aux assemblées d'actionnaires contient les mentions suivantes :
1° Les nom, prénom usuel et domicile de chaque actionnaire présent ou réputé présent au sens du II de l'article L 225-107, le nombre d'actions dont il est titulaire, ainsi que le nombre de voix attaché à ces actions ;

2° Les nom, prénom usuel et domicile de chaque actionnaire représenté, le nombre d'actions dont il est titulaire, ainsi que le nombre de voix attaché à ces actions ;

3° Les nom, prénom usuel et domicile de chaque mandataire, le nombre d'actions de ses mandants, ainsi que le nombre de voix attachées à ces actions ;

4° Les nom, prénom usuel et domicile de chaque actionnaire ayant adressé à la société un formulaire de vote par correspondance, ainsi que le nombre d'actions dont il est titulaire et le nombre de voix attaché à ces actions.

Le bureau de l'assemblée peut annexer à la feuille de présence la procuration ou le formulaire de vote par correspondance portant les nom, prénom usuel et domicile de chaque actionnaire mandant ou votant par correspondance, le nombre d'actions dont il est titulaire et le nombre de voix attaché à ces actions. Dans ce cas, le bureau de l'assemblée indique le nombre des pouvoirs et des formulaires de vote par correspondance annexés à cette feuille ainsi que le nombre des actions et des droits de vote correspondant aux procurations et aux formulaires. Les pouvoirs et les formulaires de vote par correspondance sont communiqués en même temps et dans les mêmes conditions que la feuille de présence.

La feuille de présence, dûment émarginée par les actionnaires présents et les mandataires, est certifiée exacte par le bureau de l'assemblée. »

Il s'agit d'un document important qui permet de s'assurer que le quorum est atteint et que l'assemblée peut délibérer régulièrement⁴⁴³. Dès lors, son omission est strictement sanctionnée. Sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés commerciales, le simple fait de ne pas déposer la feuille de présence sur le bureau de l'assemblée afin que chaque associé puisse en prendre connaissance provoquait la nullité de l'assemblée⁴⁴⁴. La jurisprudence s'est par la suite assouplie, seul le défaut de tenue de feuille de présence ou de graves irrégularités sur celle-ci étant sanctionnés par la nullité automatique⁴⁴⁵.

Dans la même mouvance, la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives dite Warsmann 2 substitue des nullités facultatives aux nullités automatiques. En revanche, dans les SARL, il importe peu qu'un associé n'ait pas signé la feuille de présence, cette omission n'étant sanctionnée par aucune nullité⁴⁴⁶.

2. En Suisse: annulabilité

Aucune disposition ne mentionne l'obligation de tenir une feuille de présence de l'assemblée générale. Pour autant, elle est nécessaire au respect de certaines obligations.

Le conseil d'administration a en effet le devoir de vérifier le nombre des actionnaires présents ou représentés ayant un droit de vote (nouvel art. 702a al. 2 CO), et doit pour cela identifier les actionnaires et les participants. La feuille de présence est dès lors indispensable au calcul de la majorité et au décompte des voix.

De plus, en application du nouvel article 689f al. 1 CO (ancien art. 689e al. 1 CO), les dépositaires ou représentants d'actions doivent communiquer à la société le nombre et la catégorie d'actions qu'ils représentent, afin que les votes puissent être décomptés. A défaut, les décisions de l'assemblée générale sont annulables dans les mêmes conditions qu'en présence de participation sans droit à l'assemblée générale (art. 691 CO). L'alinéa second précise que le président communique ces informations à l'assemblée

⁴⁴³ ANSA n° 08-021, C.J. du 2 avril 2008.

⁴⁴⁴ Cass. com., 12 octobre 1967, D. 1968, p. 107: la production de la feuille de présence n'est pas nécessaire pour justifier l'accomplissement des formalités légales exigées par l'article 28 de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés. Il suffit qu'il résulte du procès-verbal de l'assemblée générale que la feuille de présence ait été établie et déposée sur le bureau de l'assemblée (arrêt rendu sous l'empire de la loi de 1867).

⁴⁴⁵ Cass. com., 4 décembre 2001, n° 98-20.788: RJDA 2002, n° 163; Dr. Sociétés 2002, n° 42, obs. Vidal; BJS 2002. 379, note Le Cannu: seul le défaut de tenue d'une feuille de présence est sanctionné par la nullité des délibérations prises, et non l'existence d'inexactitudes dont elle peut être affectée. Il résulte des dispositions des articles L. 225-114 et L. 225-121 du Code de commerce que seul le défaut de tenue d'une feuille de présence, à l'exclusion de l'existence d'inexactitudes dont elle peut être affectée, est sanctionné par la nullité des délibérations prises. V. ég.: Lamy, Sociétés commerciales, N 2712.

⁴⁴⁶ CA Paris, 24 septembre 1981, Rev. soc. 1982. 283, note Le Cannu.

générale. S'il ne le fait pas, tout actionnaire peut attaquer les décisions de l'assemblée générale (nouvel art. 689f al. 2 CO). On déduit donc que, en pratique, pour pouvoir appliquer ces mesures, la tenue d'une feuille de présence sera nécessaire et constitue une formalité à titre probatoire.

- 332 Le renvoi à l'article 691 CO apporte une condition au prononcé de la sanction en cas de manquement aux dispositions du nouvel article 689f CO. En effet, pour être annulables, les décisions prises en présence d'une personne non autorisée doivent avoir eu une influence sur lesdites décisions. Cette influence fait l'objet d'une présomption simple ; la défenderesse devra apporter la preuve contraire.

D. Participation de tiers

1. En France : absence de nullité

- 333 Il ne fait pas de doute qu'empêcher un actionnaire de participer à une assemblée générale est sanctionné par la nullité automatique de cette assemblée⁴⁴⁷. Mais qu'en est-il lorsque des tiers non autorisés participent à la réunion normalement réservée aux actionnaires ? La jurisprudence refuse de longue date d'y voir une cause de nullité en l'absence de fondement justifiant une telle sanction, dès lors que les tiers n'ont pas vicié les votes⁴⁴⁸. En effet, aucune disposition légale n'interdit la présence de tiers. Même une lecture *a contrario* de l'article L.225-113 du Code de commerce disposant que « *tout actionnaire peut participer aux assemblées générales extraordinaires* » et de l'article 1844, al. 1 du Code civil ne permet pas de déduire que la présence de tiers est strictement prohibée. Tout au plus, la présence de tiers devrait être soumise à un vote de l'assemblée si des actionnaires venaient à la contester⁴⁴⁹.
- 334 En sens contraire, une jurisprudence condamne par la nullité de l'assemblée générale la participation d'un tiers non-associé, en ce qu'elle constitue une violation de l'article 1844 du Code civil⁴⁵⁰. Toutefois si certains auteurs ont pu conclure que la par-

⁴⁴⁷ Art. 1844, al. 1 C. civ. : « Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives ». Cette disposition est d'ordre public (Cass. com., 9 février 1999, Bull. Civ. IV, n° 44).

⁴⁴⁸ Req. 14 juillet 1873 : DP 1876. 1. 160 : « il appartient aux juges du fait d'apprécier si le consentement des actionnaires présents aux assemblées générales a été librement donné ». En l'espèce, les juges ont déduit le nombre exact des personnes qui n'auraient pas dû assister aux assemblées générales et constatent que le nombre de porteurs d'actions non contestés est conforme au minimum exigé par les statuts ; Cass. civ., 31 décembre 1913 : S. 1914.1.267 : les assemblées d'actionnaires auxquelles ont participé des personnes qui n'avaient pas le droit d'y assister ou d'y voter ne sont pas nulles si, abstraction faite des actions et des voix desdites personnes, la majorité nécessaire était atteinte et une majorité subsistait en faveur des résolutions adoptées, sous réserve que des procédés frauduleux n'aient pas été employés pour obtenir le vote.

⁴⁴⁹ ANSA, Vademecum.

⁴⁵⁰ Cass Civ. 3^e, 8 juillet 2015, n° 13-27.248, FS-P : BJS 2015, p. 585, note J.-P. Garçon ; Dr. sociétés 2015, n° 189, obs. R. Mortier ; JCP E 2016, 1036, obs. Fl. Deboissy et G. Wicker, n° 1.

ticipation de tiers était sanctionnée par la nullité⁴⁵¹, cet arrêt est selon nous à nuancer: en l'espèce, la société en question était une SCI, aussi est-il incertain que la solution s'applique à toutes les formes sociales. De plus, les tiers avaient non seulement assisté mais aussi participé en prenant part aux votes. La seule observation pourrait donc ne pas être sanctionnée.

Dans cette approche, l'absence des commissaires aux comptes lors de l'assemblée générale n'est pas sanctionnée⁴⁵², leur présence n'étant nullement imposée par la loi quand bien même ceux-ci pourraient éclairer les actionnaires sur certains aspects de leur rapport.

2. En Suisse: annulabilité

Les membres du conseil d'administration (art. 702a CO) et, sauf si les actionnaires y renoncent, l'organe de révision (art. 697 al. 1 CO) sont tenus de participer à l'assemblée générale. Les actionnaires (ancien art. 689 al. 2 CO, abrogé par la révision du 19 juin 2020) et les participants, à condition que les statuts le prévoient (art. 656c al. 1 CO), ont la faculté d'y assister. Le cas échéant, l'assemblée générale est également ouverte au représentant de la communauté des créanciers obligataires avec voix consultative (art. 1160 al. 2 et 3 CO) ainsi qu'aux représentants des détenteurs de bons de jouissance (ancien art. 657 al. 4 CO). Il est enfin possible que le conseil d'administration invite une ou plusieurs personnes tierces⁴⁵³.

Le droit suisse consacre le caractère privé de l'assemblée générale en encadrant strictement la présence de tiers, dans la mesure où ceux-ci peuvent avoir une influence sur le droit de vote. En effet, l'article 691 al. 2 CO dispose que tout actionnaire peut protester auprès du conseil d'administration contre une participation illicite à l'assemblée générale ou faire inscrire son opposition au procès-verbal de l'assemblée, s'il estime cette participation contraire à la loi ou aux statuts. Si dans le cadre d'une action en annulation, la participation d'une personne s'avérait non autorisée, le vote, voire l'assemblée, sera en principe annulé, à moins que la preuve ne soit apportée que cette participation sans droit n'a exercé aucune influence sur les décisions prises (art. 691 al. 3 CO). Le fardeau probatoire est difficile à satisfaire. Les critères ne sont pas seulement quantitatifs mais aussi qualitatifs⁴⁵⁴.

Doctrine et jurisprudence s'accordent à relever que ce droit de contestation conféré à l'actionnaire est une simple faculté, qui ne conditionne pas une action en annulation

⁴⁵¹ COZIAN/VANDIER/DEBOISSY (2021) N 554.

⁴⁵² Cass. com., 4 décembre 2001, n° 98-20.788: RJDA 2002, n° 163; Dr. Sociétés 2002, n° 42, obs. Vidal; BJS 2002. 379, note Le Cannu: il ne résulte d'aucune disposition de la loi que les commissaires aux comptes doivent être présents lors de l'assemblée générale.

⁴⁵³ CR-PETER/CAVADINI, art. 702 CO, N 5.

⁴⁵⁴ CR-PETER/CAVADINI, art. 702 CO, N 6.

ultérieure⁴⁵⁵. Cette solution est conforme à la lecture combinée avec les dispositions explicites de l'article 691 al. 3 CO: «lorsque les personnes qui n'ont pas le droit de participer à l'assemblée générale coopèrent à l'une de ses décisions, chaque actionnaire peut attaquer en justice, même faute de toute protestation préalable, à moins que la preuve ne soit faite que cette coopération n'a exercé aucune influence sur la décision prise.»

- 339 L'article 691 al. 3 CO met donc en œuvre un cas d'annulation particulier en précisant expressément que la sanction applicable est l'annulation de la décision⁴⁵⁶. Toutefois cette disposition soulève quelques difficultés.
- 340 La première question concerne la délimitation de son champ d'application en s'attachant à la définition de «personnes qui n'ont pas le droit de participer» ou «tiers non autorisés». Il nous semble qu'une lecture *a contrario* laisse entendre que l'expression «toute personne non autorisée» vise toute personne que la loi n'a pas expressément autorisée à participer à l'assemblée générale. La loi autorise expressément la présence des seuls associés, dans une certaine mesure des participants et porteurs de bons de jouissance, des administrateurs, des réviseurs et des créanciers. Les autres personnes non mentionnées par la loi peuvent être invitées à participer à l'assemblée générale, sous réserve de leur autorisation par un vote préalable des actionnaires, à condition que leur présence n'altère par la faculté des actionnaires à participer à la formation de la volonté sociale.
- 341 En pratique la délimitation n'est pas toujours aisée, particulièrement concernant les administrateurs (nouvel art. 702a al. 1 CO) de même que les actionnaires frappés d'une restriction du droit de vote fondée sur les articles 659a al. 1 CO, 692 al. 2 CO ou 695 CO, qui conservent le droit de participer, de demander des renseignements et de débattre. La présence de certains tiers, comme le réviseur, est impérative en raison de leur statut et de leur mission particulière (art. 697 al. 1^{er} CO), mais les actionnaires peuvent unanimement renoncer à leur présence (art. 729c al. 3 CO). L'absence du réviseur lors de l'assemblée générale peut être sanctionnée par l'annulation des délibérations. En effet, l'article 731 al. 3 CO précise *in fine* que la méconnaissance des dispositions concernant la présence de cet organe est sanctionnée par l'annulabilité des décisions d'approbation des comptes annuels et des comptes de groupe ainsi que de la décision d'affectation du bénéfice. Aussi faut-il que trois conditions cumulatives soient réunies pour que les décisions mentionnées (et seulement elles) soient annulables: (1) la société est soumise au contrôle ordinaire, et (2) l'organe de révision n'était

⁴⁵⁵ CR-TRIGO TRINDADE, art. 691 CO, N 21 et ATF 96 II 18 = JdT 1971 I 354.

⁴⁵⁶ ATF 122 III 279 = JdT 1998 I 605, consid. 2; CJ de Genève, 24 juin 2016, C/14716/2014/ consid. 7.1.1.

pas présent à l'assemblée générale ordinaire, et (3) l'assemblée générale n'a pas renoncé à sa présence à l'unanimité.

De plus, certaines règles visent à prévenir les conflits d'intérêt en préservant l'impartialité du vote. En effet, l'article 695 CO précise que les personnes qui ont coopéré à la gestion ne peuvent prendre part aux décisions qui donnent ou refusent la décharge du conseil d'administration. La participation d'une de ces personnes au vote de décharge rend la décision annulable dans les conditions de l'article 691 al. 3 CO⁴⁵⁷.

En outre, la question se pose de la présence des participants à l'assemblée générale. Pour certains, les participants et les actionnaires sans droit de vote (au sens de l'article 685f CO) n'ont le droit ni d'assister, ni de poser des questions, ni de débattre, sauf dispositions statutaires contraires⁴⁵⁸. Selon l'article 656c al. 1 CO, le participant n'a ni droit de vote, ni aucun des droits qui s'y rapportent: ils n'ont donc pas le droit de faire convoquer l'assemblée générale, ni le droit d'y prendre part, ni le droit d'obtenir des renseignements ou d'émettre des propositions. Selon cette interprétation de l'article 656c CO, les participants n'ont donc pas la possibilité d'assister à l'assemblée générale. La sanction de leur présence non désirée serait l'annulabilité de la dite assemblée sur le fondement de l'article 691 al. 3 CO. Les statuts peuvent toutefois y déroger, et accorder aux participants le droit de participer à l'assemblée générale. Lorsque les participants n'ont pas bénéficié du droit de participation conféré par les statuts, les décisions sont susceptibles d'être sanctionnées par l'annulation de l'assemblée générale sur le fondement de l'article 706 CO.

La deuxième difficulté résulte de l'appréhension délicate du verbe «coopérer». Sa définition première vise un acte positif comme «prendre part» ou «collaborer». La coopération ne sera pas évidente à prouver et dépendra des circonstances particulières. La présence de tiers serait alors sanctionnable sous réserve qu'ils aient pris la parole, par exemple. Toutefois, la jurisprudence et la doctrine s'accordent à dire qu'une simple présence passive peut suffire à influencer les votes de l'assemblée générale⁴⁵⁹. Plus que la coopération du tiers, c'est en réalité le caractère déterminant de sa présence qui conditionne l'action en annulation.

Enfin, la dernière difficulté mais pas des moindres, concerne l'articulation des régimes de l'article 691 al. 3 CO et de l'article 706 CO. Selon la doctrine majoritaire et certains arrêts, l'article 691 al. 3 CO n'est qu'un cas d'application particulier du régime de l'article 706 CO⁴⁶⁰, et justifie également la demande d'annulation des décisions

⁴⁵⁷ CR-TRIGO TRINDADE/HÉRITIER LACHAT, art. 695 CO, N 3.

⁴⁵⁸ CR-TRIGO TRINDADE, art. 691 CO, N 18.

⁴⁵⁹ ATF 96 II 18 en date du 12 mai 1970, consid. 3.

⁴⁶⁰ BÖCKLI (2009), § 12 N 489, FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (1996), § 25 N 14; ATF 122 III 279 = JdT 1998 I 605.

d'assemblées générales prises alors que des actionnaires ont été à tort privés de droit de vote. Cette position n'en est pas moins contestée. L'argument principal au soutien d'une action fondée sur l'article 706 CO est que (i) une action fondée sur l'article 691 al. 3 CO n'est pas de nature à inciter les sociétés à respecter les droits de participation et le droit de vote des actionnaires minoritaires et (ii) qu'elle conduit à sanctionner plus légèrement une violation d'un droit fondamental de l'actionnaire⁴⁶¹.

346 Le Tribunal fédéral, confirmant la doctrine majoritaire, considère que l'article 691 al. 3 CO est un cas spécial d'annulation, dont l'application prévaut sur l'article 706 CO. Dans un arrêt en date du 19 juillet 1966⁴⁶², il a clarifié que l'action fondée sur l'article 691 al. 3 CO est un cas particulier (« *ein Unterfall* ») de l'action prévue par les articles 706 et s. CO. Elle vise à l'annulation du résultat d'un vote ou d'une élection.

E. Droit de prendre part aux décisions

1. En France

a. Le droit de débattre : nullité facultative

347 Le vote des actionnaires est l'acte qui clôt le processus d'élaboration des décisions collectives. Il ne peut être utilement exercé qu'à la double condition que l'actionnaire ait été convenablement informé de la marche de la société et des résolutions qui lui sont proposées et qu'il puisse participer à la discussion précédant la mise aux votes⁴⁶³. Les délibérations aux assemblées, exprimées par des débats et entérinées par un vote, revêtent un caractère indispensable du fonctionnement sociétaire : la participation aux débats est le droit accessoire indissociable de la titularité de l'action dont l'actionnaire a fait l'acquisition⁴⁶⁴.

348 Ainsi, pour que les décisions soient éclairées et que la participation soit effective, les actionnaires doivent être en mesure d'obtenir les informations nécessaires mais aussi de poser des questions complémentaires sur la gestion, de débattre en cours d'assemblée, et de faire connaître verbalement leurs positions sur la gestion. Ce droit de débattre se matérialise en amont de l'assemblée avec la possibilité pour les actionnaires

⁴⁶¹ CR-TRIGO TRINDADE, art. 691 CO, N 41 et 42.

⁴⁶² ATF 122 III 279, *op. cit.* : « *Der dem Aktionär in art. 691 abs. 3 OR gegebene Rechtsbehelf ist ein Unterfall der allgemeinen Anfechtungsklage nach art. 706f. OR (BGE 96 II 18).* »

⁴⁶³ LEDOUX (2002), N 283, p. 238.

⁴⁶⁴ Req. 23 juin 1941, Journ. Sociétés 1943. 209, note R. B. ; Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale, t. 1, p. 263, note Noirel, cité par LEDOUX (2002), N 88, p. 94 : « Les délibérations aux assemblées générales étant essentielles au fonctionnement régulier de la société anonyme, la participation de l'actionnaire à ces délibérations est la charge et la garantie inséparables des droits pécuniaires entrés dans le patrimoine personnel de l'actionnaire avec la propriété de l'action ».

de proposer des amendements aux projets de résolutions ou de proposer de nouvelles résolutions, à condition de détenir au moins 5% du capital⁴⁶⁵.

Le législateur accorde par ailleurs une certaine souplesse au principe d'intangibilité de l'ordre du jour, afin d'assurer une adaptabilité de la réunion des actionnaires à d'éventuels événements issus des débats des associés. Ainsi, deux exceptions sont admises afin de permettre aux actionnaires de participer effectivement à l'assemblée générale:

- (1) l'assemblée générale a le pouvoir d'amender un projet de résolution qui lui est présenté⁴⁶⁶, en partie voire en tout, à condition de ne pas sortir du sujet fixé par l'ordre du jour⁴⁶⁷;
- (2) l'assemblée générale peut adopter des «résolutions nouvelles» en cours de réunion: c'est le cas lors de la révocation en toutes circonstances d'un ou de plusieurs administrateurs ou membres du conseil de surveillance avec la possibilité de procéder à leur remplacement (art. L. 225-105 al. 3 et L. 225-121 al. 1 C.com.). Il en résulte que, même si l'ordre du jour ne mentionne pas cette révocation, l'assemblée peut la prononcer et procéder au remplacement de l'administrateur révoqué en votant une résolution nouvelle déposée en séance à cet effet⁴⁶⁸. Cette dernière mesure est salutaire: à défaut d'une telle disposition, le risque serait grand que le conseil d'administration, maître de l'ordre du jour, n'inscrive jamais le projet de remplacement de certains de ses membres, en empêchant *de facto* toute révocation.

Le bureau, dans son rôle de police de l'assemblée, se réserve le droit de refuser de soumettre un amendement (ou une nouvelle résolution) au vote de l'assemblée, s'il considère que celui-ci (celle-ci) ne relève pas de l'ordre du jour ou si sa mise en œuvre est matériellement impossible⁴⁶⁹. En outre, l'accès à l'assemblée générale ne saurait en aucun cas être restreint, quels qu'en soient les motifs, sous peine de nullité de l'assemblée pour rupture d'égalité des actionnaires⁴⁷⁰.

En cours d'assemblée, le droit de débattre se matérialise par le droit de poser des questions qui résultent des résolutions déjà inscrites à l'ordre du jour. Toutefois, le droit de poser des questions n'est pas absolu, dans la mesure où il admet deux limites: (1) le bureau veillera à encadrer les prises de parole abusive (obstruction du temps de parole, prise de parole agressive); (2) le conseil d'administration peut opposer le secret des affaires⁴⁷¹.

⁴⁶⁵ Art. L. 225-105 al. 2 C.com.

⁴⁶⁶ Rép. Min. Arnaud, n°22639, JOAN déb. 5 avril 1972, p. 819.

⁴⁶⁷ Rép. Min. Stehlin, n° 27249, JOAN 27 janvier 1973, p. 234; avis du C.J. de l'ANSA du 5 novembre 1997.

⁴⁶⁸ CA Paris, 17 janvier 2003: JCP E 2003, n° 32-35, p. 1134, obs. Caussin/Deboissy/Wicker; RJDA 2003, n° 606.

⁴⁶⁹ ANSA, Vademecum.

⁴⁷⁰ Avis ANSA, CJ 6 janvier 2021 n° 21-002.

⁴⁷¹ ANSA, Vademecum.

b. Le droit de vote : nullité facultative

- 352 Le droit de vote des actionnaires est un droit en principe absolu et intangible érigé à l'article 1844 du Code civil, auquel les statuts ne peuvent déroger⁴⁷². Dans sa définition fonctionnelle, il permet à l'actionnaire d'exercer son rôle de surveillance des dirigeants et constitue la contrepartie du risque financier qu'il encourt en apportant des capitaux à la société⁴⁷³. Il existe toutefois des circonstances dans lesquelles un actionnaire peut être privé de son droit de vote⁴⁷⁴. En droit des marchés financiers, par exemple, l'actionnaire qui aurait omis de déclarer des franchissements de seuil voit automatiquement son droit de vote en assemblée générale suspendu (art. L.233-14 C.com.). Le bureau doit donner son accord pour toute limitation ou privation de droit de vote. Mais une telle limitation ou privation doit s'effectuer avec une extrême prudence car les délibérations prises en violation des dispositions régissant les droits de vote attachés aux actions peuvent être annulées sur le fondement de l'article 1844 al. 10 du Code civil ou L. 235-2-1 du Code de commerce. Tel fût le cas dans une célèbre affaire Eiffage-Sacyr : en l'espèce, la décision du bureau de l'assemblée générale de priver un actionnaire de ses droits de vote au motif qu'il avait omis de déclarer un franchissement de seuil a été jugée irrégulière, ce qui constitue une atteinte à un droit fondamental prévu par l'article 1844 al. 1 du Code civil, qui confère à tout associé le droit de participer aux décisions collectives et de voter⁴⁷⁵.
- 353 De plus, le droit de vote ayant un caractère essentiel et absolu, la jurisprudence adopte une interprétation stricte des dispositions statutaires qui le limitent ou le suspendent. Certes, aux termes de l'article L. 225-40 *in fine* du Code de commerce, un administrateur ne peut prendre part au vote d'une résolution tendant à autoriser une opération dans laquelle il a un intérêt direct ou indirect (convention réglementée par l'art. L. 225-38 C.com.). Cependant, les administrateurs peuvent prendre part au vote approu-

⁴⁷² Cass. com., 23 octobre 2007, n° 06 16.537, Bull. civ. IV, n° 225 et voir n° 4282 les références citées : au visa des articles 1844, al. 1er du Code civil et L. 227-16 du Code de commerce, la Cour de cassation réaffirme le principe absolu selon lequel tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter. En dépit de la grande liberté statutaire des SAS, les statuts ne sauraient priver l'associé dont l'exclusion est proposée de son droit de participer à cette décision et de voter sur la proposition ; Cass. com., 9 février 1999, n° 96-17.661, « Château d'Yquem », Bull. civ. IV, no 44, D. aff. 1999, p. 563, obs. M. B., JCP E 1999, p. 724, note Guyon, BJS 1999, p. 568, note Daigre, Rev. soc. 1999, p. 81, note Le Cannu, RTD com. 1999, p. 902, note Petit/Reinhard, D. 2000, som., p. 231, note Hallouin : tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter. Les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions. Les statuts contraires à la loi en instituant pour certains associés une suppression du droit de vote, ne doivent pas être appliqués.

⁴⁷³ LEDOUX (2002), p. 44.

⁴⁷⁴ LEDOUX (2002).

⁴⁷⁵ T.com. de Nanterre, 6 mai 2008, n° 2007/F2086.

vant les comptes annuels⁴⁷⁶, ou encore peuvent voter l'agrément de la cession de leurs propres actions⁴⁷⁷, en dépit de la potentialité d'un conflit d'intérêt.

Ainsi, à propos d'une procédure d'agrément de cession d'actions, la Cour de cassation 354 a admis que l'intérêt personnel des administrateurs n'était pas incompatible avec l'exercice de leur droit de vote en assemblée générale puisqu'il s'agissait non pas d'un intérêt personnel susceptible de s'opposer à l'intérêt social, mais seulement pour les administrateurs de l'exercice de leurs droits d'actionnaires comprenant celui de céder leurs actions, sauf abus ou irrégularité à la bonne administration de la société⁴⁷⁸.

On retiendra également le grand arrêt Château d'Yquem⁴⁷⁹, dans l'espèce duquel les 355 statuts d'une société en commandite étendaient le champ d'application de la privation du droit de vote en cas d'approbation de conventions réglementées prévues aux articles L. 226-10 et L. 225-38 du Code de commerce. En effet, la Cour d'appel avait entendu annuler la résolution de l'assemblée générale prise en violation de cette clause statutaire mais son arrêt est cassé: la Cour de cassation reprochera à la Cour d'appel de violer l'article 1844 du Code civil en appliquant une suppression du droit de vote non prévue par la loi. L'argumentation de la Cour de cassation n'est pas anodine: elle aurait pu, pour casser l'arrêt d'appel, tout aussi bien rappeler le principe selon lequel la méconnaissance des statuts n'est pas sanctionnée par la nullité. En se fondant sur l'article 1844 du Code civil, la Cour de cassation va plus loin, et laisse entendre que la clause statutaire elle-même est invalide, en ce qu'elle restreignait plus que ne le permet la loi le droit de vote et de participation aux assemblées des associés.

Plus récemment, la Cour de cassation a approuvé l'annulation d'une décision du bu- 356 reau d'une assemblée générale privant des actionnaires de leurs droits de vote ainsi que l'annulation des résolutions de l'assemblée générale concernée⁴⁸⁰.

⁴⁷⁶ Cass. civ., 26 octobre 1896, D. P. 1898, I, 65, note Thaller; Cass. civ., 27 juillet 1881, D. P. 1883, I, 25.; Cass. civ., 29 juillet 1925: «Si tous les administrateurs des sociétés anonymes sont, en tant que mandataires de la société, astreints à rendre compte à l'assemblée générale, aucune disposition légale, en cas de silence des statuts, ne leur enlève le droit qu'ils tiennent de leur qualité d'actionnaire de participer dans cette mesure aux délibérations de l'assemblée à laquelle ce compte est soumis».

⁴⁷⁷ Cass. com., 24 février 1975, D. 1975, I. R., p. 104, Gaz. Pal. 1975, I, somm. 91, JCP 1975, IV, 314, BJS 1975, § 107, p. 181, bull. IV, n° 58, p. 46, Rev. soc. 1976.92, note B. Oppetit.

⁴⁷⁸ Cass. com. 24 février 1975, *op. cit.*

⁴⁷⁹ Cass. com., 9 février 1999, n° 96-17661, *Château d'Yquem*: D. 2000, p. 231, obs. J-C. Hal-louin; JCP 1999, II, 10168, note G. Defrénois 1999, p. 625, obs. H. Hovasse.

⁴⁸⁰ Cass. com., 15 mai 2012, n° 10-23389, *Sté Eiffage/SAS Geciter et a.*: BJS 2912, p. 557, note Le Nabasque; JCP E 2012, 1453, note Couret/Dondero; Rev. soc. 2012, p. 514, note Paclot; Cass. com., 15 mai 2012, n° 10-28151.

c. La méconnaissance du principe de proportionnalité: nullité automatique

- 357 Le principe de proportionnalité est un principe général du droit des sociétés. Il revêt un caractère impératif. L'article 1843-2, al. 1 du Code civil dispose sans détour: «*Les droits de chaque associé dans le capital social sont proportionnels à ses apports lors de la constitution de la société ou au cours de l'existence de celle-ci*». Dans les sociétés anonymes plus spécifiquement, l'article L. 225-122, I du Code de commerce dispose que le droit de vote attaché aux actions de capital ou de jouissance est proportionnel à la quotité de capital qu'elles représentent et chaque action donne droit à une voix au moins». La sanction applicable en cas de méconnaissance de ce principe découle de l'application de l'article L. 235-1 al. 2 du Code de commerce pour obtenir l'annulation des décisions des assemblées ne modifiant pas les statuts. La nullité retenue sera automatique, tant le principe de proportionnalité constitue le socle de l'organisation des sociétés de capitaux, exception faite des actions sans droit de vote (art. L. 228-35-2 C.com.) et des actions à droit de vote double (art. L. 225-123 C.com.) que la loi autorise.
- 358 Dans le cas d'une assemblée générale extraordinaire modifiant les statuts, l'annulation ne pourra être poursuivie que sur le fondement d'une fraude ou d'un abus de majorité. En effet, l'article L. 225-121 du Code de commerce ne prévoyant pas dans les motifs de nullité des assemblées générales la violation des dispositions de l'article L. 225-122 du Code de commerce, il en résulte qu'aucune disposition expresse ne sanctionne la violation du principe de proportionnalité édicté à l'article L. 225-122 du Code de commerce et que l'alinéa 1 de l'article 235-1 du Code de commerce ne peut s'appliquer. La différence de traitement d'une méconnaissance d'un même principe impératif selon la nature de l'assemblée générale nous semble inopportune.

2. En Suisse

a. Exclusion injustifiée: anulabilité

- 359 Le droit de prendre part à l'assemblée générale est attaché strictement à la qualité d'associé. Ce droit ne peut lui être enlevé et ne connaît aucune restriction⁴⁸¹. En conséquence, une lecture *a contrario* de l'article 691 al. 3 CO sanctionne par l'annulation la décision prise par une assemblée générale dont un actionnaire a été exclu par la société ou s'est vu refuser le droit de vote sans juste motif alors que sa participation aurait pu être déterminante⁴⁸². Cette action est un sous-cas de l'action générale en annulation de l'article 706 CO et est soumise à son régime⁴⁸³. La doctrine s'est demandée si cette irrégularité pouvait entraîner la nullité fondée sur l'article 706b CO lorsque

⁴⁸¹ OKUR (1965), p. 13.

⁴⁸² MONTAVON (2004), 540; CJ Genève, ch. civ, 24 juin 2016, C/14716/2014/consid. 7.1.1.citant CR-PETER/CAVADINI, art. 706 CO, N 42; BOHNET (2007), N 12, p. 154.

⁴⁸³ BÜHLER/VON DER CRONE (2014), p. 567.

l'exclusion a pour effet que le quorum de voix requis n'est pas atteint. Elle a conclu que la nullité devrait être rejetée pour des raisons de sécurité juridique et parce qu'elle n'est que l'exception. En application du principe de subsidiarité, la nullité ne devrait être considérée que si le recours en annulation ne constitue pas une sanction ou un correctif suffisant. De plus, pour l'application de l'article 691 al. 3 CO l'annulabilité est expressément prévue par la loi⁴⁸⁴.

b. Entrave du droit de vote: nullité

Le droit suisse consacre le principe de proportionnalité selon lequel la comptabilisation des droits de vote des actionnaires est proportionnelle à la part détenue dans le capital, exception faite de l'existence d'actions à droit de vote privilégié et du plafonnement éventuel des droits de vote. Les décisions adoptées contrairement à ce principe sont entachées de nullité, dans la mesure où elles portent atteinte aux structures de base de la société anonyme. Il en résulte que sont nulles les décisions accordant un droit de vote aux participants⁴⁸⁵. Sont encore nulles les décisions votées par des personnes qui ne sont plus actionnaires⁴⁸⁶, ou les décisions contraires au principe de proportionnalité selon lequel chaque action ne donne droit qu'à une seule voix⁴⁸⁷. Sont nulles les décisions adoptées alors que le droit de vote aurait dû être suspendu par application analogique de l'article 659a CO, cette disposition visant la protection du capital et la préservation de situation de conflit d'intérêt. Dans ce cas, le Tribunal fédéral admet non seulement la nullité de l'assemblée générale mais aussi une action formative visant la validation judiciaire des décisions qui auraient été prises (*positive Beschlussfeststellungsklage*)⁴⁸⁸.

Sont également nulles les décisions prises avant le début formel ou après la clôture formelle de l'assemblée générale, ce qui laisse présumer que tous les actionnaires n'ont pas pu y prendre part.

Enfin, la loi prévoit un cas particulier visant à corriger un potentiel conflit d'intérêts. Les personnes qui ont participé de quelque manière que ce soit à la gestion de la société ne peuvent prendre part aux décisions qui donnent ou refusent la décharge du conseil d'administration (art. 695 al. 1 CO). Si ces personnes prennent toutefois part au vote relatif à la décharge, la décision est annulable⁴⁸⁹.

⁴⁸⁴ BÜHLER/VON DER CRONE (2014), p. 567.

⁴⁸⁵ Art. 656c al. 1 CO.

⁴⁸⁶ ATF 115 II 468, consid. 3b = JdT 1990 I 374; ATF 71 I 383; ATF 78 III 33; BÖCKLI (2009), § 16 N 159; MONTAVON (2004), p. 536; BOHNET (2007), N 12, p. 154.; CJ Genève, ch. civ, 24 juin 2016, C/14716/2014/consid. 7.1.1.

⁴⁸⁷ Art. 692 al. 2 CO.

⁴⁸⁸ TF 4a_340/2021 du 27 octobre 2021.

⁴⁸⁹ BAUEN/BERNET/ROUILLER (2007), N 403 et s. citant AT 4C.107/2005ruo du 29 juin 2005, consid. 2.1 *in fine* et 2.2 *in fine*; ATF 86 II 165, consid. 3 (167); pour la doctrine, qui approuve

F. Les vices affectant le procès-verbal

1. En France: nullité facultative

- 363 Antérieurement à la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives dite Warsmann 2, l'omission du procès-verbal de l'assemblée générale ou le défaut de mentions obligatoires étaient sanctionnés par la nullité automatique assortie d'une peine pénale.
- 364 Sous l'empire de l'ancien droit, la Cour de cassation sanctionna une Cour d'appel ayant refusé de prononcer la nullité de l'assemblée générale au visa suivant⁴⁹⁰: «alors qu'il résulte de l'article R. 225-106 du Code de commerce que le procès-verbal de la délibération de l'assemblée générale doit mentionner le résultat du vote; qu'en considérant qu'il importait peu que le procès-verbal de l'assemblée du 1^{er} juin 2005 ne fasse pas mention du vote de la troisième résolution relative à la distribution des dividendes dès lors qu'il était signé par les actionnaires et que le rapport de gestion du conseil d'administration à une assemblée générale ultérieure faisait état de ce vote, la Cour d'appel a violé le texte précité et l'article L. 232-12 du même Code». Il résulte de cet arrêt que la signature par tous les actionnaires du procès-verbal ne saurait couvrir les irrégularités de celui-ci.
- 365 Bien que la jurisprudence relative à l'irrégularité du procès-verbal de l'assemblée générale soit trop rare pour en tirer des enseignements généraux, la sanction applicable était indubitablement la nullité automatique, car la Cour de cassation ne laissait pas de faculté d'appréciation au juge du fond. L'impossibilité de couvrir l'irrégularité *a posteriori* par une signature de tous les actionnaires laisse entendre que la nullité avait également un caractère absolu et ne pouvait donc être ni régularisée, ni confirmée.
- 366 La loi n° 2012-387 dite «Warsmann 2» du 22 mars 2012 a assoupli la sanction en modifiant l'article L. 225-114 du Code de commerce au profit d'une nullité facultative des délibérations de l'assemblée générale pour omission de l'établissement d'un procès-verbal. Dorénavant, les juges du fond devront donc apprécier la gravité de l'irrégularité du procès-verbal et mesurer l'atteinte aux droits protégés pour prononcer la nullité de l'assemblée générale.
- 367 Les jugements de nullité au motif d'un faux procès-verbal d'une assemblée générale sont rares, l'action pénale ayant le plus souvent la faveur du demandeur⁴⁹¹. En pratique, et particulièrement dans les petites sociétés non cotées, il est toutefois courant que les procès-verbaux soient rédigés en amont, voire en l'absence de toute assemblée, puis signés par voie de circulation par les actionnaires. En principe, le report au

cet arrêt, BÖCKLI (2009), N492; WATTER/DUBS (2001), p. 923; SCHLEIFFER (1993), p. 295 s.

⁴⁹⁰ Cass. com., 27 octobre 2009, n° 08-70156.

⁴⁹¹ Cass. crim., 6 septembre 2000, BJS 2001. 41; Cass. crim., 2 novembre 2011, n° 10-83666.

registre des assemblées est supposé garantir l'authenticité et l'inviolabilité du procès-verbal reporté. Toutefois, si le registre est signé directement par l'actionnaire, ce dernier entend-il pour autant confirmer par sa signature au registre un acte qu'il savait ne pas avoir signé? Tel ne semble pas être le cas⁴⁹²: dans une espèce, un actionnaire assigne la société aux fins de déclarer faux le procès-verbal de la société. L'actionnaire avait signé les registres de la société sur lequel était reporté le dit procès-verbal. La question était de savoir si le fait de signer les registres d'un acte affecté d'un vice emporte la ratification de cet acte. La Cour de cassation retient que, compte tenu des conditions de réunion et de discussion des actionnaires, aucune assemblée générale ne s'était tenue, et en déduit que le procès-verbal est faux. La confirmation d'un acte nul exige à la fois la connaissance du vice l'affectant et l'intention de le réparer (voir *infra*). Or, il n'était pas établi en l'espèce qu'en signant le registre, l'actionnaire ait entendu confirmer le procès-verbal. La confirmation ne se réduit pas à une renonciation unilatérale au droit de demander la nullité: elle doit s'accompagner d'une intention de réparer l'acte.

2. En Suisse: le silence de la loi

Le nouvel article 702 al. 2 et 3 CO résultant de la réforme du droit de la société anonyme adoptée le 19 juin 2020 par le Parlement dispose qu'il est dressé un procès-verbal de l'assemblée générale et en précise les mentions obligatoires⁴⁹³. L'article 700 al. 2 CO énonce quant à lui que les questions posées et les réponses données doivent être inscrites au procès-verbal de l'assemblée générale. L'article 656d al. 2 CO dispose que toute décision de l'assemblée générale est déposée dans les meilleurs délais au siège de la société et à celui de ses succursales inscrites au registre du commerce, de telle sorte que les participants puissent en prendre connaissance. Les participants en sont informés dans la communication qui leurs est adressée.

⁴⁹² Cass. com., 12 décembre 2018, n° 17-14.357, F-D, N. c/ *Sté Tarita*, Rev. soc. 2019. 391, note Dalmau: «la confirmation d'un acte nul exige à la fois la connaissance du vice l'affectant et l'intention de le réparer».

⁴⁹³ Le nouvel art. 702 al. 2 CO:

- Le conseil d'administration veille à la rédaction du procès-verbal. Celui-ci mentionne:
1. la date, l'heure de début et de fin, ainsi que la forme et le lieu de l'assemblée générale;
 2. le nombre, l'espèce, la valeur nominale et la catégorie des actions représentées, en précisant celles qui sont représentées par le représentant indépendant, celles qui sont représentées par un membre d'un organe de la société et celles qui sont représentées par le représentant dépositaire;
 3. les décisions et le résultat des élections;
 4. les demandes de renseignement formulées lors de l'assemblée générale et les réponses données;
 5. les déclarations dont les actionnaires demandent l'inscription;
 6. les problèmes techniques significatifs survenus durant l'assemblée générale.

Al. 3: Le procès-verbal est signé par la personne qui l'a rédigé et par le président de l'assemblée générale

- 369 Lacunaire, la loi ne précise pas quelle serait la sanction applicable en cas d'omission. La doctrine est d'avis que ni l'omission du procès-verbal, ni un procès-verbal erroné n'a d'influence sur la validité des décisions prises, bien que l'article 702 CO soit de nature impérative⁴⁹⁴. Jusqu'à la révision du droit de la société anonyme du 19 juin 2020, la loi ne prévoyait aucun délai pour l'élaboration du procès-verbal. De longs retards étaient fréquents dans la pratique. Ces retards pouvaient nuire, théoriquement, à l'exercice des droits des actionnaires. En effet, un actionnaire qui n'aurait pas été convoqué, n'aurait connaissance de la tenue de l'assemblée générale que grâce à la publication du procès-verbal⁴⁹⁵. Or, le délai d'action en annulation est de deux mois à partir de la tenue de l'assemblée (art. 706a CO). Aussi, si ce procès-verbal est publié plus de deux mois après la tenue de la dite assemblée, l'actionnaire exclu n'aura pas été en mesure d'en avoir connaissance en temps utile et de pouvoir introduire une action dans le délai légal imparti. Pour d'autres auteurs, au contraire, ce délai très court encourage à publier rapidement le procès-verbal afin de ne pas faire perdre son droit d'agir à l'actionnaire contestataire⁴⁹⁶, ce qui aurait pour conséquence d'engager la responsabilité du conseil d'administration envers l'actionnaire, dans la mesure où celui-ci aurait été privé de son droit d'agir en raison d'une publication tardive du procès-verbal. La doctrine estimait alors que, par symétrie avec le délai de convocation, le procès-verbal devait être remis dans un délai de vingt jours après cette réunion⁴⁹⁷.
- 370 Le nouvel article 702 al. 4 CO précise que « tout actionnaire peut exiger que le procès-verbal soit mis à sa disposition dans les trente jours qui suivent l'assemblée générale ». Cette disposition entraîne, selon nous, une implication importante. Le délai pour établir le procès-verbal est de trente jours à compter de la date de l'assemblée générale, ce qui ne laisserait plus, en pratique, qu'un mois à un actionnaire pour introduire l'action en annulation. En effet, bien que le délai de deux mois de l'article 706a CO court à partir du jour de l'assemblée générale, en pratique, il est nécessaire que l'actionnaire ait eu connaissance du contenu du procès-verbal pour préparer son action. C'est d'autant plus vrai s'il n'a pu ou a été empêché de participer à la dite assemblée générale.
- 371 Si l'on retient que pour qu'une décision soit nulle ou annulable, le manquement doit influencer le contenu des décisions, alors l'omission de rédiger un procès-verbal ou ses irrégularités n'ont pas d'influence sur la validité des décisions prises, mais peuvent en revanche engager la responsabilité des membres du conseil d'administration en charge de sa rédaction si la publication tardive venait à priver les titulaires du droit

⁴⁹⁴ CR-PETER/CAVADINI, art. 702 CO, N 33 visant Message 183, 942. En sens contraire: VISCHER (2022): contrairement à l'avis général, la tenue du procès-verbal est requise à des fins de validité de l'assemblée générale.

⁴⁹⁵ ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER (2017), § 12 N 765, 766; BÖCKLI (2009), § 12 N 196; SCHENKER (2016), p. 21.

⁴⁹⁶ BÖCKLI (2009), § 12 N 196.

⁴⁹⁷ BAUEN/BERNET/ROUILLER (2007), N 412 et s.

d'agir en contestation des décisions de l'assemblée générale. Nous serions d'avis que la loi comble ce risque de contentieux futurs en modifiant le point de départ du délai de péremption du droit d'agir en annulation: celui-ci devrait courir à compter du jour de la publication du procès-verbal et non à compter du jour de la tenue de l'assemblée générale.

En cas de procès-verbal inexact, c'est sur le fondement du droit pénal que les actions 372 ont le plus de chance d'aboutir. Le conseil d'administration qui établirait en connaissance de cause un procès-verbal mensonger serait coupable de faux dans les titres au sens de l'article 251 du Code pénal, si son auteur a agi dans le dessin de nuire ou de se procurer un avantage⁴⁹⁸.

Dans la pratique, l'absence ou les inexactitudes de procès-verbal ne sont pas courantes, en témoigne par ailleurs l'absence totale de contentieux sur ce sujet. Une des raisons, selon nous, est que le droit suisse impose que les décisions modifiant les statuts prises par les assemblées générales extraordinaires fassent l'objet d'un acte authentique, ce qui limite le danger de fraude et rend impossible l'omission d'un procès-verbal. De plus, les procès-verbaux des assemblées extraordinaires doivent être publiés au registre du commerce pour être opposables au tiers, ce qui encourage à les établir dans un bref délai et dans les formes légales requises. Concernant les procès-verbaux d'assemblées générales ordinaires, ceux-ci sont nécessaires à des fins probatoires en cas de procès en responsabilité car ils donnent *quitus* à la gestion. Aussi, bien mal avisé serait le président du conseil d'administration qui omettrait de dresser un procès-verbal de l'assemblée générale ordinaire; il se priverait d'un moyen de défense en cas de contentieux. Enfin, lorsqu'il existe un risque de mésentente, un usage consiste à faire circuler le procès-verbal afin qu'il soit signé par tous les actionnaires. Cette pratique n'est cependant possible que dans les sociétés au capital privé comptant un petit nombre d'actionnaires. 373

IV. Les droits financiers des actionnaires: préservation du capital de la société

A. En France: nullité automatique et absolue

1. Méconnaissance de l'obligation de constituer une réserve légale

Dans les sociétés anonymes, peuvent être annulées les décisions de distribution portant sur des réserves indisponibles (L. 232-10 C.com.), ou prises sans indication des postes sur lesquels les réserves sont prélevées (L. 232-11 C.com.), ou encore ne respectant pas la règle indiquant que les dividendes sont prélevés par priorité sur le béné- 374

⁴⁹⁸ ATF 120 IV 199 du 22 août 1994, *Staatsanwaltschaft des Kantons Bern gegen S.*, sur le fondement des articles 111 ch. 5 m, 251 ch. 1 253, art. 21 du Code de Procédure Pénale et sous les articles 701 et 702 al. 2 CO, le procès-verbal d'une assemblée générale dont le contenu est inexact, est un faux intellectuel dans les titres condamnable pénalement.

fice distribuable de l'exercice ou encore ne respectant pas le principe d'intangibilité des capitaux propres, ou prises sans approbation préalable des comptes annuels ou sans constatation préalable de l'existence de sommes distribuables (L. 232-12 C.com.). Ces prescriptions édictent des nullités absolues⁴⁹⁹. Le droit d'agir de l'actionnaire existe même si le nombre de voix de celui qui l'exerce est insuffisant pour faire échec à la décision contestée⁵⁰⁰. Sont également titulaires du droit d'agir en nullité de la décision de distribution les dirigeants de la société, la société elle-même, ainsi que les créanciers sociaux ayant intérêt à obtenir le retour des dividendes irrégulièrement distribués dans le patrimoine de la société⁵⁰¹.

375 Le législateur sanctionne par la nullité automatique toute décision contraire à la constitution de la réserve légale, celle-ci devant s'élever à au moins un dixième du capital social⁵⁰². Mais une certaine souplesse a été apportée en présence de situation de sous-capitalisation. Lorsqu'en raison de pertes répétées, les fonds propres sont devenus inférieurs à la moitié des capitaux propres, les associés peuvent décider de poursuivre l'activité afin d'éviter la dissolution de la société (L. 223-42 C.com.).

2. Méconnaissance des dispositions encadrant l'émission de titres donnant accès au capital

376 Les modifications du capital résultant d'augmentation ou de diminution du capital ou l'octroi de titres particuliers sont impérativement encadrées dans les sociétés anonymes. Ces décisions, en raison de leur caractère exceptionnel et de leur gravité pour la vie sociale, doivent être adoptées en assemblées générales extraordinaires.

377 La décision d'émettre des titres particuliers doit elle-même être légale. Une décision d'émission de bons de souscription de parts de créateur d'entreprise (BSPCE) alors que la société ne répond pas aux conditions légales pour émettre ces titres serait automatiquement nulle, bien que ces conditions soient posées dans une loi fiscale (art. 163 bis CGI) et non dans la partie du Code de commerce visé par l'article L. 235-1 de ce Code⁵⁰³. La décision ne pourra en aucun cas être régularisée, faute pour la société de ne jamais remplir les conditions légales requises.

378 Le régime des émissions de bons de souscription dans les sociétés anonymes répond à un dispositif spécifique dont la compréhension est délicate en raison d'un subtil jeu de renvoi à des nullités spéciales. Le catalogue de nullités « balais » par renvois successifs contribue à rendre tortueuse la lecture de la matière⁵⁰⁴. En effet, l'article L. 225-149-3

⁴⁹⁹ VELARDOCCHIO (1996), N 111-153.

⁵⁰⁰ CA Paris, 9 novembre 1983, *BRDA* 1984, n° 1, p. 12.

⁵⁰¹ VELARDOCCHIO (1996), N 111-153.

⁵⁰² Art. L. 232-10 C.com. s'appliquant aux sociétés anonymes et aux SARL.

⁵⁰³ ANSA n° 3220, C.J. du 5 février 2003.

⁵⁰⁴ GUEGAN (2020), N 91.

du Code de commerce tel que modifié par l'ordonnance n°2020-1142 du 16 septembre 2020 dispose que:

- (1) sont annulables (nullité facultative): les décisions contraires à l'article L 233-32 du Code de commerce relatif aux modalités d'émission des bons convertibles en actions;
- (2) sont également annulables (nullité facultative) toutes les décisions contraires à la sous-section 1 portant sur l'augmentation de capital des sociétés anonymes, sauf exceptions expresses;
- (3) sont nulles (nullité automatique): les décisions contraires au catalogue d'articles visés à l'alinéa 2 de l'article L. 225-149-3 du Code de commerce portant sur:
 - la compétence exclusive de l'assemblée générale pour décider de l'augmentation de capital ainsi que sur le délai de réalisation de la délégation au conseil d'administration (L. 225-129 C.com.);
 - la possibilité de déléguer au conseil d'administration le pouvoir de fixer les modalités de l'émission des titres (L. 225-129-1 C.com.): sur ce point, il ne nous semble pas cohérent de sanctionner par la nullité automatique une simple faculté d'exercice pour l'assemblée générale, sauf à comprendre que c'est la délégation à un autre organe que le conseil d'administration ou le directoire qui serait sanctionné de nullité. Dans ce cas, c'est en réalité la méconnaissance du principe de spécialité des organes qui est sanctionnée par la nullité.
 - les modalités de la délégation de compétences mentionnées ci-dessus et visées par les deux premiers alinéas de l'article L. 225-129-2;
 - les modalités d'approbation par l'assemblée générale extraordinaire visées par le premier alinéa de l'article L. 225-129-6;
 - les règles de quorum et de majorité en cas d'augmentation de capital autre que numéraire visée par la première phrase du premier alinéa et du second alinéa de l'article L. 225-130;
 - l'obligation de libérer intégralement le capital avant toute augmentation de capital visée par le premier alinéa de l'article L. 225-131;
 - la négociabilité des droits préférentiels de souscription et l'information y afférente visée par le deuxième alinéa de l'article L. 225-132;
 - les délégations de compétence de la réalisation d'une augmentation de capital au conseil d'administration dans les sociétés cotées visées par le dernier alinéa de l'article L. 225-147.
- (4) L'article L. 225-149-3 al. 3 du Code de commerce précise les dispositions qui ne sont pas visées par le présent article. Ces dispositions sont relatives au régime du droit préférentiel de souscription et à son éventuelle suppression.

Quelle sanction s'applique en cas de méconnaissance de ces dispositions? Le régime de la nullité de l'article L. 235-10 du Code de commerce s'applique en cas de méconnaissance des dispositions impératives régissant les droits préférentiels de souscrip- 379

tion. Il est ainsi clairement établi que la suppression du droit préférentiel de souscription doit figurer expressément à l'ordre du jour sous peine de nullité automatique de l'augmentation de capital⁵⁰⁵.

380 Concernant l'émission de valeurs mobilières donnant accès au capital, s'est posée la question de savoir qu'elle était la sanction de la décision d'assemblée générale accordant un délai de 28 mois pour réaliser une émission de bons de souscription au lieu du délai de 18 mois imposé par l'article L. 225-138-III du Code de commerce, cette disposition étant impérative⁵⁰⁶. Selon la doctrine, la délibération serait valable si l'émission a été effectivement réalisée dans le délai légal de 18 mois. En revanche, elle serait obligatoirement nulle si l'émission a été réalisée au-delà du délai de 18 mois sur le fondement de l'article L. 225-149-3 du Code de commerce. Cette position n'est que partiellement satisfaisante. En effet, la nullité automatique serait une sanction d'une sévérité excessive pour une erreur de délai de réalisation qui n'est pas de nature à vicier le consentement des actionnaires quant au principe même de l'émission. De plus l'article L. 225-149-3, al. 1 du Code de commerce indique une toute autre solution en prévoyant le recours à une injonction de faire.

381 Outre le respect du délai de réalisation, l'opération doit, pour être valable, répondre aux obligations de publicité. Ainsi en cas de non-respect de l'obligation de publicité des décisions de réduction et d'augmentation de capital, l'opération peut être annulée (art. L. 225-204 C.com.).

382 Enfin, les titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital bénéficient d'un régime de protection renforcée des articles L. 228-98 à L. 228-103 du Code de commerce dont la violation est sanctionnée par la nullité des décisions de la sociétés émettrices (art. L. 228-104 du Code de commerce).

3. Nullité spéciale en cas de fusion et scission

383 Concernant les opérations de fusion et de scission des sociétés, l'article L. 235-8 du Code de commerce dispose que la nullité d'une opération de fusion ou de scission ne peut résulter que de la nullité de la délibération de l'une des assemblées qui ont décidé l'opération ou du défaut de dépôt de la déclaration de conformité mentionnée à l'article L. 236-6, alinéa 3 du Code de commerce. La question s'est posée de savoir si cette disposition s'applique également aux apports partiels d'actif. L'article L. 236-22 du Code de commerce laisse à penser que le régime de l'apport partiel d'actif ne peut se soumettre aux dispositions de l'article L. 235-8 du Code de commerce⁵⁰⁷. Toutefois, selon un arrêt de la Cour de cassation en date du 3 juin 2003, lorsqu'un apport partiel d'actif est réalisé sous le régime des scissions, le délai de prescription applicable à

⁵⁰⁵ Cass. com., 25 septembre 2021, n° 11-17.256, F-P+B.

⁵⁰⁶ ANSA, n° 06-002, C.J. Réunion du 4 janvier 2006.

⁵⁰⁷ GUEGAN (2020), N 96.

l'action en nullité de l'opération est le délai de six mois prévu à l'article L. 235-9 du Code de commerce pour l'action en nullité d'une fusion ou d'une scission de sociétés⁵⁰⁸. Dans cet arrêt, la Cour de cassation étend à une opération d'apport partiel d'actif une règle propre à l'annulation d'une fusion ou d'une scission. Poursuivant cette logique, elle devrait sans difficulté élargir le domaine de l'article L. 235-8 du Code de commerce à l'apport partiel d'actif afin de restreindre les causes de nullités⁵⁰⁹.

B. En Suisse: nullité

Les dispositions visant à protéger le capital sont enfreintes si une décision viole l'interdiction d'émettre des actions à un cours inférieur au pair (art. 624 CO), ou d'émettre des actions sans valeur nominale (art. 622 al. 4 CO) ou si une décision interdit la restitution de leurs versements aux actionnaires ou impose le versement d'apports supplémentaires (art. 620 al. 2 CO). La violation de ces dispositions est sanctionnée par la nullité de la décision litigieuse sur le fondement de l'article 706b ch. 3 CO⁵¹⁰. Sont également nulles les décisions qui suppriment la réserve générale ou légale ou la réserve pour actions propres dans le but de constituer des bénéfices distribuables (nouvel art. 672 CO), bien que soit admise la possibilité de renoncer à la seconde affectation prévue au nouvel article 671 al. 2 CO lorsque la réserve générale a atteint la moitié du capital-actions⁵¹¹.

Ainsi, il a été jugé que le dividende ne peut être fixé qu'après l'affectation aux réserves légales et statutaires conformément à la loi et aux statuts (nouvel art. 675 al. 3 CO): il ne peut être prélevé que sur le bénéfice résultant du bilan et sur les réserves constituées à cet effet. *A contrario*, la société peut disposer librement de la part de réserve générale qui excède la moitié du capital-actions et distribuer des dividendes le cas échéant⁵¹². La violation des règles matérielles limitant quantitativement les distributions de dividendes est sanctionnée par la nullité de la décision de l'assemblée générale⁵¹³. En revanche ne sera qu'annulable la décision d'affectation des bénéfices ne respectant pas une clause statutaire instaurant un dividende prioritaire⁵¹⁴.

⁵⁰⁸ Cass. com., 3 juin 2003, n° 99-18707: Rev. soc. 2003, p. 489. Note P. Le Cannu; BJS 2003, p. 933, note B. Saintourens; D. 2004, p. 273, obs. J.-C. Hallouin; Dr. soc. 2003, comm. 145, obs. H. Hovasse. Cass. com., 30 novembre 2004, n° 01-16581: BJS 2005, p. 241, note P. Le Cannu.

⁵⁰⁹ GUEGAN (2020), N 96.

⁵¹⁰ Cour de justice de Genève, ch. civ., C/29058/2010, consid. 4.2.2. citant CR-CHENAU, art. 680 CO, N 56.

⁵¹¹ Cour de justice de Genève, ch. civ., C/29058/2010, consid. 4.1.2.

⁵¹² ATF 4A_16/2015 en date du 2 juin 2015; ATF 140 III 533, rejetant la demande de nullité ou d'annulation de l'assemblée générale qui octroie un dividende.

⁵¹³ Cour de justice de Genève, ch. civ., C/29058/2010, consid. 4.1.2. citant CR-CHENAU, art. 675 CO, N 39.

⁵¹⁴ ATF 147 III 126 du 21 janvier 2021.

386 Concernant la suppression du droit préférentiel de souscription, le législateur suisse n'en a pas encadré le régime dans des dispositions impératives à l'inverse du législateur français. La jurisprudence s'est chargée d'en définir les contours. Le droit préférentiel de souscription n'est pas un droit acquis de l'actionnaire, sauf si les statuts le garantissent expressément⁵¹⁵. Sa suppression nécessite une justification objective et le respect du principe d'égalité de traitement des actionnaires et du principe de ménagement (*schonende Rechtsausübung*)⁵¹⁶. La justification est suffisante si, en application du principe de nécessité qui émane du principe de proportionnalité, la suppression du droit préférentiel de souscription est nécessaire à la poursuite des buts légitimes de la société⁵¹⁷.

§ 3 La protection des droits des créanciers sociaux

387 La protection des droits des créanciers sociaux soulève des difficultés. Le législateur doit tenir compte du caractère protéiforme des créanciers, selon le rang de leurs garanties d'une part, et d'autre part selon la nature du titre de créance détenu. Il convient également de distinguer deux situations, selon que la société est en période ordinaire ou en période de procédure collective. En période ordinaire, le législateur aura garanti un minimum de droits aux créanciers de la société; en période de procédure collective, le fonctionnement de la société est renversé et la concertation avec les créanciers est encouragée.

I. En France: une évolution vers une plus grande protection des créanciers sociaux

A. En période ordinaire

1. *Les créanciers dans leurs relations avec les organes sociaux*

388 Le droit français prévoyait l'organisation des créanciers dans une masse. Cette masse était anciennement dotée de la personnalité morale et la loi distinguait les créanciers dans la masse et hors la masse. La loi du 25 janvier 1985 supprime la notion de masse, bien que la terminologie persiste dans certaines dispositions du Code de commerce pour désigner la collectivité des créanciers. En période ordinaire, les créanciers ne sont pas organisés. Ils peuvent protéger leurs droits et leurs intérêts par le recours au droit civil.

⁵¹⁵ ATF 99 II 59, consid. 3.; ATF 98 II 100, consid. C; ATF 91 II 300, consid. 2.

⁵¹⁶ ATF 91 II 298.

⁵¹⁷ ATF 93 II 309.

Le droit civil ne laisse pas les créanciers sans recours contre les actes ou décisions de leur débiteur qui porteraient atteinte à la conservation de leur patrimoine, et par voie de conséquence à l'intégrité de leurs créances en diminuant la solvabilité du débiteur. L'action paulienne permet de déjouer la fraude du débiteur en faisant prononcer l'opposabilité de l'acte litigieux au bénéfice du créancier (nouvel art. 1341-2 C. civ.). La sanction n'est donc pas la nullité, ce qui n'est pas sans soulever des difficultés⁵¹⁸. En revanche, lorsque l'acte peut être annulé, le créancier peut agir via une action oblique sur le fondement du nouvel article 1341-6 du Code civil: il est alors admis à exercer les droits et actions de son débiteur. Les créanciers disposent tantôt d'un droit dérivé à la critique des actes de leur débiteur, tantôt d'un droit propre lorsque la nullité est absolue⁵¹⁹. Nous nous attachons toutefois ici aux recours offerts aux créanciers en matière de droit spécial des sociétés.

Les créanciers peuvent également agir sur le fondement de l'action oblique du nouvel article 1341-1 du Code civil introduit par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, qui permet à un créancier de se substituer aux droits et actions de son débiteur, lorsque celui-ci refuse ou néglige de les exercer au préjudice du créancier.

Toutefois, l'action oblique présente une limite qui en compromet la recevabilité dans le cas de la demande de nullité d'une décision sociale: le débiteur des créanciers sociaux étant la société, il faudrait en toute hypothèse qu'elle ait elle-même préalablement qualité et intérêt à agir en nullité d'une décision sociale. Le créancier d'un associé majoritaire par exemple, ne pourra pas contester une décision sociale sur le fondement de l'abus de majorité, faute pour l'associé d'avoir lui-même qualité pour agir sur ce fondement⁵²⁰.

2. *L'assemblée générale des obligataires*

a. Les droits des porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital et des obligataires

En présence de porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital et de porteurs d'obligations, le droit de décision des actionnaires n'est plus absolu sur certains sujets. Les articles L. 228-104 du Code de commerce et suivants, dont le caractère est impératif, permettent aux créanciers d'effectuer un contrôle allégé du fonctionnement des organes sociaux, et en particulier de l'assemblée générale des actionnaires, en période ordinaire de la vie de la société. Ainsi, l'assemblée générale des actionnaires ne peut plus décider de la modification de la forme sociale ou de l'objet social sans l'accord des porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital, ni créer des actions de

⁵¹⁸ AUBERT (1969), N 3, p. 693.

⁵¹⁹ AUBERT (1969), N 28, p. 715.

⁵²⁰ GUEGAN (2020), N 267 à 269, citant: AUBERT (1969), p. 692 et MARTIN-SERF (2002), N 200, p. 60.

préférence, ni modifier les règles de répartition du bénéfice de la société, sous peine de nullité (L. 228-104 C.com.). Les titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital bénéficient de droits protégés, la méconnaissance desquels entraîne, par le jeu d'une nullité spéciale et expresse, la nullité obligatoire des délibérations prises en méconnaissance de leurs droits: l'article L. 228-104 du Code de commerce dispose en effet que: «les délibérations ou stipulations prises en violation des articles L. 228-98 à L. 228-103 sont nulles.»

- 393 Les créanciers sociaux, par l'intermédiaire des représentants de la masse, ne peuvent s'immiscer dans la gestion des affaires sociales, mais ont accès à l'assemblée générale des actionnaires sans voix délibératives. Ils ont également le droit d'obtenir communication des mêmes documents que ceux mis à dispositions des actionnaires et dans les mêmes conditions (art. L. 228-55 C.com.).
- 394 Pour autant la méconnaissance du droit d'information des créanciers (art. L. 228-105 C.com.) et d'accès à l'assemblée générale n'est pas sanctionné par l'article L. 228-104 du Code de commerce. Aucun texte n'impose que les créanciers soient convoqués dans les mêmes formes et délais que les actionnaires, mais une information précise doit leur être transmise dans un délai suffisant. En appliquant strictement le régime des nullités, l'absence d'information des créanciers de la tenue de l'assemblée générale ne saurait donc entacher celle-ci de nullité sur le fondement de cette nullité spéciale⁵²¹. Cependant, elle pourrait être nulle sur le fondement de l'article L. 235-1 du Code de commerce si les dispositions de l'article L. 228-105 étaient déclarées impératives par la jurisprudence. A défaut de quoi, la violation de cette disposition risquerait d'être sans sanction et d'une effectivité toute relative.
- 395 Enfin, les obligataires doivent également être consultés lors d'événements majeurs de la vie sociale. Aussi, doit être soumis aux assemblées obligataires le projet de fusion (art. L. 236-13 C.com.) et cette règle est sans aucun doute de caractère impératif.
- 396 Le législateur a également réservé au représentant de la masse la possibilité d'agir en nullité des décisions des organes sociaux, c'est-à-dire de l'assemblée générale des actionnaires et du conseil d'administration, et de mener toutes actions ayant pour objet la défense des intérêts communs des obligataires (art. L. 228-54 C.com.).

b. Le fonctionnement des assemblées d'obligataires

- 397 Concernant les assemblées d'obligataires, le droit commun se distingue du droit applicable en matière de procédure collective, l'articulation des deux n'étant pas toujours évidente. Avant le décret-loi du 30 octobre 1935, alors qu'aucune règle légale ne l'imposait, la pratique avait été adoptée de constituer des associations ou des sociétés civiles entre les titulaires de créances obligataires ayant souscrit à la même émission,

⁵²¹ ANSA n° 05-016, C.J. du 9 mars 2005.

ce qui n'était qu'une anticipation conventionnelle de la «masse» des obligataires⁵²².

En période ordinaire, les modalités de convocation de l'article L. 225-98 du Code de commerce sont applicables par analogie à l'assemblée générale des obligataires, de même que le quorum et les règles de majorité.

Lors d'émission de titres obligataires à l'étranger, les modalités de consultation des obligataires sont généralement prévues contractuellement dans le prospectus d'émission. Dès lors quelle est la sanction applicable en cas de méconnaissance de ces dispositions contractuelles? La responsabilité contractuelle des administrateurs ou la nullité de l'assemblée des obligataires? La réponse dépendra, selon la doctrine, de la loi applicable au contrat. S'il s'agit de la loi française, les dispositions de l'article L. 225-98 du Code de commerce devraient s'appliquer. S'il s'agit d'un droit étranger, il conviendra de se référer à la disposition applicable au sein de l'ordre juridique national désigné par le droit international privé⁵²³.

Le Code de commerce détaille précisément les modalités de réunion des assemblées générales obligataires. La méconnaissance de ces dispositions peut être sanctionnée par la nullité des délibérations sur le fondement du droit commun de l'article L. 235-1 du Code de commerce, par des dispositions expresses⁵²⁴ ou par des sanctions pénales d'une particulière gravité. Le fait d'empêcher un obligataire de participer à ladite assemblée⁵²⁵ ou la simple absence de procès-verbal⁵²⁶ de l'assemblée des obligataires sont sanctionnés pénalement.

B. En période de procédure collective

1. Contestation des actes et décisions de la période suspecte

En période de procédure collective, les créanciers étaient organisés en comités de créanciers, qui avaient remplacé la masse. Les comités ont été à leur tour remplacés par les classes de parties affectées à compter du 1^{er} octobre 2021 (ordonnance n° 21-1193 du 15 septembre 2021 en application de la Directive du Parlement européen et du Conseil 2019/1023 du 29 juin 2019 sur la restructuration et l'insolvabilité) dont le fonctionnement est édicté aux articles L. 626-29 du Code de commerce et suivants.

⁵²² GRELON (2008), p. 25, comm. de l'affaire Eurotunnel § 4.

⁵²³ GRELON (2008), § 12, p. 25.

⁵²⁴ Art. L. 228-59 al. 2 C.com. : toute assemblée irrégulièrement convoquée peut être annulée.

⁵²⁵ Art. L. 245-11 C.com. : sanctionne d'une peine de prison le fait d'empêcher un obligataire de participer à l'assemblée des obligataires.

⁵²⁶ Art. L. 245-13 C.com. : est puni d'une amende de 4500 euros le fait pour le président d'une assemblée générale des obligataires de ne pas procéder à la constatation des décisions de toute assemblée générale par procès-verbal, mentionnant la date et le lieu de la réunion, le mode de convocation, l'ordre du jour, la composition du bureau, le nombre d'obligataires participant au vote et le quorum atteint, les documents et rapports soumis à l'assemblée, un résumé des débats, le texte des résolutions mises aux voix et le résultat des votes.

- 402 Les mécanismes institués par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 dite de sauvegarde des entreprises cherchent à protéger les créanciers d'éventuelles décisions visant à dépouiller la société de son patrimoine, et lésant leurs droits en conséquence. La période la plus propice à d'éventuelles fraudes est la «période suspecte», c'est-à-dire la période qui s'étend de date de cessation des paiements à la date d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. Certains actes et décisions, selon leurs natures et leurs dates, pris pendant cette période suspecte encourent la nullité (nullité facultative) sur le fondement de l'article L. 632-2 du Code de commerce. Cette action en nullité revêt un caractère dérogoire de l'action en nullité de droit commun. Elle n'est enfermée dans aucun délai et est attitrée exclusivement aux administrateurs, mandataires judiciaires ou commissaires à l'exécution du plan de sauvegarde, ou encore au Ministère Public⁵²⁷.
- 403 L'article L. 632-1-I du Code de commerce énumère six cas de nullité obligatoire, frappant des actes objectivement anormaux compte tenu de l'état de cessation des paiements du débiteur. La liste dressée est limitative et d'interprétation stricte⁵²⁸, à savoir tous les actes à titre gratuit translatifs de propriété immobilière ou mobilière, les contrats lésionnaires, tout paiement de dette non échue, la constitution de sûreté ou fiducie en garantie d'une dette antérieure, et enfin les opérations sur option qui visent la conversion des stocks options. Les cas de nullités facultatives édictés par l'article L. 632-1-II du Code de commerce visent tous les actes gratuits translatifs fait dans les six mois précédant la cessation des paiements.

2. Contestation des décisions de l'assemblée des obligataires

- 404 Lorsque la procédure est ouverte, les classes de parties affectées et le débiteur élaborent un plan de poursuite de l'activité qui sera homologué par le juge. Ces créanciers se réunissent, selon la catégorie d'intérêt économique à laquelle ils appartiennent, en assemblées qui se prononcent sur chaque projet dans un délai de vingt à trente jours (art. L. 626-30-2 al. 4 C.com.) selon un quorum basé sur le nombre de voix et à la majorité des deux tiers des voix détenues (art. L. 626-30-2 al. 5 C.com.).
- 405 Antérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021, lorsqu'il existait des obligataires, une assemblée générale constituée de l'ensemble des créanciers titulaires d'obligations émises en France ou à l'étranger était convoquée afin de délibérer sur le projet de plan adopté⁵²⁹.
- 406 L'ancien article L. 626-32 du Code de commerce ne donnait aucune indication sur le droit de vote applicable au sein de l'assemblée obligataire convoquée par l'administrateur. La solution retenue dans l'affaire Eurotunnel était que la majorité du nombre des

⁵²⁷ PEROCHON/BONHNOMME (2009), N 522 ss.

⁵²⁸ PEROCHON/BONHNOMME (2009), N 513.

⁵²⁹ Art. L. 626-32 C.com.

obligataires et la majorité des deux tiers des voix aboutissait à une double majorité qui conduisait à traiter l'abstention comme un vote hostile au plan⁵³⁰.

L'ancien article L. 626-32 du Code de commerce issu de la loi du 26 juillet 2005 était 407 une règle d'ordre public et n'était pas une reprise pure et simple des articles L. 225-18 et suivant du même Code: aucun quorum n'était exigé, les pouvoirs étaient plus étendus au point que des abandons de créance pouvaient être décidés⁵³¹.

L'assemblée des obligataires prenait des décisions à la majorité des deux tiers du mont- 408 tant des créances obligataires détenues par les porteurs ayant exprimés leur vote. Le décompte des votes était source de contentieux portant sur les modalités de calcul de la valeur de la créance. L'arrêt Technicolor portait sur la question de savoir comment comptabiliser les droits de vote des porteurs de titres super subordonnés lors de l'assemblée des obligataires: en l'espèce, les porteurs de titres super subordonnés souhaitaient la nullité de l'assemblée au motif que la valeur de la créance retenue avait été déterminée en fonction des taux d'intérêt dus, et non pas en fonction de la valeur nominale de leurs créances⁵³². Au regard des dispositions de l'ancien article L. 626-32 du Code de commerce, il ressortait clairement que l'administrateur judiciaire n'avait pas le pouvoir de priver certains des obligataires de leurs droits de vote en décidant que seule une partie du nominal de leurs titres leur conférait un droit de vote.

La nullité était toutefois simplement facultative⁵³³. Les intérêts en jeu, au sein de l'as- 409 semblée des obligataires réunie en période de sauvegarde, n'étaient pas des intérêts collectifs mais seulement les intérêts individuels des obligataires⁵³⁴, ce qui justifiait que la sanction applicable était la nullité relative. Cette décision a été vivement critiquée: il était en effet reproché au tribunal d'être allé au-delà, voire à l'encontre, des textes et de vouloir favoriser le redressement de Thomson-Technicolor en amputant les droits de vote des créanciers les plus subordonnés et en acceptant d'approuver un plan dont «les solutions différenciées donnaient le sentiment qu'elles étaient déséquilibrées»⁵³⁵.

L'arrêt Thomson-Technicolor soulevait également des questions procédurales: quelle 410 est la qualité pour former recours contre la décision de l'assemblée des obligataires? Les obligataires à titre individuel pouvaient-ils contester les décisions de l'assemblée

⁵³⁰ GRELON (2008), § 55 p. 25.

⁵³¹ GRELON (2008), § 28 p. 25.

⁵³² Cass. com., 21 février 2012, n° 11-11693, *Thomson-Technicolor SA*.

⁵³³ Toutefois, la nullité de la délibération ne pouvait être prononcée dès lors que les votes des porteurs de titres super subordonnés, quel qu'aient été le mode de calcul retenu, n'auraient pas d'effet sur la décision de l'assemblée des obligataires. C'est la théorie du vote utile sur laquelle nous reviendrons.

⁵³⁴ GRELON (2010), § 17, p. 244.

⁵³⁵ GRELON (2010), § 17, p. 244.

des obligataires ou le droit de contestation était-il exclusivement réservé au représentant des masses ? L'article R. 626-63 du Code de commerce disposait que le délai pour former les contestations relatives à l'application des articles L. 626-30 à L. 626-32 était de dix jours à compter du vote des comités de créanciers ou de l'assemblée générale des obligataires dont était membre l'auteur de la contestation. Les dispositions relatives aux recours propres à l'assemblée convoquée dans le cadre de la procédure de sauvegarde et l'article L. 228-54 al. 2 du Code de commerce précisaient que les actions en justice dirigées contre l'ensemble des obligataires d'une même masse ne pouvaient être intentées que contre le représentant de cette masse.

- 411 Dans l'arrêt Thomson-Technicolor, l'article L. 626-32 du Code de commerce conférait aux obligataires un droit individuel de participer et de voter à cette assemblée. Ils avaient donc individuellement qualité à agir.
- 412 Désormais, le nouvel article L. 626-32 al. 3 du Code de commerce précise que la décision est prise à la majorité des deux tiers du montant des créances obligataires détenues par les porteurs ayant exprimés leurs voix. Par renvoi à l'article L. 626-30-2 al. 4 du même Code, les conditions de majorité applicables sont celles des assemblées générales des actionnaires extraordinaires ou spéciales. Les dispositions de l'article L. 626-3 al. 1 et al. 2 et de l'article L. 626-18 al. 2 du Code de commerce sont inapplicables, ce qui assouplit le formalisme⁵³⁶.
- 413 La réforme prévoit également la contestation du vote des comités ou de l'assemblée obligataire. L'article L. 626-34-1 précise que les créanciers ne peuvent former une contestation qu'à l'encontre de la décision du comité dont ils sont membres. Le créancier obligataire peut contester l'adoption du projet de plan par l'assemblée obligataire uniquement lorsque les dispositions relatives à cette assemblée, à sa convocation et aux conditions de sa délibération telles que prévues par l'article L. 626-32 ne lui semblent pas avoir été correctement appliquées⁵³⁷. Lorsque les décisions du dirigeant sont approuvées par le tribunal, les créanciers ne disposent en réalité plus de moyens d'actions pour s'y opposer⁵³⁸.

II. En Suisse : nullité par le détour du droit commun

- 414 Les créanciers ordinaires se distinguent des créanciers obligataires, ces derniers bénéficiant d'un régime spécial leurs permettant de prendre part aux assemblées générales (A) et de contester soit les décisions de l'assemblée générale, soit les décisions de l'as-

⁵³⁶ LEMERCIER (2021).

⁵³⁷ Cass. com. 26 février 2002, n° 18-19737.

⁵³⁸ Cass. com., 13 septembre 2011, FS-P+B, n° 10-25.533, affaire *Belvédère*.

semblées des obligataires elle-même (B). La loi fédérale sur la poursuite pour dette et faillite régit le cas particulier des assemblées de créanciers (C).

A. Le droit du représentant des obligataires de prendre part aux délibérations des organes sociaux

L'article 1160 CO permet aux créanciers obligataires de participer à la vie sociale de la société débitrice en reconnaissant au représentant des obligataires le droit de prendre part aux délibérations des organes sociaux avec voix consultatives lorsque le débiteur est une société anonyme, une société en commandite par actions, une SARL ou une société coopérative. Afin que ce droit ne soit pas vain, les responsables des organes en question doivent convoquer le représentant à leurs délibérations et lui communiquer en temps utile toutes les pièces qui s'y rapportent. 415

Ce droit est plus étendu qu'en France, puisque par organes sociaux, sont visés non seulement l'assemblée générale mais aussi tous les autres organes dirigeants, et principalement le conseil d'administration. Si le débiteur est organisé de façon à concentrer tous les pouvoirs de décisions dans les mains d'une seule personne, celle-ci doit néanmoins informer et consulter le représentant des obligataires de ses décisions⁵³⁹. 416

Toutefois, seules sont concernées les décisions des organes qui pourraient affecter les intérêts des créanciers obligataires. La participation du représentant des obligataires sera donc obligatoire dans deux hypothèses: (1) chaque fois qu'il sera question spécifiquement de l'emprunt (2) et toutes les fois que les sujets abordés seront susceptibles d'influencer la capacité de l'emprunteur d'exécuter ses obligations. La doctrine a conclu que ce sera pratiquement toujours le cas pour les décisions de l'assemblée générale⁵⁴⁰. 417

Dès lors, les obligataires pourraient-ils obtenir la nullité de l'assemblée générale des actionnaires ou du conseil d'administration en cas d'absence totale ou partielle de convocation ou d'information aux délibérations des organes sociaux? L'article 706 CO qui prévoit les causes d'annulabilité de l'assemblée générale n'ouvre l'action qu'aux actionnaires et aux administrateurs. Les obligataires sont donc dépourvus de légitimité active pour agir sur ce fondement. L'action en nullité de l'article 706b CO leurs est en revanche ouverte: si l'atteinte à leurs droits a pour eux des conséquences d'une particulière gravité, les obligataires seraient fondés à demander la nullité des décisions de l'assemblée générale ou du conseil d'administration. 418

⁵³⁹ CR-ZUFFEREY, art 1160 CO, N 9.

⁵⁴⁰ BSK Wertpapierrecht-REUTER/STEINMAN, art. 1160 CO, N 5; CR-ZUFFEREY, art. 1160 CO, N 12.

B. La contestation des décisions de l'assemblée des obligataires

- 419 Pour être valables, les décisions des assemblées des obligataires doivent répondre aux conditions légales des articles 1165 CO et suivant. A défaut de quoi elles sont attaquables: toutes les décisions de l'assemblée des obligataires peuvent être attaquées (art. 1178 et 1182 CO), que ce soit par l'autorité d'approbation qui peut révoquer totalement ou partiellement la décision irrégulière ou par un obligataire individuel qui peut présenter sa requête dans les six mois à compter du jour où il a eu connaissance de l'irrégularité de la décision⁵⁴¹.
- 420 L'article 1164 CO prévoit que l'assemblée des créanciers prend «toute mesures utiles pour la défense des intérêts communs». Le Tribunal fédéral a lui-même constaté que la formule n'est pas claire⁵⁴². Sont visés les intérêts communs de tous les obligataires et ces mesures doivent en priorité viser à assainir la situation critique du débiteur. Toutefois, l'assainissement n'est pas une condition absolue d'intervention de l'assemblée: elle peut se réunir et décider en dehors de toute mesure d'assainissement aussi longtemps qu'est respectée une connexité entre les mesures prises et le rapport d'obligation entre l'emprunteur et les créanciers⁵⁴³.
- 421 Les modalités de convocation sont définies à l'article 1165 CO. L'article 1167 CO, quant à lui, décrit le fonctionnement de l'assemblée des créanciers et les modalités du droit de vote. L'article 1175 CO précise les majorités requises pour l'adoption des décisions par l'assemblée des obligataires. S'il ne fait aucun doute que ces dispositions légales ont un caractère impératif, la sanction applicable n'est pas évidente. Les articles 706 et 706b CO ne trouvent pas lieu à s'appliquer car ils visent restrictivement les décisions de l'assemblée générale des actionnaires uniquement. Aucune disposition ne prévoit explicitement la nullité ou l'annulabilité des assemblées des créanciers, exception faite des cas de nullité spéciale en cas de méconnaissance de principes fondamentaux du droit des sociétés. L'article 1174 al. 3 CO consacre le principe d'égalité de traitement des créanciers en précisant que sont nulles les assurances données ou les attributions faites à certains créanciers au détriment d'autres membres de la communauté. La rupture d'égalité entre les obligataires est cause d'annulation de l'assemblée obligataire de longue date. Un arrêt en date du 2 juillet 1936 se fondant sur l'ordonnance fédérale du 20 février 1918 sur la communauté des créanciers et des emprunts obligataires sanctionne une assemblée des obligataires dont les décisions violent le principe d'égalité des créanciers par l'annulation⁵⁴⁴.

⁵⁴¹ CR-ZUFFEREY, art. 1175 CO, N 15.

⁵⁴² ATF 113 II 283 = JdT 1988 I 79.

⁵⁴³ ATF 89 II 352; CR-ZUFFEREY, art. 1164 CO, N 5.

⁵⁴⁴ ATF 2 juillet 1936, cause Société immobilière «La Citadine» c. Flückiger, consid. 7.

La doctrine y voit une application de l'article 20 CO⁵⁴⁵: si les limitations contractuelles ou légales ne sont pas respectées par l'assemblée des créanciers, tout obligataire qui n'aurait pas adhéré à la décision restrictive contestée peut exiger qu'il la réduise à une mesure licite (art. 1178 CO pour les décisions restrictives et art. 1182 CO par analogie). Lorsqu'une telle réduction n'est pas possible, par exemple en cas de renonciation à exiger le remboursement du capital, cette décision est tout simplement nulle. La doctrine a donc proposé un détour par le fondement de l'abus de droit de l'article 2 al. 2 CC pour permettre d'agir en annulation des décisions de l'assemblée des créanciers, lorsque, par exemple, un délai très court ou un lieu inaccessible ont été volontairement choisis⁵⁴⁶.

Le recours à l'article 20 CO pour justifier l'annulation d'une décision de l'assemblée des obligataires contraires aux dispositions de l'article 1174 al. 3 CO pourrait paraître discutable. En effet, l'article 20 CO porte sur l'annulation du contrat lui-même. Or, une décision d'assemblée des obligataires résulte d'un organe, qui trouve son fondement dans des dispositions impératives de la loi, bien que ses contours soient complétés par un contrat. Cependant, en l'absence de dispositions spéciales du droit des sociétés, le recours à l'annulation fondée par l'article 20 CO permet de pallier les carences de la loi, comme en présence d'une société de personne⁵⁴⁷.

Le silence de la loi sur les sanctions applicables en cas d'inobservation des articles 1164 à 1167 CO est selon nous un silence qualifié: en effet, les émissions d'obligations sont contractuelles, et les modalités de réunion des assemblées d'obligataires font l'objet de précisions contractuelles. La loi suisse ne trouve à s'appliquer que lorsque le contrat la désigne explicitement. Lorsque la décision ou les modalités de l'assemblée obligataire sont contraires au contrat d'émission, l'irrégularité se traduirait selon nous par un défaut d'exécution d'une convention, heurtant le principe de force obligatoire des contrats, dont la sanction en droit commun se traduit par des dommages-intérêts sur le fondement de la responsabilité contractuelle et non par la nullité du contrat.

C. La contestation des assemblées de créanciers en cas de poursuite

La loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) prévoit l'organisation des créanciers sociaux dans une assemblée spéciale des créanciers (art. 223 LP). La loi en précise les modalités de convocation par l'office des poursuites (art. 231 LP), les délais de convocation ainsi que les participants (art. 232 al. 5 LP) et les modalités d'organisation (art. 235 LP). La loi prévoit expressément que la première assemblée des

⁵⁴⁵ CR-ZUFFEREY, art 1170-1175 CO, N 6, 7.

⁵⁴⁶ CR-ZUFFEREY, art 1165 CO, N 9.

⁵⁴⁷ JUNG (2015), 2.2.1., p. 188.

créanciers est valablement constituée lorsque les créanciers présents forment au moins un quart des créanciers connus (quorum de présence) et les décisions sont prises à la majorité absolue des créanciers votants (art. 235 al. 2 LP).

- 426 Lorsque ces conditions de validité ne sont pas réunies, l'assemblée des créanciers peut être contestée dans les cinq jours devant l'autorité de surveillance qui statue à bref délai (art. 239 al. 1 LP). La loi ne précise pas quels sont les bénéficiaires de l'action et se montre plutôt lacunaire.
- 427 La jurisprudence applique en conséquence les règles de l'annulation et de la nullité des assemblées de créanciers par analogie avec celles des assemblées générales. Aussi, dans un arrêt du 8 août 2019, le Tribunal fédéral rappelle que «tout créancier présent ou représenté à la première assemblée des créanciers a un droit fondamental au bon déroulement de l'assemblée et a le droit de contester une procédure irrégulière⁵⁴⁸. A ce titre, les décisions de l'assemblée des créanciers peuvent être contestées en raison d'une violation de la loi ou d'un caractère inapproprié⁵⁴⁹. En l'espèce, il était reproché que le bureau ait refusé d'autoriser à un créancier de participer à l'assemblée. Le Tribunal fédéral admet qu'une telle irrégularité puisse fonder une contestation de la validité de l'assemblée, sous réserve que l'absence de participation de ce créancier ait influencé le quorum de l'assemblée ou le résultat du vote⁵⁵⁰.

§ 4 La protection des droits des mandataires sociaux

- 428 La jurisprudence en France a progressivement détaché des droits personnels et individuels aux administrateurs, afin qu'ils soient en mesure d'exercer au mieux leur mission. En Suisse, les administrateurs sont restreints dans leurs voies d'action. Les divergences de solution sont manifestes en cas de convocation irrégulière des administrateurs au conseil d'administration (I), de méconnaissance de leurs droits à l'information (II), de l'irrégularité de la composition du conseil d'administration (III) ou encore de l'absence de procès-verbal des séances du conseil d'administration (IV).

I. Convocation irrégulière des administrateurs au conseil d'administration

A. En France: nullité facultative

- 429 Le législateur a voulu encourager l'activité du conseil d'administration en facilitant la convocation de celui-ci⁵⁵¹. L'initiative de cette convocation n'appartient plus au seul président du conseil d'administration. Le tiers au moins de ses membres peut deman-

⁵⁴⁸ ATF 5A_345/2018 du 8 août 2019, consid. 3.2.1.

⁵⁴⁹ ATF 5A_345/2018 du 8 août 2019, consid. 3.2.3.

⁵⁵⁰ ATF 86 III 94, consid. 3; ATF 86 III 94, consid. 4.

⁵⁵¹ GOFFAUX-CALLEBAUT (2004), p. 35; COURET (2001), N 9, p. 1662.

der au président de convoquer celui-ci sur un ordre du jour déterminé, dès lors que le conseil ne s'est pas réuni depuis plus de deux mois (L. 225-36-1, al. 2 C.com.). Le directeur général peut également faire cette demande (L. 225-36-1, al. 3 C.com.).

La jurisprudence a retenu une nullité facultative en présence d'une convocation irrégulière du conseil d'administration. Nous réservons le cas d'une convocation à l'initiative d'un organe incompétent qui selon nous serait frappée par la nullité obligatoire des décisions sur le fondement du principe de spécialité des organes et par analogie avec la solution retenue en matière de convocation irrégulière de l'assemblée générale. 430

La solution est communément admise et n'a pas été modifiée par la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966. Antérieurement, la Cour de cassation avait indiqué que dans la mesure où la loi et les statuts d'une société anonyme ne fixent pas de règles relatives à la convocation et à la tenue des réunions du conseil d'administration, les décisions de celui-ci peuvent être annulées si des fraudes, des excès de pouvoir ou des abus de droit ont été commis au préjudice de la société ou de certains actionnaires par les membres du conseil d'administration qui ont voté ces décisions⁵⁵². Est également irrégulière la convocation d'un administrateur à qui la lettre de convocation avait été à dessin envoyée de sorte qu'elle ne pouvait lui parvenir avant la réunion du conseil d'administration⁵⁵³. 431

Dans l'espèce d'un arrêt de la Cour de cassation en date du 12 décembre 1995, un conseil de surveillance avait décidé une augmentation de la rémunération de deux membres du directoire⁵⁵⁴. Quelques jours plus tard, ce même conseil de surveillance annule sa propre décision. Les membres du directoire concernés demandent l'annulation de la décision du conseil de surveillance annulant l'augmentation de leur rémunération, invoquant une transcription volontairement falsifiée dans le procès-verbal et une irrégularité de convocation d'un membre. L'arrêt de la Cour d'appel soumis à l'examen de la Cour de cassation déniait aux membres du directoire le droit d'agir en nullité d'une décision du conseil de surveillance. Elle soutenait, à juste titre selon la 432

⁵⁵² Cass. com., 19 janvier 1959, n° 57-10.279 P:D, *op. cit.*: la loi et les statuts d'une société ne fixent pas les règles relatives à la convocation et à la tenue des réunions du conseil d'administration, les décisions de ce conseil peuvent être annulées si des fraudes, des excès de pouvoir ou des abus de droit ont été commis au préjudice de la société ou de certains actionnaires par les membres du conseil d'administration ayant voté des décisions, et d'autant plus que les manœuvres (en l'espèce convocation tardive dans un lieu éloigné, ordre du jour trop imprécis) ont eu pour conséquences de fausser le sens de la délibération et de préjudicier aux intérêts de la société des actionnaires, la majorité des administrateurs étant opposée au projet objet de la résolution. Il en résulte que la délibération litigieuse peut être annulée ainsi que la convention litigieuse subséquente.

⁵⁵³ Cass. com., 7 mai 1973, n° 72.10.587 P.: la majorité subit comme la minorité et dans la même proportion les conséquences de la transformation.

⁵⁵⁴ Cass. com., 12 décembre 1995, n° 94-12489, *Consorts Hudry c/SA Pharma*, note Le Cannu, BJS mars 1996, n° JBS-1996-068, p. 207.

Cour de cassation qui confirme la nullité relative, que le grief d'absence de convocation d'un membre du conseil de surveillance ne peut être invoqué que par le membre du conseil de surveillance victime de cette carence.

- 433 Plus récemment, dans un arrêt en date du 30 juin 2016, la Cour d'appel de Paris⁵⁵⁵ a eu l'occasion de juger que la nullité des délibérations d'un conseil d'administration n'est pas encourue, dès lors que la convocation de ce conseil 48 heures avant sa tenue n'est pas frauduleuse, les auteurs de la convocation ayant accomplis les diligences permettant la présence de tous les administrateurs. Mais les administrateurs ayant révoqué à cette occasion le PDG de manière vexatoire et humiliante engageant leur responsabilité civile à titre personnelle.
- 434 La question s'est posée de savoir si l'ordre du jour était indispensable lors de la convocation du conseil d'administration. La loi ne l'impose pas, afin de laisser à cet organe la souplesse que requiert la vie des affaires. En pratique, l'auteur de la convocation propose un ordre du jour afin que les administrateurs puissent préparer au mieux la réunion. Aussi est-il nécessaire d'indiquer la teneur des questions qui seront abordées. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi jugé que la mention « questions diverses » figurant dans la convocation ne peut permettre de discuter de l'allocation d'une rente à l'ancien président de la société, ce qui justifie l'annulation de la délibération⁵⁵⁶.

B. En Suisse : nullité sur le fondement de l'article 714 CO

- 435 Les décisions du conseil d'administration peuvent uniquement être contestées sur le fondement de l'action en nullité de l'article 714 CO, qui renvoie à l'article 706b CO. Sont nulles les décisions du conseil d'administration qui, notamment, suppriment ou limitent les droits des actionnaires et/ou des administrateurs garantis impérativement par la loi, restreignent les droits de contrôle des actionnaires ou négligent les structures de base de la société anonyme ou encore portent atteinte aux dispositions de protection du capital.
- 436 En pratique, les cas de nullité sont peu nombreux, en raison du champ d'application restreint de la règle. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral rappelait que « la nullité ne sera admise qu'exceptionnellement, par exemple en cas de violation grave et durable des règles légales impératives et fondamentales »⁵⁵⁷.

⁵⁵⁵ CA Paris, 5-6, 30 juin 2016, n° 15/16033, *SA compagnie des bateaux-mouches*, note Soraya Messaï-Bahri, BJS février 2017, n° 116/5, p. 126.

⁵⁵⁶ Cass. com., 3 mai 2000, n° 97-22.510, Dr. sociétés 2000, n° 110, obs. D. Vidal, BJS 2000.821, n° 198, obs. Le Cannu.

⁵⁵⁷ ATF 133 III 77, consid. 5.; ATF 115 II 468, consid. 3a. V. BSK-WERNLI, art. 714 CO, N 10, qui mentionne : « bei Vorliegen schwerwiegender und dauerhafter Verstöße gegen zwingendes, im öffentlichen Interesse aufgestelltes Recht oder gegen die strukturwesentlichen Normen und fundamentale Ordnung des Aktienrechts ». V. ég. VIONNET (2005), pp. 125–147 et p. 133 ss.

La rigueur de la règle s'explique par la volonté de préserver la sécurité juridique et la fluidité des prises de décisions du conseil d'administration en évitant que celles-ci puissent trop facilement être remises en cause. Il peut cependant être soutenu que les décisions du conseil d'administration devraient être annulables, sous réserve que seuls les administrateurs puissent demander l'annulation. 437

Cette position se défend d'autant plus que sous l'empire de la loi de 1936, la doctrine admettait la nullité ou l'annulabilité des décisions d'un conseil dans lequel le droit d'être présent de tous les administrateurs n'a pas été respecté⁵⁵⁸. Le droit d'être présent au conseil d'administration n'est rendu possible que par une convocation régulière aux séances. Pour certains auteurs, la sanction de l'absence d'un administrateur en raison d'une convocation irrégulière est la nullité des décisions du conseil, pour autant que cette absence ait influencé les décisions ou que la séance ait été délibérément fixée de sorte que l'administrateur ne puisse y participer⁵⁵⁹. Selon un auteur⁵⁶⁰, il est excessif et peu compatible avec la sécurité juridique d'admettre systématiquement la nullité des décisions du conseil d'administration lorsqu'un ou plusieurs administrateurs n'ont pas été régulièrement convoqués et que leur absence a influencé la décision. La sanction de la nullité prévue à l'article 714 CO doit être réservée aux violations graves du droit. C'est d'ailleurs cette solution qui prévaut pour l'assemblée générale et, compte tenu du renvoi exprès à l'article 706b CO figurant à l'article 714 CO, il serait improbable que cette dernière disposition ait une portée différente de celle à laquelle elle renvoie. 438

II. Méconnaissance du droit à l'information

A. *En France: nullité automatique*

Initialement, la loi n'avait pas organisé de droit à l'information individuelle des membres du conseil d'administration. C'est la jurisprudence, par deux arrêts de principe⁵⁶¹, qui a construit un droit à l'information des administrateurs dont la violation est 439

⁵⁵⁸ ZK-BÜRGI, art. 713 CO, N 25.

⁵⁵⁹ BSK-WERNLI, art. 715 CO, N 8.

⁵⁶⁰ TRIGO TRINDADE (1994), p. 127.

⁵⁶¹ Cass. com., 24 avril 1990, n° 88-17.218 P:D. 1990. IR 130; BJS 1990 p. 532., Rev. soc. 1991. 347, note Didier; JCP E 1991. II. 122, note Jeantin: la méconnaissance des droits à l'information préalable d'un membre du conseil d'administration affecte, par elle-même, la régularité de la réunion de cet organe social et entraîne son annulation. Cass. com., 2 juillet 1985, n° 83-16.887, affaire *Coindreau*, BJS 1985 p. 865 et 962, Rev. soc. 1986, 231, note Le Cannu: obtient la nullité des délibérations des décisions du conseil d'administration au motif qu'un administrateur n'a pas reçu d'information suffisante dans un délai suffisant; Cass. com., 24 avril 1990, n° 88-17.218, *op. cit.*; v. également Fiche I-7 du dossier «Fonctionnement du Conseil d'administration», communication ANSA janvier-mars 1999; ANSA n° 582 C.J. du 4 octobre 2000.

sanctionnée par la nullité des délibérations du conseil d'administration, indépendamment de l'influence que ce manquement a eu sur le sens de la délibération.

- 440 Selon la Cour de cassation, le conseil d'administration étant appelé à agir au nom de la société, le président doit mettre les administrateurs en mesure de remplir leur mission en connaissance de cause et leur fournir, préalablement à la réunion du conseil et dans un délai suffisant, l'information à laquelle ils ont droit. La Cour a précisé que cette information préalable pouvait prendre la forme soit d'un envoi, soit d'une mise à disposition au siège de la société.
- 441 L'étendue de l'information à fournir dépend principalement du type de société et de sa complexité. En raison de la confidentialité de certaines informations, l'obligation ne devrait se limiter qu'aux seuls cas où l'information est nécessaire, compte tenu de l'objet de la réunion, ainsi que de la connaissance ou de l'ignorance des administrateurs sur les sujets et questions à débattre.
- 442 La loi n° 2001- 420 du 15 mai 2001 dite «NRE» a validé cette jurisprudence en la codifiant aux articles L. 225-35 et L. 225-51 du Code de commerce. Face aux critiques relatives à l'imprécision de la notion «d'information utile» initialement rédigée, la loi du 1^{er} aout 2003 n° 2003-706 de sécurité financière a renforcé ce droit à l'information en obligeant le président ou le directeur général de la société à communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission (information portable). Chaque administrateur peut en outre demander de se faire communiquer tous les documents qu'il estime utiles (information quérable). Le législateur combine donc une information portable et une information quérable, de sorte que si l'administrateur juge l'information mise à sa disposition insuffisante, celui-ci peut légitimement demander communication de documents supplémentaires. La sanction en vigueur reste la nullité automatique en cas d'absence totale d'information.
- 443 En cas d'informations insuffisantes, on peut s'interroger sur la nature de la sanction applicable. Ainsi, un administrateur qui serait insatisfait des informations reçues mais n'aurait pas demandé d'informations complémentaires serait selon nous irrecevable à agir en nullité des délibérations du conseil d'administration, le législateur lui offrant la possibilité de pallier cette insuffisance. En revanche, un administrateur qui aurait épuisé son droit de demander des documents supplémentaires pourrait selon nous tenter une action en annulation fructueuse, à condition (1) que les documents soient nécessaires à l'accomplissement de sa mission et (2) qu'il se serait vu essuyer un refus injustifié.

B. En Suisse: sanction incertaine

- 444 La loi n'impose aucune obligation de communication aux administrateurs, mais ceux-ci doivent se renseigner sur la marche de la société en tout temps (art. 715a, al. 3 CO).

Cette information est indispensable à la réalisation de leur mission de contrôle et est la contrepartie de leur responsabilité individuelle⁵⁶². L'information est donc quérable en tout temps et non portable, ce qui appelle les administrateurs à une certaine diligence.

La doctrine reconnaît que pour préparer une séance, l'administrateur peut exiger 445 d'être informé sur l'ordre du jour de la séance à laquelle il doit participer. Il a également le droit d'être suffisamment documenté pour être en mesure de se prononcer sur les objets que doit traiter le conseil⁵⁶³. L'administrateur qui ne dispose pas de ces indications en temps utile doit les exiger du président du conseil.

Il nous semble que dans la mesure où cette information est quérable, la sanction de la 446 nullité des décisions du conseil d'administration en cas d'absence d'information spontanée ne saurait s'appliquer, sauf à ce qu'il ne soit pas donné suite sans motifs valables aux demandes de renseignements des administrateurs. Un pan de la doctrine a par le passé estimé que le silence de la loi est un silence qualifié et il conviendrait que l'administrateur qui n'obtient pas les renseignements nécessaires soumette sa démission car il est dans l'impossibilité d'exercer sa mission⁵⁶⁴. Cette solution, qui évite à l'administrateur de voir sa responsabilité engagée, ne résout pas complètement le problème car elle ne soigne pas le dysfonctionnement du conseil d'administration. Pire, elle est contre-productive, car elle permet de forcer à la démission un administrateur gênant ou opposé à une décision afin de contourner sa désapprobation. D'autres auteurs ont également soulevé que cette solution ne serait acceptable que pour un administrateur représentant la majorité des actionnaires; la décision d'un administrateur représentant une minorité d'actionnaires de démissionner dans les mêmes circonstances serait en revanche dépourvue de sens car sans conséquence⁵⁶⁵. De plus, le principe d'égalité des administrateurs ne devrait pas tolérer que deux administrateurs, au motif qu'ils ne représentent pas les mêmes catégories d'actionnaires, ne soient pas traités à arme égale.

Dans un arrêt récent en date du 28 février 2018, le Tribunal fédéral recourt à une inter- 447 prétation téléologique de l'article 715a CO en faveur de la recevabilité d'une action exécutoire (*Klage auf Durchsetzung der Informationsansprüche*) d'un administrateur demandant à obtenir les informations nécessaires à l'accomplissement de son mandat⁵⁶⁶. La solution contraire aurait privé l'administrateur de son droit à l'information indispensable à l'exercice de son mandat. Implicitement, le Tribunal fédéral reconnaît donc le droit à l'information de l'administrateur. Toutefois, il rejette la nullité de la dé-

⁵⁶² SPIESS (2018).

⁵⁶³ TRIGO TRINDADE (1994), p. 123.

⁵⁶⁴ BÖCKLI (2009) § 13 N 276 a ss, 278.

⁵⁶⁵ V. DIETRICH, p. 221, cité par TRIGO TRINDADE (1994), p. 127.

⁵⁶⁶ TF 4A_364/2017 du 28 février 2018, consid. 5.2.2., par analogie avec l'action de l'art. 697 CO réservée aux actionnaires.

cision du conseil d'administration, au motif que la nullité n'entraîne pas la transmission des informations et ne permet pas à l'administrateur d'exercer son mandat. L'action exécutoire (*Klage auf Durchsetzung der Informationsansprüche*) a la faveur du Tribunal fédéral, qui rappelle que les décisions du conseil d'administration ne peuvent être annulables, justement car d'autres alternatives sont envisageables⁵⁶⁷.

III. Irrégularités affectant la composition du conseil d'administration dans la société anonyme

A. Irrégularité de composition du conseil d'administration

1. En France : nullité facultative

448 Deux approches permettent de retenir la nullité des décisions prononcées par un conseil d'administration irrégulièrement composé. La première approche retient, en réservant les cas de fraude en application du droit commun des nullités⁵⁶⁸, que toute décision du conseil d'administration violant d'une disposition impérative de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 entraîne l'annulation de ladite décision. À ce titre, les dispositions relatives à la composition du conseil d'administration devraient être qualifiée d'impératives pour justifier la nullité de ses décisions. En présence d'un conseil incomplet, en adoptant une interprétation stricte du régime des nullités, il n'y aurait pas lieu d'annuler les décisions d'un conseil d'administration qui fonctionne avec un membre au lieu de deux membres dans la mesure où aucune nomination irrégulière ne vicie les débats de l'organe délibérant. Inversement, on pourrait soutenir que le conseil d'administration est un organe collégial et que le législateur a voulu renforcer la légitimité de ses délibérations en imposant une règle de stricte composition, dès lors impérative.

449 La seconde approche est que, par analogie à l'article L. 225-121 al. 2 du Code de commerce («Les violations des dispositions des articles L. 225-115 et L. 225-116 du même Code ou du décret pris pour leur application, l'assemblée peut être annulée»), la méconnaissance des articles du décret s'appliquant au conseil d'administration est également sanctionnée de nullité facultative⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ SPIESS (2018); CHATELANAT (2018).

⁵⁶⁸ La jurisprudence prononce également des nullités pour fraude ou abus de droit (CA Paris, 30 mars 1977, *Rev. soc.* 1977, 470, Hémard, annulant comme abusive la décision du conseil d'administration d'augmenter la rémunération de son président, exagérée tant dans son montant que du fait de sa rétroactivité, alors que la situation financière de la société était désastreuse). C'est le plus souvent le cas lorsque les décisions du conseil sont prises à la suite de manœuvre visant à empêcher un administrateur d'assister à la réunion du conseil (T. Crim., Paris, 5 mars 1982, à propos de la convocation tardive d'un administrateur que le président souhaitait expulser du conseil, pour une réunion se tenant exceptionnellement à Dublin). Cité par MERLE (1988), N 394.

⁵⁶⁹ HONORAT, Conseil d'administration, N 196.

Depuis la jurisprudence Cointreau⁵⁷⁰, il est en principe admis que lorsque le conseil d'administration est irrégulièrement composé, ses délibérations sont nulles⁵⁷¹. 450

Mais la portée de ce grand arrêt mérite d'être nuancée car il a été rendu dans des circonstances particulières caractérisant des agissements frauduleux. En aucun cas cette jurisprudence n'a érigé la nullité automatique des décisions d'un conseil d'administration incomplet ou irrégulièrement composé⁵⁷². 451

La doctrine abonde également en faveur de la nullité des décisions d'un conseil d'administration irrégulièrement composé: ainsi, l'article L. 225-27-1 du Code de commerce impose la nomination des administrateurs représentant les salariés dans certaines sociétés. En cas de délibérations d'un conseil d'administration composé en violation de ce texte, la délibération est nulle car cette disposition a un caractère impératif⁵⁷³. Les juges du fond quant à eux se prononcent en faveur de la nullité relative⁵⁷⁴. Dans une espèce, un actionnaire demanda la nullité des décisions du conseil de surveillance, en raison de l'irrégularité de sa composition, à savoir l'absence de président, un quorum non rempli et un nombre insuffisant de seulement deux membres. La Cour d'appel relève que ces nullités sont relatives, et qu'il est possible par une assemblée générale ultérieure réunie dans les trois mois à compter du jour où la nullité est encourue de régulariser la situation en ratifiant les différentes cooptations intervenues au sein du conseil de surveillance. 452

De plus, en présence d'un conseil d'administration dont la composition n'est pas conforme aux dispositions légales, la solution nous semble plus nuancée. Des tempéraments ont ainsi été admis à la jurisprudence «Cointreau»: ne sont pas nulles les délibérations adoptées par un conseil d'administration auquel a pris part un administrateur dont la nomination a été annulée en raison du dépassement de la limite d'âge. La nullité de la nomination n'a donc pas d'effet rétroactif⁵⁷⁵. 453

La loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 dite Copé-Zimmermann impose la parité dans les conseils d'administration (art. L. 225-17 al. 2 C.com.) ou encore dans les conseils de surveillance (L. 225-69-2 C.com.) des sociétés qui répondent à certains critères de seuil. Antérieurement, la loi prévoyait de couvrir la nullité de la délibération d'un conseil irrégulièrement composé, y compris lorsque le nombre de membres du conseil 454

⁵⁷⁰ Cass. com., 24 avril 1990, n° 88-17.218, *op. cit.*

⁵⁷¹ JCP E 1991, n° 122, note Jeantin; Rev. soc.1991, p. 347, note Didier; BJS 1990, p. 532, étude de Le Cannu, même Bull., n° 134.

⁵⁷² ANSA n° 09-024, réunion du 8 avril 2009.

⁵⁷³ En raison du caractère impératif de l'article L. 225-27-1 C.com., les délibérations du conseil d'administration contraire à ce texte encourent la nullité pour irrégularité de composition (ANSA n° 13-048, C.J. 2 octobre 2013).

⁵⁷⁴ CA Paris, 1^{er} octobre 2013, n° RG 12/17788.

⁵⁷⁵ Réponse parlementaire de M. Hervé Berville, n° 33110, JP du 20 juillet 2021, p. 5745.

était devenu inférieur du minimum légal ou que le quorum ou la majorité ne sont plus atteints⁵⁷⁶. Les travaux parlementaires préliminaires à la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 dite Pacte considéraient qu'il n'était pas utile de préciser expressément que la nullité des nominations du conseil d'administration n'entraîne pas celle des délibérations. Le Sénat avait soutenu que le principe général est que toute irrégularité dans la composition du conseil d'administration ne saurait affecter la validité des délibérations du conseil en application de l'article L. 210-9 du Code de commerce. Finalement, la loi Pacte du 22 mai 2019 a supprimé l'alinéa de l'article L. 225-18 al. 2 du Code de commerce qui précisait que les délibérations n'étaient pas nulles. Il en résulte que «*«Selon les travaux parlementaires et sous réserve de l'appréciation souveraine des juges du fonds, la suppression de cette précision impliquerait uniquement que les délibérations du conseil d'administration pourraient être annulées en cas de nomination irrégulière au regard des dispositions relatives à la parité⁵⁷⁷.»* La nullité serait donc facultative et relative.

2. En Suisse: sanction stricte de la nullité en cas de rupture du principe d'égalité

- 455 Pour le Tribunal fédéral, le principe d'égalité du droit de vote des administrateurs au sein du conseil d'administration se justifie au motif que «*dans un état démocratique, la vie des collectivités doit s'organiser selon le principe de l'égalité des droits⁵⁷⁸»*.
- 456 Cette justification sous-entend que le principe d'égalité entre administrateurs a une fonction similaire à celui applicable aux actionnaires, à savoir compenser la perte de contrôle des membres de la société anonyme sur leurs propres intérêts en raison de leur soumission à la règle de la majorité. Mais cela reviendrait à nier la différence fondamentale entre l'assemblée générale au cours de laquelle les actionnaires sont autorisés à faire valoir leurs propres intérêts et le conseil dont l'activité est orientée vers la satisfaction de l'intérêt social. Cette justification ne nous semble donc pas convaincante.
- 457 En revanche, nous sommes d'avis que le principe d'égalité de traitement des administrateurs se justifie par leur solidarité en matière de responsabilité. Ce principe permet de présumer de manière réfragable que tous les membres du conseil ont participé de la même manière à son activité.
- 458 Or, l'administrateur victime d'une violation du principe d'égalité dispose de moyens très limités pour défendre ses droits. Seule l'action en constatation de la nullité des décisions du conseil d'administration sur le fondement de l'article 714 CO conjuguée avec une action tendant à renseigner l'administrateur victime d'une inégalité d'infor-

⁵⁷⁶ ANSA, CJ 9 mars 2011.

⁵⁷⁷ Question parlementaire de M. Hervé Berville, n° 33110, JP du 20 juillet 2021, p. 5745.

⁵⁷⁸ RO 71 I 187 = JT 1945 I 501, *Canton de St-Gall et Bodensee- Toggenburgbahn*.

mation permettrait de sanctionner par la nullité les violations de la rupture d'égalité de traitement par le conseil d'administration⁵⁷⁹.

B. Irrégularité des décisions du conseil d'administration

1. En France: nullité facultative

Les décisions ou l'organisation du conseil d'administration contraires aux règles impératives entraîne leur nullité conformément à l'article L. 235-1 al 2 du Code de commerce. La loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 dite PACTE fait toutefois exception de la méconnaissance de l'article L. 225-35 al. 1 du Code de commerce, lequel confère au conseil d'administration de nouveaux attributs, à savoir la détermination des orientations de l'activité de la société conformément à son intérêt social en prenant en compte les enjeux sociaux et environnementaux et sa raison d'être le cas échéant. 459

En revanche, sont impératives les règles concernant le nombre des administrateurs, les conditions de vote et la révocabilité du président et les règles relatives au quorum⁵⁸⁰. Leur méconnaissance est donc sanctionnée par la nullité des décisions adoptées dans des conditions contraires. 460

Sont également nulles les délibérations entachées de fraude ou d'abus de droit visant à manipuler le résultat du vote: tel est le cas lorsque des délibérations ont été prises à la suite de manœuvres visant à empêcher un administrateur d'assister à une réunion du conseil⁵⁸¹, ou lorsque les votes ont été pris par surprise par la minorité du conseil profitant de l'absence de certains administrateurs⁵⁸², ou encore lorsque des administrateurs ont attendu le départ d'autres administrateurs pour tenir une réunion au cours de laquelle furent prises des décisions auxquelles les absents étaient opposés, ces manœuvres ayant eu pour conséquence de fausser le résultat de ladite délibération. 461

Concernant le quorum, l'article L. 225-37 du Code de commerce énonce que la moitié des administrateurs doit être présent pour que le conseil d'administration puisse valablement délibérer. Cette règle est impérative et sa violation entraîne la nullité de la délibération. Les décisions sont prises à la majorité simple des administrateurs présents ou représentés sous peine de nullité⁵⁸³. 462

⁵⁷⁹ Pour: DRUEY (2003); contre: BÖCKLI (2009), KUNZ (2001), TRIGO TRINDADE (1994).

⁵⁸⁰ Cass. com., 2 juillet 1985, n° 83-16887, Bull. 1985 IV n° 203, p. 169, D. 1986.351, note Y. Loussouarn, JCP 1985. II. 20518, note A. Viandier, Rev. soc. 1986.231, note Le Cannu, pour le cas où un administrateur n'a pas reçu au préalable et dans un délai suffisant l'information à laquelle il a droit: «le président du conseil d'administration doit mettre les administrateurs en mesure d'accomplir leur mission en toute connaissance de cause».

⁵⁸¹ Cass. com., 7 mai 1973, n° 72-10587, Bull. civ. IV, n° 166, Rev. soc. 1974.534, note M. Guilberteaud: administrateur tardivement convoqué de sorte à ce qu'il ne puisse participer au conseil d'administration.

⁵⁸² Cass. com., 17 février 1975, n° 73-13242: D. 1975.466, note Bousquet; Rev. soc. 1975. 269, note F.T.: JCP 1975. II. 18105, note Savatier.

⁵⁸³ CA Limoges, 19 octobre 1992, BJ 1993.217.

2. En Suisse

a. *Décisions illicites: nullité*

- 463 En principe, les décisions du conseil d'administration peuvent être nulles sur le fondement de l'article 714 CO renvoyant aux motifs de nullité de l'assemblée générale de l'article 706b CO. La jurisprudence adopte une position très stricte en admettant la nullité uniquement lorsque la décision du conseil d'administration viole manifestement les intérêts de la société ou lorsque le conseil d'administration poursuit ses propres intérêts (nouvel art. 717a al. 2 CO) ou viole le principe d'égalité de traitement des actionnaires ou encore commet un abus de droit⁵⁸⁴.
- 464 Si le conseil d'administration adopte des décisions en elles-mêmes illicites, certains auteurs penchent en faveur de l'application de la nullité. Un auteur relève ainsi que la décision de délégation par le conseil d'administration d'attributions qui ne sont pas déléguables est nulle par renvoi de l'article 714 CO à l'article 706b al. 3 CO, car l'article 716a al. 1 CO relatif aux compétences intransmissibles constitue un des principes fondamentaux de la société anonyme: le conseil d'administration conserve ces attributions comme si cette décision n'était jamais intervenue⁵⁸⁵. Certaines décisions, tout en respectant les obligations légales, peuvent avoir comme conséquence de conférer un très net avantage à l'actionnaire majoritaire au détriment du minoritaire⁵⁸⁶. En théorie, ces derniers sont protégés par l'article 717 al. 2 CO (nouvel article 717a al. 2 CO)⁵⁸⁷ consacrant le principe d'égalité entre actionnaires, qui est conçu, selon Peter Böckli, comme une norme de protection des minoritaires contre le risque d'abus du majoritaire⁵⁸⁸. La méconnaissance par le conseil d'administration de l'article 717 al. 2 CO (nouvel article 717a al. 2 CO) serait donc la nullité de la décision litigieuse.
- 465 Le droit suisse admet sans difficulté et avec beaucoup de pragmatisme que le conseil d'administration puisse prendre des décisions par voie de circulation. Il n'y a en la matière aucune directive contraignante, mais il ne fait aucun doute qu'un délai de réponse trop court pourrait être perçu comme abusif et entraîner la nullité de la décision. Toutefois, le fondement sur lequel s'appuierait l'action serait l'abus de droit, et non pas l'article 714 CO. De plus, la faculté de prendre des décisions par voie de circulation, gage d'une grande souplesse nécessaire à la vie des affaires, justifie que ni le défaut de séance formelle, ni l'absence de procès-verbal ne soit sanctionné par la nullité des décisions du conseil d'administration⁵⁸⁹.

⁵⁸⁴ ATF 5A_345/2018 du 8 août 2019, consid. 8.

⁵⁸⁵ TRIGO TRINDADE (1994), p. 168.

⁵⁸⁶ JACCARD/FELLAY (2010), p. 211.

⁵⁸⁷ Les membres du conseil d'administration doivent traiter de la même manière les actionnaires qui se trouvent dans la même situation.

⁵⁸⁸ BÖCKLI (2009), § 13 N 682 et 693.

⁵⁸⁹ ATF 133 III 77 en date du 16 janvier 2007, cause X c. Y SA, consid. 5.

b. *Défaut de quorum: annulation*

En cas de non-respect du quorum, la sanction devrait être l'annulation des décisions. 466 Toutefois, l'action en annulation des décisions du conseil d'administration n'étant pas prévue par le législateur, de telles décisions ne peuvent donc être contestées, sauf à admettre que l'action en annulation soit ouverte aux seuls administrateurs.

En revanche, le vote donné en violation d'une interdiction est nul et ne doit, en principe, pas être pris en considération lors du décompte des voix. La même sanction est applicable au vote donné en violation des règles relatives à l'assemblée générale⁵⁹⁰. 467

IV. Absence de procès-verbal

A. *En France: nullité obligatoire et relative*

De manière générale, les décisions du conseil d'administration sont annulables sur le fondement de l'article L.235-1 du Code de commerce. Le législateur a introduit par l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 une nullité spéciale en cas d'omission du procès-verbal à l'article L. 235-14 du Code de commerce: «le fait pour le président des organes de direction et d'administration ou le président de séance de ces organes de ne pas constater les délibérations de ces organes par des procès-verbaux est sanctionné par la nullité des délibérations des dits organes. 468

L'action est ouverte à tout administrateur, membre du directoire ou membre du conseil de surveillance». Cette disposition est rédigée en des termes impératifs comme le reflète l'emploi de l'indicatif présent; il s'agit d'une nullité automatique et relative. 469

En revanche, la sanction est moins certaine lorsque le procès-verbal ne mentionne pas toutes les mentions obligatoires requises par la loi. Au-delà des informations relatives à l'ordre du jour, à l'approbation du procès-verbal de la réunion précédente, au contenu des débats et aux décisions prises par ledit conseil, certaines mentions sont expressément requises par l'article R. 225-23 du Code de commerce: le nom des administrateurs présents, ou réputés présents au sens de l'article L. 225-37 du Code de commerce, excusés ou absents; la présence ou l'absence des personnes convoquées à la réunion du conseil d'administration en vertu d'une disposition légale; la présence de toute autre personne ayant assisté à tout ou partie de la réunion; la survenance d'un incident technique relatif à un moyen de visioconférence ou de télécommunication lorsqu'il a perturbé le déroulement de la séance; les signatures des administrateurs. Si le président déclare que tout ou partie des informations communiquées lors de la séance du conseil d'administration sont confidentielles, comme le lui permet l'article L. 225-37 du Code de commerce, il conviendra d'en faire mention au procès-verbal. Par ailleurs, certaines mentions s'imposent pour des raisons probatoires, bien qu'aucune disposition textuelle 470

⁵⁹⁰ SCHLEIFFER (1993), pp. 279 à 281; TRIGO TRINDADE (1994), p. 154.

ne les imposent légalement (date et heure d'ouverture de la séance, lieu de réunion, heure de clôture de la séance, arrivée ou sortie d'un participant en cours de séance).

471 Le contentieux sur le sujet est rare. Le seul arrêt⁵⁹¹ dont nous ayons connaissance rejette l'action en nullité des délibérations du conseil d'administration d'une société anonyme pour défaut de signature sur le procès-verbal: seul un des administrateurs avait signé, et le scrutateur n'avait pas signé. La nullité n'avait pas été prononcée en l'espèce car (1) ni la loi, ni les statuts n'imposent la signature des autres administrateurs et (2) le demandeur qui était scrutateur ne peut se prévaloir de sa propre abstention. Aussi peut-on se demander quelle appréciation les juges du fonds auraient fait d'une demande en nullité portant sur un procès-verbal dont certaines mentions obligatoires venaient à manquer. Une lecture *a contrario* de l'arrêt laisse à croire que la sanction aurait été la nullité automatique. La sévérité de la sanction se justifie selon nous dans la mesure où les mentions obligatoires du procès-verbal font également office de feuille de présence et ont pour finalité de déterminer le résultat des votes. Elles ont donc une importance particulière. Il n'est toutefois pas certain que la sanction serait d'une telle sévérité en cas de défaut d'indication de l'heure de clôture de la séance ou du lieu de réunion.

B. En Suisse: pas de sanction

472 Dans les sociétés anonymes, le législateur helvète a prévu une disposition expresse imposant la tenue d'un procès-verbal constatant les décisions du conseil d'administration. L'article 713 al. 3 CO impose que «*les délibérations et les décisions du conseil d'administration sont consignées dans un procès-verbal signé par le président et le secrétaire*». La rédaction de cette disposition avec le recours à l'indicatif présent lui confère un caractère impératif. Sa sanction n'en demeure pas moins incertaine. Il est fort peu probable que des manquements purement formels soient sanctionnés par la nullité, car les exigences de forme de l'article 713 al. 3 CO ont pour objectif la protection des intérêts particuliers des administrateurs en leurs garantissant des armes probatoires. Un auteur minoritaire soutient toutefois que la tenue du procès-verbal du conseil d'administration est requise à des fins de validité des décisions adoptées⁵⁹².

473 L'ancien droit (art. 715 al. 2 a CO en vigueur jusqu'au 30 juin 1992) exigeait expressément la tenue d'un procès-verbal lorsque le conseil d'administration était composé d'un seul membre mais le Conseil Fédéral a proposé de biffer cette obligation au motif qu'elle n'était pas nécessaire et ne pouvait pas être imposée en pratique.

⁵⁹¹ Cass. com., 1^{er} décembre 1975, n° 74-13.256; Bull. Civ. IV n° 287: le procès-verbal des délibérations de la réunion litigieuse du conseil d'administration porte la signature du président-directeur général démissionnaire et celle du président-directeur général nouvellement nommé, il n'est pas invoqué de disposition statutaire imposant la signature des autres administrateurs. Le scrutateur qui a refusé de signer le procès-verbal mais a signé la feuille de présence ne peut se prévaloir de son abstention personnelle.

⁵⁹² VISCHER (2022).

Certains auteurs estiment que l'obligation n'en subsiste pas moins en raison du caractère 474 probatoire du procès-verbal dans un procès en responsabilité. C'est d'ailleurs la position que la doctrine retient dans les SARL, dont les gérants ne sont pas soumis à une obligation légale de tenir un procès-verbal⁵⁹³. La doctrine admet toutefois unanimement que le défaut de procès-verbal n'entraîne pas la nullité des décisions concernées⁵⁹⁴.

La jurisprudence abonde en ce sens: ni le défaut de séance formelle d'un conseil d'ad- 475 ministration composé d'un seul membre, ni l'absence de procès-verbal dans ce cas-là n'entraînent la nullité des décisions concernées⁵⁹⁵. Au soutien de son argumentation, le Tribunal fédéral rappelle que les séances formelles du conseil d'administration ne sont pas impérativement prescrites, puisque la loi prévoit la possibilité de prendre des décisions par voie de circulation. Un auteur soutient à juste titre que les décisions par voie de circulation doivent néanmoins faire l'objet d'un procès-verbal: dès lors, la tenue d'un procès-verbal est impérative quelles que soient les modalités de réunion du conseil d'administration et son absence entraîne la nullité des décisions⁵⁹⁶.

En conséquence, la nullité pour absence de procès-verbal demeure une sanction pure- 476 ment théorique. Et nous pouvons d'ores et déjà nous interroger sur l'opportunité, en droit suisse, d'édicter des règles impératives si celles-ci ne sont pas protégées autrement que par une action en responsabilité qui présuppose un dommage. En effet, (1) soit ces règles sont de portées générales, ce qui justifie qu'elles soient sanctionnées par la nullité absolue, et dans ce cas, cette protection devrait être plus que théorique, même lorsqu'il s'agit de manquement formel; (2) soit ces règles protègent des intérêts particuliers, ce qui justifie leur nullité relative afin que les personnes lésées par l'absence de procès-verbal puissent faire valoir leur droit. L'article 714 CO, trop généraliste, passe à côté de quelques subtilités et vide de sens certaines règles comme celles de l'article 713 al. 3 CO dont la fonction est la protection des administrateurs eux-mêmes. Cependant, il ne s'agit pas d'une simple négligence du législateur suisse. En effet, force est de constater que le processus décisionnel du conseil d'administration en Suisse est plus informel qu'en France, et la loi retient et protège ce pragmatisme en accord avec la pratique des affaires.

§ 5 La protection des droits des salariés: le droit de participer à la vie sociale

En Suisse, aucune participation des représentants des salariés n'est légalement impo- 477 sée, que ce soit aux réunions des assemblées générales, des conseils d'administration, des comités de direction ou des assemblées d'obligataires. Les statuts peuvent toute-

⁵⁹³ BSK-WERNLI/RIZZI, art. 713 CO, N 33. 28; art. 958 f CO.

⁵⁹⁴ CR-PETER/CAVADINI, art. 714 CO: n'est pas nulle une décision qui n'a pas été verbalisée.

⁵⁹⁵ ATF 133 III 77, consid. 5.

⁵⁹⁶ VISCHER (2022).

fois prévoir une telle participation. Tel n'est en revanche pas le cas en France, où les représentants des salariés bénéficient de droits spécifiques.

I. Le droit de participer au conseil d'administration dans les sociétés anonymes

- 478 La tendance législative en France est à l'institution en la personne des salariés d'un nouvel organe de contrôle du fonctionnement de la société, qui surveillerait non plus le dirigeant mais les associés eux-mêmes⁵⁹⁷. Cette volonté se concrétise, du moins en théorie, par la possibilité grandissante des représentants des salariés d'influencer les décisions des conseils d'administration et des assemblées générales.
- 479 Le législateur a en ce sens conféré aux représentants des salariés la possibilité d'assister aux réunions de l'organe de gestion avec une voix consultative⁵⁹⁸. Ils bénéficient des mêmes documents que les administrateurs⁵⁹⁹. Ce droit doit néanmoins être interprété restrictivement et ne saurait en aucun cas conférer aux représentants des salariés un droit aussi étendu que celui des administrateurs⁶⁰⁰.
- 480 En cas de défaut de convocation des représentants des salariés au conseil d'administration, la sanction applicable sous le régime antérieur à la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 était sans aucun doute la nullité⁶⁰¹. Dans un arrêt rendu sous l'empire de l'ancienne loi, la nullité des décisions du conseil d'administration était réclamée au motif que la décision litigieuse s'était déroulée après le départ des deux membres du comité d'entreprise. L'article 3 de l'ordonnance du 22 février 1945 disposait alors que deux membres du comité d'entreprise assisteront aux séances du conseil d'administration des sociétés anonymes. Mais aucune disposition ne sanctionnait par la nullité les décisions des conseils prises hors la présence de ces représentants. Cependant, la Cour de cassation a retenu que bien que les membres du comité d'entreprise n'eussent qu'une voix consultative, leur présence aux séances du conseil d'administration n'en était pas moins imposée quel qu'en soit l'ordre du jour. Si une délibération a été prise hors de leur présence après que la séance ait été déclarée levée, les décisions du conseil, entachées d'irrégularités, devaient être déclarées nulles (nullité automatique)⁶⁰².

⁵⁹⁷ GOFFAUX-CALLEBAUT (2004), N 22 et s., p. 35 ; loi du 19 février 2001 : obligation de discuter périodiquement de l'actionnariat salarié dans les entreprises.

⁵⁹⁸ Art. L. 2323-62, al. 1-6 al. 1^{er} C. trav.

⁵⁹⁹ Art. L. 1233-41 C. trav. : « les délégués du comité ont droit aux mêmes documents que ceux adressés ou remis aux membres du conseil d'administration à l'occasion de leurs réunions ».

⁶⁰⁰ ANSA n° 582, C.J. du 4 octobre 2000.

⁶⁰¹ MERLE (1988), p. 365.

⁶⁰² Cass. com., 17 février 1975, *op. cit.* : la présence des délégués s'impose quel que soit l'objet de la réunion sur le fondement de l'article 3 du 22 février 1945, à défaut les décisions du conseil d'administration doivent être annulées (nullité automatique).

La solution en droit positif est moins évidente. Deux positions s'affrontent: dans la 481
première approche la sanction applicable serait la nullité des décisions du conseil
d'administration. Dans une seconde approche, la nullité ne saurait être prononcée sur
le fondement de l'article L. 235-1 du Code de commerce puisque l'article L. 432-6 du
Code du travail ne constitue ni une disposition impérative de la loi n° 66-537 du
24 juillet 1966, ni une disposition impérative régissant les contrats. Cette dernière ap-
proche, cohérente avec le courant doctrinal majoritaire qui soutient une application
restrictive du régime des nullités, semble emporter la faveur. Si certains ont pu la trou-
ver regrettable⁶⁰³, il convient néanmoins de rappeler que la redoutable sanction pénale
du délit d'entrave trouve matière à s'appliquer en pareille circonstance.

Il semble que la solution retenue par la jurisprudence dépend de l'objet de la décision 482
à laquelle les représentants n'auraient pas participé. Si celle-ci est d'une importance
moindre, la nullité ne sera pas prononcée. Une lecture *a contrario* laisse entendre que
lorsque la décision du conseil d'administration est d'une teneur particulière, les juges
peuvent retenir la nullité en cas d'absence des représentants du comité d'entreprise
(nullité facultative)⁶⁰⁴. Les cas de fraude restent réservés.

En outre, la loi du 22 mai 2019 dite PACTE renforce le poids des administrateurs re- 483
présentant les salariés au sein du conseil d'administration dans les grandes sociétés
anonymes. Leur nombre devait initialement être au moins égal à deux lorsque le
conseil comportait plus de douze administrateurs et au moins égal à un dans le cas
contraire. Désormais, le nombre de deux administrateurs s'impose uniquement lors-
que le conseil d'administration est composé de plus de huit membres (art. L. 225-27-
1 C.com.)

II. Le droit de participer à l'assemblée générale

Outre de pouvoir participer au conseil d'administration (art. R. 2312-31 à R. 2312-34 484
C. trav.), les délégués du comité d'entreprise (comité social et économique depuis l'or-
donnance de 2017), lorsqu'il en existe un⁶⁰⁵, bénéficient d'un droit croissant d'in-
fluencer les assemblées générales des actionnaires. Avant la réforme initiée par la loi
n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques dite «NRE»,
le comité d'entreprise devait être convoqué à l'assemblée générale ordinaire d'appro-
bation des comptes (art. L. 2312-77 C. trav.) et pouvait donc y participer. Toutefois,
cette obligation pouvait être étendue également aux assemblées générales extraordi-

⁶⁰³ MERLE (1988), N 217.

⁶⁰⁴ Cass. soc., 26 mai 1998, RJS 1998.749, n° 1243: l'absence des salariés délégués par le comité
d'entreprise au conseil de surveillance avec voix consultative, hors toute fraude, n'entache pas
de nullité une délibération dont le seul objet est l'exercice d'une action en justice.

⁶⁰⁵ La constitution du comité social et économique répond à des conditions de seuils (entreprises
de plus de cinquante salariés).

naires dès lors que leur contenu concerne des questions relatives à l'organisation⁶⁰⁶. Il bénéficiait de la même information que les actionnaires (art. L. 2312-15 C. trav.). La sanction en cas de défaut de convocation n'était toutefois pas la nullité des délibérations⁶⁰⁷.

- 485 La loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 dite NRE a étendu les prérogatives du comité d'entreprise dans le cadre des assemblées générales. Le texte va moins loin que l'amendement initial qui prévoyait de lui attribuer les mêmes droits qu'aux actionnaires minoritaires et qui a suscité des critiques tant sur le plan juridique que sur l'opportunité de telles mesures. Finalement, les parlementaires ont adopté des dispositions spécifiques codifiées sous l'article L. 2312-77, al. 3 du Code du travail et complétées ultérieurement par des dispositions réglementaires : les représentants du comité social et économique ne disposent pas de droit de vote mais d'un droit d'être entendu lors de l'adoption de décisions requérant l'unanimité des associés. Ils peuvent également demander la convocation d'une assemblée générale (art. 2312-77 al. 1 C. trav.)⁶⁰⁸ et requérir l'inscription de projets de résolution à l'ordre du jour des assemblées générales (L. 2312-77, al. 2 C. trav.).
- 486 Outre une information particulière contenue dans un rapport annuel⁶⁰⁹, le comité social et économique bénéficie également des mêmes droits d'informations préalables que ceux des actionnaires⁶¹⁰.
- 487 Le comité social et économique peut demander l'inscription de projets de résolutions à l'ordre du jour des assemblées (art. R. 2312-32 et R. 2312-33 C. trav.). Pour être inscrits, les projets de résolution doivent relever de la compétence de l'assemblée convoquée, mais aussi constituer de véritables projets, explicites, permettant de déterminer un sens au droit de vote⁶¹¹.
- 488 Enfin, le législateur a conféré au comité social et économique le droit d'être entendu lors de toute délibération requérant l'unanimité des associés (augmentation des enga-

⁶⁰⁶ MILET/COHEN (2021), N 899.

⁶⁰⁷ Cass. com. 17 février 1975, n° 73-13.242, *op. cit.*

⁶⁰⁸ MILET/COHEN (2021), N 1271.

⁶⁰⁹ Art. L. 2323-7 ; L. 2323-11 ; L. 2323-47 C. trav. ; R.2323-8 C. trav.

⁶¹⁰ Art. L.2323-8 C. trav. : «Le chef d'entreprise est tenu de communiquer au comité, avant leur présentation à l'assemblée générale des actionnaires ou à l'assemblée des associés, l'ensemble des documents obligatoirement transmis annuellement à ces assemblées et le rapport des commissaires aux comptes» ; «Les membres du comité d'entreprise ont droit aux mêmes communications et aux mêmes copies que les actionnaires et aux mêmes époques dans les conditions prévues par la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 modifiée», C.J. ANSA du 7 juin 1995, BF 2792 ; communication 2767 mai-juin 1995, annales 1994-1996, p. 27 ; MILET/COHEN (2021), N 897.

⁶¹¹ Art. L. 2312-77 al. 2 C. trav. ; MILLET/COHEN (2021), N 1270.

gements des associés, transformation en SAS, adoption de certaines clauses, changement de nationalité, *etc.*)⁶¹².

Quelle serait la sanction applicable en cas de méconnaissance de ce droit d'informa- 489
tion et de participation des représentants des salariés? Concernant le défaut d'informa-
tion du comité social et économique préalablement à la tenue de l'assemblée générale,
celui-ci n'entraîne pas la nullité de l'assemblée générale, mais constitue un délit d'en-
trave⁶¹³. Un refus d'inscription d'un projet de résolution à l'ordre du jour doit être pré-
cisément motivé mais le défaut irrégulier d'inscription des projets n'est pas sanctionné
par la nullité de l'assemblée car l'article L. 2312-77 al. 2 du Code du travail n'est pas
visé par l'article L. 225-121 du Code de commerce⁶¹⁴. La sanction du délit d'entrave
semble en tout état de cause emporter la faveur. Cette solution nous semble raisonnable:
en effet, la méconnaissance des droits des représentants des salariés ne saurait
porter atteinte à des intérêts particuliers ou généraux au point de justifier une sanction
aussi redoutable que la nullité. En revanche, la sanction du délit d'entrave ou l'action
auprès du juge des référés aux fins de faire suspendre les opérations⁶¹⁵ nous semblent
suffisamment dissuasives pour garantir le respect des droits des représentants des sala-
riés à participer aux conseils d'administration et aux assemblées générales, sans faire
porter les conséquences de leur méconnaissance sur la société et les actionnaires. La
jurisprudence semble abonder en ce sens⁶¹⁶.

Conclusion de la section 2

Le droit français protège les droits des actionnaires en permettant une participation ef- 490
fective à la vie sociale, impliquant le droit d'être convoqué, d'être informé, de dé-
battre. L'approche n'est pas fondamentalement différente de celle retenue par le droit
suisse, réserve faite que la sanction sera plus facilement admise et plus rigoriste en
droit français. En effet, là où le droit français adoptera une nullité strictement automa-
tique, le droit suisse préférera une simple annulabilité.

⁶¹² MILLET/COHEN (2021), N 1272.

⁶¹³ ANSA n° 3154, C.J. du 5 juin 2002.

⁶¹⁴ ANSA n° 3181, Les prérogatives du Comité d'entreprise aux Assemblée Générale, mars 2003.

⁶¹⁵ Le comité d'entreprise peut saisir le juge des référés à l'effet d'ordonner une suspension des
opérations en cours tant que sa consultation n'aura pas été régulièrement assurée: Cass. soc.,
28 novembre 2000, n° 98-19594; Cass. soc., 25 juin 2002, n° 00-20939; Cass. soc., 5 mars
2008, n° 07-40273; Cass. soc., 10 juillet 2013, n° 12-14629.

⁶¹⁶ Cass. soc., 5 mai 1998, n° 96-13498; Cass. soc., 19 mars 2003, n° 01-12094: BJS 2003, p. 676,
note L. Gamet: «le défaut de consultation d'un comité d'entreprise préalablement à la conclu-
sion d'un accord collectif portant sur l'une des questions soumises à l'avis de ce comité, qui
peut être sanctionné selon les règles régissant le fonctionnement des comités d'entreprise, n'
a pas pour effet d'entraîner la nullité d'un accord collectif conclu au mépris de ces dispositions et
dont la validité et la force obligatoire demeurent soumises aux règles qui lui sont propres.»

- 491 Le droit français protège également les droits des administrateurs, dans la mesure où leur protection assure le bon fonctionnement du conseil d'administration. A l'inverse, le droit suisse ne considère que de façon absolument exceptionnelle la protection des droits des administrateurs et arbitre à l'avantage de la sécurité de la vie des affaires. Le droit français a préféré à cette stabilité l'assurance d'un fonctionnement «juste» du conseil d'administration. Le choix pourra être discuté (voir *infra* Partie III).
- 492 En outre, la tendance est, en France, à la reconnaissance progressive des droits des salariés et des créanciers en les invitant à prendre part à la vie sociale, mais leur méconnaissance n'est pas pour autant sanctionnée par la nullité des décisions contraire à leurs droits, dans la mesure où ils ne sont traités, en leurs qualités respectives, que comme simplement intéressés et non comme participants à la vie sociale. En Suisse, à l'inverse, ces derniers n'ont aucun droit de participer ni aux assemblées générales, ni aux conseils d'administration. Le droit suisse conférant ainsi aux actionnaires la plupart des droits protégés, ils sont également les principaux bénéficiaires de la protection de l'action en annulation ou en nullité. En ce sens, c'est aux actionnaires, à l'exclusion des autres parties prenantes de la société, que le droit suisse a dévolu la plus grande protection. En revanche, le pouvoir de surveillance des actionnaires est très fermement limité par la grande difficulté en théorie, voire l'impossibilité en pratique, de remettre en cause les décisions du conseil d'administration, qui devient en conséquence l'organe suprême véritable de l'organisation de la société.
- 493 En France, inversement, le pouvoir de contrôle (surveillance) dévolu aux actionnaires est plus étendu qu'en Suisse. Les actionnaires minoritaires sont également mieux protégés face à la majorité. Dans la situation où la majorité se confond avec l'organe de gestion, il incombe à l'actionnaire minoritaire la tâche de protection de l'intérêt social.
- 494 Le tableau ci-dessous résume les différentes sanctions applicables aux décisions sociales irrégulières dans les ordres juridiques françaises et suisses. On notera que les sanctions sont relativement similaires. Toutefois les causes de nullités sont plus nombreuses en France qu'en Suisse, ce qui peut s'expliquer par l'abondance des règles impératives dans le droit français des sociétés anonymes. Les droits des mandataires sociaux et des créanciers sont toutefois nettement moins bien protégés en Suisse qu'en France.

	France		Suisse
Cause illicite / contenu illicite	Nullité automatique	absolue	Nullité
Vices du consentement	Nullité facultative	relative	Annulabilité
Fraude	Nullité facultative	absolue	
Abus de majorité	Nullité facultative	relative	Annulabilité
Spécialité des organes (attributions légales)	Nullité automatique		Nullité
Spécialité des organes attribution statutaire)	Pas de nullité		Annulabilité
Droit des actionnaires			
Irrégularité formelle de la convocation à l'assemblée	Nullité facultative	relative	Annulabilité
Absence totale de convocation	Nullité automatique	absolue	Nullité
Convocation par un organe incompétent	Nullité facultative	absolue	Solution
Ordre du jour absent ou incomplet	Nullité automatique		incertaine
Omission d'un projet de résolution	Nullité automatique		Annulabilité
Information préalable à l'AG incomplète	Nullité facultative		Annulabilité
Absence du rapport de gestion	Nullité automatique		Annulabilité
Rapport de gestion incomplet	Nullité facultative		Nullité
Absence de rapport du conseil d'administration préalable a une augmentation de capital	Nullité automatique		Annulabilité
Absence du rapport du commissaire a la transformation avant une transformation	Nullité automatique		
Communication hors délai	Nullité facultative		Annulabilité
Irrégularité formelle de l'AG	Nullité automatique		N/A ou annulabilité
Non-respect du quorum	Nullité automatique		N/A ou annulabilité
Absence de feuille de présence	Nullité facultative		Annulabilité
Participation de tiers	N/A		Annulabilité
Entrave au droit de débattre	Nullité facultative		Annulabilité
Entrave au droit de vote	Nullité facultative		Nullité
Irrégularité du procès-verbal	Nullité facultative		N/A
Atteinte au capital social	Nullité automatique	absolue	Nullité
Les droits des créanciers			
Méconnaissance du droit d'information des créanciers	Sanction incertaine		Nullité
Absence de convocation a l'assemblée générale	Sanction incertaine		Nullité
Absence de consultation des obligataires lors de projet de fusion, de modification de l'objet social, de création d'actions de préférences ou de modification des règles de répartitions du bénéfice	Nullité absolue		N/A
Décision de l'assemblée générale contraire aux intérêts des obligataires	Nullité facultative		Nullité
Convocation a l'assemblée des obligataires	Nullité facultative		Annulabilité
Absence de procès-verbal de l'assemblée des obligataires	Sanction pénale		N/A
Méconnaissance de la majorité requise par l'AO	Nullité facultative		N/A ou annulabilité
Privation des droits dévoté d'un obligataire	Nullité facultative		Annulabilité
Décision de gestion de la période suspecte	Nullité obligatoire	relative	N/A
Les droits des mandataires sociaux			
Convocation irrégulière des administrateurs	Nullité facultative	relative	Nullité
Méconnaissance du droit a l'information	Nullité automatique		?
Irrégularité de composition du conseil d'administration	Nullité facultative		Nullité
Irrégularité des décisions du conseil d'administration	Nullité facultative		Nullité
Absence de procès-verbal	Nullité automatique	relative	N/A
Les droits des salaires			
Absence de convocation a l'assemblée générale	Délit d'entrave		N/A
Absence de convocation au conseil d'administration	Nullité facultative		N/A
Les décisions contraires aux statuts	Action en responsabilité		Annulabilité ou action en responsabilité

Section 3: Le sort des décisions contraires aux statuts

496 Deux cas de figure doivent être envisagés selon que (i) la délibération de l'organe social est contraire à une disposition statutaire licite ou que (ii) la délibération de l'organe social est contraire à une disposition statutaire elle-même illicite. Dans ce cas, la clause statutaire est réputée non écrite et ne sera donc pas étudiée. Alors que la solution française demeure incertaine (§ 1), la solution helvète retient sans ambiguïté l'annulabilité de la décision contestée (§ 2).

§ 1 En droit français: les tergiversations jurisprudentielles

497 Si en principe, la méconnaissance des statuts n'est pas sanctionnée par la nullité, ce qui n'est pas sans soulever des difficultés d'ordre pratique (I), la jurisprudence a progressivement aménagé cette règle issue d'une interprétation rigoureuse du texte de la loi dans les sociétés anonymes (II). La solution est tout autre dans les SAS, qui bénéficient d'une grande liberté statutaire et sont gouvernées par un corpus restreint de règles impératives (III).

I. Le principe: la méconnaissance des statuts n'est pas sanctionnée par la nullité

498 La sanction applicable en cas de méconnaissance d'une règle statutaire a longtemps fait l'objet de débats en France. Une lecture stricte des textes ne laisse aucun doute sur le fait que la sanction n'est pas la nullité⁶¹⁷. Hémar, Terré et Mabilat avaient très tôt invité à adopter cette conception stricte des nullités, laquelle transpire de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966: «De toute façon, le texte se référant aux dispositions impératives, ce qui a un sens précis concernant une loi ou un règlement, on ne saurait en faire application à des clauses statutaires, dès lors que la loi n'en fait pas expressément mention»⁶¹⁸.

499 Cependant, ce principe a fait et continue de faire l'objet de vives critiques⁶¹⁹. La solution a de regrettables conséquences, car elle retire en pratique une grande part de leur efficacité aux statuts⁶²⁰. Certains auteurs ont soutenu que la méconnaissance d'une disposition impérative des statuts devrait néanmoins être sanctionnée par la nullité en

⁶¹⁷ HONORAT, Nullités, N 141: cite une doctrine défavorable à une nullité des décisions contraire à une clause statutaire en se référant à HÉMARD/TERRÉ/MABILAT, t. 3 (1978), N 743.

⁶¹⁸ Cité par MORTIER (2018), N 16/16446: HÉMARD/TERRÉ/MABILAT, t. 1 (1972), N 743, p. 569. V. également DAIGRE/SENTILLES-DUPONT (1995), N 20, p. 11; LE NABASQUE/TERRIER (1994), § 53 N 14.

⁶¹⁹ HONORAT, Nullités, N 141; suivant une doctrine favorable: GUYON (2002); LEGROS (1991).

⁶²⁰ MORTIER (2018).

raison de la force obligatoire des contrats issue de l'ancien article 1134 du Code civil⁶²¹ (nouvel article 1103 C. civ.⁶²² issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016). D'autres auteurs⁶²³ avaient soutenu que l'article 1844-10 du Code civil et l'article L. 235-1, al. 2 du Code de commerce, en visant les nullités résultant des lois qui régissent les contrats, englobaient implicitement mais nécessairement la violation des statuts, ce qui leur confère une nature contractuelle. La violation d'une disposition impérative des statuts ou du règlement intérieur serait alors sanctionnée par une nullité dérogeant au régime général.

Le raisonnement nous semble erroné: si les statuts sont qualifiés de contrat, ils devraient être soumis au régime du droit commun des contrats. Or, l'inexécution d'un contrat n'est pas sanctionnée par la nullité mais peut conduire à l'octroi de dommages et intérêts. Seule la méconnaissance des éléments constitutifs du contrat et indispensables à sa formation (notamment l'absence de consentement) entraîne la nullité⁶²⁴. C'est nous semble-t-il cette analogie qu'a retenue le législateur, en ligne avec sa conception contractuelle de la société qui prévalait avant l'adoption de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966. Pour autant, la position des tenants de la thèse contractuelle de la société est paradoxale: les contractualistes soutiennent la nullité de la méconnaissance des statuts au motif qu'ils bénéficient du principe de la force obligatoire des contrats, alors qu'une application pure et simple du régime du droit commun des contrats aboutit à exclure la sanction de la nullité. Un second constat peut également s'opérer à ce stade de notre raisonnement: les sanctions de droit civil ne sont pas toujours appropriées à la réalité du droit des affaires. En est une illustration flagrante le traitement de l'inexécution des statuts, pour laquelle la nullité est exclue et pour laquelle l'action en dommage et intérêts est difficilement envisageable en l'absence de préjudice, aboutissant le plus souvent à une impasse en pratique.

⁶²¹ V. MERCADAL/JANIN (2004), N 3753: certaines décisions ont pu laisser croire, à tort, que la nullité d'une décision contraire aux statuts était admise. Cass. com., 20 novembre 1990, n° 89-18.156, D. Sociétés 91, n° 17: (société civile coopérative) une Cour d'appel rejette, au motif que l'action est prescrite, une demande de nullité de l'assemblée générale car la décision est contraire aux statuts. La Cour de cassation infirme la Cour d'appel: si l'action en nullité d'une délibération d'une assemblée générale prise en violation des statuts de la société est soumise à la prescription triennale instituée par l'article 1844-14 du Code civil, l'exception de nullité est perpétuelle.

⁶²² Nouvel article 1103 C. civ: «Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits».

⁶²³ Lamy, Société commerciale (2015). *Contra*: GUYON (2002), N 292 et MSC F. LEFEBVRE (2015), N 9130.

⁶²⁴ Aussi pour la majorité des auteurs, les dispositions susmentionnées visent essentiellement les vices du consentement: GUYON (1993), p. 163; MESTRE/VELARDOCCIO (1994), N 2698.

- 501 La nullité des décisions contraires aux statuts a été adoptée par un arrêt de la Chambre commerciale⁶²⁵, alors que la Troisième Chambre civile considérait de son côté que la sanction de la nullité ne s'appliquait pas⁶²⁶. La Chambre commerciale s'est finalement rangée à la jurisprudence de la Chambre civile dans un arrêt de revirement en date du 14 juin 2005⁶²⁷. Cette lecture littérale de l'article 1844-10 al. 3 du Code civil aboutit à priver les associés de la possibilité de faire sanctionner par la nullité l'acte ou la délibération des organes sociaux méconnaissant les statuts ou le règlement intérieur.
- 502 Il ne fait donc plus de doute que la sanction d'une décision contraire à une clause des statuts qui ne reprend pas une disposition impérative de la loi n'est pas la nullité. Cette règle de principe a fait l'objet de nombreuses critiques, principalement sur le risque d'insécurité juridique lié à l'absence de force obligatoire des statuts tant entre les actionnaires que vis-à-vis des tiers. L'argument tendant à invoquer la protection des tiers de bonne foi pour justifier que la sanction des actes et délibérations contraire aux statuts n'est pas la nullité nous semble de faible poids, dans la mesure où les statuts sont généralement publiés et consultables par tous, et qu'il est courant, en pratique, que des tiers impliqués dans des opérations d'envergure avec une société en demandent un extrait.

⁶²⁵ Cass. com., 11 mai 1974, n° 73-10.598, D. 1975, p. 102, note Guyon, Rev. soc. 1975, p. 81, note Honorat : la Cour de cassation casse un arrêt de Cour d'appel qui a rejeté une demande la nullité de l'assemblée générale au motif qu'elle a été convoquée par un conseil d'administration dont cinq membres sur six ne sont pas propriétaires d'actions comme l'exige les statuts ; Cass. com., 24 juin 1997, n° 94-21.425 ; JurisData n° 1997-003005 ; Bull. civ. 1997, IV, n° 206, p. 179 ; RJDA 11/1997, n° 1355, p. 928 : une Cour d'appel justifie sa décision d'annuler les délibérations d'assemblées générales ordinaires d'une société qui avaient donné leur accord à la cession du fonds de commerce exploité par cette dernière, dès lors que, ayant relevé que le président du conseil d'administration de la société cessionnaire était administrateur de la société cédante ainsi que président du conseil d'administration de son actionnaire majoritaire, elle retient aussi que le seul actif de la société cédante était constitué par le fonds de commerce cédé, de sorte que, s'agissant d'une cession globale de l'actif de cette société, l'article 53 de ses statuts attribuait expressément compétence à l'assemblée générale extraordinaire.

⁶²⁶ Cass. 3^e civ., 19 juillet 2000, n° 1239 FS-PB, *Becam et autre c/Creach et autre* ; JurisData, n° 2000-003°15, note de Urbain- Parleani, Rev. soc. 31 décembre 2004, Saintourens, Rev. soc. 31 décembre 2001 ; BJS janvier 2001 : le non-respect de la stipulation des statuts relative à la convocation aux assemblées des associés du gérant non associé et à la signature du procès-verbal de l'assemblée générale n'est pas sanctionné par la nullité et le non-respect des dispositions de l'article 44 du décret du 3 juillet 1978 ne constitue pas la violation d'une disposition impérative devant entraîner l'annulation de la délibération.

⁶²⁷ Cass. com., 14 juin 2005, n° 02-18.864 ; Bull. civ. 2005 IV n° 129, p. 139 ; RJDA 10/2005, n° 1123, p. 976 ; BJS 2005 § 307, p. 1412, note Le Cannu ; RTD com. 2005, p. 782, obs. Monsèrié-Bon : (GIE) l'article L. 251-5 du Code de commerce précise que la nullité des actes ou délibérations d'un groupement d'intérêt économique ne peut résulter que de la violation des dispositions impératives des textes régissant ce type de groupement ou de l'une des causes de nullité des contrats en général ; le non-respect des stipulations des statuts n'est pas sanctionné par la nullité.

II. Les aménagements du principe

A. *Les statuts reprennent une règle légale impérative*

La doctrine a soutenu que lorsqu'une clause des statuts reprenait une disposition légale impérative, sa méconnaissance devait être sanctionnée par la nullité. En revanche, la nullité ne s'appliquerait pas si la clause n'a qu'une source contractuelle⁶²⁸. Tel est le cas par exemple d'une cession de titres intervenue en contradiction avec une clause d'agrément insérée dans les statuts. Cette solution est d'une logique implacable car il s'agit moins de sanctionner par la nullité la méconnaissance des statuts que la violation d'une règle légale impérative. La solution est également applicable lorsque la décision est adoptée sur le fondement d'une clause statutaire réputée non écrite car contraire à une disposition impérative de la loi⁶²⁹.

L'arrêt Larzul confirme la solution⁶³⁰. Cet arrêt de principe apporte un tempérament majeur à la règle selon laquelle la violation des statuts n'est pas sanctionnée par la nullité. En effet, la méconnaissance des clauses statutaires qui aménagent une règle impérative est elle aussi sanctionnée par la nullité. La solution portée par cet arrêt est «qu'il résulte de l'article L. 235-1 al. 2 du Code de commerce que la nullité des actes ou délibérations pris par les organes d'une société commerciale ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du livre II du même Code ou des lois qui régissent les contrats; 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 nullité⁶³¹». Deux conditions doivent être réunies pour qu'une décision contraire aux statuts soit annulable: la règle

⁶²⁸ BORNHAUSER-MITRANI (1998), p. 14.

⁶²⁹ GUEGAN (2020), N 302.

⁶³⁰ Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14.855, FSPBRI, SA SFG c/SAS Larzul et alii., Bull. civ. IV, n° 93, Rev. soc. 2010, p. 374, note P. Le Cannu, BJS 2010, p. 651, note H. Le Nabasque: la Cour de cassation confirme une Cour d'appel d'avoir rejeté la demande de nullité d'une assemblée générale convoquée par un conseil d'administration composé de façon contraire aux statuts et au règlement intérieur. Elle argumente: «il résulte de l'article L. 235-1, alinéa 2, du Code de commerce que la nullité des actes ou délibérations pris par les organes d'une société commerciale ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du livre II du même code ou des lois qui régissent les contrats; 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».

⁶³¹ Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14.855, (n° FS+P-BRI), SA SFG c/SAS Larzul et alii., Bull. civ. IV, n° 93, JCP E 2010, n° 1562, note Couret/Dondero, RLDA 2010/52, n° 2988, note Ch. Lebel, D. 2010, p. 2405, note Mermoz, BJS 2010, p. 651, note Le Nabasque, RJDA 2010/52, n° 8 50, Rev. soc. sept. 2010, p. 374, note Le Cannu; RTD civ. 2010. 553, obs. Fages: la violation des statuts n'entraîne pas la nullité.

méconnue (i) doit être impérative ou (2) elle doit autoriser expressément un aménagement conventionnel.

- 505 Cette réserve des cas dans lesquels il peut être fait usage d'une faculté ouverte par une disposition impérative concerne très peu de textes qui, bien que de nature impérative dans leur principe, admettent une dérogation statutaire (art. L. 225-19 C.com. sur l'âge des administrateurs, art. L. 225-123 C.com. sur le délai pour acquérir le droit de vote double). En revanche, la Cour de cassation refuse de considérer que l'aménagement statutaire d'une règle de majorité revêt un caractère impératif; à ce titre une méconnaissance des règles statutaires de majorité n'est pas sanctionnée par la nullité⁶³². L'espèce de l'affaire *Larzul* concernait une SAS mais la Haute Juridiction a voulu en étendre la portée à toutes les formes sociales⁶³³. La solution s'applique donc également aux SA et aux SARL⁶³⁴.
- 506 Cette «sous-catégorie» des règles impératives, à savoir les règles impératives aménageables, mérite qu'on s'y attarde plus en détails. Elles se définissent comme des dispositions impératives qui offrent la faculté d'aménager conventionnellement la règle posée par celle-ci⁶³⁵. Pour un auteur, lorsque la loi oblige les statuts à prévoir une stipulation, sans en déterminer le contenu elle-même, la disposition entre dans cette

⁶³² Cass. com., 30 mai 2012, n° 11-16.272, D. 2012, p. 1581, note Dondero, RLDA 2012/73, Gaudemet, RJDA 2012, n° 779, JCP E 2012, n° 125, note M. Roussille: la Cour de cassation a censuré une décision de Cour d'appel qui avait annulé les délibérations d'une SARL adoptées contrairement aux dispositions statutaires qui avaient utilisé l'option ouverte par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 de maintenir pour l'avenir la majorité requise pour la modification des statuts aux trois quarts des parts sociales et de ne pas l'abaisser au principe légal des deux tiers, au motif que «l'article L. 223-30 C.com. ne sanctionne pas par la nullité l'inobservation des dispositions statutaires relatives à la majorité applicables aux décisions modifiant les statuts».

⁶³³ Pour une application ultérieure de la jurisprudence *Larzul*: Cass. com., 19 mars 2013, rectifié par un arrêt du 9 juillet 2013, n° 12-15.283, Bull. 2013, IV, no. 44, sur le fondement de l'article 1844-10 C. civ.: la nullité des actes ou délibérations des organes d'une société civile immobilière ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du titre neuvième du livre troisième du Code civil ou de l'une des causes de nullité des contrats en général. 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. Encours dès lors la cassation l'arrêt qui annule des décisions résultant d'une consultation écrite des associés d'une société civile au motif qu'elles étaient relatives à des questions qui devaient être examinées en assemblées alors qu'en prévoyant que certaines décisions seraient prises par les associés réunis en assemblée, les statuts n'ont fait qu'user de la liberté qui leur est offerte de déterminer le domaine d'application des modalités d'adoption des décisions collectives admises par la loi.

⁶³⁴ Concernant une décision prise alors que les statuts imposent l'unanimité que l'article L. 223-29, al. 1^{er} n'interdit pas: Cass. com., 20 février 2019, n° 17-12.050: JurisData n° 2019-002665.

⁶³⁵ Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14855., *op. cit.*

catégorie⁶³⁶. Tel est le cas des dispositions légales autorisant les statuts à aménager un quorum.

La question s'est posée en doctrine de savoir si les dispositions «impératives aménageables» étaient supplétives ou impératives. Pour un auteur, ces règles sont supplétives afin de limiter les sources de nullité et d'assurer ainsi une plus grande sécurité juridique au droit des sociétés. C'est la position que semble avoir adoptée la Cour de cassation dans l'arrêt Larzul lorsqu'elle n'applique pas la sanction de la nullité à la violation de clauses statutaires prises en application de règles impératives aménageables⁶³⁷. Pour d'autres, au contraire, ces dispositions revêtent un caractère impératif, car doit primer l'objectif d'une sanction efficace de la violation des statuts ou des règlements intérieurs⁶³⁸.

B. *La méconnaissance des statuts n'a que des effets internes*

En outre, la nullité d'une décision contraire aux statuts peut être admise non seulement en cas de méconnaissance des règles impératives aménageables mais aussi lorsque cette décision n'a que des effets internes⁶³⁹. L'application de cette règle a trouvé écho en droit du travail, particulièrement protecteur des salariés: la chambre sociale de la Cour de cassation n'a pas hésité à prononcer la nullité d'un licenciement qui ne respecte par une clause statutaire⁶⁴⁰.

C. *Les statuts prévoient expressément la sanction de la nullité*

La troisième hypothèse qui admet la nullité d'une décision méconnaissant les statuts se présente lorsque les statuts prévoient eux-mêmes la sanction de la nullité⁶⁴¹. Inversement, il pourrait être admis que les statuts puissent contractuellement écarter la sanction de la nullité dans certaines circonstances⁶⁴². La Cour de cassation s'est rangé à cet avis, admettant sur le fondement du nouvel article 1103 du Code civil⁶⁴³ que la sanction de la méconnaissance d'une clause statutaire est la nullité si les statuts le prévoient expressément⁶⁴⁴. Cette position fait l'objet de réserves en raison du risque d'éclatement des solutions: d'une part les cas dans lesquels la nullité des décisions contraire aux statuts résulteraient de dispositions légales (art. L. 228-23, L. 225-15 C.com.), et d'autre part les cas dans lesquels les manquements seraient sanctionnés par une nullité prévue conventionnellement par les statuts⁶⁴⁵.

⁶³⁶ BARBIER (2011), N 10, p. 783; dans le même sens GUEGAN (2020), N 159 distinguant les règles permissives et règles impératives.

⁶³⁷ Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14855 *op. cit.*

⁶³⁸ CA Angers, Ch. Com., 22 mars 2011, n° 10/00265; BARBIER (2011), N 10, p. 783.

⁶³⁹ HONORAT, Nullités, N 141.

⁶⁴⁰ Cass. soc., 14 février 2012, n° 10-27.685, F-D, *Sté Valeurs Précieuses et Or c. Deves.*

⁶⁴¹ LE CANNU (2001), N 37.

⁶⁴² LE CANNU (2001), N 37.

⁶⁴³ Art. 1103 C. civ.: «*Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits*».

⁶⁴⁴ Cass. com., 27 juin 2018, n° 16-140971.

⁶⁴⁵ GUEGAN (2020), N 163.

III. Le particularisme des SAS

A. Le principe de la liberté statutaire et la nullité facultative

510 La SAS en droit français laisse une grande place à la liberté statutaire. Admettre que la nullité ne sanctionne pas la méconnaissance des statuts conduirait à ce que certaines décisions – pourtant d’une particulière importance – ne puissent jamais être corrigées de leurs vices. D’autant plus que, si le Code civil et les dispositions spéciales applicables aux SARL et aux sociétés anonymes prévoient expressément que la violation des statuts n’est pas sanctionnée par la nullité mais par l’engagement de la responsabilité civile des auteurs de l’infraction, aucun texte équivalent n’est prévu pour la SAS. Toutefois, l’article L. 227-1 du Code de commerce précise que les règles concernant les sociétés anonymes sont applicables à la société par action simplifiée, à l’exception des articles L. 224-2, L. 225-17 à L. 225-126, L. 225-243 et du I de l’article L. 233-8. *A contrario*, l’article L. 225-251 du Code de commerce, qui précise que les dirigeants engagent leur responsabilité en cas de violation des statuts, s’applique également aux dirigeants des sociétés par action simplifiées. De même, l’article L. 235-1, al. 2 du Code de commerce s’applique aux SAS : la Cour de cassation en a déduit dans un arrêt daté du 19 janvier 2022 que dans le silence de la loi, aucune nullité ne peut résulter du non-respect d’une disposition statutaire dans une SAS⁶⁴⁶.

511 L’article L. 227-9 al. 1 du Code de commerce spécifique aux SAS consacre cette liberté contractuelle assortie d’une nullité spéciale en énonçant que «les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu’ils prévoient», et en précisant *in fine* que «les décisions prises en violation des dispositions du présent article peuvent être annulées à la demande de tout intéressé». Il s’agit d’un cas de nullité facultative. Comment comprendre la référence au «présent article»? La question est également posée de savoir si la nullité expresse de l’article L. 227-9 du Code de commerce s’étend à la violation des règles statutaires prises en application dudit article. Une interprétation rigoriste de la jurisprudence a abouti à exclure les violations statutaires du champ de la sanction prévue⁶⁴⁷. La doctrine a regretté cette solution en présence de SAS et a appelé les juges à considérer les règles statutaires des SAS comme le complément nécessaire de l’article L. 227-9 du Code de commerce⁶⁴⁸. Un autre auteur⁶⁴⁹, à l’inverse, salue le rigorisme jurisprudentiel en soulignant que le risque d’annulation embrasse la totalité du dispositif de l’article L. 227-9 du Code de commerce, bien que ne soient visées que les «dé-

⁶⁴⁶ Cass. com., 19 janvier 2022, n° 20-14.090.

⁶⁴⁷ Cass. com., 26 avril 2017, n° 14-13554.

⁶⁴⁸ GUEGAN (2020), N 89 ; une réflexion est en cours au sein d’une commission dédiée à la SAS instituée au sein du Haut Comité juridique de la place financière de Paris présidé par Madame Outin-Adam et Monsieur le professeur Michel Germain.

⁶⁴⁹ LE CANNU (2001).

cisions». L'article L. 227-9 du Code de commerce permet une intégration légale de la norme statutaire au titre des normes impératives. La Cour de cassation a récemment opéré un revirement de jurisprudence remarqué, considérant dans un arrêt en date du 15 mars 2023 que la violation des règles statutaires déterminant le contenu, la forme et les conditions des décisions collectives était sanctionnée par la nullité facultative ouverte à tout intéressé lorsque la violation est susceptible d'influencer le résultat issu du processus de prise de décision. La Cour de cassation juge que cette solution découle du principe de liberté statutaire, dont le respect doit être garanti afin d'assurer «le bon fonctionnement de la SAS» et «la sécurité de ses actes». Elle fournit une nouvelle interprétation de l'article L. 277-9 al. 4 du Code de commerce, comme étant l'adaptation aux SAS de l'article L. 235-1 al. 2 du Code de commerce en permettant l'annulation des décisions prises en violation des clauses statutaires visées à l'article L. 277-9 al. 1 du même Code⁶⁵⁰.

En matière de sanction, les violations des règles relatives aux décisions collectives qui seraient inscrites dans un autre acte que les statuts (règlement intérieur, décision d'organe social, pacte d'associés ...) ne peuvent justifier une nullité fondée sur l'article L. 227-9 du Code de commerce. Hors cas de fraude, aucune nullité n'est alors envisageable⁶⁵¹. Une conséquence supplémentaire devrait être que toutes décisions contraires aux statuts pourraient être annulées. Telle n'est pourtant pas l'application qu'en ont faite les tribunaux.

B. *L'incertitude de la sanction en cas de méconnaissance de droits protégés*

1. Contenu et forme de la convocation

Les dispositions légales de la société anonyme relatives à la convocation ne s'appliquent pas à la SAS. Les statuts sont libres d'en organiser les modalités et le contenu. Toutefois qu'en serait-il en présence de statuts n'organisant pas ou très succinctement les modalités de convocation à l'assemblée générale? La jurisprudence a donc atténué le principe de liberté contractuelle qui domine la SAS pour permettre la protection de certains droits impératifs et inaliénables. Afin de garantir le droit à l'information des actionnaires, il est ainsi nécessaire sous peine de nullité des délibérations que la convocation comporte un ordre du jour, quand bien même les statuts ne le prévoient pas⁶⁵². Les grands principes généraux du droit des sociétés s'appliquent

⁶⁵⁰ Cass. com., 15 mars 2023, n° 21-18324, FS-B: Berlaud C., Violations statutaires d'une SAS: revirement de jurisprudence, Actu-juridique; DEF flash 22 mars 2023 n° 12, p. 1; Le Nabasque, Nullité des décisions collectives dans une SAS, BJS mai 2023; Modification de jurisprudence concernant les décisions d'une SAS violant les clauses statutaires, Gaz. Pal. n° 11 p. 28; D. n° 12 p. 5.

⁶⁵¹ LE CANNU (2001).

⁶⁵² CA Limoges, 28 mars 2012, n° 10-00576, SAS Groupe Rambaud, BJS 2012, p. 623, note Germain/Perin: se prononçant sur renvoi, la Cour d'appel annule une résolution d'une assemblée générale portant sur la modification des droits de vote, «aux motifs que l'ordre du jour précé-

également en présence d'une SAS, et les actes et délibérations qui les méconnaissent sont sanctionnés par une nullité obligatoire. C'est également en raison du besoin de protection des épargnants rendue indispensable par l'ouverture du *crowdfunding* aux SAS que le législateur a instauré des règles de convocations impératives sanctionnées par la nullité facultative des délibérations de l'assemblée générale⁶⁵³.

- 514 Lorsque les statuts prévoient expressément les modalités de la convocation des associés, la sanction applicable serait la nullité de la convocation litigieuse et de l'assemblée générale qui en découle. Certains arrêts ont annulé des assemblées générales au motif que la convocation ne répondait pas aux exigences statutaires⁶⁵⁴ ou que l'assemblée avait été convoquée par une personne incompétente⁶⁵⁵. Pour autant, un autre arrêt de la Cour de cassation avait refusé, au visa des articles L. 227-9 et L. 235-1 du Code de commerce, d'annuler une opération d'apport d'actif réalisé en violation des statuts

dant cette assemblée générale n'avait jamais comporté de question relative à la modification de la répartition des droits de vote des actionnaires et que la décision prise était contraire aux statuts qui n'avaient pas été modifiés». La Cour d'appel rappelle que «le droit à l'information des associés est un principe général du droit des sociétés qui impose de donner connaissance aux associés des sujets sur lesquels ils seront amenés à voter des résolutions lors de la réunion de l'assemblée de telle sorte qu'ils soient en mesure d'apprécier la portée de leur vote et d'exprimer un choix éclairé de leur part». Or en l'espèce, l'ordre du jour ne comportait aucune question, ni aucun projet de résolution relatifs à la modification de la répartition des droits de vote des actionnaires, laquelle résolution a été ajoutée en cours d'assemblée. Par ailleurs, le litige portait également sur la question de la majorité requise dans une SAS pour modifier ou supprimer une clause de préemption. La Cour d'appel rappelle que le statut des associés de la SAS est très largement dominé par la liberté contractuelle. Dès lors, ils peuvent convenir d'une majorité plus sévère que celle requise par la loi, mais non pas moins sévère que l'exigerait une disposition impérative de la loi. Or seules les décisions visées par les articles L. 227-19, L. 227-13, L. 227-14, L. 227-16 et L. 227-17 du Code de commerce sont soumises à la règle de l'unanimité.

⁶⁵³ L'ordonnance du 30 mai 2014 a introduit un article L. 227-2-1 C.com qui transpose à la SAS le régime de l'article L. 225-105, al. 3 C.com. ainsi que les dispositions réglementaires par renvoi de l'article R. 227-2 C.com. aux articles R. 225-66 C.com à R. 225-70 C.com. et R. 225-83 C.com. applicables aux sociétés anonymes.

⁶⁵⁴ CA Paris, pôle 5, ch. 8, 27 novembre 2018, n° 16/16446, *X. c/Y. BRDA* 2019/2, p. 4; comm. Mortier, *Droit des sociétés*, n° 4, Avril 2019, comm. 61 (Nullités d'assemblées de SAS pour convocation contraire aux statuts) : l'article 26 des statuts stipule que le président convoque et préside l'assemblée. Il s'ensuit que la société a convoqué l'assemblée générale en violation des statuts de sorte que cette dernière doit être annulée et par voie de conséquence toutes les résolutions qui y ont été adoptées, dont celle approuvant la modification de l'article 19 des statuts. En l'espèce, la Cour d'appel annule des résolutions d'assemblée en ce qu'elles sont contraires à des modalités de convocation insérées dans les statuts.

⁶⁵⁵ En principe, dans le silence des statuts concernant l'organe compétent pour convoquer l'assemblée dans une SAS, un associé peut la convoquer directement : CA Paris, 18 juin 2008, n° 08/6315 : *JurisData* n° 2008-36771 ; *JCP E* 2008, 2399, note Mortier ; *BJS* 2009, p. 385, note Godon. Confirmé par Cass. com., 5 mai 2009, n° 08-17.831 : *JurisData* n° 2009-048045 ; *Dr. Sociétés* 2009, comm. 138, note Gallois-Cochet ; *JCP E* 2009, 1881, note Pasqualini et 1767, obs. Deboissy/Wicker ; *Rev. soc.* 2009, p. 613, note Le Cannu.

qui réserveraient cette décision à l'assemblée générale⁶⁵⁶, reprenant la solution de l'arrêt Larzul⁶⁵⁷.

2. La sanction de la méconnaissance du droit à l'information

L'associé de la SAS est privé du droit à l'information permanent qu'organise à toute époque l'article L. 225-117 du Code de commerce, ainsi que du droit à l'information préalable à l'assemblée générale qu'instituent les articles L. 225-115 et L. 225-116 du Code de commerce, leur application, quoique impérative dans les sociétés anonymes, étant exclue dans les SAS. En conséquence, les statuts peuvent librement déterminer l'étendue et le mode d'exercice du droit à l'information des associés, soit en l'étendant, soit à l'inverse en le réduisant à peu de chagrin.

Pourrait-on pour autant envisager de priver purement et simplement les associés de leur droit à l'information ou à l'inverse, dans le silence absolu des statuts, bénéficient-ils d'un droit minimum? La question a été portée devant les juridictions qui, se fondant sur l'article 1844 du Code civil dont l'application aux SAS ne saurait être évincée, ont annulé une résolution ajoutée au cours d'une assemblée dont l'ordre du jour ne comportait aucune question ni aucun projet de résolution relatif à cette résolution⁶⁵⁸. Les juges garantissent donc un strict minimum en matière de droit à l'information, qui ne peut être réduit au point de priver les associés de participer à l'assemblée générale en les dépossédant de toutes informations essentielles à la formation de leur consentement. En revanche, au-delà de ce minimum correspondant aux principes généraux du droit des sociétés, si le droit prévu par les statuts n'est pas respecté, la sanction ne sera pas la nullité, ce qui est regrettable.

§ 2 En droit suisse: une solution sans équivoque

I. Non-respect des statuts par l'assemblée générale: annulabilité

L'article 706 (1) CO indique que la violation des statuts est une cause d'annulabilité de la décision de l'assemblée générale litigieuse, au même titre que le serait une violation de la loi. Les règlements sociaux, comme le règlement d'organisation, sont dans ce cas assimilables aux statuts⁶⁵⁹. L'atteinte à la loi ou aux statuts sur laquelle se fonde l'action de l'article 706 CO doit être non seulement générale mais aussi concrète⁶⁶⁰. Le droit suisse consacre donc le principe de force obligatoire des statuts lesquels font

⁶⁵⁶ Cass. com., 26 avril 2017, n° 14-13.554: Dr. Sociétés 2017, comm. 141, note Coupet; Rev. Sociétés 2017, p. 422, note Schmidt.

⁶⁵⁷ Cass. com., 19 mars 2013, n° 12-15.283.

⁶⁵⁸ CA Limoges ch. civ., 28 mars 2012, RG 10/00576, SAS Groupe Rambaud, JCP E 2012, 1341, BJS 2012, p. 623, note Germain et Périn.

⁶⁵⁹ ZK-TANNER, art. 706 CO, N 166.

⁶⁶⁰ ATF 117 II 290, I^{er} Cour civile du 25 juin 1991, Association Canes c. Nestlé SA, consid. 6.

office de loi entre les parties. Ainsi, est annulée une décision d'affectation des bénéfices contraire à une clause statutaire d'attribution d'un dividende prioritaire⁶⁶¹.

518 Une clause statutaire contraire à des dispositions impératives de la loi sera nulle. Ainsi, dans un jugement en date du 27 mai 2014, le Tribunal fédéral indique qu'«une clause statutaire qui prévoirait, pour pallier une éventuelle situation de blocage au sein de l'actionnariat, une réélection automatique des administrateurs serait contraire au droit inaliénable de l'assemblée générale de nommer les membres du conseil d'administration (cf. art. 698 al. 2 ch. 2 CO), et donc nulle (cf. art. 706b ch. 3 CO)»⁶⁶². Le raisonnement tenu par le Tribunal fédéral est toutefois surprenant, puisqu'il se fonde sur l'article 706b CO qui vise expressément les seules «décisions de l'assemblée générale», et non «les clauses statutaires» ni «les décisions contraires aux statuts». Dès lors, il semble que la Haute Juridiction ait opéré un raccourci: ce n'est pas la clause statutaire illégale en elle-même qui est nulle mais, soit (i) les décisions prise en application de la clause statutaire illégale sont des simulations de décisions sociales frappées de nullité, ou/et soit (ii) les décisions de l'assemblée adoptant des clauses statutaires illégales sont nulles. La clause statutaire est alors réputée n'ayant jamais existée.

519 Une autre explication serait que sont frappées de nullité sur le fondement de l'article 706b CO les décisions contraire à des clauses statutaires qui reprennent une règle impérative ou les décisions appliquant une clause statutaire contraire à une règle impérative, dans la mesure où cette atteinte est d'une particulière gravité.

II. Non-respect des statuts par le conseil d'administration: action en responsabilité

520 L'article 706 CO ne vise que les décisions de l'assemblée générale. Une violation des statuts par une décision du conseil d'administration ne peut donc pas faire l'objet d'une action en annulation. Les décisions du conseil d'administration ne peuvent faire l'objet que d'une action en nullité sur le fondement de l'article 714 CO, qui renvoi à l'article 706b CO. Or celui-ci ne mentionne pas les décisions contraires aux statuts comme fondement d'une action en nullité. Dès lors, une décision du conseil d'administration contraire aux statuts, exceptions faites des clauses statutaires reprenant une règle légale impérative et dont les conséquences de l'atteinte sont particulièrement graves, ne peut faire l'objet ni d'une annulation, ni d'une nullité. Le seul recours ouvert est une action en responsabilité contre le conseil d'administration.

⁶⁶¹ ATF 147 III 126 du 21 janvier 2021.

⁶⁶² ATF 140 III 349 du 27 mai 2014, consid. 2.

Conclusion du chapitre 2

En droit suisse, nullité et annulabilité se distinguent aisément en raison de la légitimation active de chacune de ces deux actions, du délai de mise en œuvre et enfin de leurs effets. Toutefois, il est beaucoup plus délicat de distinguer ces deux sanctions en raison des irrégularités. En effet, le législateur suisse a dressé une liste illustrative des vices affectant des décisions, ce qui rend délicat toute tentative de classement⁶⁶³, à l'inverse du législateur français qui a préféré des textes purement limitatifs. Dès lors, il appartient à la doctrine et à la jurisprudence d'identifier les causes de nullité et d'annulabilité. L'étude minutieuse de la jurisprudence donne raison au critère de distinction que nous soutenons, à savoir la gravité du vice mesurée par ses conséquences sur le droit protégé. L'approche helvète est donc concentrique: les causes de nullités (violation des règles impératives uniquement) sont contenues dans les causes d'annulabilité, plus larges (violation de la loi et des statuts, incluant nécessairement les règles impératives), de sorte que la gravité des conséquences de l'irrégularité est le curseur principal de la sanction, en sus de la nature ou du caractère impératif du droit méconnu.

En France, la sémantique employée par le législateur indique le caractère automatique ou facultatif de la nullité. Et à défaut, c'est au juge qu'il reviendra de préciser la sanction applicable en s'attachant (i) à la finalité de la disposition protégée et (ii) à la gravité du vice. Il en résulte que rechercher les causes distinctives de nullité soulève, tant en France qu'en Suisse, des difficultés. Pour cause, dans les deux ordres juridiques, le législateur a voulu concomitamment contenir les causes de nullité et accorder au juge une marge de manœuvre lui permettant d'apprécier la gravité des atteintes aux droits protégés selon les circonstances⁶⁶⁴ et selon l'évolution socio-économique⁶⁶⁵.

En tout état de cause, en droit français comme en droit suisse, le point convergeant des actions en annulation est la protection d'un intérêt particulier ou d'un intérêt général, et *in fine* de l'intérêt social.

Enfin, la sanction de la nullité est plus courante en droit des sociétés anonymes que dans les SARL et dans les SAS. En cause, l'existence de règles impératives plus nombreuses dans les sociétés anonymes.

La violation des statuts mérite un traitement spécifique, tant les divergences entre le droit français et le droit suisse sont grandes et reflètent des conceptions différentes de la notion de société dans chacun de ces ordres juridiques (Partie II). En droit français, la méconnaissance des statuts n'est en principe pas sanctionnée par la nullité en raison

⁶⁶³ CHENAUX (2008), p. 159.

⁶⁶⁴ LEGROS, *op. cit.*

⁶⁶⁵ MONTAVON, *op. cit.*

d'une volonté affirmée de protéger les tiers de bonne foi. Toutefois, la jurisprudence a progressivement admis des tempéraments à ce principe. Sont ainsi sanctionnées par la nullité facultative les décisions qui contreviennent à une clause statutaire qui reprend une règle impérative, ou aménagent une règle impérative ou d'une portée uniquement interne à la société. En revanche, le droit suisse sanctionne par l'annulabilité les décisions de l'assemblée générale qui violent les statuts, consacrant le caractère obligatoire des statuts qui font office de loi entre les parties. Lorsque les décisions du conseil d'administration méconnaissent les règles statutaires, celles-ci ne sont pas annulables. Elles peuvent être nulles lorsqu'elles méconnaissent des règles impératives reprises par les statuts.

Chapitre 3: La mise en œuvre de l'action en nullité

La mise en œuvre de l'action en nullité ou en annulation vise l'ensemble des modalités et procédures permettant d'aboutir au prononcé de la sanction, depuis la saisine du juge compétent qui appréciera la recevabilité de la demande (section 1) et le respect des délais de prescription (section 2) jusqu'à l'application de la sanction et le déploiement de ses effets concrets (section 3). Cet aspect est essentiel, car une sanction au champ d'application étendu ne serait en réalité qu'hypothétique si les modalités procédurales de sa mise en œuvre étaient sévères au point que leurs conditions de réalisation ne puissent jamais être réunies, ou encore si ses effets étaient contenus au point de ne plus se déployer. 526

Section 1: Le contrôle procédural dans la mise en œuvre de la sanction

Le choix de la sanction applicable, hors les cas où le législateur la prévoit expressément, dépendra en Suisse comme en France de l'appréciation des juges compétents (1§). Concernant l'application de la nullité facultative en France, ou de l'annulabilité en Suisse, celle-ci est également conditionnée à l'existence d'un grief (2§) et au respect de l'intérêt social (3§). 527

§ 1 Le rôle du juge dans l'application de la sanction

Réserve faite des cas de nullités expresses, le législateur a laissé le soin aux juges d'apprécier les critères de la violation du droit protégé par la délibération litigieuse afin de prononcer la sanction adaptée, la nullité ou l'annulabilité en Suisse ou la nullité automatique ou facultative en France (I). Le pouvoir d'appréciation du juge est guidé par la préservation de l'intérêt social (II). Les dispositions légales confèrent à la sanction un caractère parfois obligatoire, souvent facultatif, le juge conservant en toute hypothèse la faculté de faire procéder à la régularisation des actes ou délibérations viciés. 528

I. En droit français

- 529 Le juge français dispose d'une marge de manœuvre conséquente dans l'appréciation de l'application de la sanction. Comme le souligne Elsa Guégan, «face aux lacunes du législateur, le juge a le choix entre deux positions alternatives : soit il s'en tient à une lecture littérale des textes et refuse d'annuler un acte qui ne viole aucune disposition expresse, soit il fait preuve d'audace et annule un acte irrégulièrement formé malgré l'absence de disposition expresse, au risque alors de ruiner le système voulu par le législateur. [...] L'insécurité juridique vient surtout de la jurisprudence qui n'a pas su se positionner.⁶⁶⁶»
- 530 Comme le souligne un autre auteur : «le pouvoir laissé au juge procure à celui-ci le moyen de trier les demandes en nullité ; il répond au souci d'éviter qu'un moyen trop violent, aboutissant à l'anéantissement d'un acte et de ceux qui en sont la suite, ne soit employé pour guérir un vice qui n'apparaît pas comme suffisamment important. Autrement dit, la formule retenue permet au juge d'opérer un contrôle de proportionnalité de la mesure. Il peut le faire au regard des intérêts personnels du demandeur et de ceux qui ont le cas échéant, fomenté le vice ; il peut aussi le faire en vérifiant si l'atteinte à l'intérêt social est plus forte du fait de la nullité que du fait de son refus⁶⁶⁷. Le système invite à une casuistique en fonction de la gravité de l'atteinte portée aux deux paramètres que sont l'intérêt personnel du demandeur d'une part et l'intérêt social d'autre part. Le juge dispose ainsi de deux variables d'appréciation lui permettant de modeler la sanction applicable. Il devra le cas échéant s'employer à des arbitrages, lorsque l'intérêt du demandeur et l'intérêt social ne coïncident pas. L'issue de ces arbitrages, selon nous, pourrait résulter d'une conception contractuelle ou institutionnelle de la société.
- 531 Pour certains auteurs⁶⁶⁸, le juge ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation dans les cas où la loi ne précise pas la sanction applicable. Il doit prononcer la nullité dès lors que les conditions en sont remplies et qu'aucun des obstacles prévus par la loi n'a mis fin à l'action du demandeur. Cette solution ne serait que l'application du droit commun des contrats, où, sauf disposition contraire, les nullités ont un caractère obligatoire.
- 532 Cette position doit être, selon nous, récusée. En effet, le régime de la sanction de la nullité en droit des sociétés nécessitant plus de pragmatisme et devant garantir la sécurité juridique et la bonne marche des affaires sociales, il s'est progressivement détaché du régime de droit commun : les nullités facultatives ont pris le pas sur les nullités au-

⁶⁶⁶ GUEGAN (2020), N 109 et s.

⁶⁶⁷ LE CANNU (2001), N 41.

⁶⁶⁸ Lamy, Société commerciales (2015), N 2794, voir aussi : GUYON (2002), N 146 ; pour une position plus nuancée : MSC F. Lefebvre (2015), N 89492.

tomatiques, celles-ci étant désormais simplement résiduelles. En effet, la nullité facultative se caractérise par le pouvoir laissé au juge d'apprécier l'opportunité du prononcé de la sanction. Cette marge de manœuvre conférée au juge répond au souci d'éviter qu'une sanction trop violente, aboutissant à l'anéantissement d'un acte et de ceux qui en découlent, ne soit employée pour guérir un vice qui n'apparaît pas comme suffisamment grave, ou dont les conséquences sont moins graves que celles du prononcé de la sanction elle-même⁶⁶⁹.

A titre d'exemple, la violation des dispositions régissant la forme de la convocation à l'assemblée générale, telles que précisées par le décret n° 78-704 du 3 juillet 1978 dont les dispositions sont impératives par renvoi de l'article L. 225-104 du Code de commerce est frappé de nullité automatique. Il en résulte que la convocation à l'assemblée générale d'une société anonyme doit être faite par lettre recommandée⁶⁷⁰. Cependant, la jurisprudence a atténué le poids de cette sanction. En effet, la nullité n'est pas attachée aux simples irrégularités formelles, dès lors que les associés ont, en dépit des irrégularités, bénéficié d'une information suffisante. Au juge d'apprécier ce qu'est une « information suffisante ».

Le juge dispose donc d'une grande latitude pour apprécier les éléments concrets de l'espèce et prononcer la sanction la plus adaptée, qui sera influencée par sa conception préalable de l'intérêt social⁶⁷¹. Cependant, le juge ne saurait en aucun cas s'immiscer dans la gestion de la société, ni apprécier l'opportunité des décisions litigieuses, comme l'illustre l'affaire Saupiquet-Cassegrain⁶⁷². Il lui est formellement impossible de prendre une décision à la place des organes décisionnaires. Le juge peut au mieux nommer un mandataire *ad hoc* (art. L. 225-103, II, 2° C.com. et R. 611-18 à R. 611-21-1 C.com.) ou un administrateur provisoire lorsque les conditions sont réunies.

II. En droit suisse : la prudence des juges

Selon le Conseil fédéral⁶⁷³, la clause générale de l'article 706 CO et la liste exemplative des articles 706 CO et 706b CO ont été adoptés volontairement afin de permettre

⁶⁶⁹ LE CANNU (2001) N 39; HANNOUN (1993) p. 227.

⁶⁷⁰ Cass. Ch. Mixte, 16 décembre 2005, n° 04-10986, *op. cit.*

⁶⁷¹ LEDOUX (2002), N 170, p. 152.

⁶⁷² Cass. com., 21 janvier 1970, *Saupiquet-Cassegrain*, Bill. Civ. IV n° 28; JCP 1970, éd. CI II, 89285, note B. Oppetit; Rev. soc. 1970, p. 292, note J.G.; RTD com. 1970, p. 738, n° 16, obs. Houin: la Cour de cassation censure la Cour d'appel de Rennes qui avait prétendu apprécier l'opportunité d'une cession de contrôle d'une société à l'un de ses concurrents à l'égard de l'intérêt social. Ce faisant, elle a rappelé le principe de souveraineté du pouvoir majoritaire dans la conduite des affaires sociales, refusant d'instaurer un gouvernement judiciaire de la société sur initiative minoritaire.

⁶⁷³ Message de 1983 concernant la réforme du droit de la société anonyme, n° 321.

aux juridictions de tenir compte d'une évolution de la jurisprudence et de la doctrine, mais ne visent en aucun cas à multiplier les causes de nullité.

- 536 Selon un grand arrêt du Tribunal fédéral, la teneur de l'atteinte sera prise en considération pour décider de la sanction applicable⁶⁷⁴. Le Tribunal fédéral a ainsi identifié quatre critères cumulatifs pour qualifier une délibération de nulle: l'atteinte doit être (i) grave, (ii) durable, (iii) porter sur des droits fondamentaux (iv) protégés par une règle impérative⁶⁷⁵.
- 537 Les critères de «gravité» et de «durabilité», c'est-à-dire de répétition dans le temps sont des critères particulièrement subjectifs. Une interprétation stricte de la notion de gravité s'impose, et ce, afin de réduire autant que possible les causes de nullité en raison des conséquences lourdes que cette sanction peut engendrer pour la sécurité du droit, en particulier lorsqu'il s'agit de décisions affectant les droits des tiers⁶⁷⁶. Ainsi, le juge usera de sa marge d'appréciation pour appliquer la sanction de façon exceptionnelle⁶⁷⁷.
- 538 Tout comme en droit français, le juge ne peut en revanche se substituer à l'assemblée générale, ni la condamner à prendre une décision déterminée⁶⁷⁸, exception faite des cas d'action positive en matière de droit de vote, par laquelle le demandeur enjoint le juge de constater le résultat exact du vote⁶⁷⁹ (*positive Stimmrechtsklage* aussi connu sous le nom de *positive Beschlussfeststellungsklage*). La terminologie d'«action en contestation des droits de vote» proposée par la doctrine francophone en traduction de la notion allemande est toutefois malheureuse car elle ne reflète pas le contenu de ce recours. Nous lui préfererions l'expression d'«action positive en constatation d'une décision».
- 539 La doctrine propose la définition suivante de l'action en constatation d'une décision⁶⁸⁰: le demandeur demande au juge de prononcer de façon rétroactive la décision

⁶⁷⁴ BSK-WERNLI, art. 714 CO, N 10; moins restrictif: ZK-HOMBURGER, art. 714 CO, N 350 ss.

⁶⁷⁵ ATF 133 III 77, consid. 5, TF 4C.347/2006 du 16 janvier 2007: le Tribunal fédéral rappelait que «la nullité ne sera admise qu'exceptionnellement, par exemple, en cas de violation grave et durable des règles légales impératives et fondamentales». La solution est stable et reprise: ATF 115 II 46 = JT 1990 I 374, consid. 3b; BÖCKLI (2009), § 13 N 266; BSK-WERNLI, art. 714 CO, N 10; ZK-HOMBURGER, art. 714 CO, N 346.

⁶⁷⁶ CR-PETER/CAVADINI, art. 706b CO, N 5.

⁶⁷⁷ BSK-WERNLI, art. 714 CO, N 10, qui mentionne: «*bei Vorliegen schwerwiegender und dauerhafter Verstösse gegen zwingendes, im öffentlichen Interesse aufgestelltes Recht oder gegen die strukturwesentlichen Normen und fundamentale Ordnung des Aktienrechts*».

⁶⁷⁸ BÖCKLI (2009), § 13 N 52 ss.

⁶⁷⁹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), § 16 N 209; BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706 CO, N 9c.

⁶⁸⁰ BÜHLER/VON DER CRONE (2014), p. 570. V. ég.: BÖCKLI (2009), § 12 N 500a.

qui aurait dû être légalement adoptée après correction du vote irrégulier⁶⁸¹. La doctrine soutient que le législateur n'a pas prévu la possibilité d'une action positive au sens de rectification de la décision mais que cette lacune doit être comblée par le juge. L'action positive en constatation d'une décision est utilisée en complément de l'action en annulation et l'article 706a CO s'applique par analogie: il faut d'abord annuler la résolution en temps utile avant de prononcer la décision positive. Le tribunal doit également examiner la légalité de la décision et, le cas échéant déclarer la nullité d'office sur le fondement de l'article 706b CO et rejeter la demande de l'action positive⁶⁸².

Un exemple en est l'application par le Tribunal cantonal de Zoug dans un jugement en date du 27 octobre 2016 rendu dans le cadre de l'affaire Sika contre Saint Gobain: les demandeurs se plaignaient de la restriction selon eux illégale de leurs droits de vote lors de l'assemblée générale, dont ils demandent l'annulation (art. 706 CO) et initient également une action positive en constatation d'une décision (art. 691 CO). L'issue du litige s'est finalement conclue par une transaction privée. Le Tribunal cantonal rappelle que cette action est recevable lorsque la prise en compte du vote litigieux (prise en compte du vote d'un participant non autorisé sur le fondement de l'article 691 al. 3 CO, erreur de calcul du quorum, par exemple), une fois corrigé, aboutit effectivement à un résultat différent⁶⁸³. Le Tribunal fédéral admet également l'action en constatation d'une décision en présence d'une assemblée de créanciers⁶⁸⁴. Dans une espèce, un créancier avait été exclu à tort de l'assemblée des créanciers. Il avait contesté la décision de l'assemblée auprès de l'autorité compétente, qui avait en conséquence déterminé le résultat correct du vote. Elle était toutefois parvenue à la conclusion que le résultat correct du vote était inapproprié et ne devait donc pas être ordonné⁶⁸⁵.

§ 2 Le contrôle de l'intérêt à agir du demandeur

En France comme en Suisse, le demandeur doit avoir un intérêt légitime à contester une décision sociale, sous peine d'irrecevabilité de sa demande. L'intérêt à agir est conçu plus largement en France (I) qu'en Suisse (II), ce qui explique en partie que l'action soit plus difficile à engager en Suisse qu'en France, et donc moins génératrice de contentieux.

⁶⁸¹ BÖCKLI (2009), § 12 N 499 ss.

⁶⁸² TF 4A_340/2021 du 27 octobre 2021.

⁶⁸³ Jugement A3 2015 27 du Tribunal cantonal de Zoug en date du 27 octobre 2016, consid. 3.1.

⁶⁸⁴ ATF 5A_345/2018 du 8 août 2019, consid. 3.2.4.

⁶⁸⁵ ATF 5A_345/2018 du 8 août 2019, consid. 3.6.

I. En droit français : le contrôle de la finalité de la règle impérative méconnue

A. Distinction entre nullité absolue et nullité relative

542 Le droit des sociétés se différencie en cela du droit commun en ce qu'il distingue d'abord nullité automatique et nullité facultative sans pour autant instaurer une hiérarchie des droits : certaines méconnaissances purement formelles peuvent faire l'objet d'une nullité automatique lorsque le législateur le prévoit. A cette première dichotomie, s'en ajoute une seconde qui oppose nullité absolue et nullité relative : cette distinction est fondée sur la possibilité de régulariser ou de confirmer d'une part, et d'autre part sur l'intérêt protégé par la règle, et concomitamment sur l'intérêt à agir du demandeur de la nullité. Cette distinction entre nullité absolue et relative est issue de la construction civiliste de la théorie des nullités et revêt selon nous un caractère plus processuel que substantiel, puisque la sanction en est l'irrecevabilité de l'action. Une fois encore, le législateur laisse au juge le soin de qualifier l'intérêt protégé par la règle de droit, et ainsi d'identifier le caractère absolu ou relatif de la nullité. La solution n'est pas toujours évidente : en matière d'abus de majorité, selon certains la nullité serait relative et selon d'autres, elle serait absolue⁶⁸⁶.

1. Distinction fondée sur l'intérêt protégé

a. Intérêt protégé et intérêt à agir

543 La doctrine commercialiste a calqué la théorie civiliste des nullités pour maintenir la distinction classique entre nullité absolue et relative. La jurisprudence a confirmé cette position⁶⁸⁷ en usant d'une formulation désormais usuelle⁶⁸⁸. La réforme récente du

⁶⁸⁶ LE CANNU/DONDERO (2019), N 162 et note de bas de page 245.

⁶⁸⁷ Cass. com., 17 janvier 1989, n° 86-18.966, Bull. civ. IV, n° 29, D. 1989, I.R., p. 39, BJS 1989, p. 247 note Le Cannu, Defrénois 1989, art. 34612, p. 1268 : «est ouverte à toute personne justifiant d'un intérêt légitime tendant à faire déclarer la nullité d'un acte ou d'une délibération d'une société commerciale affecté d'un vice de portée générale, tandis que la nullité ayant pour objet la protection d'intérêts particuliers ne peut être invoquée que par la personne ou le groupe de personnes dont la loi assure la protection.»

⁶⁸⁸ CA Versailles, 29 juin 2000, RG 1998/1864 : «l'action tendant à faire déclarer la nullité d'un acte ou d'une délibération affectée d'un vice d'une portée générale est ouverte à toute personne justifiant d'un intérêt légitime, tandis que la nullité ayant pour objet la protection d'intérêts particuliers ne peut être invoquée que par la personne dont la loi assure la protection». En conséquence, l'action en nullité des délibérations d'un conseil d'administration introduite par un actionnaire, tant à titre personnel qu'en qualité de représentant légal de la société, qui se fonde sur un défaut de convocation et d'information d'un membre du conseil d'administration ainsi que sur le contexte général frauduleux ayant permis, au cours de la séance litigieuse, l'entrée d'un nouvel actionnaire ayant pour objectif de prendre le contrôle de la société, dès lors qu'elle n'est pas limitée aux seules irrégularités dont aurait pu se prévaloir le seul membre du conseil d'administration concerné, mais implique aussi l'éventuelle lésion des droits des actionnaires, doit être déclarée recevable en vertu du principe général du droit selon lequel la fraude corrompt tout. En l'espèce, les irrégularités constatées (convocation tardives d'un actionnaire de façon à l'évincer et constitution d'une majorité factice sur un objet essentiel à la vie de la société), la nullité des délibérations du conseil d'administration litigieux doit être prononcée et la cession

droit des contrats introduite par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 reprend cette formulation à l'article 1179 du Code civil consacrant la jurisprudence antérieure: «La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général. Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé». Le critère de distinction de ces deux nullités se fonde donc sur l'étendue de l'intérêt que la règle protège.

En conséquence, les titulaires du droit d'agir en nullité, ceux qui peuvent prétendre à 544 un intérêt légitime à agir, varient selon que la nullité est absolue ou relative. Les nouveaux articles 1180 et 1181 du Code civil, découlant logiquement de l'article 1179 du même Code explicitent cette distinction: «La nullité absolue peut être demandée par toute personne justifiant d'un intérêt, ainsi que par le ministère public. Elle ne peut être couverte par la confirmation du contrat» (art. 1180 C. civ.). De même, «La nullité relative ne peut être demandée que par la partie que la loi entend protéger. Elle peut être couverte par la confirmation» (art. 1181 C. civ.). La sanction sera l'irrecevabilité de l'action en justice du demandeur dépourvu d'intérêt à agir (art. 31 CPC⁶⁸⁹). La distinction introduite clairement dans le Code civil ne fait, finalement, que reprendre l'approche en vigueur de longue date dans le Code de procédure civile.

Plus spécialement en droit des sociétés, les règles qui gouvernent les nullités se sont 545 autonomisées de celles du droit civil, notamment en ce que la distinction entre nullité relative et nullité absolue y est moins tranchée⁶⁹⁰.

La nullité absolue protège les dispositions légales dont le caractère est d'ordre public. 546 Elle sanctionne une irrégularité de portée générale contraire à des intérêts généraux et ouvre le droit d'agir à toute personne ayant un intérêt légitime à agir. Peuvent ainsi potentiellement agir en nullité les actionnaires et leurs ayant-causes tels que leurs créanciers personnels, les gérants, administrateurs, directeurs généraux, président du conseil de surveillance, commissaires aux comptes, liquidateurs de la société, et également les créanciers sociaux ou encore les salariés⁶⁹¹. Le législateur ne donne que rarement des indications sur le caractère absolu ou relatif de la nullité encourue. Tout au

des actions intervenue en cours de séance déclarée inopposable à la société; Cass. com., 17 janvier 1989, n° 86-18.966, *op. cit.*

⁶⁸⁹ Selon l'article 31 CPC: «l'action est ouverte à tous eux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé».

⁶⁹⁰ ANSAULT (2012), p. 7.

⁶⁹¹ CA Montpellier, 7 janvier 1980, Rev. soc. 1980, p. 737, note Mouly; Chartier, note RJ com. 1974, p. 292; GERMAIN (1992), p. 492; CA Versailles, 12^e ch. 29 juin 2000, *Sté Halisol c. Sté Médix*, RJDA 2001, n° 44, Dr. Sociétés 2000, comm. 180, obs. Vidal; article L.225-227 du Code de commerce; Cass. com., 9 juillet 2002, *Arcostanzo c/Jatteaux*: Dr.Stés, décembre 2002, n° 222.

mieux la nullité relative peut se déduire lorsque le texte prévoit que seules certaines personnes ont qualité pour agir. Dès lors, dans une interprétation rigoriste, les cas de nullité absolue doivent être déterminés en creux par exclusion des nullités relatives : sont absolues toutes les causes de nullité que le législateur n'a pas clairement indiquées comme étant relatives, soit en indiquant les personnes ou catégories de personnes ayant qualité à agir, soit en permettant de régulariser le vice.

- 547 La nullité relative protège les dispositions légales ayant pour objet la sauvegarde d'intérêts particuliers et ne peut être invoquée que par la personne dont la loi assure la protection. C'est le cas des règles concernant l'information des actionnaires, la convocation aux assemblées et l'ensemble des dispositions prévues par le décret du 23 mars 1967.
- 548 Par ailleurs, un auteur soutient que le caractère absolu de la nullité pour abus de majorité devrait permettre aux tiers, et notamment aux salariés, d'agir sur ce fondement. La proposition se situe dans le cadre d'une réflexion consacrée à l'impact social d'un *leverage buy out* sur la société cible⁶⁹². Pourtant la définition actuelle de l'abus de majorité ne permet pas d'affirmer que ce vice est sanctionné par la nullité absolue. L'ouverture de l'action en nullité pour abus de majorité aux salariés supposerait que l'intérêt social au sens large en soit l'unique critère. Or, l'intérêt social est un élément essentiel mais cumulatif, au côté du désavantage de la minorité au profit de la majorité.
- 549 Les tiers et les créanciers sociaux ne sont pas admis à critiquer les décisions sociales en dehors des cas prévus par le législateur : « admettre trop facilement cet intérêt [à agir] leur permettrait d'avoir un droit de regard excessif sur la vie sociale⁶⁹³. » Ils pourront néanmoins se rabattre sur l'action paulienne, toutefois très limitée : les créanciers voire même les salariés seront alors admis comme ayant un intérêt à demander l'annulation d'une délibération visant la transformation d'une société sur le fondement de l'article L.235-1, al. 1^{er} du Code de commerce s'ils invoquent que l'opération n'a été réalisée que pour frauder leurs droits légitimes⁶⁹⁴.

b. *Les nullités relatives catégorielles*

- 550 Le juge apprécie les intérêts lésés selon un schéma de « cercles d'intérêts »⁶⁹⁵. Cette approche rejoint l'idée que le juge répartit les sujets de droit sur des cercles concentriques en fonction de leur appartenance plus ou moins étroite à la société et adapte son contrôle de l'intérêt sur ce modèle⁶⁹⁶. Elle s'illustre par la création jurisprudentielle de « nullités relatives catégorielles », qui consistent à offrir la capacité à agir

⁶⁹² BERTREL (2013), p. 75.

⁶⁹³ ANSAULT (2012), N 14.

⁶⁹⁴ Par exemple pour une opération de fusion : Cass. com., 10 octobre 1995, Bull. civ. IV, n° 224.

⁶⁹⁵ HANNOUN (1993), N 12.

⁶⁹⁶ ANSAULT (2012), N 17 ss.

non plus à une personne individuelle mais à une catégorie d'individus désignés par leur qualité juridique liée à la titularité de l'action en nullité. La Cour de cassation en offre une illustration en matière d'absence de convocation à l'assemblée générale: n'importe quel actionnaire peut se prévaloir de l'absence de convocation d'un autre actionnaire⁶⁹⁷.

Jean-Jacques Ansault a pu s'étonner de l'absence de justification de telles nullités catégorielles: selon lui, elles se présentent comme le fruit de la combinaison d'une recherche de protection ciblée associée à la logique de la collégialité⁶⁹⁸. Selon nous. Cette décision est emprunte d'opportunité: l'actionnaire qui n'aurait pas été convoqué ne peut avoir connaissance de la tenue de ladite assemblée générale. Qui d'autre qu'un autre actionnaire, également au fait de la tenue de la dite assemblée, serait mieux placé pour défendre les droits de l'actionnaire lésé? Toutefois, l'opportunité est totalement discutable: comment un actionnaire peut-il avoir connaissance de l'absence de convocation d'un autre actionnaire, à moins de le connaître personnellement, ce qui implique qu'une telle décision n'aurait de sens que dans une société au capital restreint doté d'un fort *affectio societatis*? Et dans ce cas, comment peut-on envisager qu'un actionnaire ayant connaissance de l'absence de convocation n'ait pas averti l'autre actionnaire de la tenue d'une assemblée générale, auquel cas ce dernier aurait pu participer à la séance, voire tenter l'action par lui-même? Une telle décision ouvre la porte à des demandes de nullité chicanières plus qu'elle ne corrige d'éventuelles injustices.

c. *Les difficultés d'identification de l'intérêt protégé*

La distinction entre nullité absolue et relative n'est par ailleurs pas toujours évidente à 552 appréhender car la frontière entre intérêt général et intérêt privé peut être délicate à établir. En outre, la catégorie des intérêts privés est loin d'être homogène: elle peut viser à défendre non seulement des intérêts individuels mais aussi d'un groupe d'individus⁶⁹⁹. Tel est le cas par exemple de l'oubli par une société de soumettre aux débats de l'assemblée générale extraordinaire décidant ou autorisant une augmentation de capital un projet de résolution prévoyant une émission réservée aux salariés dans le cadre de l'ancien régime des plans d'épargne entreprise (ancien art. L.225-129-6, al. 1 C.com.). Selon les uns, la nullité encourue en sanction des décisions prises en violation de cette obligation était absolue: le législateur aurait voulu créer une règle d'ordre public. Selon d'autres, la nullité était relative: le législateur a seulement voulu inciter au développement de l'épargne salariale. Seuls les salariés auraient eu intérêt à agir⁷⁰⁰.

⁶⁹⁷ Cass. civ. 3^e, 21 octobre 1998, n°96-16537, *Angeli et autre c. SCI Domaine de Grignon et autre*.

⁶⁹⁸ ANSAULT (2012), N 20.

⁶⁹⁹ ANSAULT (2012), p. 7.

⁷⁰⁰ EVRARD, rapport ANSA (2003).

Les juridictions de premier degré avaient tranché le débat en faveur du caractère absolu de la nullité⁷⁰¹.

553 Il résulte de ces incertitudes que le juge, en appréciant restrictivement l'intérêt à agir, réduit la possibilité d'appliquer la sanction.

2. Distinction entre nullité absolue ou relative et nullité automatique ou facultative

554 Contrairement à la logique retenue par le droit suisse, les nullités automatiques ne sont pas nécessairement des nullités absolues. Pareillement, les nullités facultatives ne doivent en aucun cas être assimilées à des nullités relatives.

555 En effet, la distinction entre nullité automatique ou de plein droit et facultative dépend d'un critère matériel, indépendant de l'intérêt protégé. En revanche, la distinction entre nullité absolue et relative relève d'un critère formel et dépend de l'intérêt protégé (général ou particulier). Nous avons ainsi pu relever que l'article L. 235-14 du Code de commerce impose une nullité obligatoire en cas d'absence de procès-verbal des réunions du conseil d'administration comme l'indique le recours au présent de vérité générale «est sanctionnée par la nullité ...» qui n'offre guère de choix au juge. Ce même article instaure une nullité relative en limitant les personnes ayant qualité à agir à tout administrateur, membre du directoire ou membre du conseil de surveillance. De même, en droit des procédures collectives, l'article L. 632-1 al. 1 du Code de commerce dresse une liste de tous les actes ou décisions du débiteur dont la nullité est automatique, en raison de leur nature et de la période au cours de laquelle ils ont été effectués. Or, cette action en nullité est indiscutablement relative⁷⁰², car l'article L. 632-4 du Code de commerce réduit les titulaires de l'action à l'administrateur, au mandataire judiciaire ou au Ministère public.

556 D'où provient cette confusion? La distinction entre nullité automatique et facultative, lorsque le texte ne permet pas de trancher clairement en faveur de l'une ou de l'autre, repose sur l'appréciation par le juge de la gravité du vice qui entache la délibération: par exemple, les irrégularités de la convocation ou de l'information des actionnaires sont généralement sanctionnées par la nullité facultative, sauf si ces irrégularités sont telles qu'elles ont pour conséquence de priver l'actionnaire de tout exercice de son droit. Dans ce cas, la nullité sera automatique. La théorie classique de la nullité en droit commun distinguait nullité absolue et relative en se fondant sur un critère dit organique, à savoir la gravité du vice. Selon nous, en retenant ce critère, qui est iden-

⁷⁰¹ T.com. Bordeaux, 15 novembre 2002; T.com. Paris, 25 novembre, 2003.

⁷⁰² Cass. com., 1^{er} avril 1997, n° 94-12.990, *Société CTMR c. Caisse régionale de crédit agricole mutuel*: D. Affaires 1997.611: le débiteur d'une société cède sa créance à une banque. Le débiteur avance que la cession de la créance est nulle car intervenue pendant la période suspecte précédant la liquidation judiciaire du créancier initial. La Cour de cassation précise: «la nullité des actes faits par le débiteur depuis la cessation des paiements est une nullité relative, qui ne peut notamment être invoquée par le propre débiteur de la personne débitrice».

tique à celui appliqué pour distinguer nullité automatique et facultative, on aboutit logiquement et nécessairement à une confusion erronée entre nullité absolue et automatique d'une part et nullité relative et facultative d'autre part. L'abandon du critère organique de la gravité du vice au profit de celui de la règle protégée en droit commun a pour conséquence de décalquer ces deux grilles de lecture qui se confondaient malheureusement jusqu'alors.

B. Définition de l'intérêt à agir: pas de nullité sans grief

1. Appréciation restrictive de l'intérêt à agir

a. *Le pouvoir d'appréciation du juge*

Que la nullité soit absolue ou relative, la personne qui invoque l'action doit justifier 557 d'un intérêt à agir, sous peine d'irrecevabilité de sa demande. Selon l'article 31 du Code de procédure civile, l'intérêt à agir doit être à la fois personnel, né et actuel.

En matière de nullité des délibérations sociales, en l'absence de précisions des textes, 558 la question de savoir si l'action est relative ou absolue impose de rechercher préalablement la finalité de la disposition visée⁷⁰³. C'est donc grâce à son pouvoir de qualification que le juge décidera du caractère attitré ou non de l'action qui lui est soumise. Il contrôlera par la suite l'intérêt à agir du demandeur, ce qui lui offre une marge de manœuvre appréciable pour recevoir ou déclarer irrecevable l'action⁷⁰⁴. Dans ce contexte, le juge canalise les nullités des délibérations sociales⁷⁰⁵. Il peut ainsi ouvrir plus ou moins largement l'accès du droit de critique en intervenant sur la qualification de la nullité, puis en contrôlant l'intérêt du demandeur.

Le contrôle de l'intérêt à agir permet au juge de tempérer les actions de pure nuisance 559 en s'assurant que l'irrégularité invoquée sur le fondement de la nullité de la décision litigieuse a effectivement causé un grief au plaignant. La Cour de cassation a ainsi eu l'occasion de rappeler une telle nécessité en affirmant que: «l'annulation de l'assemblée des associés d'une société civile, en raison d'une irrégularité affectant les modalités de la convocation des associés, est subordonnée à la démonstration d'un grief par celui qui s'en prévaut⁷⁰⁶». Cette solution s'applique indépendamment de la forme sociale. Le contrôle de l'intérêt à agir répond de deux conditions cumulatives: une

⁷⁰³ ANSAULT (2012); Cass. com., 17 janvier 1989, BJS 1989. 247, note Le Cannu; Defrénois 1989, art. 34612, p. 1268. Obs. Honorat.

⁷⁰⁴ ANSA n° 3075, juillet 2001, CJ du 6 juin 2001.

⁷⁰⁵ ANSAULT (2012), p. 7.

⁷⁰⁶ Cass. civ 1^{re}, 16 janvier 2007, n° 05-12033; Cass. com., 7 juillet 2015, n° 14-18705 Dr. soc. 2015, comm. 191, note R. Mortier; Rev. soc. 2016, p. 237, note B. Saintourens: en l'espèce, un actionnaire demandait la nullité de la convocation à une assemblée générale d'une société civile pour défaut de pouvoir de celui qui en est l'auteur. Sa demande est refusée au motif qu'il ne démontre pas en quoi l'irrégularité lui a causé un grief. CA Pau, 3 avril 2012, BJS 2012, p. 619, note D. Poracchia et H. Lecuyer; Dr. soc. 2012, comm 164, note D. Gallois-Cochet.

condition de premier degré, à savoir l'existence d'un grief du demandeur et une condition de second degré, à savoir l'existence d'un lien de causalité entre l'irrégularité invoquée (en l'espèce le défaut de pouvoir de la personne ayant convoqué l'assemblée générale) et le grief⁷⁰⁷. En d'autres termes, la violation d'une disposition impérative ne constitue pas à elle seule un trouble suffisant pour justifier d'un intérêt à agir : encore faut-il qu'existe un lien étroit entre l'irrégularité et l'avantage escompté par le prononcé de la sanction, qui doit consister en la sauvegarde d'un droit ou d'une situation juridique⁷⁰⁸.

b. *Les critères retenus par le juge pour apprécier l'intérêt à agir*

- 560 Pour identifier l'intérêt à agir, le juge apprécie en principe la nature de la délibération attaquée et les effets de son annulation sur la situation de demandeur. Si l'annulation est sans effet, le demandeur est dépourvu d'intérêt à agir. Inversement, pour que les demandeurs aient effectivement un intérêt à agir, il convient que l'annulation de la délibération litigieuse leur procure un avantage matériel ou moral⁷⁰⁹.
- 561 En outre, le juge apprécie l'intérêt à agir du demandeur en tenant compte d'un large spectre d'éléments. De la sorte, il peut rejeter des demandes en intégrant des éléments exogènes à la seule relation entre le demandeur et la société. Plusieurs arrêts ont ainsi rejeté des demandes de nullité parce que leurs auteurs étaient des concurrents de la société contre laquelle l'action était dirigée⁷¹⁰. Les juges considèrent que pour être recevable, l'intérêt personnel du demandeur doit être aligné sur celui de la société. De telles décisions présentent également un caractère d'opportunité, en palliant l'absence de devoir de loyauté des actionnaires à l'égard de la société en droit français⁷¹¹.
- 562 Se pose également la question de savoir dans quelle mesure la société peut avoir un intérêt à contester une décision sociale. La solution n'est pas évidente, car elle suppose de reconnaître à un même sujet de droit les qualités de demandeur et de défen-

⁷⁰⁷ Cass. com., 7 juillet 2015, n° 14-18705 ; Dr. soc. 2015, comm. 191, note R. Mortier ; Rev. soc. 2016, p. 237, note B. Saintourens ; Cass. mixte, 16 décembre 2005, n° 04-10986, préc. Sous n° 464 ; LE CANNU/DONDERO (2019), N 478.

⁷⁰⁸ GUEGAN (2020), N 236.

⁷⁰⁹ Cass. com., 15 juillet 1992, no. 90-15.589 et 90-16.836, Bull. 1992 IV N° 281, p. 196 : pour apprécier l'intérêt à agir d'actionnaire minoritaires d'une société anonyme ayant introduit une action en annulation d'une délibération du conseil d'administration, les juges du fond recherchent si le succès de leur prétention pouvait procurer à eux-mêmes ou à la société des avantages matériels ou moraux.

⁷¹⁰ CA Paris, 5 juillet 1954, D. 1954. 706 ; CA Paris, 26 mai 1967, Gaz. Pal. 1967.2.246, note Blancher.

⁷¹¹ L'existence d'un devoir de loyauté des actionnaires n'est pas fermement établie. La doctrine est réservée, sinon divisée (en faveur : v. DONDERO/LE CANNU (2019), § 158 et s. ; dans le sens inverse : FAGES/PORACCHIA (2014), N 3, p. 51 ; GARINOT (2014), p. 91). De façon générale sur le devoir de loyauté, voir : BRUNSWICK (2016).

deur à l'instance⁷¹². La solution est plus facilement admise en présence d'abus de majorité: la décision litigieuse constituant un abus de majorité porte atteinte aux intérêts des actionnaires minoritaires mais également à l'intérêt social, et le défendeur sera l'actionnaire majoritaire. En effet, la Cour de cassation a admis que la société puisse se prévaloir de la nullité d'une délibération contre des tiers qui exigeaient d'elle l'exécution d'une prestation. Un pourvoi de cette affaire avançait que la société n'avait ni qualité, ni intérêt à demander la nullité des conventions pour abus de majorité, faute pour elle d'être un actionnaire minoritaire. La Cour de cassation lui donne tort: «le gérant de la société C avait vocation à agir au nom de la société, sur le fondement des pouvoirs légaux qui lui sont conférés, pour faire constater par la juridiction compétente la nullité des conventions litigieuses et l'atteinte portée à l'intérêt social par les agissements de son ancien gérant et de la société, constitutif d'abus de majorité⁷¹³». Il semble donc que lorsque l'intérêt social est en jeu, l'organe social habilité à représenter la société peut tirer de sa seule qualité le pouvoir d'agir en nullité contre une décision de l'assemblée générale.

2. Appréciation restrictive de la qualité à agir en matière de nullité relative

La jurisprudence maintient l'exigence d'un intérêt à agir en présence d'une irrégularité formelle, ce qui permet d'atténuer la sanction de la nullité⁷¹⁴. Sous le couvert du contrôle de l'intérêt à agir, les juges procèdent à un véritable contrôle de l'opportunité de la sanction⁷¹⁵.

En application de l'article 31 du CPC, la qualité à agir n'a vocation à intervenir que 564 «sous réserve» des cas où la loi attribue l'action à certaines personnes: l'existence du droit d'agir est entièrement tributaire de la qualité du demandeur, lequel pourra se prévaloir de ce seul critère légal sans avoir à démontrer un intérêt personnel, né, actuel et

⁷¹² ANSAULT (2012).

⁷¹³ Cass. com., 21 janvier 1997, n° 94-18. 883, BJS 1997, p. 312, note Le Cannu, Rev. soc. 1997, p. 528, RTD civ 1997, n° 4, obs. Mestre, RJ com. 1998, p. 23, note E. Putman, Rev. Fid. FH 1997, n° 2644, p. 2.

⁷¹⁴ Cass. mixte, 16 décembre 2005, n° 04-10986: BICC 15 février 2006, p. 22, rapp. Foulon et avis Domingo; Dr. sociétés 2006, comm. 36, note Fr.-X. Lucas; BJS 2006, p. 536, note L. Grosclaude; RTD Com. 2006, p. 148, obs. M.-H. Monsérié-Bon; Rev. soc. 2006, p. 327, note B. Saintourens; Defrénois 2006, p. 1145, obs. H. Hovasse. – V. ég. Cass. com., 19 avril 2005, n° 02-13599: BJS 2005, p. 1269, note P. Le Cannu; Rev. soc. 2005, p. 840, note B. Saintourens. Cass. com., 7 juillet 2015, n° 14-18705: Dr. sociétés 2015, comm. 191, note R. Mortier; Rev. soc. 2016, p. 237, note B. Saintourens; Cass. com., 10 novembre 2015, n° 14-16022 et 15-15430: Dr. sociétés 2016, comm. 30, note M. Roussille; BJS 2016, p. 149, note M. Buchberger; Rev. soc. 2016, p. 366, note A. Lecourt.

⁷¹⁵ GUEGAN (2020), N 330: le deuxième arrêt de la CA de Paris dans l'affaire LVMH en est l'illustration. CA Paris, 26 avril 1990: Rev. soc. 1990, p. 425, note P. Le Cannu; BJS 1990, p. 536, note M. Jeantin; JCP E 1991, 175, note D. Legeais et H. Causse. Confirmé par Cass. com., 15 juillet 1992, nos 90-15589 et 90-16836: BJS 1992, p. 1202, note J.-F. Barbière; Rev. soc. 1992, p. 757, note P. Le Cannu.

légitime. Celui-ci se présume. *A contrario*, faute de qualité attitrée, le demandeur devra démontrer qu'il a un intérêt à agir sous peine d'irrecevabilité de sa demande⁷¹⁶. Les auteurs s'accordent pour considérer que les actions en nullité relative, lesquelles sanctionnent des règles établies dans le but de protection individuelle, relèvent des actions attitrées : elles sont donc réservées aux seuls destinataires de la protection, à l'exclusion de tous les autres, quand bien même ceux-ci auraient un intérêt à la protection⁷¹⁷. A ainsi été rejetée l'action en nullité d'une fusion présentée par un commissaire aux comptes, qui ne fait pas partie des personnes protégées par la règle violée⁷¹⁸.

- 565 La présomption d'un intérêt à agir dès lors que le titulaire de l'action est pourvu de la qualité à agir doit être relativisée : en effet, une personne peut avoir qualité à agir, c'est-à-dire être explicitement protégée par la règle de droit, sans pour autant avoir intérêt à agir dans la mesure où l'atteinte à la règle ne l'affecte pas. Aussi, la jurisprudence aurait selon certains auteurs⁷¹⁹ tendance à adopter une conception restrictive afin de contourner les nullités.
- 566 La jurisprudence n'est pas fixée sur la question de savoir si le demandeur doit avoir la qualité d'actionnaire au moment de l'adoption de la décision litigieuse ou au moment de la demande. Certaines décisions admettent qu'une personne, devenue actionnaire après que la décision irrégulière ait été adoptée, peut agir en nullité. Ainsi, un actionnaire peut agir en nullité d'une délibération du conseil d'administration ayant alloué un complément de retraite à un ancien dirigeant alors même qu'il n'était pas encore actionnaire à l'époque des faits : aucune disposition légale n'impose de posséder la qualité d'actionnaire à la date de l'acte ou de la décision critiqués⁷²⁰. Ceux qui n'ont plus la qualité d'actionnaire après l'adoption de la décision litigieuse conservent un intérêt à agir. Ainsi, le vendeur de titres qui n'est plus actionnaire peut agir en nullité

⁷¹⁶ ANSAULT (2012).

⁷¹⁷ ANSAULT (2012).

⁷¹⁸ Cass. com. 17 janvier 1989, n° 86-18.966, *ENI c. ENI Chemical* : Bull. civ. IV, n° 29, p. 18 ; D. 1989. IR. 39 ; BJS 1989, p. 247, § 79, note Le Cannu ; Defrénois 1989, p. 1268, obs. Honorat : le traité de fusion d'une SARL et d'une société anonyme a été approuvé. Le commissaire aux comptes demande la nullité de la décision de fusion. La Cour d'appel le déclare recevable dans son action mais le déboute de sa demande de nullité. La Cour de cassation casse cet arrêt au motif que la Cour d'appel n'a pas caractérisé la nullité invoquée : « est ouverte à toute personne justifiant d'un intérêt légitime l'action tendant à faire déclarer la nullité d'un acte ou d'une délibération d'une société commerciale affectée d'un vice de portée générale tandis que la nullité ayant pour objet la protection d'intérêts particuliers ne peut être invoquée que par la personne ou le groupe de personnes dont la loi assure la protection ». V. aussi CA Versailles, 12^e ch., 2^e sect., 29 juin 2000 : JCP éd. E, 2000, p. 1359.

⁷¹⁹ LE CANNU (2001) qui toutefois semble confondre intérêt et qualité à agir.

⁷²⁰ Cass. com., 4 juill. 1995, n° 93-17.969. Bull. civ. IV, n° 206, RJDA 1995, n° 994, Rev. soc. 1995, p. 504, note Le Cannu, LPA 26 janvier 1996, p. 18, note Bibirala, RTD com. 1996, p. 71, obs. Reinhard.

pour abus de majorité d'une assemblée annuelle car il a toujours intérêt à obtenir la réintégration de sommes litigieuses dans les bénéfices sociaux dès lors que le prix de cession de ses actions était calculé en fonction des bénéfices⁷²¹. Ainsi, il convient de distinguer la qualité d'actionnaire, qui s'apprécie au jour de l'assignation, et celle de titulaire du droit de critique, qui s'apprécie au jour où la nullité est encourue⁷²². Si la qualité d'actionnaire n'est pas forcément nécessaire à l'exercice d'une action, elle n'est pas toujours suffisante à elle-seule non plus⁷²³.

L'attribution de la qualité à agir soulève néanmoins des difficultés en matière d'action sociale: qui est le titulaire de la qualité à agir en nullité des décisions sociales lorsque celles-ci contreviennent à l'intérêt social, portant préjudice à la société? En présence d'un abus de majorité, traditionnellement seuls les actionnaires minoritaires devraient avoir qualité pour engager une telle action en nullité. Toutefois, la jurisprudence a admis que la société puisse également bénéficier de la qualité à agir dans le cadre d'une action *ut singuli*⁷²⁴.

Selon un auteur, il est nécessaire de préalablement trancher le débat sur la nature de la société (contractuelle ou institutionnelle) afin de déterminer si le vice porte atteinte à l'ordre juridique ou au droit de chacune des parties⁷²⁵. Nous sommes plutôt d'avis que la nature contractuelle ou institutionnelle de la société doit se déduire de l'étude des textes et de la jurisprudence, et non pas être inférée *a priori*. On observe que les cas de nullité relative sont plus nombreux et relèvent de la règle, alors que les cas de nullité absolue se définissent en creux de la définition de la nullité relative. Cette tendance s'observe particulièrement depuis l'adoption de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 dite NRE, qui a transformé des nullités absolues en nullité relatives et circonscrit d'avantage la qualité à agir des demandeurs. Auparavant, les nullités absolues avaient la faveur du législateur et du juge, héritage de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. Parallèlement, l'action en nullité relative est ouverte à des catégories croissantes de parties, comme les salariés ou les créanciers, manifestant la faveur de la conception institutionnelle de la société.

⁷²¹ CA Paris, 25^e ch. B, 15 mars 1985, Dr. Sociétés 1985, n° 147, obs. critique Germain.

⁷²² GUEGAN (2020), N 250.

⁷²³ GUEGAN (2020), N 252.

⁷²⁴ Cass. com., 21 janvier 1997, JCP E 1997. II. 965, note Daigre: BJS 1997. 312, note Le Cannu: RTD civ. 1997. 929, n° 4, obs. Mestre: Rev. soc. 1997. 527, note Saintourens.

⁷²⁵ ANSAULT (2012).

II. En droit suisse: l'existence d'un grief

A. Définition de la légitimation active

569 La légitimation active (*Sachlegitimation*) désigne le titulaire du droit substantiel. Elle se distingue de la qualité pour agir ou pour recourir⁷²⁶. A défaut de légitimité, le demandeur sera débouté. En matière d'action en annulation et d'action en nullité, elle est expressément précisée aux articles 706 et 706b CO. La lettre du texte de l'article 706 CO dispose que l'action en annulation n'est ouverte qu'aux actionnaires et aux administrateurs. L'action de l'article 706b CO est ouverte à toute personne ayant un intérêt. L'action en annulation est une nullité relative, et l'action en constatation de la nullité est une nullité absolue. Il en découle que la légitimation active est un critère objectif de distinction des articles 706 et 706b CO: l'annulabilité ne peut être que relative, car l'identification des personnes ayant qualité à agir est limitée par la loi; la nullité semble absolue car les personnes ayant qualité à agir ne sont pas limitées par la loi. La distinction entre nullité relative et absolue réside en réalité dans la nature des intérêts protégés par la règle de droit méconnue par la décision sociale litigieuse. Alors qu'une atteinte à l'intérêt privé des actionnaires est sanctionnée par l'annulabilité, une atteinte à des principes fondamentaux de la société anonyme ou du droit, aux intérêts des créanciers et à l'intérêt public devrait être nulle⁷²⁷.

570 Toutefois, la distinction n'est pas aussi évidente que ne le laisse croire la lecture littérale des dispositions légales, car légitimité active et intérêt à agir ne se confondent pas nécessairement. Ainsi, l'article 706b al. 1 et 2 CO condamne la violation des droits fondamentaux des actionnaires: bien que l'action soit ouverte à toute personne, seuls les actionnaires concernés par la privation de leur droit auront intérêt à agir.

B. Définition de l'intérêt à agir

571 Le choix de la sanction dépend de la gravité de ses conséquences. Son prononcé suppose donc une relation de causalité entre l'irrégularité de la décision et le grief auquel la sanction doit remédier. Cette causalité bénéficie d'une présomption réfragable, dans la mesure où un intérêt à agir doit être admis dès lors que l'actionnaire ou le conseil d'administration fait valoir que la décision attaquée viole la loi ou les statuts⁷²⁸: c'est à la société de démontrer que l'irrégularité de la résolution annulable n'a pas entraîné de dommage (art. 691 al. 3 CO).

572 La notion d'intérêt à agir est intimement liée avec celle de grief: ont intérêt à agir les personnes souffrant directement ou indirectement des conséquences de l'irrégularité de la décision. En effet, un intérêt digne de protection est reconnu si l'annulation de

⁷²⁶ BETTSCHART (2015), p. 435.

⁷²⁷ ZK-TANNER, art. 706b CO, N 6.

⁷²⁸ ATF 122 III 279 = JT 1998 I 605, consid. 2; ATF 99 II 55 = JT 1973 I 618; ATF 74 II 41 = JT 1949 I 10.

la résolution contestée est non seulement dans l'intérêt de la société mais a également un effet positif sur la situation juridique de l'actionnaire⁷²⁹. La sanction de l'absence d'intérêt à agir au moment du jugement est l'irrecevabilité de la demande (art. 59 al. 2 CPC).

Le Tribunal fédéral opte pour une interprétation large de l'intérêt à agir (*Rechtsschutz-interesse*)⁷³⁰. Dans un arrêt en date du 19 mars 2013, il rappelle que celui qui intente l'action en annulation fondée sur l'article 706 CO doit posséder un intérêt juridique personnel à l'annulation de la décision litigieuse, en ce sens que la constatation ou la modification demandée doit lui être utile, en ayant des effets positifs sur sa situation juridique. La jurisprudence ne considère pas comme suffisante l'intention de préserver les intérêts de la société. En effet, la condition de préserver l'intérêt de la société doit nécessairement s'accompagner de la condition de préserver l'intérêt personnel du demandeur: «Il n'en demeure pas moins nécessaire, dans ce cas aussi, que la situation juridique de l'actionnaire demandeur soit effectivement modifiée par un jugement qui admettrait son action⁷³¹».

Pour certains, le Tribunal fédéral est encore trop restrictif lorsqu'il indique que la recevabilité de la demande suppose que le jugement puisse modifier la situation des actionnaires agissant en annulation⁷³². Cette notion devrait plutôt recevoir une interprétation très large, de sorte que la volonté de préserver les intérêts de la société suffise à démontrer un intérêt à agir indépendamment de la situation du demandeur⁷³³.

Le Tribunal fédéral va même plus loin: là où les juges français étudieront en premier lieu la recevabilité de la demande fondée sur l'existence d'un intérêt à agir avant d'entrer en matière au fond, les juges suisses passent outre: dans une espèce, le demandeur prétend tirer son intérêt à agir de sa qualité d'actionnaire pour invoquer une action fondée sur l'article 706 CO. Les juges s'emploient en premier lieu à étudier le bien-fondé de sa demande au fond. Ils en concluent à un rejet de ses prétentions, ce qui leur épargne de s'interroger sur l'intérêt juridique personnel du demandeur⁷³⁴.

⁷²⁹ JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (2021), § 8 N 282.

⁷³⁰ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (2018) § 16 N 294.

⁷³¹ TF 4A_630/2012 du 19 mars 2013, consid. 3.1; TF 4A_404/2011 du 7 novembre 2011, consid. 5.1; ATF 133 III 453, consid. 7; ATF 122 III 279, consid. 3a; BÖCKLI (2009), § 16 N 107; CR-PETER/CAVADINI, art. 706 CO, N 11; ATF 133 III 453 consid. 7; ATF 122 III 279 consid. 3a; Arrêt de la Cour de justice de Genève, ch.civ., 14 septembre 2012, C/18738/2010, consid. 2.1.

⁷³² ATF 122 III 279 = JT 1998 I 605, consid. 3a. V. ég. TF 4C.47/2006 du 30 mai 2006, consid. 2.

⁷³³ RICHA/RAEDLER (2014), p. 10 faisant référence à TF 4A_630/2012 du 19 mars 2013, consid. 3.1; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (1996), § 25 N 44 et N 45; CR-PETER/CAVADINI, art. 706 CO, N 11; ZK-TANNER, art. 706 CO, N 4; BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706 CO, N 4a.

⁷³⁴ ATF 132 III 555, consid. 3.4.1 et 3.5.

C. *Légitimation active de l'action en annulation: nullité relative*

1. Principe: actionnaire et dirigeant représentant la société

- 576 La légitimation active de l'article 706 CO n'est ouverte qu'aux actionnaires, aux membres du conseil d'administration, ou à tout participant, dès lors que celui qui intente l'action est en mesure de démontrer un intérêt juridique personnel à l'annulation de la décision.⁷³⁵
- 577 La légitimation active appartient individuellement à tout actionnaire, indépendamment du nombre d'actions qu'il détient⁷³⁶, même s'il ne disposait pas du droit de vote lors de l'assemblée générale à l'occasion de laquelle la décision litigieuse a été prise⁷³⁷. La doctrine est partagée quant à la question de savoir à qui appartient la légitimation en cas de cession des actions après la prise de décision litigieuse. Pour certains auteurs, seul le cédant peut intenter l'action: il est le seul lésé étant actionnaire au moment où la décision a été adoptée⁷³⁸. D'autres, au contraire, soutiennent que la légitimation est transférée au cessionnaire car elle est un accessoire des titres et seul le détenteur actuel de ceux-ci a désormais un intérêt à obtenir une décision d'annulation⁷³⁹. D'autres encore proposent que la légitimation active soit reconnue tant au cédant qu'au cessionnaire⁷⁴⁰. Nous sommes d'avis que la légitimation active doit être ouverte à celui dont la situation juridique sera effectivement modifiée par l'annulation de la décision: une approche *in concreto* selon la nature de l'espèce sera donc préférable. Selon l'espèce, le cédant ou le cessionnaire, ou les deux ensemble peuvent être affectés par la décision annulée. Par exemple, lorsque l'annulation porte sur une décision refusant une distribution de dividende adoptée avant la cession des actions, le cédant est affecté dans la mesure où il aurait perçu ces dividendes.
- 578 La légitimation active appartient également au conseil d'administration pris globalement en tant qu'organe. Ses membres ne disposent pas individuellement du droit d'intenter l'action. La décision dépendra en conséquence de l'opinion de la majorité des membres du conseil⁷⁴¹. Dans l'hypothèse où la décision du conseil qui se prononce sur la question est elle-même viciée, chaque administrateur pourra faire constater individuellement sa nullité en se prévalant de l'article 714 CO.

⁷³⁵ CR-PETER/CAVADINI, art. 706 CO, N 10 et 11.

⁷³⁶ ATF 117 II 290: une seule action étant suffisante.

⁷³⁷ Art. 685f al. 3 CO.

⁷³⁸ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (1996), § 25 N 43.

⁷³⁹ RIEMER (1996), N 78; ZK-TANNER, art. 706 CO, N 42; BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706 CO, N 5; DRUEY (2003), N 152.

⁷⁴⁰ MONTAVON (2004), N 541.

⁷⁴¹ BSK- DUBS/TRUFFER, art. 706 CO, N 4; CR-PETER/CAVADINI, art. 706 CO, N 16. V. aussi ZK-TANNER, art. 706 CO, N 3, qui précise que la légitimation active n'appartient pas à la société elle-même; RICHA/RAEDLER (2014), p. 10.

Les participants doivent également se voir reconnaître la légitimation active en appli- 579
cation de l'article 656a al. 2 CO et 656c CO *a contrario*, lequel assimile en grande
partie le régime leur étant applicable à celui des actionnaires⁷⁴².

2. Exclusion des créanciers et porteurs de bon de jouissance

N'ont pas qualité pour agir en annulation sur le fondement de l'article 706 CO *a* 580
contrario ni l'organe de révision, ni les créanciers sociaux, ni les tiers. S'agissant des
titulaires de bons de jouissance en particulier, la question de leur droit d'intenter l'ac-
tion était controversée⁷⁴³. Une partie de la doctrine soutenait qu'en l'absence de base
légale, ce droit devait leur être reconnu uniquement s'il leur était expressément
conféré par les statuts⁷⁴⁴. Pour d'autres⁷⁴⁵, ce droit leur appartenait uniquement si l'as-
semblée générale avait adopté une décision qui lèse leurs intérêts. Cette deuxième opi-
nion était préférable, en tout cas lorsque l'action avait spécifiquement pour objet la dé-
fense des droits qui ont été conférés aux titulaires de bons de jouissance en vertu de
l'ancien article 657 al. 2 CO.

D. *Légitimation active de l'action en constatation de la nullité: nullité absolue*

La notion de «nullité absolue» (*absolute Nichtigkeit*) est parfois employée pour dési- 581
gner la constatation de la nullité fondée sur l'article 706b CO. La littérature suisse-ale-
manique rappelle que le demandeur n'est pas pour autant dispensé de démontrer un
intérêt juridique digne de protection⁷⁴⁶. A l'inverse de la simple annulation, la nullité
peut donc être invoquée par celui qui n'est ni actionnaire, ni administrateur, à condi-
tion qu'il démontre un intérêt juridique à cette constatation⁷⁴⁷. La légitimation active
est, pour cette seconde action, beaucoup plus large que pour l'action en annulation
des décisions de l'assemblée générale⁷⁴⁸.

§ 3 Le contrôle du respect de l'intérêt social

L'intérêt social agit comme la «boussole» de la vie des sociétés: il doit guider tant les 582
dirigeants de la société que ses actionnaires, mais le juge en tient également compte

⁷⁴² BÖCKLI (2009), § 16 N 104; CR-PETER/CAVADINI, art. 706 CO, N 14; ZK-TANNER, art. 706 CO, N 2; BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706 CO, N 4.

⁷⁴³ BÖCKLI (2009), § 16 N 106 et CR-PETER/CAVADINI, art. 706 CO, N 15, lesquels consi-
dèrent que tel devrait être le cas dans la mesure où ils sont directement affectés par la décision
en question; d'un autre avis: BSK-TRUFFER/DUBS, art. 706 CO, N 4.

⁷⁴⁴ ZK-TANNER, art. 706 CO N 2.

⁷⁴⁵ CR-PETER/CAVADINI, art. 706 CO, N 15.

⁷⁴⁶ CR-PETER/CAVADINI, art. 706b CO, N 4.

⁷⁴⁷ ATF 115 II 468, consid. 3.b.

⁷⁴⁸ ATF 137 III 460, consid. 3.3.2; ATF 115 II 468, consid. 3b; CR-PETER/CAVADINI, art. 706b
CO, N 4.

dans le prononcé de la nullité d'une décision litigieuse. En France, la notion d'intérêt social a fait l'objet de vifs débats (I), moins soutenus en Suisse (II).

I. En droit français

A. *La définition de l'intérêt social en droit français*

- 583 Les premières références à l'intérêt social sont tardives. Le législateur s'est volontairement⁷⁴⁹ abstenu de définir la notion, bien qu'il y fasse expressément référence⁷⁵⁰, car elle est trop malléable pour être codifiée. Le silence des textes a laissé la porte ouverte à l'interprétation de cette notion par les tribunaux. Comme l'ont relevé des auteurs, «l'intérêt social est sans conteste le fondement de l'intervention du juge dans la vie sociétaire»⁷⁵¹ et le silence des textes doit inviter les magistrats à la prudence⁷⁵².
- 584 Sans surprise, la délimitation des contours de la notion d'intérêt social anime de nombreux débats, indissociables des tergiversations sur la nature contractuelle ou institutionnelle de la société. Un auteur aura à l'inverse soulevé que le choix de l'une ou l'autre conception de l'intérêt social n'entraîne pas un renouveau du débat sur la nature de la société⁷⁵³. D'autres ont souligné que la Cour de cassation cherche le «juste milieu» en «butinant en fonction de ce qu'elle veut décider, sans qu'il soit facile de dégager la cohérence de l'ensemble»⁷⁵⁴.
- 585 Les défenseurs de l'approche contractuelle de la société⁷⁵⁵ s'appuient sur une lecture littérale de l'article 1833 du Code civil qui dispose que toute société doit (...) être constituée dans l'intérêt commun des associés combiné avec l'article 1832 du Code civil qui définit la société comme un contrat de partage, dans la pure lignée de la conception initiale du rédacteur du Code civil⁷⁵⁶. Depuis la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 dite PACTE, l'alinéa 2 de l'article 1833 du Code civil précise que la société est gérée dans son intérêt social. L'intérêt social est donc l'intérêt commun des associés qui consiste à partager entre eux le bénéfice réalisé par la société. Dominique Schmidt conclut que cette démonstration développe tous ses effets à l'égard des sociétés de ca-

⁷⁴⁹ Dans les travaux préparatoires de la réforme de 1966, M. Pleven avait déposé devant l'assemblée nationale deux propositions d'amendement définissant l'intérêt social : l'une visait les minorités de blocage et l'autre les décisions nuisibles à la société. Mais elles ont été rejetées par crainte d'un gouvernement des juges.

⁷⁵⁰ Dans les SARL, le gérant peut faire tout acte de gestion dans l'intérêt de la société. Les dirigeants sont soumis au respect de l'intérêt social au même titre que les associés.

⁷⁵¹ MESTRE/FAYE/BLANCHARD (1995), n° 1264.

⁷⁵² LEDOUX (2002), N 136.

⁷⁵³ GOFFAUX-CALLEBAUT (2008), N 230.

⁷⁵⁴ LE CANNU/DONDERO (2019), N 277.

⁷⁵⁵ SCHMIDT (1995), N 3 ; SCHMIDT (1994) ; SCHMIDT (1999).

⁷⁵⁶ CHAPIRIA (1971) qui écrivait notamment : «l'article 1833 du code civil ne doit pas faire illusion, qui veut le respect d'un «intérêt commun» ; cet intérêt commun n'est rien d'autre, en 1804, que l'obligation, faite à chacun, d'avoir égard aux intérêts respectifs de ses co-associés».

pitaux, notamment celles cotées en bourse: les investisseurs attendent une création de richesse à partir de fonds qu'ils ont apporté ou mis en réserve dans l'objectif d'optimisation de la valeur des actions. L'intérêt social et l'intérêt commun des actionnaires se confondent⁷⁵⁷. Cette thèse a été reprise dans le rapport Marini: «La première raison d'être de toute société est l'enrichissement de ses actionnaires»⁷⁵⁸. Elle fait toutefois l'objet de critiques plus ou moins fondées. Il lui est reproché de ne pas tenir compte que l'intérêt commun entendu comme l'*affectio societatis*, qui est pourtant propre aux sociétés de personnes et non aux sociétés de capitaux⁷⁵⁹. En effet, dans cette approche étroite, l'intérêt social exprime l'intérêt commun des actionnaires qui n'est autre que celui de la société dédiée à «leur entreprise commune»⁷⁶⁰. L'intérêt social est alors la manifestation d'un intérêt transcendantal à tous les actionnaires qui vise à corriger d'éventuelles divergences entre les intérêts des dirigeants et ceux des actionnaires.

Pour les défenseurs de la thèse de la société-institution, l'intérêt social est plus large 586 que l'intérêt commun des associés. Dans les années 1960, l'Ecole de Rennes a défini l'intérêt social comme l'intérêt de l'entreprise, synthèse des différents intérêts catégoriels. L'intérêt social englobe non seulement celui des associés mais aussi celui des créanciers, des salariés et des principaux partenaires de l'entreprise⁷⁶¹, et de façon générale, de toutes les personnes qui tirent un revenu de la société⁷⁶². Dans cette logique, la personne morale a un intérêt propre⁷⁶³ qui ne se confond pas toujours avec celui des associés⁷⁶⁴. L'intérêt social est ainsi défini comme: «l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme un agent économique autonome, poursuivant ses fins propres, distinctes notamment de celles de ses actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers, dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à leur intérêt commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise»⁷⁶⁵.

⁷⁵⁷ SCHMIDT (2004), N 4.

⁷⁵⁸ Rapport MARINI (1996).

⁷⁵⁹ DUCOULOUX-FAVARD (1995), p. 177.

⁷⁶⁰ BISSARA, L'intérêt social (1999), p. 5 et s.

⁷⁶¹ PAILLUSSEAU (1976) et critique: l'intérêt des associés ne serait qu'une simple composante trop négligeable de l'intérêt social; BERTREL (1996), N 43 et s.

⁷⁶² MESTRE (1994), N 1337, p. 588.

⁷⁶³ VIANDIER (1978), N 137 et s. qui a montré que la notion d'associé était détachée de celle de l'intérêt social; COZIAN/VIANDIER/DEBOISSY (2015), N 467 et s. l'intérêt social «notion à contenu variable» est celui de la société qui transcende celui des associés; SCHIARA (1971), p. 957 et s.; GERMAIN (1990), p. 65; TRICOT (1994), p. 617 et s.; LE CANNU (1986), p. 429.

⁷⁶⁴ *Contra*: SCHMIDT (1999), p. 17.

⁷⁶⁵ Rapport du comité sur le gouvernement d'entreprise, dit rapport VIENOT (1999).

587 Cette acception de l'intérêt social a été mise en avant en 1965 par l'arrêt Fruehauf⁷⁶⁶ qui a intégré l'intérêt des salariés dans la logique sociétaire. Dans cet arrêt, la Cour de cassation consacre l'intérêt social comme l'intérêt propre de la société en tant qu'institution hiérarchisée, dans laquelle dirigeants et associés ne sauraient agir en négligeant l'intérêt commun et supérieur qui les domine⁷⁶⁷. L'intérêt social est l'intérêt supérieur de la personne morale et transcende celui des associés. A l'époque, la doctrine y a vu une confirmation de la définition de la théorie de l'institution. Mais la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 n'a pas consacré cet équilibre global de la protection des intérêts catégoriels⁷⁶⁸ et la solution de l'arrêt Fruehauf est restée isolée⁷⁶⁹. Les évolutions législatives récentes ne permettent pas d'affirmer avec assurance que le législateur a retenu cette approche. Certes, le gouvernement d'entreprise « à la française » tend à intégrer les salariés dans les prises de décisions sociales, ce qui a pour effet de rapprocher l'intérêt social de l'intérêt de l'entreprise au sens de l'École de Rennes, mais le législateur ne rattache pas la protection qu'il accorde tantôt aux associés, tantôt aux salariés, à une réflexion d'ensemble. Il juxtapose les dispositions nouvelles sans grande cohérence⁷⁷⁰. Certains auteurs ont souligné que chacune des théories impliquant une certaine définition de l'intérêt social a eu une influence dans le droit positif, de sorte qu'elles cohabitent ensemble⁷⁷¹.

588 Enfin, la tendance est à une tentative de synthèse. Dans cette approche, la représentation de l'intérêt social correspond non seulement à l'intérêt de la personne morale, mais aussi à celui des associés, atteints par ricochet⁷⁷². L'intérêt social est un standard que seul le juge peut déterminer et qui contient à la fois la notion d'intérêt commun des associés et celle d'intérêt de la société, personne distincte des associés qui la composent⁷⁷³. Un autre courant doctrinal propose d'insérer un élément temporel : l'intérêt social doit assurer un compromis efficace entre les véritables intérêts égoïstes ou altruistes en cause. Il doit être une harmonieuse synthèse temporelle de l'intérêt social

⁷⁶⁶ CA Paris, 22 mai 1965, n° 9999, JCP 1965 II 14274 bis. Concl. Neveu ; D. 1968, R. Contin ; R. Contin, L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés, Rev. soc. Vol. 86.1968, 10/1 », p. 363-385

⁷⁶⁷ COZIAN/VIANDIER/DEBOISSY (2021), N 655 ss.

⁷⁶⁸ PAILLUSSEAU (1996), Chron. 287.

⁷⁶⁹ LEDOUX (2002).

⁷⁷⁰ GOFFAUX-CALLEBAUT (2004), p. 35 : « au regard des dernières lois influencées par la *corporate governance*, on peut être tenté de rapprocher l'intérêt social de l'intérêt des associés. La Loi NRE 2001 a introduit certains aspects du gouvernement d'entreprise, et loi du 12 juillet 1999 a confirmé le phénomène de contractualisation des sociétés. » Mais en parallèle, le rapport conjoint du CNPF et de l'AFEP souligne que l'intérêt commun des parties est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise sans aucune référence à la notion d'intérêt des associés.

⁷⁷¹ LE CANNU/DEONDERO (2019), N 289 ss.

⁷⁷² PRORACCHIA (2000), p. 223.

⁷⁷³ BERTREL (1996).

des associés et de celui de l'entreprise⁷⁷⁴. Dans la même volonté de synthèse, d'autres auteurs proposent que la définition de l'intérêt social ressort de la compétence des organes désignés par la loi, à savoir les dirigeants et les associés majoritaires, définition à laquelle il convient d'une part d'apporter des correctifs afin que les intérêts minoritaires se soient pas excessivement méconnus, et d'autre part que des arbitrages soient mis en œuvre en cas de conflits d'intérêts opposés⁷⁷⁵. Cette conception a fait l'objet de critique car elle s'apparente à un compromis qui résulte d'un défaut de prise de position⁷⁷⁶.

Aucune des approches proposées n'offre pleine satisfaction⁷⁷⁷. Si l'on se limite à la simple étude de la jurisprudence, le débat ne semble pas tranché et les solutions retenues en la matière font preuve d'une grande casuistique. La notion d'intérêt social est un concept à géométrie variable⁷⁷⁸ qui laisse au juge une certaine latitude pour prendre en compte la réalité et la diversité des situations⁷⁷⁹. La jurisprudence oscille entre une approche étroite retenant la somme des intérêts des actionnaires et une approche large retenant l'ensemble des intérêts des parties prenantes.

La Cour de cassation a eu l'occasion de proposer une approche objective et étroite de l'intérêt social en l'assimilant à la santé financière de la société par l'augmentation de son bilan, de son chiffre d'affaire ou de son bénéfice⁷⁸⁰. D'autres au contraire relèvent que le point commun de tous les arrêts, exception faite de l'arrêt Fruehauf qui demeure isolé, est de définir l'intérêt social comme l'intérêt général de la société qui transcende tous les intérêts particuliers ou catégoriels qui sont susceptibles d'être concernés⁷⁸¹. Des auteurs ont estimé que cette absence de définition arrêtée permettait au juge de s'adapter au type d'associés en cause: en fonction de l'opacité ou de la transparence de l'écran de la personne morale, le périmètre de l'intérêt à prendre en compte peut changer⁷⁸².

⁷⁷⁴ CHAPUT (1993), N 717, p. 319.

⁷⁷⁵ LE CANNU/DONDERO (2019), N 288.

⁷⁷⁶ BERTREL, (1996), N 43 et s.

⁷⁷⁷ LEDOUX (2002).

⁷⁷⁸ MESTRE/FAYE/BLANCHARD (1995), n° 1264.

⁷⁷⁹ GOFFAUX-CALLEBAUT (2004), p. 35.

⁷⁸⁰ Cass. com., 24 janvier 1995 n°93-13.273, Rev. soc. 1995, p. 46, note Jeantin; l'arrêt Fruehauf du 22 mai 1965 (CA Paris, 22 mai 1965, J.C. P., 1965, II, n° 14274 bis, concl. Neveu; D., 1968, Jurisp., p. 147, note Contin): « À la suite de cette interposition de la société en commandite par actions entre la société mère et sa filiale, la société mère est devenue «une coque vide», son chiffre d'affaires et son bénéfice ont été considérablement réduits et les décisions des gérants statutaires de la société en commandite, sur lesquelles les associés minoritaires de la société mère n'ont aucune influence ou contrôle, commandent les orientations données à la filiale et peuvent empêcher toute remontée des bénéfices vers la société mère ».

⁷⁸¹ BISSARA (1999), p. 5 et s.

⁷⁸² GOFFAUX-CALLEBAUT (2004).

B. La violation de l'intérêt social comme cause de nullité d'une décision sociale

- 591 Inspiré par le développement de la théorie institutionnelle de la société, et influencé par les défenseurs de l'intérêt social comme contrôle de la finalité des actes des dirigeants, le droit positif tend à donner à ce critère une place croissante. Toutefois, il subit «les incertitudes⁷⁸³ quant à la détermination effective de cet intérêt⁷⁸³.»
- 592 La méconnaissance de l'intérêt social n'est pas à elle-seule une cause de nullité. Comme le note un auteur, «les conditions auxquelles est subordonnée la régularité des actes de la vie sociale sont doubles. Le législateur veille tout d'abord à assurer le bon fonctionnement du mécanisme sociétaire, en sanctionnant les vices apparus au cours du processus de formation de la volonté sociale. Enfin dans le prolongement des décisions collectives par lesquelles cette volonté s'exprime, les actes pris en vue de l'administration et la gestion de la société doivent en outre être conformes à la finalité sociale, matérialisée par les concepts d'objet et d'intérêt social, lesquelles fournissent respectivement la mesure des pouvoirs des majoritaires dans leurs rapports avec les tiers et les associés⁷⁸⁴.»
- 593 L'intérêt social est donc un critère nécessaire mais non suffisant à lui seul au prononcé de la sanction. Plusieurs décisions jurisprudentielles ont recours à ce critère. Ainsi, l'abus de majorité ne sera caractérisé que si, outre un désavantage des minoritaires au seul profit des majoritaires, la décision litigieuse porte également atteinte à l'intérêt social. Ainsi, une Cour d'appel a pu refuser de prononcer l'annulation des assemblées générales au motif que le demandeur ne précisait pas en quoi les délibérations des assemblées générales n'étaient pas conformes à l'intérêt social⁷⁸⁵.
- 594 Pour autant, la Cour de cassation semble admettre une autonomisation du critère de la contrariété à l'intérêt social comme cause de nullité des décisions sociales dans certains cas très circonscrits, principalement en matière de sûreté lorsque la caution donnée par la société ne confère aucun avantage à la société mais est également disproportionnée par rapport au patrimoine social⁷⁸⁶.
- 595 Pour Elsa Guégan, la Cour de cassation considère que la contrariété à l'intérêt social est un vice intrinsèque à l'acte, et donc refuse de l'étendre aux décisions sociales qui sont sanctionnées de nullité lorsqu'elles sont fondées sur une irrégularité préexistante⁷⁸⁷. La volonté de la Cour de cassation de cantonner la nullité pour contrariété à

⁷⁸³ LE CANNU/DONDERO (2019), N 273 et 276 ss.

⁷⁸⁴ GRILLET-PONTON (1984), N 21.

⁷⁸⁵ CA Paris, 5 janvier 2016, BJS 2016, p. 44, note A. Cerati-Gauthier.

⁷⁸⁶ Cass. 3^e Civ., 15 septembre 2015, n^o 14-21348 ; Rev. soc. 2015, p. 744, note A. Viandier. ; Cass. com., 2 novembre 2016, n^o 16-10363. V. ég. Cass. com., 13 novembre 2007, n^o 06-15.826 ; Dr. sociétés 2008, n^o 32, obs. H. Hovasse ; JCP E 2008, 1280, n^o 3, obs. J.-J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker ; RJDA 2/2008, n^o 137.

⁷⁸⁷ GUEGAN (2020), N 172.

l'intérêt social est corroborée par un arrêt du 12 mai 2015 selon lequel la contrariété à l'intérêt social ne constitue pas par elle-même une cause de nullité des engagements souscrits par le gérant d'une SARL⁷⁸⁸. Cette solution est confirmée, en dépit des apports de la loi PACTE, par l'arrêt du 13 janvier 2021, selon lequel la contrariété à l'intérêt social n'est pas, à elle seule, une cause autonome de nullité d'une décision sociale⁷⁸⁹. La solution de cet arrêt est en outre conforme à l'article 10 de la directive 209/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 qui vise à limiter les causes de nullités des actes et décisions des dirigeants en vue «d'assurer la sécurité juridique dans les rapports entre la société et les tiers ainsi qu'entre les associés».

Certes, l'intérêt social constitue la finalité du contrôle de la société⁷⁹⁰. Néanmoins, la surveillance de ce contrôle s'effectue en s'assurant que les personnes ou groupes de personnes exerçant le pouvoir au sein de la société le font conformément à l'intérêt social. L'organisation du contrôle (au sens du pouvoir) et de sa surveillance connaît ainsi une finalité, qui est aussi une limite: la protection de l'intérêt social. A ce titre, l'intérêt social officie comme un double standard de référence⁷⁹¹: il sert de «boussole» aux dirigeants sociaux dans le choix de la mise en œuvre de la politique sociale et de contrepois nécessaire au contrôle⁷⁹².

Enfin, le juge opère un contrôle de proportionnalité soit au regard des intérêts personnels du demandeur, soit en appréciant si l'atteinte à l'intérêt social est plus grave selon que la nullité est prononcée ou rejetée⁷⁹³. Dans ce cas, la protection de l'intérêt social justifiera que la sanction ne soit pas appliquée, quand bien même la décision sociale porterait atteinte à des droits protégés. C'est le cas lors d'un coup d'accordéon: la réduction à zéro du capital suivie d'une augmentation de capital peut avoir pour effet d'exclure des actionnaires minoritaires de la société, ce qui est contraire au principe d'égalité de traitement des actionnaires et à un de ses corollaires, à savoir le droit de rester actionnaire. Cependant, la Cour de cassation a admis la validité de l'opération en raison de sa finalité: elle vise à permettre à la société de poursuivre son activité et est donc réalisée dans l'intérêt social. Celui-ci, qui prévaut sur les intérêts particuliers des actionnaires, justifie les atteintes à leurs droits. Dans l'affaire

⁷⁸⁸ Cass. com., 12 mai 2015, nos 13-28504 et 14-11028.

⁷⁸⁹ Cass. com., 13 janvier 2021, n° 18-21.860, FP: BJS avril 2021, p. 13, note E. Schlumberger; Dr. sociétés mars 2021, n° 36, obs. J.-F. Hamelin.

⁷⁹⁰ GOFFAUT-CALLEBAUT (2008), N 197.

⁷⁹¹ LEDOUX (2002), N 186: comme tout standard, sa mise en œuvre implique une part de subjectivité, celle du juge.

⁷⁹² BERR (1974), p. 14; GERMAIN (1996), p. 13; BISSARA (1999), p. 5 et s.: «Le droit positif offre une clé permettant de repérer, d'éviter ou de réprimer la divergence éventuelle des intérêts des dirigeants et de ceux des actionnaires».

⁷⁹³ HANNOUN (1993), N 42, p. 253.

LVMH⁷⁹⁴, d'avantage que l'absence d'un intérêt matériel ou moral à agir des minoritaires, c'est la mise en balance de la gravité excessive des conséquences attachées à l'annulation de l'émission des OBSA (obligations à bons de souscription d'actions) invoquée par les associés qui a conduit les juges à déclarer la demande irrecevable⁷⁹⁵. De plus, dans cette affaire, le souscripteur des OBSA ignorait que l'émission était entachée de nullité. Implicitement, la Cour d'appel reconnaît l'inopposabilité de la nullité au tiers-souscripteur de bonne foi⁷⁹⁶. Le contrôle de proportionnalité (ou théorie du bilan) s'effectue par la pondération des intérêts catégoriels : l'intérêt social est une combinaison des différents intérêts catégoriels. L'entreprise abrite différents intérêts hétérogènes, chacun étant protégé par la branche du droit qui lui est propre⁷⁹⁷. Le juge devrait donc appréhender directement les intérêts catégoriels et vérifier si la décision projetée ne lèse pas tel ou tel d'entre eux de manière excessive. Une critique tout à fait légitime de la théorie du bilan est qu'elle ne peut être réalisée que par un tiers dépourvu de tout intérêt propre au sein de la société⁷⁹⁸.

598 L'intérêt commun des associés est de réaliser des bénéfices qui seront ensuite partagés⁷⁹⁹. Mais la notion doit être conçue avec suffisamment d'élasticité pour que, en fonction des circonstances, les dirigeants et les associés puissent arbitrer entre la rémunération du capital et les contraintes de court terme d'une part, et d'autre part l'investissement susceptible de pérenniser l'entreprise à long terme. Il convient donc de dissocier la notion d'intérêt social entre l'intérêt social immédiat et l'intérêt social futur⁸⁰⁰.

599 La forme sociale, l'opacité ou la transparence de la société ne suffisent pas à expliquer la conception de l'intérêt social retenue par le juge. En revanche, il nous semble que l'aspect temporel justifie la plasticité de l'approche : l'intérêt social est susceptible de recouvrir des réalités différentes au cours du temps au sein d'une société donnée⁸⁰¹.

600 Au moment de la constitution de la société, l'objectif des associés est le partage des bénéfices : « l'expression bénéfices (de l'article 1832 du Code civil) s'entend d'un gain pécuniaire ou d'un gain matériel qui ajouterait à la fortune des associés⁸⁰² ».

⁷⁹⁴ CA Paris, 26 avril 1990, BJS 1990, p. 536, note M. Jeantin; Rev. soc. 1990, p. 425, note P. Le Cannu. La solution retenue par les juges du fond a été approuvée : Cass. com., 15 juillet 1992, no 90-15589; BJS 1992, p. 1202, note J.-F. Barbièri; Rev. soc. 1992, p. 757, note P. Le Cannu.

⁷⁹⁵ LEDOUX (2002), réf. sous la note (31).

⁷⁹⁶ Quoiqu'on puisse légitimement s'interroger sur la prétendue bonne foi d'un professionnel rompu au monde des affaires ayant été en mesure d'effectuer des *due diligences*.

⁷⁹⁷ LEDOUX (2002), N 149 confirmant GOUTAY/DANOS (1997), p. 881.

⁷⁹⁸ LEDOUX (2002), N 152.

⁷⁹⁹ LEDOUX (2002), N 173.

⁸⁰⁰ BERTREL (1996), N 43 et s., confirmant HANNOUN (1991), N 128.

⁸⁰¹ LEDOUX (2002), N 180, se référant à RUELLAN (1997).

⁸⁰² Cass. Ch. réunies, 11 mars 1914, *Caisse Rural de Manigod*, D. P. 1914, I, 257; Rev. soc. 2000, P. 7.

Il nous semble donc qu'il faut comprendre la notion de bénéfice au sens large, comme «tout avantage» sans que ces avantages soient nécessairement pécuniaires. Il peut certes s'agir de dividendes ou de retour sur investissement mais aussi de synergies industrielles, commerciales ou industrielles. La société est la chose des associés; elle est ce qu'ils décident qu'elle sera.

Dans une dimension temporelle, la société a une vie⁸⁰³. Elle est amenée à se développer ou à disparaître. Certaines sociétés sont conçues avec un horizon temporel déterminé et relativement court. Tel serait le cas par exemple d'une *joint-venture*, quelle que soit la forme sociale retenue, créée par deux partenaires pour minimiser les coûts d'acquisition d'un nouveau marché. Les associés n'ont pas vocation à demeurer éternellement au capital de la *joint-venture*, celle-ci disparaissant dès lors que le projet précis pour lequel elle a été créée aura été réalisé. Cette hypothèse relève particulièrement de la logique contractuelle dans laquelle l'intérêt social se définit comme l'intérêt commun des associés⁸⁰⁴.

En revanche, une petite ou moyenne entreprise qui se développe, lève des fonds progressivement, entre en bourse le cas échéant, et dont le nombre de salariés évolue en fonction de son développement correspond à une toute autre hypothèse dans laquelle l'objectif est la pérennité de la société. Dans ce cas, le partage de la valeur ajoutée recherche un équilibre entre actionnaires, créanciers et salariés et leurs implications consacrent l'approche institutionnelle de la société. Il nous semble que le législateur français a tenu compte de cette dimension en conférant des droits spécifiques aux représentants des salariés, et notamment le droit de prendre part aux assemblées générales et aux conseils d'administration. Lorsque les juges rencontreront cette hypothèse, ils devraient retenir logiquement que l'intérêt social est la somme des intérêts catégoriels de la société.

Dans certains cas, la préservation de l'intérêt social justifie qu'une décision sociale porte atteinte aux droits protégés des actionnaires. C'est le cas en présence d'une décision portant sur un coup d'accordéon qui, bien qu'elle n'eût pas été adoptée à la majorité qualifiée requise par les statuts d'une SARL, n'a pu être annulée⁸⁰⁵. Le juge s'emploie alors à apprécier la finalité de la décision sociale et ses effets.

⁸⁰³ LEDOUX (2002), N 164, p. 149: souligne une dissociation temporelle de l'intérêt social: un intérêt immédiat et un intérêt futur.

⁸⁰⁴ GOFFAUX-CALLEBAUT (2008), N 102.

⁸⁰⁵ Cass. com., 30 mai 2012, n° 11-16272, BJS 2012, p. 615, note A. Gaudemet; D. 2012, p. 1478, obs. A. Lienhard; D. 2012, p. 1581, note B. Dondero; Dr. sociétés 2012, comm. 140, obs. M. Roussille; JCP E 2012, 1777, n° 1, obs. F. Deboissy et G. Wicker; RLDA octobre 2012, note E. Mouial Bassilana; Dr. et Patrimoine mai 2013, obs. D. Poracchia; LPA 4 mars 2013, p. 5, chron. B. Thullier. «L'article L. 223-30 du Code de commerce ne sanctionne pas par la nullité l'inobservation des dispositions statutaires relatives à la majorité applicable aux décisions modifiant les statuts.»

- 604 Le contrôle de la conformité à l'intérêt social implique une immixtion du juge dans les affaires sociales. Aussi, la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 dite PACTE édicte des règles selon lesquelles la société doit être dirigée par le conseil d'administration dans son intérêt social. Les dispositions sont impératives (art. 1833 al. 2 C. civ., art. L.225-35 et L. 225-65 C.com.). Les articles 1844-10 du Code civil et L. 235-1 al. 2, du Code de commerce ont été modifiés pour exclure ces dispositions du champ des nullités des actes et délibérations sociétaires non modificatif des statuts. Un auteur s'est demandé à juste titre comment seraient sanctionnées des décisions contraires à l'intérêt social dès lors qu'elles étaient exclues du champ de la nullité, le projet de loi ne s'étant pas penché sur la question⁸⁰⁶. La raison de cette exclusion de la nullité, selon des arguments avancés dans un amendement, est «d'éviter que le juge n'ait à s'immiscer de façon trop avancée dans la gestion et les orientations des sociétés»⁸⁰⁷. Le régime de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 dite PACTE empêche le juge d'apprécier la conformité à l'intérêt social d'un acte ou une délibération sociale sur l'unique fondement de l'article 1844-10 du Code civil, étant précisé que la jurisprudence existante concernant la contrariété à l'intérêt social n'est pas pour autant remise en cause, en cas abus de majorité notamment.
- 605 La loi PACTE a également introduit la notion de «raison d'être» des sociétés dans le Code civil. Défini à l'article 1835 du Code civil comme «les principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité». La doctrine française s'est un temps échauffée autour de cette notion⁸⁰⁸, et notamment de savoir si la méconnaissance par un organe social de la raison d'être de la société emportait la nullité de ses décisions⁸⁰⁹.
- 606 En effet, l'article 1835 du Code civil constitue une règle générale à toutes les sociétés. Aussi, sa méconnaissance devrait être sanctionnée par l'article 1844-10 du Code civil. De plus, si l'article 1833 fait l'objet d'une exclusion expresse des causes de nullité, il n'en est rien de l'article 1835. Aussi, la question se pose de savoir si l'article 1835 a un caractère impératif dont la méconnaissance entraîne la nullité de la décision sociale. L'article 1835 s'apparente à une simple faculté ouverte aux actionnaires et, à ce titre est dépourvu de caractère impératif. Cependant, les articles L. 225-35 et L. 225-64 du Code civil comportent la formule suivante: «Il [le conseil d'administration ou le directeur] prend également en considération, s'il y a lieu, la raison d'être de la société définie en application de l'article 1835 du Code civil». Cette disposition pourrait être qualifiée de disposition impérative aménageable, et dans ce cas, une décision contraire à la raison d'être serait annulable. Selon cette analyse, l'article 1835 du Code civil reste-

⁸⁰⁶ PORACCHIA (2019), p. 40.

⁸⁰⁷ Amendement n° 1479 de Mme Dubost et M. Lescure, JO 12 septembre 2018.

⁸⁰⁸ COZIAN/VIANDIER/DEBOISSY (2021), N 208 ss.

⁸⁰⁹ SCHULTZ (2020), p. 14.

rait théoriquement un fondement possible à une demande de nullité d'une décision sociale⁸¹⁰. De plus, en présence d'une société à mission, la rédaction de l'article L. 210-10 du Code de commerce exclut expressément des causes de nullité des actes ou délibérations la contrariété à l'intérêt social des décisions du conseil d'administration ou du directoire (art. L. 225-35, al 1^{er}, 1^{re} phrase C.com.). L'articulation des deux paragraphes de l'article L. 210-10 du Code de commerce laisse présager que, en présence d'une société à mission, l'absence de rapport spécial ou la contrariété à la raison d'être est susceptible d'être sanctionnée par la nullité de l'assemblée générale.

En sens inverse, un pan de la doctrine est plutôt en défaveur d'une nullité en cas de méconnaissance de la raison d'être. En effet, la raison d'être est insérée dans les statuts de la société. Une décision contraire à la raison d'être devrait donc être sanctionnée comme une violation des statuts. La sanction ne serait alors pas la nullité mais l'engagement de la responsabilité des dirigeants, sous réserve que l'atteinte puisse être mesurable⁸¹¹.

II. En droit suisse

A. *L'importance de l'intérêt social dans le prononcé de la nullité*

L'identification de l'intérêt social est primordiale pour deux raisons. D'abord parce que l'intérêt social est une limite au prononcé de la nullité de la décision sociale par le juge: il s'abstiendra de prononcer la sanction si la nullité a une conséquence défavorable pour la société. Ensuite, parce que l'intérêt social justifie que certaines décisions sociales puissent porter atteintes à des droits protégés⁸¹². La préservation de l'intérêt social justifie, en quelque sorte, que la décision soit annulée ou maintenue.

En principe, la finalité du droit de vote est la réalisation de l'objet social. En outre, les moyens mis en œuvre pour réaliser l'objet social doivent être conformes à l'intérêt social. La majorité n'est pas supposée, en théorie, exercer son droit de vote en vue d'atteindre des buts spécifiques à cette majorité et étrangers au but social⁸¹³.

Ainsi, le juge helvète appliquera le principe de proportionnalité, lequel comporte trois composantes principales: (1) la comparaison des intérêts en présence; (2) l'adéquation de la mesure, qui doit être propre à atteindre le but recherché; (3) la nécessité d'exercer les droits de la société avec ménagement⁸¹⁴. L'intérêt social constitue une limite au prononcé de la sanction. En effet, le juge doit «prendre en considération l'intérêt de la société, attendu que l'objet du litige consiste en réalité dans l'annulation ou

⁸¹⁰ RANDRIANIRINA (2020), p. 6.

⁸¹¹ COZIAN/VINADIER/DEBOISSY (2021), N 214.

⁸¹² HARI/HÄNNI (2014), N 84; v. ATF 99 II 55, consid. 2; ATF 95 II 157, consid. 9b.

⁸¹³ Message 1983, chiffre 3, «L'inégalité de traitement justifié par le but de la société».

⁸¹⁴ BÉNÉDICT/JAQUIER (2005), N 169, 170.

le maintien de la décision sociale pour et contre la société, et non seulement pour et contre les demandeurs à l'action en nullité⁸¹⁵».

- 611 L'article 706 CO pose une double condition en énonçant qu'est annulable la décision litigieuse qui (1) enfreint la loi ou les statuts (2) de manière non fondée. Par non fondée, il faut entendre des décisions qui ne sont pas justifiées par l'intérêt de la société⁸¹⁶. Le projet de révision de la société anonyme de 1983 exigeait que la décision soit manifestement non fondée. Les Chambres ont décidé d'éliminer le terme «manifestement» car elles voulaient éviter que les tribunaux ne se retranchent derrière un pouvoir d'examen limité à l'arbitraire. En conséquence, le juge a des pouvoirs étendus et devra entrer en matière⁸¹⁷. Toutefois, en pratique, il fera de cette marge de manœuvre un usage parcimonieux, se réfrénant à prononcer la sanction trop facilement.
- 612 En conséquence de l'application du principe de proportionnalité et de la rédaction des articles 706 et 706b CO, les décisions qui portent atteinte aux droits des actionnaires sont critiquables dès lors qu'elles ne sont pas justifiées par un «intérêt supérieur de la société» ou qu'il existe des mesures alternatives pour atteindre les buts recherchés⁸¹⁸. Ainsi, le premier critère que la majorité doit prendre en compte en cas de limitation des droits des actionnaires porte sur l'examen de la motivation matérielle: les droits des actionnaires ne sauraient être limités ou supprimés pour des motifs étrangers à la finalité sociale et afin de servir uniquement des objectifs personnels⁸¹⁹.
- 613 Bien que l'intérêt social ne soit pas défini par la loi, la marge d'appréciation du juge demeure faible. En effet, la détermination de l'intérêt social ressort en théorie de la compétence de l'assemblée générale et du conseil d'administration, sur lequel le juge ne peut pas exercer son contrôle⁸²⁰. Le Tribunal fédéral a ainsi énoncé que le juge ne saurait déterminer ce qui est utile à la société anonyme et aux actionnaires. Dès lors, lorsque la loi ou les statuts laissent certaines décisions à l'appréciation de l'assemblée générale, le juge n'est pas compétent pour examiner celles-ci quant à leur opportunité et ne peut les annuler qu'en cas d'arbitraire⁸²¹.

⁸¹⁵ ATF du 17 décembre 1897, *Caisse d'Épargne et de Prêt de Zofingue c. Graf et consort*; ATF 26 II 418 du 30 juin 1900, *Consorts Grenier c. la Société des Mines et Salines de Bex*.

⁸¹⁶ CR-PETER/CAVADINI, art. 706 CO, N 27.

⁸¹⁷ Message 1983, 153.

⁸¹⁸ BÉNÉDICT/JAQUIER (2005), N 171.

⁸¹⁹ Message 1983, ch. 3.

⁸²⁰ HARI/HÄNNI (2014), N 84: voir ATF 100 II 384, consid. 4: le droit de l'actionnaire de participer au bénéfice net n'est pas violé lorsque la société poursuit, pour des motifs objectifs, une politique commerciale ne rapportant des bénéfices qu'à long terme; ATF 99 II 55, consid. 4b; ATF 95 II 163 consid. 9: le principe de l'égalité de traitement n'assure pas une égalité absolue de tous les actionnaires. Il n'est pas violé lorsqu'un traitement inégal des actionnaires apparaît comme un moyen objectivement indiqué pour atteindre un but justifié; ATF 4A_43/2007 du 11 juillet 2007, consid. 5.

⁸²¹ 4C. 419/2006, arrêt de la 1^{re} Cour de droit civil du 19 avril 2007; ATF 99 II 55, consid. 4b, p. 62.

B. La définition de la notion par la doctrine: les partisans de la notion étroite

La société a un but social (*Endzweck*) qui n'est pas nécessairement de nature économique et qui se définit selon les motivations individuelles des actionnaires. L'objet concret (*Tätigkeit*) de la société est un moyen d'atteindre ce but⁸²².

Vu sous un angle positif, l'intérêt social est avant tout l'intérêt des actionnaires. Il résulte des articles 620 al. 3 et 660 CO que l'intérêt des actionnaires est le partage du profit en proportion de la mise de fond. Cette approche exclut les tiers non actionnaires de la définition de l'intérêt social. Bär défendait une conception restrictive selon laquelle les intérêts de tiers ne sont admissibles que dans la mesure où ils servent l'intérêt d'un actionnaire typique⁸²³.

Dans la conception helvète, l'intérêt social est-il l'intérêt de tous les actionnaires ou uniquement des actionnaires majoritaires? Lorsqu'il a eu l'occasion de se prononcer à ce sujet, le Tribunal fédéral a d'abord penché en faveur d'une définition étroite de l'intérêt social. Il le définit comme la somme des intérêts des actionnaires majoritaires⁸²⁴. Cette position s'explique par la prépondérance en droit suisse du principe majoritaire: l'intérêt social correspondant à l'intérêt des majoritaires, il est donc primordial que les actionnaires minoritaires acceptent de se soumettre aux décisions de la majorité, quand bien même celle-ci ferait-elle passer son propre intérêt avant celui de la société ou des minoritaires.

Cette approche n'emporte pas l'unanimité de la doctrine, dont un pan soutient que l'intérêt de la société ne correspond pas nécessairement à celui de ses actionnaires, même majoritaires⁸²⁵. Dès lors, la position du Tribunal fédéral s'explique de la sorte: lorsque le conseil d'administration intervient en qualité de représentant de la société défenderesse à l'action visant à annuler une décision prise par la majorité des actionnaires, il doit défendre la position voulue par cette majorité. Partant il ne peut pas faire valoir une opinion divergente.

Selon d'autres auteurs, le conseil d'administration doit avant tout rechercher l'intérêt social⁸²⁶. Or, s'il représente à l'instance la position d'une majorité qui a agi contre l'intérêt social, le conseil d'administration est *de facto* en contradiction avec sa mission et se retrouve alors dans une situation schizophrénique.

⁸²² JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (2021), § 1 N 14 et 15.

⁸²³ BÄR, *Minderheitenschutz*, pp. 387/388.

⁸²⁴ CR-PETER/CAVADINI, art. 706, N 20.

⁸²⁵ DRUEY (2003), p. 14.

⁸²⁶ TRIGO TRINDADE (1994), p 22 et s.

C. La notion médiane: intérêt des actionnaires et des créanciers

- 619 La recherche et la distribution du bénéfice ne doivent pas se réaliser au mépris des intérêts des autres acteurs qui sont liés à la société. Le législateur a en effet jugé que les créanciers, historiquement considérés comme le groupe le plus vulnérable compte tenu de la responsabilité limitée des actionnaires, devaient bénéficier d'une protection particulière et a édicté en ce sens quelques actions spécifiques comme l'action paulienne.
- 620 Cette position est toutefois nuancée. Le droit suisse semble considérer que l'intérêt de la société se confond avec celui de ses actionnaires, et en cas de surendettement avec celui de ses créanciers⁸²⁷. Des auteurs, plus réservés, admettent que, certes, les intérêts de la société se confondent avec ceux des actionnaires et des créanciers, mais que les organes n'ont en principe des obligations qu'à l'égard de la société et qu'il n'existe pas de norme destinée à protéger uniquement les créanciers⁸²⁸.

D. La notion large: intérêt des salariés et au-delà

- 621 Parallèlement, le législateur a prévu des règles impératives visant à assurer de manière durable la prospérité de la société (constitution de réserves obligatoires des articles 671c CO et s.) ou visant à assurer une protection financière aux salariés (institution de prévoyance de l'art. 673 CO). De la sorte, le législateur reconnaît ainsi implicitement que l'intérêt de l'entreprise à prospérer et l'intérêt des travailleurs à bénéficier d'une prévoyance sont des intérêts légitimes cohabitant avec le but lucratif⁸²⁹. Le but social serait alors une notion aux contours flous, car toute société est le point de rencontre d'intérêts différents, parfois opposés. Ainsi, en plus des intérêts des actionnaires majoritaires et minoritaires, il faudra tenir compte des intérêts des dirigeants et ceux d'éventuels collaborateurs⁸³⁰.
- 622 Schluep défendait une conception dans laquelle les intérêts de tiers peuvent être satisfaits lorsqu'en dernier ressort cette satisfaction est profitable à la société et à ses actionnaires⁸³¹. Peter Jung s'éloigne de cette approche: selon lui, la notion d'intérêt social telle que conçue dans le droit suisse ne permet pas d'inclure les intérêts des tiers. Seuls les actionnaires peuvent le déterminer ou l'ignorer librement dans le cadre prévu par la loi. La société ne peut d'ailleurs pas faire valoir ses intérêts propres et indépendants sur ceux des actionnaires en s'opposant, par exemple, à une demande de disso-

⁸²⁷ CHABLOZ (2012), N 756.

⁸²⁸ DRUEY (2003), p. 14.

⁸²⁹ TRIGO TRINDADE (1994), p. 22 et s.

⁸³⁰ ATF 130 III 213 consid. 2.2.2 = JdT 2004I 223 = RSJ (100) 2004, p. 215.

⁸³¹ SCHLUEP (1955), p. 144; TRIGO TRINDADE (1994), p. 25: la conception de Schluep revient à fixer un horizon un peu plus éloigné à la satisfaction de l'intérêt des actionnaires. Selon cette conception, la société est même en droit de faire du mécénat ou des actes de bienfaisance sans que ces agissements soient nécessairement contraires à l'intérêt social.

lution. L'inverse serait contraire au principe de séparation (*Trennungsprinzip*), qui garantit, sauf dans les cas de levée du voile social (*Durchgriffshaftung*), la séparation du patrimoine propre de la société et celui de ses actionnaires. Le législateur et la jurisprudence suisses n'ont d'ailleurs pas cherché à mettre en balance les intérêts des actionnaires et des tiers à travers un intérêt social commun difficile à définir et qui risquerait de mener à la protection des créanciers au détriment de la liberté d'entreprendre des actionnaires⁸³².

E. *Le devoir de fidélité au service de l'intérêt social*

Sous l'ancien droit, le devoir de fidélité se déduisait du devoir général de diligence de l'article 722 al. 1a CO. La révision du droit de la société anonyme de 1991 lui a donné un fondement autonome, puisque l'ancien article 717 al. 1 CO prévoit désormais que les organes dirigeants «veillent fidèlement aux intérêts de la société⁸³³». La nouvelle version issue de la réforme de la société anonyme adoptée le 19 juin 2020 spécifie à l'article 717a al. 2: «Le conseil d'administration adopte les mesures qui s'imposent afin de préserver les intérêts de la société». La doctrine dominante en déduit que les organes dirigeants doivent renoncer à tout acte ou comportement susceptible de nuire à la société⁸³⁴.

La définition de la notion d'intérêt social pourrait donc s'apprécier au regard du devoir de fidélité des administrateurs: les organes ne doivent pas chercher à satisfaire des intérêts personnels de leurs membres ou de leurs proches au détriment des intérêts de la société et des autres organes. Au contraire, le devoir de fidélité commande aux dirigeants (et non aux actionnaires dont le seul devoir se limite à la libération du capital souscrit selon l'article 680 CO) de tout mettre en œuvre pour contribuer à l'intérêt social. Certains ont une approche plus large selon laquelle les organes ont des obligations à l'égard des autres parties prenantes, mais uniquement si elles coïncident avec l'intérêt de la société⁸³⁵.

F. *Le positionnement de la jurisprudence*

La position du Tribunal fédéral relative à la définition de l'intérêt social a évolué⁸³⁶: il en donne deux indications dans un arrêt portant sur une action en annulation d'une décision prise par l'assemblée générale d'une société anonyme. La première indication est que l'action en annulation d'une décision de l'assemblée générale est de nature pécuniaire. L'atteinte à l'intérêt social se mesure donc quantitativement.

⁸³² ZK-JUNG, art. 620 CO, N 116 ss.

⁸³³ Message, FF 1983 II, p. 952; ATF 130 III 213, consid.2.2.2 = JdT 2004 I 223 = RSJ 100 (2004), p. 215.

⁸³⁴ GARBARSKY (2006), p. 134.

⁸³⁵ TERCIER (1993), p. 457.

⁸³⁶ 4A_630/2012, arrêt du 19 mars 2013.

626 Le second est que l'intérêt de la société est en principe plus élevé que celle de l'intérêt personnel de l'actionnaire demandeur⁸³⁷. Il découle de cet arrêt que si l'actionnaire demandeur est l'actionnaire majoritaire, alors l'intérêt de la société est nécessairement supérieur au seul intérêt du majoritaire. Nous comprenons donc que l'appréciation de l'intérêt de la société a sensiblement évolué, passant progressivement du strict intérêt des actionnaires majoritaires à un intérêt englobant celui de tous les actionnaires.

Conclusion de la section 1

627 Le degré d'ouverture de l'action en contestation dépend de la désignation légale des personnes bénéficiant de la légitimité active d'une part et d'autre part de l'appréciation plus ou moins large de la notion d'intérêt à agir par le juge. Enfin, le juge devant rechercher la préservation de l'intérêt social, la conception de ce dernier aura une incidence indirecte sur la facilité avec laquelle il prononcera la nullité.

628 On notera ainsi qu'en Suisse, la légitimité active est très circonscrite. L'intérêt à agir est également apprécié avec parcimonie, bien qu'il soit admis que l'intérêt personnel du demandeur puisse résider en la préservation de l'intérêt social. L'appréciation du but social par le Tribunal fédéral et la doctrine semble en cours d'évolution. L'interprétation classique et rigoriste considère que le but social se confond strictement avec les intérêts des actionnaires majoritaires, ce qui justifie la prépondérance du principe majoritaire dans le fonctionnement des organes sociaux.

629 En droit français, la tendance dominante, à l'inverse, semble à une acceptation étendue de la capacité à agir et de l'intérêt à agir, dont la résultante est une recevabilité des demandes plus fréquente qu'en Suisse. Les contours de la notion d'intérêt social semblent également être dans une dynamique extensive. La notion est de plus en plus facilement appréciée comme dépassant et transcendant les intérêts de toutes les parties prenantes.

Section 2: Les enjeux procéduraux

630 Outre le contrôle de la légitimité active et de l'intérêt à agir du demandeur, d'autres obstacles procéduraux rendent la mise en œuvre des actions en nullité ou en annulation plus ou moins difficiles en pratique. Le délai de prescription et son point de départ (§ 1) constituent la plus grande limite au droit d'agir. Le droit suisse réserve quelques spécificités inconnues du droit français qui compliquent d'avantage la mise en œuvre de l'action (§ 2).

⁸³⁷ ATF 133 III 368, consid. 1.3.2.

§ 1 Les délais pour agir

Le délai de prescription est uniforme en droit français, et n'a eu cesse de se raccourcir. 631
Le délai de péremption de l'action en annulation est particulièrement court en droit suisse, ce qui appelle à une grande diligence du demandeur au risque de voir son droit forclos (I), alors que l'action en nullité est imprescriptible. La qualification du délai doit également être déterminée (II) ainsi que son point de départ (III).

I. Le délai de prescription

A. En France

1. La prescription triennale

La prescription de l'action en nullité trouve son explication dans l'impératif de sécurité juridique. La nécessité de réduire le délai de prescription témoigne de la volonté du législateur de minimiser les effets de la sanction. En effet, pendant toute la durée de sa validité, l'acte ou la décision litigieuse produit des effets. Or, lorsque celui ou celle-ci sera annulé, l'anéantissement aura un effet rétroactif, et emportera de surcroît avec elle la nullité de tous les actes subséquents. Le spectre des nullités en cascade sur une longue période fait peser un risque d'atteinte trop important.

En droit civil, la tendance en France a été à un raccourcissement drastique du délai de prescription en matière de nullité. Le raccourcissement s'est accompagné d'une unification des délais de prescription qui désormais ne distinguent plus selon que la nullité est absolue ou relative. Historiquement, l'action en nullité était imprescriptible, avant qu'une prescription de trente ans soit introduite, puis réduite à dix ans, puis à cinq ans. En droit civil, le délai de cinq ans est uniforme pour les nullités absolues et relatives (art. 2224 C. civ.)⁸³⁸. En droit des sociétés positif, toutes les actions en nullité⁸³⁹ se prescrivent par trois ans à compter du jour où la nullité est encourue⁸⁴⁰. Une réforme a été proposée afin de raccourcir d'avantage ce délai en le portant de trois à deux ans⁸⁴¹.

La prescription triennale souffre une exception, qui se justifie par les effets particulièrement problématiques du prononcé de la nullité en matière de fusion. Le législa-

⁸³⁸ Depuis la réforme de la prescription en matière civile de la loi n° 2008-561 du 17 juillet 2008.

⁸³⁹ CA Paris, 1^{er} février 2012, BJS 2012, p. 780, note H. Barbier, confirmé par Cass. 3^e Civ., 15 octobre 2015, no 14-17517: Dr. sociétés 2016, comm. 3, note R. Mortier; BJS 2016, p. 103, note M. Caffin-Moi; Rev. soc. 2016, p. 150, note J.-F. Barbièri; adde. RJDA 01/2016, p. 3, rapport H. Mas; CA Paris 19 mars 2013: BJS 2013, p. 651, note J.-F. Barbièri, confirmé par Cass. com., 8 juillet 2014, no 13-17244.

⁸⁴⁰ Art. 1844-14 C. civ. et art. L. 235-9 C.com.

⁸⁴¹ MARTIN (2020), p. 26.

teur a fait preuve d'un grand pragmatisme en réduisant le délai en présence d'opérations qui rendraient l'application de la sanction impraticable. Aussi, lorsque la décision litigieuse est une opération de fusion ou de scission, le délai est raccourci à 6 mois (art. L. 235-9 al. 2 C.com) à compter de la date de la dernière inscription au registre du commerce. La question se pose de savoir si le délai de prescription raccourci s'applique également aux apports partiels d'actifs, qui ne sont pas visés par l'article L. 235-9 al. 2 du Code de commerce. La jurisprudence y a répondu favorablement, évitant ainsi un éclatement des régimes, à condition que l'opération d'apport partiel d'actif a été placée et réalisée sous le régime applicable aux scissions⁸⁴².

635 Le délai se raccourcit significativement en cas de nullité des augmentations de capital pour s'établir à trois mois à compter de la date de l'assemblée générale suivant la décision d'augmenter le capital (art. L. 235-9 al. 3 C.com.). Le texte ne précise toutefois pas quel est le délai applicable en présence d'une réduction de capital. Selon nous, il conviendrait d'appliquer un raisonnement par analogie avec une opération d'augmentation de capital.

636 Lorsque la demande de nullité se fonde sur une disposition du droit commun de l'article 1844 du Code civil, le délai de prescription sera de trois ans à compter du jour de la connaissance de la cause de nullité par le demandeur en application de l'article 1844-14 du Code civil⁸⁴³. En cas de fraude, la prescription quinquennale devrait s'appliquer en principe. Toutefois, la jurisprudence a admis que lorsqu'une décision sociale a été adoptée par fraude, c'est la prescription triennale qui s'applique⁸⁴⁴. En matière d'abus de majorité, bien que le fondement soit l'article 1240 du Code civil, le délai de prescription est la prescription triennale du droit des sociétés, et non pas la nullité quinquennale du droit civil⁸⁴⁵.

2. L'exception de nullité

637 L'exception de nullité est codifiée au nouvel article 1185 du Code civil, selon lequel : «l'exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à un contrat qui n'a aucune exécution». Ce principe, qui trouve son origine dans le droit romain («ce qui est temporaire par voie d'action est perpétuel par voie d'exception»), permet au défenseur de refuser d'exécuter un acte entaché d'un vice de nullité, tout en faisant l'économie d'une action en nullité. De la sorte, l'exception pérennise la situation d'inexécution d'un contrat originellement vicié⁸⁴⁶. Les tiers peuvent agir par voie d'exception de nul-

⁸⁴² Cass. com. 3 juin 2003, n° 99-18.707 P:D. 2004. Comm. 273, obs. Hallouin; Rev. soc. 2003. 489, note Le Cannu; Dr. soc. 2003, n° 145, obs. Hovasse; BJS 2003. 933, note Saintourens.

⁸⁴³ Cass. com., 26 septembre 2018, n° 16-13.917.

⁸⁴⁴ Cass. civ. 3^e, 15 octobre 2015, n° 14-17.517; CA Paris, 19 mars 2013, n° 12/00020: RJDA 7/13 n° 633.

⁸⁴⁵ Cass. com., 30 mai 2018, n° 16-21002, BJS2018, p. 572, note A. Bugada.

⁸⁴⁶ MESTRE (1999), N 621.

lité au-delà des trois ans de prescription. Même si l'action en nullité est prescrite, la personne qui se voit demander l'exécution de l'acte irrégulier peut refuser de s'exécuter en invoquant l'exception de nullité, laquelle est imprescriptible⁸⁴⁷.

Toutefois, sa mise en œuvre a été jusqu'à présent très limitée par la jurisprudence⁸⁴⁸. 638 Deux limites majeures viennent atténuer son évocation. La première limite est que l'exception d'imprescriptibilité de la nullité ne concerne que les contrats qui n'ont pas encore été exécutés, l'exécution ayant un effet confirmatoire qui empêche à l'avenir toute discussion relative à la validité. La seconde limite est que, si le défendeur n'agit pas en nullité pendant le délai de prescription de l'action (soit trois ans à compter du jour de la cause de la nullité), il ne pourra plus invoquer par la suite l'exception de nullité⁸⁴⁹.

L'application restrictive de l'exception de nullité⁸⁵⁰ reflète le désamour du droit 639 contemporain pour la sanction de la nullité, jugée trop radicale, inadaptée aux besoins des parties, susceptible de favoriser des comportements opportunistes⁸⁵¹, ou encore facteur d'instabilité économique et de désordre⁸⁵². Un auteur s'interroge pourtant sur la possibilité, depuis la réforme de l'article 1185 du Code civil, d'un renouveau important de ce principe⁸⁵³.

B. En Suisse

1. L'imprescriptibilité de l'action en nullité

L'action en nullité fondée sur l'article 706b CO est imprescriptible, sauf cas de renonciation ou de perte du droit d'agir (voir *infra*). L'écoulement du temps n'a pas de vertu curative, ce qui explique que la constatation de la nullité peut être sollicitée en tout temps. 640

⁸⁴⁷ V. principalement: PICOD (2014), p. 509 pour une étude complète de l'exception de nullité à l'époque contemporaine. Cass. com., 13 décembre 1976, n°75-11.349 et 75-11.941, D. 1977.375, note Jeantin: seul l'organe social peut confirmer un acte originairement nul; Cass. com. 27 juin 1995, n°93-16.794, Dr. soc. 1995, n°220, obs. Vidal: si la nullité est soumise à la prescription triennale, il n'en demeure pas moins que l'exception de nullité d'une délibération de l'assemblée générale est perpétuelle.

⁸⁴⁸ MESTRE/FAGES (2000), 568 s. et jurisprudence citée.

⁸⁴⁹ Cass. com., 26 mai 2010, n°09-14.431, D. 2010. 1483; Dalloz Actualité, 7 juin 2010, obs. Delpesch; RDC 2010.1208, obs. Lathier; JCP E 2011, 40, obs. Simler: le principe selon lequel l'exception de nullité est perpétuelle ne s'applique que si l'action en exécution de l'obligation litigieuse est introduite après l'expiration du délai de prescription.

⁸⁵⁰ PICOD (2014), p. 509.

⁸⁵¹ PICOD (2014), p. 509.

⁸⁵² PICOD (2014), N 11, p. 509.

⁸⁵³ PICOD (2020).

2. *Le délai très court de l'action en annulation*

641 En revanche, l'action en annulation fondée sur l'article 706 CO est encadrée dans un délai strict de deux mois à compter de l'assemblée générale dont les décisions sont contestées, peu importe la date à laquelle l'actionnaire en prend connaissance⁸⁵⁴. Selon nous, ce point de départ qui résulte du texte de l'article 706a CO est problématique car il ne tient pas compte des cas de dissimulation d'informations ou de vice du consentement, dont le demandeur aurait eu connaissance après l'assemblée générale. Il ne tient pas non plus compte du cas où le demandeur aurait eu une connaissance tardive de la tenue et du contenu de l'assemblée générale.

II. La qualification du délai

A. En France: un délai de prescription

642 Le délai de prescription est sans conteste un véritable délai de prescription⁸⁵⁵, susceptible en conséquence de faire l'objet tant d'une interruption que d'une suspension, conformément au droit commun des obligations.

B. En Suisse: un délai de péremption

643 À l'inverse du droit français, le droit suisse qualifie le délai de l'article 706a CO de délai de péremption (*Verwirkungsfrist*) lequel, par sa nature et à la différence des délais de prescription, ne peut être ni interrompu, ni suspendu tant par le juge que par les parties⁸⁵⁶. S'il n'est pas respecté, le délai entraîne la perte du droit invoqué. La nature péremptoire du délai s'explique par le besoin impérieux de sécurité du droit⁸⁵⁷.

644 En cas de mise en œuvre d'une action en annulation, la société a besoin de savoir rapidement si une décision de l'assemblée est valide, celle-ci pouvant être la base d'actes et décisions à venir. En effet, les décisions de l'assemblée générale sont pour la plupart immédiatement applicables, de sorte que le conseil d'administration pourra être amené à les appliquer dans l'intervalle.

⁸⁵⁴ BONHET (2007), 78.

⁸⁵⁵ Même sens: Réponse Ministérielle JOAN Q 26 janvier 1981, p. 373.

⁸⁵⁶ CR-PETER/CAVADINI, art. 706a CO, N 2 et ss; BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706a CO, N 2; BONHET (2007) parle de délai de déchéance en précisant qu'il ne peut être ni interrompu ni prolongé mais considère qu'il peut être suspendu dans les cas prévus par l'art. 143 al. 1 CPC; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (2018), § 16 N 296.

⁸⁵⁷ HARI/HÄNNI (2014), N 67; ATF 86 II 78, consid. 6a; TF 4A_10/2012 du 24 octobre 2012, consid. 3.3.

III. Le point de départ du délai

A. En France

Le point de départ de l'action en nullité est le jour de la naissance de la cause de nullité⁸⁵⁸. Selon une doctrine majoritaire, il faudrait cependant réserver les cas de vices du consentement⁸⁵⁹ : il ne serait pas correct de décompter le délai à partir du jour de la décision, dans tous les cas où l'atteinte a été dissimulée⁸⁶⁰. En cas d'incapacité, de fraude⁸⁶¹ ou de vices du consentement, le départ de la prescription est retardé jusqu'à la date de la cessation de l'incapacité ou de la découverte de la fraude ou du vice du consentement par les dispositions de l'article 2224 du Code civil⁸⁶².

Reste que le point de départ n'est pas toujours évident à déterminer. L'article L. 235-9 al. 1 du Code de commerce précise que le point de départ court « à compter du jour où la nullité est encourue ». En matière de délibération de l'assemblée générale, il ne fait aucun doute que le jour de la tenue de l'assemblée délibérative fait office de point de départ. La Cour de cassation a précisé que, lorsque l'assemblée a été dissimulée à l'actionnaire, le délai de prescription court à compter du jour où il en a connaissance⁸⁶³. Ce principe souffre toutefois d'exceptions, par exemple en matière de nullité d'une décision de fusion ou de scission ou d'augmentation de capital, comme précisé par les alinéas 2 et 3 du même article. La solution est incertaine en présence d'une décision litigieuse du conseil d'administration. Par analogie avec les décisions de l'assemblée générale, le délai de prescription devrait courir à compter du jour de la décision litigieuse. En l'absence de procès-verbal de la décision du conseil d'administration, le point de départ de la prescription de l'action ne saurait être antérieur à la régularisation par l'approbation du procès-verbal de la deuxième réunion du conseil d'administration (art. L. 235-14 al. 3 C.com.). Le délai de prescription des actions en nullité des décisions du conseil d'administration s'en retrouve *de facto* raccourci.

Le droit français prévoit en outre des mécanismes permettant de raccourcir drastiquement le délais triennal en incitant à l'exercice de l'action par le biais d'une action in-

⁸⁵⁸ LE CANNU (2001), N 40: ce texte ne précise pas au mieux le point de départ de la prescription (« le jour où la nullité est encourue », ce qui suppose le problème résolu).

⁸⁵⁹ MERLE (1988), N 70.

⁸⁶⁰ HANNOUN (1991), N 45.

⁸⁶¹ CA Paris, 1^{er} février 2012: BJS 2012, p. 780, note H. Barbier, confirmé par Cass. 3^e Civ., 15 octobre 2015, n° 14-17517: Dr. sociétés 2016, comm. 3, note R. Mortier; Rev. soc. 2016, p. 150, note J.-F. Barbière; BJS 2016, p. 103, note M. Caffin-Moi; adde. RJDA 01/2016, p. 3, rapport H. Mas; CA Paris, 19 mars 2013: BJS 2013, p. 651, note J.-F. Barbière, confirmé par Cass. com., 8 juillet 2014, n° 13-17244.

⁸⁶² CA Paris, 19 mars 2013, RG 12/00020: RTD com. 2013. 767, obs. Dondero; RJDA 2013, n° 33.

⁸⁶³ Cass. com. 26 septembre 2018, n° 16-13.917 F-D: la simple absence de convocation ne suffit pas à prouver la dissimulation.

terrogatoire prévue aux articles 1844-12 du Code civil et L. 235-6 du Code de commerce. Le système est pertinent puisqu'il permet à toute personne y ayant intérêt de mettre en demeure le titulaire du droit d'agir soit de demander une régularisation, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. Passé ce délai, le bénéficiaire du droit d'agir ne peut plus contester la décision litigieuse.

B. En Suisse

- 648 Le délai commence à courir le lendemain du jour où l'assemblée générale s'est tenue et est respecté si l'acte introductif d'instance est remis au tribunal avant minuit le dernier jour du délai⁸⁶⁴.
- 649 L'introduction d'une requête de mesures provisionnelles tendant au blocage du registre n'emporte pas le respect du délai, faute d'identité d'objet et de procédure entre la requête de mesures provisionnelles et l'action au fond⁸⁶⁵. En effet, dans un arrêt en date du 6 juin 1984⁸⁶⁶, un actionnaire s'opposait à la décision de l'assemblée générale modifiant les statuts pour accorder un droit préférentiel de souscription. L'actionnaire contesta l'inscription des statuts modifiés au registre du commerce, avant de demander l'annulation de la décision sociale litigieuse. Le Tribunal déclara l'action prescrite et leva les mesures provisionnelles.
- 650 Par dérogation, le délai de deux mois pour l'annulation d'une décision de fusion court à compter de la publication de la transaction dans la Feuille officielle suisse du commerce⁸⁶⁷ et non pas au jour de la tenue de l'assemblée générale.

§ 2 Les difficultés procédurales spécifiques à la Suisse: la difficulté d'appréciation de la valeur litigieuse

- 651 Le droit français n'exige pas de déterminer le montant du litige pour fixer le montant des émoluments. Ces derniers sont définis selon un barème légal fixe et déterminé selon le type d'actes. Par exemple, le greffe du Tribunal de commerce percevait en 2020

⁸⁶⁴ HARI/HÄNNI (2014), N 67 et réf. sous la note (98).

⁸⁶⁵ HARI/HÄNNI (2014) et réf. sous la note (99): ATF 110 II 387, consid. 2: une requête de mesures provisoires avant procès ne suffit pas à l'observation du délai pour ouvrir l'action de l'article 706 al. 4 CO, faute d'identité entre les conclusions de la requête de mesures provisoires et celles de la demande au fond; BOHNET (2007), N 69, 83: considère au contraire que l'identité devrait être admise lorsque les conclusions de la requête de mesures provisionnelles visent à empêcher la décision attaquée de déployer ses effets.

⁸⁶⁶ ATF 110 II 387 du 6 juin 1984, *Société anonyme G., c. M.*

⁸⁶⁷ Art. 106 al. 1 LFus: ne mentionne que la décision de fusion, de scission ou de transformation. Le Message concernant la LFus p. 4141 semble indiquer que la décision de transfert de patrimoine peut aussi être attaquée. VON DER CRONE/GERSBACH (2004) N 83 s'opposent à cette lecture et excluent le transfert de patrimoine de l'article 106 al. 1 LFus.

un émoulement de 49.04 euros pour immatriculer une société commerciale⁸⁶⁸. En revanche, en Suisse, les émoulements sont déterminés proportionnellement à la valeur litigieuse (art. 65 al. 2 et 3 de la Loi sur les Tribunaux fédéraux).

La valeur du litige est, en France comme en Suisse, nécessaire pour déterminer le degré de juridiction compétent ainsi que le taux du ressort, c'est-à-dire le montant en dessous duquel les voies de recours ordinaires ne sont pas ouvertes (art 34 à 40 CPC). L'article 40 du CPC précise que lorsque les litiges ne sont pas chiffrables ou n'ont pas de valeur monétaire, comme lors d'une demande en nullité⁸⁶⁹, les voies d'appel sont toujours ouvertes. Ce point est intéressant: alors qu'en France, une demande en nullité n'a pas de valeur monétaire, en Suisse une demande en nullité a une valeur pécuniaire.

L'article 51 al. 1 let. *d* de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 précise que la valeur litigieuse est déterminée par les conclusions de la demande. L'alinéa 2 du même article précise que si les conclusions ne tendent pas au paiement d'une somme d'argent déterminée, le Tribunal fédéral fixe lui-même le montant de la valeur litigieuse. La détermination de la valeur litigieuse emporte trois conséquences. La première concerne le coût des frais de la procédure. En effet, la recevabilité de la demande en annulation d'une décision de l'assemblée générale est généralement soumise au paiement d'une avance de frais, dont le montant dépend du droit cantonal (art. 96 et 98 CPC de la même loi). L'avance demeurera le plus souvent proportionnelle à la valeur litigieuse⁸⁷⁰. La seconde conséquence porte sur la recevabilité des recours. Selon l'article 74 al. 1 ch. de la Loi sur le Tribunal fédéral, dans les contestations civiles portant sur d'autres droits de nature pécuniaire, le recours n'est recevable que si les droits contestés dans la dernière instance cantonale atteignent une valeur d'au moins 30'000 francs, exception faite des litiges listés à l'alinéa 2 du même article. La troisième conséquence porte sur le degré de juridiction compétent. En effet selon l'article 8 al.1 du CPC, lorsque la valeur litigieuse est supérieure à 100'000 francs suisse, le demandeur peut porter l'action directement devant le tribunal supérieur avec l'accord du défendeur.

La principale difficulté en droit suisse en matière de nullité repose sur la détermination de la valeur litigieuse, qui dépend de l'intérêt de la société. La loi ne donne aucune indication sur la façon de déterminer cette valeur litigieuse. Il convient donc de se référer à la jurisprudence.

⁸⁶⁸ Arrêté du 28 février 2020 fixant les tarifs réglementés des greffiers de tribunaux de commerce.

⁸⁶⁹ Cass, civ 2^e du 27 septembre 2012, n° 11-26884: le litige portait sur une demande indéterminée en nullité d'une cession d'action et ne portait pas au principal sur des intérêts pécuniaires, quand bien même la conséquence du prononcé de la nullité est la restitution du prix.

⁸⁷⁰ Le droit cantonal peut néanmoins consacrer des règles différentes pour la taxation des émoulements judiciaires cantonaux, voir TF 4P.344/2006 du 27 février 2007, consid. 5.1.

- 655 Le Tribunal fédéral juge de façon constante que l'action en annulation ou en nullité d'une décision sociale est un droit de nature pécuniaire⁸⁷¹ au sens de l'article 74 al. 1 LTF, à savoir que son fondement repose sur un droit de nature patrimoniale et que la demande vise un but économique, bien qu'elle ne porte pas nécessairement sur une somme d'argent⁸⁷². Cependant, la détermination de la valeur litigieuse n'est pas sans soulever des difficultés pratiques en Suisse⁸⁷³. Elle doit être estimée concrètement d'après l'objet des décisions de l'assemblée générale dont l'annulation est requise⁸⁷⁴. Il précise que la valeur litigieuse est appréciée sur la base de l'intérêt d'ensemble de la société. Néanmoins, celle-ci ne doit en aucun cas être assimilée ou confondue avec le montant du capital social, sauf lorsque le juge ne dispose pas des renseignements nécessaires à une évaluation concrète. Dans ce cas, le juge peut fixer la valeur litigieuse au montant du capital social par simple présomption⁸⁷⁵.
- 656 De plus, la valeur litigieuse repose sur l'intérêt de la société, dont la notion est floue, et non sur l'intérêt personnel de l'actionnaire demandeur⁸⁷⁶. Dans une espèce, le Tribunal fédéral a ainsi pu juger que l'intérêt de la société consistait en la libération du solde des actions du recourant et l'élimination au passif du bilan d'un montant égal à la créance contestée (approuvée par une assemblée générale qui est contestée)⁸⁷⁷. Dans une autre espèce, le greffe du tribunal avait évalué la valeur litigieuse au montant du capital social de la société et a taxé un émolument de mise au rôle de 5'000 francs sur cette base, devant être payé dans un délai de 30 jours sous peine d'irrecevabilité de la demande. Le demandeur s'y opposa en soutenant que l'objet de l'action était non pécuniaire. Le Tribunal fédéral rétorque que l'action fondée sur les articles 706 et 706b CO ne porte pas sur le paiement d'une somme d'argent mais est néanmoins pécuniaire et la valeur déterminante est celle de l'intérêt de la société au maintien des décisions contestées, intérêt dont la valeur est en principe plus élevée que celle de l'intérêt personnel de l'actionnaire demandeur⁸⁷⁸.

⁸⁷¹ Voir par exemple: ATF 4_630/2012 du 19 mars 2011, consid. 1.1.

⁸⁷² ATF 4A_529/2017 du 21 février 2018, consid. 1.1.2. et se référant à 4A_507/2014 consid. 2.1.2.; ATF 137 III 503: le fait, pour un actionnaire, de vouloir préserver la bonne marche de la société a pour objectif de préserver le patrimoine de la société.

⁸⁷³ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (2018), § 16 N 301.

⁸⁷⁴ TF 4P. 344/2006 du 27 février 2007, consid. 5.2

⁸⁷⁵ TF 4P. 344/2006 du 27 février 2007, consid. 5.2.; Arrêt 4C.47/2006 du 30 mai 2006, le Tribunal fédéral a retenu que l'intérêt d'une société à la nomination de son administration unique ne saurait être inférieur à la valeur de son capital action (1.2.). Dans une affaire antérieure, le Tribunal fédéral avait déjà retenu une valeur litigieuse égale au capital social au motif que l'évaluation des intérêts en cause était difficile (4C.88/2000 du 27 juin 2000, consid. 4b).

⁸⁷⁶ ATF 75 II 152.

⁸⁷⁷ ATF 92 II 243, arrêt du 21 juin 1966, *Besse c/Matière minérale SA*: consid. 1b.

⁸⁷⁸ TF 4P_344/2006 du 27 février 2007, consid 5.1 renvoyant à ATF 75 II 149 consid. 1; ATF 92 II 243 consid. 1b; ATF 107 II 179 consid. 1.

Bien qu'en principe l'intérêt de la société soit donc plus élevé que l'intérêt du demandeur, il arrive néanmoins que les deux intérêts se recouvrent. Par exemple, dans le cas de demande de nullité d'une décision portant sur la distribution de dividendes, le tribunal retient que la valeur litigieuse correspond à l'intérêt de la société intimée au maintien de la décision de distribution d'un dividende aux actionnaires prise par son assemblée générale, intérêt qui peut être fixé au montant du dividende versé⁸⁷⁹.

Le coût de la procédure pour l'actionnaire ou pour l'administrateur isolé est donc sans proportion avec les chances que comporte le succès de l'action, ce qui peut décourager d'introduire une action en annulation ou en nullité⁸⁸⁰.

Toutefois, un tempérament fondé sur l'application de l'article 107 al. 1 let. f. CPC permet d'atténuer le caractère dissuasif de frais de procédure particulièrement élevés. Afin d'éviter de décourager les actions fondées⁸⁸¹, le législateur a donné au juge un large pouvoir d'appréciation en matière de répartition des frais entre les parties⁸⁸²: cette disposition permet de mettre à la charge de la société tout ou partie des frais même dans l'hypothèse où elle obtient gain de cause, afin de tenir compte de l'éventuelle inégalité économique entre l'actionnaire et la société⁸⁸³.

Les circonstances seront déterminantes à cet égard: pour apprécier l'opportunité d'une répartition équitable des frais, la jurisprudence retient que «le juge prend en compte tous les éléments du cas particulier, tels que les chances de l'action, l'attitude des parties dans le procès, les motifs de fait et de droit pour lesquels l'actionnaire a pu de bonne foi se croire fondé à agir, compte tenu des informations qu'il avait reçues ou auxquelles il pouvait accéder, et aussi l'intérêt de l'action pour des tiers tels que d'autres actionnaires dans la même situation». En cas d'échec de la procédure, la jurisprudence a admis qu'il était possible de tenir compte de la participation détenue par le demandeur dans la société. Si celle-ci est substantielle, il n'est pas justifié de faire exception au principe général de la répartition des frais. Une répartition spéciale sera admise surtout lorsque l'intérêt financier de l'actionnaire est faible par rapport à celui de la société⁸⁸⁴. Si en revanche l'action se révèle fondée, les frais seront mis entièrement à charge de la société. Cette approche a été à juste titre critiquée par la doctrine⁸⁸⁵.

⁸⁷⁹ Cour cantonale de Genève, C/29058/2010, consid. 2, se fondant sur ATF 133 III 368, consid. 1.2.3. et arrêt du Tribunal fédéral 4A_630/2012 du 19 mars 2013, consid. 1.1.

⁸⁸⁰ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), § 16 N 213, p. 555.

⁸⁸¹ RUEDIN (2006), N 1499.

⁸⁸² Message 1983, 104. Un arrêt isolé admet que les frais de procédure soient imputés au tiers qui est responsable de la nullité. En l'espèce, il s'agissait d'un tiers non actionnaire qui avait tenu une assemblée générale extraordinaire universelle au cours de laquelle il avait démis l'administrateur de ses fonctions à son profit (ATF 141 III 426 du 29 septembre 2015).

⁸⁸³ HARI/HÄNNI (2014), N 86.

⁸⁸⁴ HARI/HÄNNI (2014), N 86.

⁸⁸⁵ BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706a CO, N 10.

Conclusion de la section 2

661 En l'encadrant dans un délai court, avec une légitimation active très circonscrite, le législateur helvète a rendu l'introduction d'une action en annulation délicate. A ceci s'ajoute les frais de procédure souvent rédhibitoires, en raison de la définition de la valeur litigieuse. En sus de ces obstacles procéduraux, les juges ont le pouvoir de museler l'action en nullité en retenant des cas de renonciation. Sans pour autant valoir confirmation, l'actionnaire qui aurait pris part au vote serait irrecevable à agir en nullité dans certaines circonstances. De même, serait irrecevable celui qui aurait ultérieurement confirmé une décision à laquelle il prétend s'opposer (voir *infra* Partie II). Enfin, la condition de la nécessité d'un grief pour agir en nullité a pour corollaire nécessaire que le prononcé de la sanction doit mettre fin au préjudice subi. En conséquence, si le vote de l'actionnaire demandeur aurait été sans effet sur la décision litigieuse, et sous réserve que celle-ci soit valable sur le fond, son action sera irrecevable. A l'inverse, le droit français retient un délai qui, certes sans cesse raccourci, laisse un temps confortable pour introduire une demande, d'autant plus qu'il peut être interrompu. L'absence de caractère pécuniaire de l'action en annulation en France est également un obstacle procédural en moins.

Section 3: Une sanction aux effets mitigés et à la mise en œuvre laborieuse

662 Les garde fous procéduraux qui encadrent la mise en œuvre de la nullité des décisions sociales sont justifiés par les conséquences redoutables de la sanction: la contamination des actes liés et son effet rétroactif. De tels effets, qui rendent bien souvent la sanction difficile à mettre en œuvre, portent atteinte à la sécurité juridique nécessaire à la vie des affaires. En droit français, la rétroactivité (*Rückwirkung*) de la nullité provoque des nullités en cascade particulièrement redoutable (§ 1); alors que le droit suisse limite les effets de la sanction pour garantir une plus grande sécurité juridique (§ 2).

§ 1 L'effet rétroactif de la nullité et les nullités en cascade en droit français

I. Les nullités en cascade

A. Principe

663 Alors que la nullité de la société n'a en principe pas d'effet rétroactif même à l'égard des associés, la nullité des actes ou délibérations de la société anéantit rétroactivement ces derniers. Il en résulte un retour à l'état des choses existant avant l'adoption de la délibération condamnée. Les effets de la sanction sont identiques quel que soit le fon-

dement de l'action, et indépendamment du caractère automatique ou facultatif, absolu ou relatif de la nullité.

À la condition d'un lien de dépendance entre les actes ou les opérations et la décision 664 annulée sur laquelle ils reposent⁸⁸⁶, les actes et décisions subséquentes suivent le même régime que l'acte antérieur: il en résulte des « nullités en cascade » ou des « nullités par contamination⁸⁸⁷ ». Il en va de même lorsqu' un contrat a été passé en application d'une décision sociale annulée⁸⁸⁸, comme par exemple l'annulation d'une cession d'actions en violation d'une procédure d'agrément⁸⁸⁹. De même, lorsqu'un conseil d'administration est irrégulièrement composé, tous les actes pris par cet organe sont viciés aussi longtemps que l'irrégularité n'est pas corrigée, et chaque décision irrégulière fait courir un délai qui lui est propre⁸⁹⁰.

En raison du risque d'insécurité généré par les nullités en cascade, certains auteurs 665 soutiennent – à juste titre – que la « prescription de l'action en nullité de l'acte initial devrait empêcher de contester les actes subséquents⁸⁹¹. »

B. Tempérament: l'inopposabilité de la nullité aux tiers de bonne foi et ses limites

Sous l'empire des lois du 24 juillet 1867 et du 7 mars 1925, les associés ne pouvaient 666 se prévaloir des nullités encourues vis-à-vis des tiers. Cette règle avait pour objet d'éviter que les associés puissent se soustraire à leurs obligations en prétextant la nullité de la société ou d'actes et délibérations⁸⁹². La première phrase de l'article L. 235-12 du Code de commerce nuance cette ancienne règle en édictant que: « ni la société,

⁸⁸⁶ HONORAT, Nullités, N 213.

⁸⁸⁷ GUEGAN (2020), N 61 et s.

⁸⁸⁸ Cass. com., 20 mars 2012, n° 11-13534: rev. soc. 2012, p. 582, note J. Moury; RTD Com. 2012 p. 356, obs. M.-H. Monsérié-Bon; BJS 2012, p. 475, note H. Lécuyer *a contrario*; Cass. civ. 3^e, 6 octobre 2004, n° 01-00896: JCP E 2004, 1773, note H. Hovasse; BJS 2005, p. 114, note P. Le Cannu; Rev. soc. 2005, p. 152, note B. Saintourens et p. 411, note J.-F. Barbiéri; RTD Com. 2005, p. 122, note M.-H. Monsérié-Bon: au visa de l'article 1844-14 du Code civil: « l'action en annulation d'une cession de droits sociaux n'est soumise à la prescription triennale que dans l'hypothèse où elle est fondée sur une irrégularité affectant la décision sociale ayant accordé au cessionnaire l'agrément exigé par la loi ou les statuts. » Dans les cas contraire l'action en annulation est soumise au droit commun.

⁸⁸⁹ Cass. com., 21 mars 1995, n° 93-14564: BJS 1995, p. 526, note P. Le Cannu (à propos d'une cession de parts sociales d'une SARL); Cass. 3^e Civ., 19 juillet 2000, n° 98-10469: Dr. sociétés 2000, comm. 168, note T. Bonneau; BJS 2000, p. 1083, note P. Le Cannu; Rev. soc. 2000, p. 737, note J.-F. Barbiéri; Cass. 3^e Civ., 6 décembre 2000, no 99-11332: Dr. sociétés 2001, comm. 39, note T. Bonneau; BJS 2001, p. 298, note P. Le Cannu; Rev. soc. 2001, p. 84, note Y. Guyon; Cass. com., 21 janvier 2014, n° 12-29221: Dr. sociétés 2014, comm. 64, note D. Gallois-Cochet; Rev. soc. 2014, p. 437, note A. Lecourt; BJS 2014, p. 250, note B. Saintourens; Cass. com., 20 mai 2014, n° 13-16187: Dr. sociétés 2014, comm. 125 D. Gallois-Cochet.

⁸⁹⁰ GUEGAN (2020), N 352.

⁸⁹¹ LE CANNU/DONDERO (2019), N 481.

⁸⁹² HONORAT, Conseil d'administration, N 175 et s.

ni les associés ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi». Il est à rapprocher avec l'article L. 210-9 du Code de commerce, qui dispose que : «Ni la société, ni les tiers ne peuvent, pour se soustraire à leurs engagements, se prévaloir d'une irrégularité dans la nomination des personnes chargées de gérer, d'administrer ou de diriger la société, lorsque cette nomination a été régulièrement publiée. La société ne peut se prévaloir, à l'égard des tiers, des nominations et cessations de fonctions des personnes visées ci-dessus, lorsqu'elles n'ont pas été régulièrement publiées». Il en résulte qu'un acte exécuté à la suite d'une délibération nulle peut être maintenu dans l'intérêt des tiers de bonne foi. Elle ne trouve alors pas à s'appliquer dans les rapports entre la société et les associés selon une jurisprudence stricte⁸⁹³.

667 On relèvera également un arrêt de la Cour de cassation⁸⁹⁴ qui a approuvé une Cour d'appel à la suite de la désignation irrégulière du président d'une société de n'avoir pas systématiquement annulé tous les actes et contrats conclus et signés par ce dirigeant. La validité des actes accomplis par le dirigeant irrégulièrement désigné ne pouvait être appréciée qu'à propos de chacun d'eux pris individuellement.

668 De même, en cas de nullité des décisions du directoire, il convient de distinguer selon qu'il s'agit d'actes d'ordre interne ou d'ordre externe. L'ordre interne concerne le fonctionnement des organes de la société, leurs relations réciproques et avec les actionnaires. L'ordre externe concerne les relations avec les tiers. En interne, dans les sociétés anonymes avec directoire et conseil de surveillance, toute décision du directoire suppose en principe une délibération de l'organe collégial. En conséquence, seul l'ordre interne est concerné. Seul le président du directoire assure la représentation de la société à l'égard des tiers. La société serait donc valablement engagée à l'égard des tiers par les actes du président du directoire quelles que soient les éventuelles irrégularités internes. Dans l'ordre interne, on ne peut exclure en revanche qu'un actionnaire ou un membre du conseil de surveillance puisse demander la nullité⁸⁹⁵.

⁸⁹³ CA Paris, 29 mars 1991, BJS 1991. 534, note P. Le Cannu : la décision d'annulation est sans effet sur les obligations nées à la charge ou au profit des sociétés auxquelles le ou les patrimoines sont transmis entre la date à laquelle prend effet la fusion et celle de la publication de la décision prononçant la nullité.

⁸⁹⁴ Cass. com., 27 janvier 2009, n° 07-20.402 : certes l'annulation d'une délibération d'assemblée générale entraîne par voie de conséquence l'anéantissement de tous les actes subséquents dont elle constituait le fondement, pour autant la Cour de cassation retient un tempérament à ce principe, en confortant la position de la Cour d'appel selon laquelle la validité des actes accomplis par le dirigeant irrégulièrement désigné ne pouvait être appréciée qu'à propos de chacun d'eux.

⁸⁹⁵ ANSA n° 09-024.

II. Critique de l'article L. 235-12 du Code de commerce

Il est louable que le législateur ait voulu préserver la sécurité des tiers de bonne foi 669 fondée sur la théorie de l'apparence légitime, mais l'approche retenue par l'article L. 235-12 du Code de commerce soulève quelques difficultés.

La bonne foi se présument, comment démontrer qu'un tiers est de mauvaise foi? A 670 *priori*, le fardeau probatoire reposera sur la société qui voudra rendre une décision opposable aux tiers, bien que nulle, ou qui voudra se soustraire de ses engagements en invoquant la nullité d'une décision sociale. À elle de démontrer que le tiers était de mauvaise foi et que, bien qu'il eût connaissance de l'irrégularité de la décision, a malgré tout contracté avec la société. Cette preuve nous paraît délicate à apporter dans la mesure où les sociétés non cotées n'ont pas d'obligation d'informations du public et que la plupart des actes et délibérations ne sont pas consultables par les tiers. Par exemple, comment un tiers en effet pourrait-il avoir connaissance des vices affectant l'exclusion d'un actionnaire en cours d'assemblée générale à laquelle il ne peut pas participer? Le seul cas envisageable de mauvaise foi du tiers serait en présence de collusion frauduleuse. Encore une fois, la preuve sera délicate à apporter.

De plus, comment justifier qu'une même décision nulle puisse être réputée n'avoir ja- 671 mais existée à l'égard de certains (les tiers de bonne foi) mais produise ses effets à l'égard d'autres (les parties, les tiers de mauvaise foi)? Comment admettre que la nullité puisse avoir des effets variables alors que la décision valable rayonne uniformément? Comme le note un auteur avec justesse, la limite de l'opposabilité de la nullité des décisions sociales aux tiers est source de complexité et remet en cause l'efficacité de la sanction: «ou bien la nullité est opposable aux tiers et les conséquences pratiques en sont graves; ou bien elle leur est inopposable, ce qui signifie qu'elle n'a plus aucun sens en tant que nullité d'acte, à moins qu'il ne s'agisse d'une mesure d'ordre purement interne⁸⁹⁶». A titre illustratif, prenons l'exemple de l'annulation d'une décision d'augmentation de capital: en suivant la logique de l'article L. 235-12 du Code de commerce, le capital de la société devrait être égal au montant antérieur à la décision litigieuse à l'égard des parties et des tiers de mauvaise foi (comme une banque créancière), mais du montant postérieur à la décision litigieuse (bien qu'annulée) à l'égard des tiers de bonne foi, à qui la nullité n'est pas opposable. La démonstration ne résiste pas la logique.

Enfin, et la question n'est pas des moindres: qu'est-ce qu'un tiers au sens de l'article L. 672 235-12 du Code de commerce? Est-ce un tiers à la décision litigieuse ou un tiers à la société? Si l'on retient une conception contractuelle de la société, un tiers est toute personne extérieure au contrat fondateur, c'est-à-dire aux statuts. Un tiers est donc

⁸⁹⁶ HONORAT, Conseil d'administration, N 178.

toute personne qui n'est pas actionnaire. Une approche plus large admet qu'un tiers est « toute personne étrangère au fonctionnement interne de la société, c'est-à-dire toutes les personnes autres que la société, les associés, les dirigeants et plus largement les membres des organes collectifs de la société tels que les administrateurs ou les membres du conseil de surveillance⁸⁹⁷ ». *A contrario* devraient être des tiers, selon cette définition, les créanciers sociaux, les salariés, les fournisseurs, ce qui est discutable sur le plan du fonctionnement économique de la société.

- 673 Pourtant tel n'est pas toujours le cas. Concernant la qualification des créanciers sociaux, nous retiendrons le contentieux relatif à la nullité des sûretés. Si les créanciers sociaux sont des tiers, la société ne saurait se prévaloir d'une irrégularité interne telle que la nullité de la décision d'octroyer une sûreté afin d'opposer à la banque la nullité de la sûreté. En effet, le créancier, tiers de bonne foi, lui rétorquerait que la nullité de la décision de sûreté lui est inopposable en application de l'article L. 235-12 du Code de commerce. Or, l'étude du contentieux en la matière révèle que la Cour de cassation n'hésite pas admettre la nullité d'une sûreté dès lors qu'elle est contraire à l'intérêt social peu importe qu'elle ait été approuvée à l'unanimité des associés et cette nullité est opposable au bénéficiaire de la sûreté⁸⁹⁸. La solution est critiquable : elle revient soit à considérer que les créanciers sociaux ne sont pas des tiers à la société, soit à présumer de façon irréfragable qu'ils sont de mauvaise foi, c'est-à-dire qu'ils sont en mesure d'apprécier le caractère contraire à l'intérêt social d'un acte au moment de sa conclusion. Cette solution semble limitée aux seules hypothèses d'octroi de garantie au profit d'un créancier⁸⁹⁹.

§ 2 La recherche de sécurité juridique en droit suisse

- 674 Le prononcé de la nullité a un effet *erga omnes* et rétroactif (I), y compris en présence de nullité en cascade (II).

I. Le principe de l'opposabilité *erga omnes* et de l'effet *ex tunc* de la sanction

- 675 Le principe en droit commun est que la nullité d'un contrat a un effet *ex tunc*, c'est-à-dire que l'annulation est rétroactive avec restitution des prestations et un retour à la situation antérieure à la conclusion du contrat annulé. Est nul avec effet *ex tunc* sur le

⁸⁹⁷ GUEGAN (2020), N 343.

⁸⁹⁸ Cass. com., 23 septembre 2014, no 13-17347 : Rev. soc. 2014, p. 714, note A. Viandier ; Dr. sociétés 2014, comm. 185, note H. Hovasse ; JCP G 2014, 1252, note E. Martinier ; Gaz. Pal. 2 décembre 2014, p. 20, obs. A.-F. Zattara-Gros ; JCP G 2014, doct. 1162, no 12, obs. P. Simler et P. Delebecque ; D. 2015, p. 140, note D. Robine ; RTD Com. 2015, p. 123, obs. M.-H. Monsérié-Bon.

⁸⁹⁹ GUEGAN (2020), N 172.

fondement de l'article 20 CO un contrat dont la prestation est impossible⁹⁰⁰. Ainsi, en cas de vice de consentement, le contrat est nul avec effet *ex tunc*. Cependant, le Tribunal fédéral admet que la nullité ait, dans certaines circonstances, un effet *ex nunc*, c'est-à-dire pour l'avenir uniquement et sans rétroactivité. En présence d'un contrat de durée, l'annulation a un effet *ex nunc*: l'accord des parties reste valable pour la durée du contrat qui a été exécutée jusqu'à la date du jugement d'annulation⁹⁰¹.

En matière de décisions sociales, certains auteurs ont soutenu que l'annulation de l'article 706 CO avait un effet *ex nunc* et que la nullité de l'article 706b CO a un effet *ex tunc* incontestable, bien que la rétroactivité ne résulte pas de la loi⁹⁰². Comme le note Peter Kunz, si la nullité n'avait d'effet que *ex nunc*, les actions en contestation seraient réduites à une certaine absurdité⁹⁰³.

La décision annulée sur le fondement de l'article 706 CO prendra ses effets *erga omnes*. Le jugement est opposable à tous les actionnaires ainsi qu'aux tiers, sous réserve des droits acquis de bonne foi⁹⁰⁴. Tout comme en droit français, ni la société, ni les actionnaires ne peuvent se prévaloir de l'annulation à l'égard des tiers de bonne foi.

Lorsque la nullité a été prononcée sur le fondement de l'article 706b CO, les tiers même de bonne foi ne pourront pas se prévaloir de la décision nulle, sauf à ce que la décision a été inscrite au registre du commerce⁹⁰⁵. Depuis le 1^{er} janvier 2021, le registre du commerce a une publicité positive et les tiers qui n'ont pas connaissance de l'inexactitude de l'inscription peuvent invoquer l'inscription au registre du commerce (art. 936b al. 3 CO) comme en France. Jusqu'alors les tiers ne pouvaient invoquer que difficilement l'apparence légale des inscriptions.

Si la nullité est rejetée, le jugement n'a d'effets qu'*inter partes* comme en droit français, et d'autres personnes ayant qualité et intérêt à agir pourront réintroduire l'action. L'action reste donc ouverte aux autres actionnaires ou éventuellement au conseil d'administration⁹⁰⁶.

II. Implication sur les nullités en cascade

La conséquence de la rétroactivité de la nullité des décisions sociales est que tous les actes subséquents ou reposant sur la décision annulée sont eux-mêmes invalides, ce

⁹⁰⁰ ATF 143 III 167 en date du 6 février 2017.

⁹⁰¹ TF_4A.335/2018, 9 mai 2019, com. GAUDOY.

⁹⁰² KUNZ (2015), Rz 31.

⁹⁰³ KUNZ (2015), Rz 55.

⁹⁰⁴ CR-PETER/CAVADINI, art. 706 CO, N 45; MONTAVON (2011), N 535.

⁹⁰⁵ CR-PETER/CAVADINI, art. 706b CO, N 5.

⁹⁰⁶ ATF 122 III 279, JdT 1998 I 605, 610; ZK-TANNER, art. 706b CO, N 202; BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706b CO, N 24.

qui soulève des difficultés pratiques justifiant la réticence des tribunaux à prononcer la sanction⁹⁰⁷. Peter Kunz souligne d'ailleurs que ces questions délicates en pratique font pourtant l'objet de peu de développements doctrinaux⁹⁰⁸. Il développe son analyse au cas de l'annulation sur le fondement de l'article 706 CO d'une décision de l'assemblée générale nommant un ou des administrateurs. Comme le relève Peter Kunz, l'annulation entraîne l'extinction des actes et décisions juridiques reposant sur la décision annulée: le conseil d'administration devenu irrégulier par l'effet rétroactif de l'annulation de la nomination de tout ou partie de ses membres, ses décisions sont à leurs tours nulles sur le fondement de l'article 714 CO⁹⁰⁹. Le Tribunal fédéral a confirmé le raisonnement dans un arrêt en date du 13 juillet 2012⁹¹⁰: les décisions du conseil d'administration souffrent d'une grave lacune en raison de l'annulation des décisions de l'assemblée générale sur lesquelles elles reposent, et s'avèrent donc nulles⁹¹¹. Peter Kunz propose une nuance raisonnable afin de sauver la décision litigieuse: si après défalcation des votes du conseil d'administration des voix des administrateurs dont la nomination a été annulée, la décision conserve la majorité des votes en dépit de cette soustraction, alors celle-ci demeure valable⁹¹².

681 Dans certaines circonstances toutefois, les tribunaux ont privilégié la sécurité juridique en limitant les nullités en cascade en présence d'une fusion avant l'adoption de la loi fédérale du 3 octobre 2003 sur les fusions dite LFus. Dans une affaire, deux des membres d'une caisse d'assurance introduisent un recours demandant l'annulation des délibérations de l'assemblée générale approuvant une fusion en raison (i) d'une absence de convocation régulière et (ii) d'une absence de majorité requise pour l'adoption de la délibération⁹¹³. La Cour civile du Tribunal cantonal du canton du Valais a constaté que les actions des demandeurs étaient devenues sans objet, au motif de «l'impossibilité de rétablir la situation antérieure à la fusion qui fait obstacle à l'admission des conclusions des demandeurs». Se ralliant à l'avis de Cuendet⁹¹⁴, la Cour cantonale estime que l'action tendant à constater la nullité de la fusion est toujours possible théoriquement, mais qu'elle peut placer les parties dans une situation inextricable. En effet, si les patrimoines ont été confondus et qu'il y a déjà eu des opérations les affectant, ce qui est d'autant plus probable en cas de recours sur le fondement de l'article 706b CO qui ne fait l'objet d'aucune prescription, il ne sera pratiquement plus possible de défaire la fusion. En pareille hypothèse, il faudra admettre que l'inscrip-

⁹⁰⁷ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (2018), § 16 N 294.

⁹⁰⁸ KUNZ (2015), RZ 35.

⁹⁰⁹ KUNZ (2015), RZ 34; 37.

⁹¹⁰ ATF 138 III 204.

⁹¹¹ KUNZ (2015), RZ 40.

⁹¹² KUNZ (2015), RZ 44.

⁹¹³ ATF 116 II 713, 1^{re} Cour civile du 18 décembre 1990, *J. et S. c. Caisse maladie de X*, consid. 4a.

⁹¹⁴ CUENDET (1973), p. 130.

tion guérit même les vices qui entraînent la nullité absolue. Le retour en arrière étant impossible, la Cour conclut avec pragmatisme que les prétentions des demandresses sont devenues sans objet.

§ 3 L'inadaptation de la sanction aux sociétés cotées

La principale difficulté en matière de nullité des décisions sociales des sociétés cotées 682 provient de la diversité des actionnaires dans les sociétés cotées, dont la majorité sont des actionnaires-investisseurs passifs de court terme, peu ou pas intéressés par la marche des affaires. La seconde difficulté provient de la diversité des sociétés anonymes elles-mêmes. En effet, certaines sociétés cotées sont des sociétés de petite taille, alors que d'autres sociétés de grande taille ne sont pas cotées. Les actions des premières s'échangent généralement sur un système multilatéral de négociation aux conditions d'admission et aux obligations d'information moins contraignantes que sur un marché réglementé. Il existe donc une grande hétérogénéité de sociétés cotées, de sorte qu'il n'est pas judicieux de mettre les mêmes contraintes à la charge de toutes les sociétés cotées. L'impératif de protection de l'épargne publique et de l'information du marché demeure toutefois le dénominateur commun de la réglementation applicable aux sociétés cotées (I). En outre, la tendance est à l'accroissement des règles dites de bonne gouvernance dans les sociétés de grande taille (II).

I. La nullité des décisions sociales dans les sociétés cotées: un contentieux rare

En droit français, les dispositions relatives à la nullité des décisions sociales s'ap- 683 pliquent indifféremment aux sociétés non cotées et aux sociétés cotées, quoique ces dernières soient également soumises à des dispositions spéciales. En droit suisse, en raison du principe d'unicité du droit de la société anonyme, les dispositions du Code des obligations s'appliquent aux sociétés anonymes cotées ou non. Le contentieux relatif aux sociétés cotées concluant à la nullité d'une décision sociale est généralement à l'initiative d'un actionnaire minoritaire détenant une participation stratégique et intéressé à la marche des affaires.

A. *La suspension des droits de vote par le bureau de l'assemblée générale*

La première cause de nullité potentielle porte sur la suspension injustifiée des droits 684 de vote lors d'une assemblée générale, généralement en sanction à l'absence de déclaration de franchissement de seuils. Dans ce cas, l'assemblée sera annulée en raison de la violation du droit fondamental de l'actionnaire à participer et à voter. Le degré de latitude du juge résidera en l'appréciation du caractère injustifié de la suspension du droit de vote par le bureau de l'assemblée générale. En la matière, le juge français se montre plus sévère que le juge suisse. En France, la retentissante affaire Sacyr Eiffage

s'est conclue par la nullité d'une assemblée générale, au motif que le droit de vote d'un actionnaire minoritaire avait été injustement suspendu. Le bureau de l'assemblée générale soutenait en effet, que la suspension des droits de vote résultait de l'absence de déclaration de franchissement de seuil en application de l'article L. 233-14 al. 1 du Code de commerce⁹¹⁵. En l'espèce, la Cour de cassation a estimé que lorsque l'obligation de notification de franchissement de seuil est contestée, le bureau n'a pas le pouvoir de priver les actionnaires de leurs droits de vote.

685 En Suisse, le contentieux relatif à la nullité d'une décision sociale dans une société cotée porte également sur la suspension inopinée des droits de vote, comme dans l'affaire Sika⁹¹⁶, dont la solution est radicalement opposée à celle retenue par le juge français : le juge suisse a en effet donné raison au bureau de suspendre une partie des droits de vote de l'actionnaire requérant, ne remettant ainsi pas en cause la validité de l'assemblée générale litigieuse. Un autre grand arrêt concernant une demande de nullité d'une assemblée générale d'une société cotée mérite d'être retenu en raison de son particularisme. Dans l'affaire Canes c. Nestlé, la demande de nullité émanait d'une association de petits porteurs ne détenant qu'une seule action. Le Tribunal fédéral confirma la recevabilité de la demande, quand bien même le demandeur ne détient qu'une seule action, l'action en nullité n'étant pas conditionnée par le législateur à la détention d'un seuil minimum du capital. En l'espèce, le litige portait sur la suppression du droit préférentiel de souscription lors d'une augmentation de capital réservée. Le Tribunal fédéral confirma la légalité de l'opération, et partant refusa de prononcer l'annulation de l'assemblée générale⁹¹⁷.

B. La nullité comme sanction de la violation des dispositions propres aux opérations sur titres

686 La seconde cause de nullité potentielle est propre au droit français et sanctionne la méconnaissance des dispositions visant spécifiquement les opérations sur titres des sociétés cotées. La question est de savoir si ces dispositions spécifiques aux sociétés cotées tombent également sous le joug de l'article L. 235-1 du Code de commerce. Lorsque ces dispositions étaient situées dans le Code monétaire et financier (aux articles L. 212-1 A à L. 213-32 du Code de commerce relatifs aux actions et aux titres de créance), une lecture restrictive conclurait que la nullité de l'article L. 235-1 du Code de commerce ne s'applique pas. D'autres sanctions ont été expressément prévues dans le Code monétaire et financier afin d'en assurer le respect : tel est le cas des sanctions

⁹¹⁵ Cass. com., 15 mai 2012, n° 11-11.633 conclut à la réalité d'une action de concert ; Cass. com., 15 mai 2012, n° 10-23.389, Bull. 2012, IV, n° 104, conclut que aucun texte de donne au bureau le pouvoir de priver un actionnaire de son droit de vote dès lors que l'existence de l'action de concert est contestée.

⁹¹⁶ Kantonsgericht Zug, 27 octobre 2016, A3 2015 27. V. comm. : OBERSON/OPPLIGER (2015), pp. 614-629.

⁹¹⁷ ATF 117 II 290.

pénales s'appliquant aux violations des dispositions relatives aux titres (L. 231-1 CMF) ou encore les nullités expresses (par exemple, l'article L. 213-14 al. 2 CMF). Néanmoins, l'article L. 235-1 du Code de commerce pourrait s'appliquer aux dispositions du Code monétaire et financier transposées dans le Code de commerce car la jurisprudence a, par le passé, concédé des exceptions au critère de localité d'une part, et d'autre part les experts encouragent sa suppression⁹¹⁸.

C. Les obligations d'informations spécifiques aux sociétés cotées: l'objectif de protection des investisseurs et d'information du marché

La troisième cause de nullité pourrait être la méconnaissance des obligations de communication et d'informations spécifiques aux sociétés cotées, tant en termes de contenu que de fréquence. Il est précisé que la violation des dispositions communes à toutes les sociétés anonymes en matière d'information tombe sans aucun doute sous le joug de l'article L. 235-1 du Code de commerce, indépendamment du caractère coté ou non coté de la société. En matière d'information et de communication, la différence de traitement entre les sociétés cotées et non cotées, indépendamment de leur taille ou de la structure de leur actionariat, est justifiée par l'appel public à l'épargne comme mode de financement. La volonté du législateur et du régulateur est de protéger l'épargne des investisseurs non qualifiés et dépourvus de liens de proximité avec les dirigeants de la société, au motif qu'ils disposent d'un moindre niveau d'accès à l'information⁹¹⁹. A l'inverse jusqu'à l'entrée en vigueur du Règlement Prospectus le 21 juillet 2019 visant à élargir la notion d'offre au public aux placements privés et aux offres de financement participatif⁹²⁰, les financements par placements privés étaient réservés aux investisseurs qualifiés⁹²¹, leur professionnalisme supposé justifiant qu'ils bénéficient d'une moins grande protection légale. En raison de cette volonté de protéger l'épargne publique, l'obligation d'information à la charge des sociétés cotées n'a eu de cesse de s'intensifier. La tendance est, sous l'influence du droit de l'Union européenne⁹²², à l'accroissement des obligations en matière d'informations financières et non-financières, principalement à la charge des grandes entreprises et des entreprises cotées. La sanction de la nullité des décisions sociales est-elle pour autant adaptée aux sociétés cotées en cas de manquement à une de ces obligations d'information? Considérant l'étendue des obligations en matière d'informations aux actionnaires à la charge des émetteurs, la sanction de la nullité serait particulièrement sévère

⁹¹⁸ MARTIN (2020).

⁹¹⁹ MARINI (Rapport N° 413), 29 avril 1998, Section 7, art. 25.

⁹²⁰ art. L. 411-2 CMF; Règlement UE 2017/1129 du 14 juin 2017 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation sur un marché réglementé; Ordonnance n° 2019-1067 du 21 octobre 2019 et décret n° 2019-1097 du 28 octobre 2019

⁹²¹ Décret n° 2012-1243 du 8 novembre 2012; Ordonnance n° 2012-1240 du 8 novembre 2012.

⁹²² Directive européenne 2014/95/UE du Parlement européen, transposée en droit français en 2017.

et risquerait d'être étendue outre mesure en garantissant des droits dont le contenu n'est pas nécessairement pertinent pour des actionnaires au profil d'investisseurs passifs.

688 En matière d'informations extra-financières, la sanction en cas de non-respect de ces obligations spécifiques est généralement l'injonction de faire ou « *comply or explain* », ces sanctions de *soft law* étant supposées plus adaptées aux sociétés cotées⁹²³. La diffusion d'informations trompeuses aux marchés fait l'objet en outre de sanctions prononcées par l'AMF en France ou la FINMA en Suisse⁹²⁴ mais n'emportent pas nécessairement la nullité des décisions sociales.

II. La nullité comme sanction de la méconnaissance des règles de bonne gouvernance

A. Les règles de composition des conseils d'administration

689 Des règles d'organisation spécifiques aux sociétés cotées ont été introduites dans le Code des obligations suisse aux nouveaux articles 732 et suivant, en vue d'améliorer la transparence d'une part, et d'autre part de garantir une meilleure représentation des femmes dans les instances dirigeantes.

690 En Suisse, l'introduction de quotas de femmes dans les conseils d'administration des sociétés anonymes cotées a été introduite au nouvel article 734 f CO en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2021. Pour autant la méconnaissance de cette obligation emporterait-elle la nullité des décisions du conseil d'administration irrégulièrement composée sur le fondement de l'article 706b CO? Rien n'est moins certain, car cette nouvelle obligation s'apparente plus, selon la doctrine, à une ligne directrice qu'à une véritable obligation légale, à laquelle la sanction la plus adaptée serait le « *comply or explain* »⁹²⁵. Si le quota n'est pas atteint dans le délai transitoire, le rapport de rémunération doit en indiquer les raisons et les mesures prises pour promouvoir les femmes.

⁹²³ CADBURY (1992); en Suisse: Code suisse des entreprises, Code suisse des bonnes pratiques pour la gouvernance d'entreprise d'Economie Suisse, *SIX corporate governance directive*.

⁹²⁴ Avis du Conseil fédéral du 12 février 2014: Lorsque la loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA) a été élaborée, il a été décidé de renoncer explicitement à doter la FINMA de compétences pénales. Pour accomplir sa tâche, la FINMA dispose de la possibilité de prononcer diverses sanctions efficaces (telles que l'interdiction d'exercer ou la confiscation de bénéfices) qui sont dépourvues de caractère pénal. Enfin, elle peut également dénoncer des faits pénalement répréhensibles auprès de l'autorité pénale compétente en matière d'infractions contre la législation sur les marchés financiers (Département fédéral des finances) et demander des poursuites.

⁹²⁵ JUNOD (2015), pp. 478-480.

B. *Les dispositions sur la transparence des dirigeants*

En Suisse, les obligations de transparence des dirigeants ont eu tendance à se renforcer dans les sociétés cotées. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la LF du 23 décembre 2011 avec effet au 1^{er} janvier 2013, les articles 663b bis CO et 663c al 3 requéraient la publication au bilan des participations des administrateurs et des dirigeants. L'article 56 du règlement de cotation de la SIX stipule également que les transactions des dirigeants sont soumises à l'obligation de transparence. L'Ordonnance du 20 novembre 2013 contre les rémunérations abusives dans les sociétés cotées en bourse dite ORAb en application de l'initiative «Minder» impose que le rapport sur les rémunérations des dirigeants fasse l'objet annuellement d'un vote contraignant de l'assemblée générale. Quelle est la sanction en cas d'absence de résolution présentant au vote des actionnaires les rémunérations visées? D'aucun pourrait soutenir que l'assemblée générale serait nulle sur le fondement de l'article 706b CO pour violation d'une règle impérative ou annulable pour méconnaissance des règles statutaires organisant les modalités du vote sur le rapport des rémunérations. Toutefois, la sanction de la nullité ne semble pas applicable: en effet, en cas d'absence de présentation du rapport des rémunérations au vote, l'assemblée générale n'aura pas pu émettre une résolution (qu'elle soit favorable ou défavorable). Il n'y a donc pas de décisions à annuler. Selon Peter Nobel, la sanction serait l'application de l'article 678 CO emportant restitution des rémunérations perçues indûment⁹²⁶.

En France, la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dite «Sapin 2» introduit un article L. 225-37-2 et R. 225-29-1 du Code de commerce et L. 225-100 al. 10 et 11 du Code de commerce. Elle a été complétée par l'ordonnance n° 2019-1234 du 27 novembre 2019 (prise sur habilitation de la loi PACTE du 22 mai 2019) et par le décret n° 2019-1235. Ces modifications visent à transposer la directive 2017/828 «SRD II» du 17 mai 2017 modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires. L'assemblée générale des sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé doit approuver les rémunérations des dirigeants. Le vote est contraignant⁹²⁷. L'article L. 225-37-2, III, al. 3 du Code de commerce prévoit une sanction expresse, à savoir que tout versement pris en contradiction du dispositif est nul⁹²⁸.

⁹²⁶ NOBEL (2012).

⁹²⁷ LE NABASQUE (2017); DUREAU-HAZERA (2016).

⁹²⁸ DUREAU-HAZERA (2016).

Conclusion de la section 3

693 Les effets du prononcé de la nullité sont redoutables, en raison de son effet rétroactif tant en France qu'en Suisse. L'inverse rendrait impossible la remise en l'état antérieur des choses et réduirait la sanction à l'absurde. Le risque juridique issu de la sanction est donc important, quoique la jurisprudence helvète en contienne les effets.

Conclusion du chapitre 3

694 Les législateurs français et suisses se sont employés à encadrer l'action en annulation de façon particulièrement stricte. On retiendra qu'est institué un délai particulièrement court en droit suisse, ainsi que des frais de procédure potentiellement attentatoires à l'effectivité du droit d'agir en raison du calcul de la valeur litigieuse. Dans l'hypothèse où l'action est introduite dans le délai requis par une personne titulaire de la légitimité active et d'un intérêt personnel, le juge disposerait encore de moyens redoutables pour définitivement museler les prétentions du demandeur. Dans un premier temps, en contrôlant l'intérêt à agir du demandeur le juge use d'un pouvoir de restriction de la recevabilité de l'action. Ensuite, en opérant un contrôle au fond de la conformité de la décision ou des effets de la nullité à l'intérêt social, le juge peut restreindre l'application de la sanction en appréciant restrictivement l'intérêt social au seul intérêt des actionnaires majoritaires ou à la pérennité financière de la société. À l'inverse, il peut faciliter le prononcé de la sanction en adoptant une vision extensive de l'intérêt social, en incluant les intérêts de toutes les parties prenantes. Force est toutefois de constater que le débat en Suisse porte en faveur d'une appréciation stricte de l'intérêt social.

695 À l'inverse les juridictions françaises sont tentées par l'approche extensive de l'intérêt social, influencées par les théories institutionnelles de la société, ce qui expliquerait pour partie leur grande facilité à prononcer la sanction de la nullité. Comparé au droit suisse, le droit français semble présenter moins de verrous procéduraux à la recevabilité d'une action en nullité: bien que la tendance soit nettement en faveur des nullités relatives, la capacité à agir y est de plus en plus étendue et le juge dispose d'une grande autonomie dans le contrôle de l'intérêt à agir. La notion d'intérêt social est appréhendée de façon très large. Enfin, l'action en nullité étant considérée comme de nature non pécuniaire en droit français, les coûts de procédure ne constituent *a priori* pas un obstacle.

Conclusion de la partie I

L'étude comparative du régime des actions en annulation (art. 706 CO) et en nullité 696 (art. 706*b* CO) en matière de décisions sociales fait ressortir de grandes divergences entre les deux systèmes. En France, le régime des nullités en droit des sociétés fait l'objet de vives critiques en raison tant de l'organisation de la matière que des conséquences redoutables de la sanction.

La rédaction des articles 706 et 706*b* CO a le mérite de viser explicitement les déci- 697 sions concernées, contrairement au doute que laisse planer le droit français, lequel vise «les actes et les délibérations» et distingue de façon difficilement justifiable les délibérations des assemblées générales modifiant les statuts des autres délibérations (Chap. 1, section 1).

De plus, les articles 706 et 706*b* CO ont également le mérite de viser explicitement les 698 titulaires des droits d'action, là où le droit français abandonne aux tribunaux le soin délicat de distinguer les nullités absolues et relatives (Chap. 3, section 1, § 2).

De même, le débat entre nullité automatique et facultative qui se retrouve en France 699 n'a pas lieu d'être en Suisse, où les articles 706 et 706*b* CO distinguent les causes de nullité des causes d'annulabilité (Chap. 1, section 2). On peut toutefois regretter, en chœur avec la doctrine suisse, que les causes de nullité et d'annulabilité soient présentées en listes exemplatives. Il en résulte que les causes de nullité se distinguent difficilement des causes d'annulabilité et qu'il est délicat de distinguer les droits protégés. Le procédé est regrettable en ce qu'il ruine les efforts de clarté qui ont été précédemment énoncés. Il conviendrait à ce titre de proposer une nouvelle approche afin de lever les incertitudes en appliquant un critère objectif de cause de nullité et d'annulabilité qu'est la gravité des vices mesurée par les conséquences et la durée de l'atteinte lorsque le droit protégé méconnu n'est pas d'intérêt général. A l'instar de la doctrine française qui a poussé la réflexion assez loin, les causes de contestation en droit suisse visent les conditions de validité des décisions, c'est-à-dire les procédures par lesquelles les décisions sont prises d'une part et la substance de la décision d'autre part.

Le critère du respect des conditions de validité des décisions sociales permet d'identifier les irrégularités sanctionnables mais ne permet pas de distinguer nullité et annulabilité.

- 700 Nous sommes d'avis que la distinction entre nullité et annulabilité ne devrait pas reposer sur la nature des droits protégés, ce qui instaure une hiérarchie difficilement justifiable entre ces droits et invite à un raisonnement téléologique parfois scabreux.
- 701 La comparaison de la jurisprudence suisse avec la jurisprudence française révèle que la sanction de la nullité est moins souvent prononcée par le juge suisse et n'est retenue que dans les cas de violation grave et durable des droits des actionnaires ou des administrateurs. Il est également noté que les causes de nullité facultative sont plus nombreuses en France qu'en Suisse. En France, les droits des administrateurs sont mieux protégés qu'en Suisse (Chap. 2).
- 702 Le droit suisse semble pétrifié par le risque de recours chicaniers mettant à mal la sécurité juridique et la stabilité nécessaire à la vie des affaires. En France, où la sanction est plus facilement mise en œuvre et plus souvent prononcée, le contentieux n'est pas pour autant significativement plus abondant qu'en Suisse. Il nous semble donc que les droits des actionnaires et des administrateurs seraient mieux garantis si certains obstacles procéduraux étaient levés, d'autant plus que le droit suisse prévoit d'autres armes efficaces contre les des demandes chicanières, comme l'abus dans l'exercice des droits (Chap. 3, section 2, § 2).
- 703 Reste encore à déterminer l'importance de l'intérêt social dans le prononcé de la sanction. Une frange de la doctrine française appelle de ses vœux une autonomisation du critère de l'intérêt social comme cause de nullité d'une décision sociale. Or, la notion est spongieuse: elle sera entendue de façon très large dans une approche institutionnelle de la société mais sera définie très strictement dans une approche contractuelle de la société. Il nous semble que l'ordre juridique suisse retient une définition très rigoureuse de la notion et que les juges préfèrent s'en tenir éloigné au profit d'autres critères comme par exemple le devoir d'exercer ses droits avec ménagement (Chap. 3, section 1, § 3).
- 704 Enfin, les effets de la nullité sont rigoureusement encadrés en Suisse, ce qui permet de limiter son effet rétroactif, alors que la France se distingue par la contamination des actes dépendant de la décision annulée et des nullités en cascade. La différence de solution est particulièrement criante en matière d'annulation d'une décision de fusion (Chap. 3, section 3).

Partie II: Les correctifs légaux

La nullité est une sanction radicale et à ce titre, redoutée. Le constat du juriste français 705 Thaller à la fin du XIX^{ème} siècle reste encore bien présent dans l'esprit des législateurs: «La nullité est une arme perfide, dont les gens mal intentionnés se servent parfois à titre comminatoire, dans l'unique but d'intimider leurs adversaires et de les amener à composition⁹²⁹.»

Pour cette raison, les législateurs tant français que suisse ont pris soin d'encadrer la 706 nullité de mesures préventives, alternatives et palliatives. De nombreux correctifs peuvent ainsi être mis en œuvre afin de ne recourir à la nullité qu'en dernier recours (Chap. 1). Par ailleurs, la sanction de la nullité se conjugue avec des actions réparatrices et il convient d'en analyser l'articulation (Chap. 2). Lorsque la prévention n'est plus envisageable, le recours à une action en responsabilité est sujet à discussion. L'articulation de l'action en nullité et de l'action en responsabilité est la divergence majeure entre les deux ordres juridiques comparés: en effet, en Suisse, l'action en annulation est subsidiaire à l'action en responsabilité, alors qu'en France les deux actions peuvent être introduites indépendamment ou cumulativement l'une de l'autre. En outre, il est possible en France de rechercher la responsabilité des suites du prononcé de la nullité d'un acte ou d'une décision sociale. Les deux sanctions sont donc clairement distinctes et complémentaires.

⁹²⁹ THALLER (1884), p. 753 et 765.

Chapitre 1: Les correctifs en amont de l'annulation des décisions sociales

En France comme en Suisse, le législateur offre la possibilité de renoncer à l'action 707 (Section 1), mais aussi de régulariser ou de confirmer (Section 2) la décision litigieuse susceptible de faire l'objet d'une action en annulation/nullité. Toutefois, les modalités d'une telle régularisation en amont de toute action diffèrent dans les deux ordres juridiques étudiés. D'autres voies alternatives et préventives spécifiques à chacun des deux ordres juridiques étudiés ont été initiées (Section 3).

Section 1: La renonciation

La renonciation au droit d'agir en contestation d'une décision sociale est admise dans cer- 708 taines circonstances. Lorsqu'elle ne se traduit pas par une confirmation expresse du titulaire du droit d'agir, la renonciation peut être déduite de son comportement par le juge (§ 2). La théorie du vote utile est un cas spécifique en marge de la renonciation: elle permet de rejeter l'action, au motif que le vote du demandeur n'aurait pas modifié le résultat de l'assemblée générale (§ 1). Il ne s'agit pas véritablement d'un cas de renonciation mais plutôt d'appréciation de l'opportunité par le juge de la demande de l'action en annulation.

§ 1 La théorie du vote utile

I. En France: une application extensive

La «théorie du vote utile» considère que le juge français doit, pour décider de pronon- 709 cer ou non la sanction de la nullité, tenir compte de l'utilité de la participation d'un associé à une décision collective⁹³⁰.

⁹³⁰ Cass. com., 24 avril 1990, n° 88-17.218: Bull. civ. IV, n° 125, p. 82; Rev. soc. 1991, 347, note Didier; JCP éd. E. 1991, II, 122, note Jeantin; Defrénois 1991, 617, obs. Honorat: l'espèce

- 710 La solution s'applique également aux assemblées d'obligataires. L'arrêt *Technicolor* offre une très belle illustration d'une mise en application de la théorie du vote utile: la nullité de la délibération ne pouvait être prononcée dès lors que les votes des porteurs de titres super subordonnés, quel qu'ait été le mode de calcul retenu, n'auraient pas eu d'effet sur la décision de l'assemblée des obligataires⁹³¹.
- 711 De même, lorsque des personnes ont voté sans droit, le juge peut maintenir la délibération lorsque le résultat aurait été identique en décomptant le nombre de voix en sur-nombre⁹³².
- 712 L'application de cette théorie pragmatique soulève néanmoins des critiques: elle revient à instaurer un seuil de participation minimum, et oublie qu'un minoritaire peut avoir un pouvoir d'influence sur l'issue d'une délibération indépendamment de son seuil de détention du capital social⁹³³.

II. En Suisse: la résultante de la nécessité d'un lien de causalité

- 713 Pour qu'une décision soit annulable, un lien de causalité doit exister entre la violation de la règle impérative et le résultat de la décision. Il convient donc de démontrer que sans cette irrégularité, la décision aurait été différente ou aurait pu l'être (par application analogique de l'article 691 al. 3 CO)⁹³⁴. En conséquence, l'annulation est possible, selon un courant doctrinal⁹³⁵, lorsqu'un actionnaire a été exclu de l'assemblée générale à tort et à la condition que son vote ait été déterminant. Si son vote n'aurait pas modifié le résultat du vote, il sera dépourvu d'intérêt à agir. De même, le vice formel de procédure ne peut entraîner la nullité d'une décision que si un déroulement correct de la procédure aurait abouti à une décision (hypothétique) diffé-

porte sur une demande d'annulation des délibérations du conseil d'administration pour violation du droit d'information individuel des administrateurs. La méconnaissance des droits à l'information préalable d'un membre du conseil d'administration affecte, par elle-même, la régularité de la réunion de cet organe social.

⁹³¹ Cass. com., 21 février 2012, n° 11-11.693, *Thomson-Technicolor SA*: portait sur la question de savoir comment sont comptabilisés les droits de vote des porteurs de titres-super-subordonnés lors de l'assemblée des obligataires. La Cour de cassation confirme l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 18 novembre 2011: au regard des dispositions de l'article L. 626-32 C.com., les porteurs de titres expriment leur vote selon le montant des créances obligataires qu'ils détiennent et l'administrateur judiciaire n'a pas le pouvoir de priver certains des obligataires de leurs droits de vote en décidant que seul une partie du nominal de leurs titres leur confère un droit de vote.

⁹³² LEGROS, *op. cit.*

⁹³³ LEDOUX (2002), comm. sous la note (38).

⁹³⁴ ATF 122 II 279 = JdT 19998 I 605, 606; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (1996), § 25 N 18; BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706 CO, N 9b.

⁹³⁵ Majoritaire: ZK-BÜRGI, art. 706 CO N 28, FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (1996), § 25 N 34.

rente: un lien de causalité entre le vice invoqué et le contenu de la décision est donc nécessaire⁹³⁶.

Une application particulière⁹³⁷ de la théorie du vote utile est l'annulation d'une déci- 714
sion lorsqu'un tiers a pris part à la délibération litigieuse, pour autant que son vote en ait influencé le résultat⁹³⁸. Dans ce cas, la loi précise que l'action ne peut être admise que si l'irrégularité a eu une influence sur la décision prise. Elle ne saurait être annulée si la décision aurait été la même sans prise en compte des voix viciées⁹³⁹. Par tiers, il faut entendre toutes les personnes non actionnaires qui ont participé avec pouvoir délibératif aux prises de décisions, tels que les porteurs de bons de jouissance ou les créanciers⁹⁴⁰.

Toutefois, ce tempérament ne s'applique pas en présence d'un cas de nullité abso- 715
lue⁹⁴¹. En effet, lorsque l'action est fondée sur l'article 706b CO, l'actionnaire peut introduire la demande en nullité quand bien même il aurait approuvé la décision qu'il conteste⁹⁴².

§ 2 La renonciation implicite

I. En France: les actes confirmatifs emportant renonciation

La renonciation se déduit du comportement du titulaire du droit d'agir, qui par cer- 716
taines actions implicites ou explicites, renonce à son droit de critique en adoptant un comportement incohérent. La renonciation au droit d'agir en nullité peut prendre plusieurs visages et est sanctionnée par l'irrecevabilité du demandeur. Elle s'exprime principalement lorsque le titulaire du droit d'agir en nullité a participé au vote d'une décision dont il demande par la suite la nullité. Dans ce cas de figure, la jurisprudence adopte une position très nuancée. D'un côté, la Cour de cassation affirme que le seul

⁹³⁶ TF 4A_141/2020, arrêt du 4 septembre 2020, consid. 3.2.; cf. arrêt 4A 516/2016 consid. 6.2.; 4A 197/2008 du 24 juin 2008, consid. 2.3.

⁹³⁷ ATF 122 III 279, consid. 2.

⁹³⁸ Art. 691 al. 3 CO.

⁹³⁹ Art. 691 al. 3 CO; ATF 122 III 279, consid. 2.

⁹⁴⁰ ATF, 1^{re} Cour civile, 19 décembre 1989 in: CEDIDAC, Bull. d'information n° 12, juin 1990.

⁹⁴¹ Cass. com., 13 novembre 2003, Bull. civ. IV, n° 171; Rev. soc. 2004. 97, note Saintourens; RTD com. 2005. 118, note Monsérié-Bon/Grosclaude; BJS 2004, § 97, note Dondero: un associé alors qu'il avait consenti à la décision en cause n'est pas de ce seul fait dépourvu d'intérêt à agir car la violation de l'article 1836, al. 2 du Code civil, qui doit être comprise comme préservant l'intérêt commun des associés et la stabilité du pacte social, constitue un cas de nullité absolue qui peut être demandé par tout associé.

⁹⁴² ATF 129 III 320, arrêt 4C.352/2002 du 21 février 2003 = JdT 2003 I 331, *Ville de Zürich c. ABZ Recycling SA*, en commentaire de la jurisprudence antérieure appliquant le refus de la renonciation par actes concluants d'un actionnaire demandant la nullité d'une décision (ATF 74 II 41 du 17 février 1948, *Bachmann c/Bachmann & Cie S.A.*).

fait d'avoir voté en faveur d'une décision n'est pas suffisant à priver le demandeur d'intérêt à agir en nullité de cette décision⁹⁴³, ce que regrette un pan de la doctrine soulignant une certaine incohérence à traiter plus sévèrement l'associé qui se serait abstenu que l'associé incohérent⁹⁴⁴.

- 717 Mais elle admet, selon les circonstances, que le demandeur ne saurait attaquer la décision en faveur de laquelle il a voté favorablement. Par exemple, il a été jugé que si les minoritaires ont voté en faveur d'une délibération, ils ne peuvent pas l'attaquer en justice pour abus de majorité par la suite⁹⁴⁵. Ou encore, lorsque le demandeur a participé à l'irrégularité, il ne saurait s'en prévaloir pour agir en nullité ultérieurement car nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude. Un arrêt a rejeté ainsi une action en nullité intentée par un scrutateur qui avait refusé de signer un procès-verbal d'assemblée générale pour ensuite faire valoir que cette assemblée était nulle au motif que le procès-verbal n'était pas signé par tous les membres du bureau⁹⁴⁶. Dans la même logique, la Cour de cassation rejette la politique de la chaise vide: un actionnaire qui s'est volontairement abstenu de participer à une assemblée générale à laquelle il a été valablement convoqué ne saurait par la suite en demander l'annulation⁹⁴⁷. Inversement, l'action en nullité d'une assemblée générale pour irrégularité affectant la convocation n'est pas recevable lorsque tous les associés étaient présents ou représentés⁹⁴⁸.

⁹⁴³ Cass. com., 13 novembre 2003, n°00-20646; D. 2004, p. 2033, note B. Thullier; BJS 2004, p. 413, note H. Le Nabasque; D. 2004, p. 2927, note J.-C. Hallouin; JCP E 2004, 337, note A. Viandier; JCP E 2004, 601, obs. J.-J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker; Rev. soc. 2004, p. 97, note B. Saintourens; RTD Com., 2004, p. 314, obs. C. Champaud; Defrénois 2004, p. 901, note H. Hovasse; Cass. com., 13 novembre 2003, n°00-10382. BJS 2004, p. 511, note B. Dondero. V. ég., dans le même sens, Cass. 3^e civ., 19 juillet 2000, n°98-17258; Dr. sociétés 2000, comm. 170, note T. Bonneau; RTD Com., 2000, p. 963, note M.-H. Monsérié-Bon; Cass. com., 4 décembre 2012, n°11-27667; BJS 2013, p. 320, note R. Mortier; JCP E 2013, 1031, note B. Dondero; Dr. sociétés 2013, comm. 45, note H. Hovasse.

⁹⁴⁴ MARTIN (2020), p. 26.

⁹⁴⁵ Cass. com., 4 mai 1993, n°9 0-12.327, BJS 1993, p. 754; rappr. CA Paris, 24 janvier 1992, Dr. Sociétés 1992, n°138, obs. Le Nabasque, déboutant un minoritaire qui attaquait une délibération d'assemblée générale cédant les actifs de la société au motif qu'en «sa qualité d'administrateur, il n'avait pas désapprouvé le projet ou proposé une autre solution»: en l'espèce l'action en abus de majorité avait été introduite par la masse des créanciers de la liquidation des biens du débiteur. Il était reproché à la décision litigieuse d'avoir diminué le patrimoine de la société. Mais pour caractériser l'abus de majorité, il convient de démontrer dans quelle mesure les majoritaires auraient causé un préjudice aux minoritaires en nuisant aux intérêts de la société et en favorisant les intérêts personnels de certains associés.

⁹⁴⁶ HONORAT, Nullités, N 215-222; le fait d'être le responsable exclusif de la nullité. Cass. com., 1^{er} décembre 1975, n°74-13.256, Bull. civ. IV, n°287: il n'est pas contesté que le procès-verbal des délibérations de la réunion litigieuse du conseil d'administration porte la signature du président-directeur général démissionnaire et celle du PDG nouvellement nommé et il n'est pas invoqué de disposition statutaire imposant la signature des autres administrateurs.

⁹⁴⁷ Cass. com., 20 février 2007, no 05-19465.

⁹⁴⁸ CA Paris, 14^e ch., section B, 22 mai 1992, RG 91/2988.

La jurisprudence a également reconnu des critères de renonciation implicite, qui s'inscrivent dans les actes postérieurs à la prise de décision. En ce sens, la jurisprudence a considéré qu'avait renoncé à son action en nullité d'une augmentation de capital social un actionnaire qui a ultérieurement approuvé les comptes et le bilan de l'exercice social, ces derniers mentionnant le capital social tel qu'augmenté par la décision qu'il critiquait⁹⁴⁹. 718

La solution fait l'objet de débats en doctrine, selon laquelle il n'est pas justifié «que le comportement de l'associé serve tantôt à filtrer la demande en nullité, tantôt pas⁹⁵⁰». Certains auteurs soutiennent également que la contradiction comportementale de l'associé ne devrait pas être une cause d'irrecevabilité de son action en nullité dans la mesure où l'action est justifiée par la défense de l'intérêt social⁹⁵¹. Ce dernier argument nous semble plutôt critiquable, dans la mesure où la recevabilité de l'action individuelle du demandeur n'est, en l'état actuel de la jurisprudence, pas uniquement motivée par la défense de l'intérêt social mais principalement par ses intérêts personnels. Et quand bien même le demandeur agirait dans le but de protéger l'intérêt social, on ne comprend pas en quoi celui-ci serait épargné de l'obligation d'agir de façon cohérente, réserve faite des cas de vice du consentement ou de fraude. 719

Le vote confirmatif n'implique pas renonciation du droit d'agir en nullité lorsque postérieurement à son vote favorable, l'actionnaire découvre qu'il a été victime d'une décision lésionnaire ou que son consentement a été vicié. Cette limite est nécessaire pour que les victimes de vices de consentement puissent agir en nullité en dépit d'un vote positif. Un arrêt de la Cour d'appel de Versailles semble abonder en ce sens en admettant qu'un actionnaire, dont le consentement a été vicié, est recevable à demander l'annulation pour abus de majorité d'une opération de coup d'accordéon alors qu'il avait lui-même souscrit à l'augmentation de capital⁹⁵². Ainsi, le fait d'avoir voté en faveur d'une délibération ne ferait pas obstacle à en demander l'annulation par la suite, notamment lorsque des faits nouveaux ont surgi entre le vote et l'introduction de l'ins- 720

⁹⁴⁹ Cass. com., 19 novembre 1991, n° 90-16.660, BRDA 1992, n° 3, Dr. sociétés 1992, n° 15, obs. Le Nabasque, BRDA 1992/3, p. 11 : en l'espèce, un actionnaire, qui était indiqué sur la feuille de présence comme ayant voté par correspondance, avait approuvé toutes les résolutions, dont les comptes et le bilan de l'exercice comportant le nouveau capital augmenté en exécution de la décision de l'assemblée générale.

⁹⁵⁰ GUEGAN (2020), N 258 se référant à Renaud MORTIER.

⁹⁵¹ DONDERO, note sous Cass. com., 4 décembre 2012, n° 11-27667 : JCP E 2013, 1031.

⁹⁵² CA Versailles, 12^e ch., 20 mai 1999, *Alberti c/SA Kharys parfums*, BJS 2000, p. 186, note Sylvestre : «Le fait pour un actionnaire minoritaire, qui s'était toujours opposé à l'approbation des comptes et à l'opération de coup d'accordéon dont il demande l'annulation, d'avoir souscrit à l'augmentation de capital qui en est une conséquence nécessaire, ne saurait, en l'absence de tout autre élément, signifier que son consentement n'aurait pas été vicié ; en effet une telle attitude, qui ne saurait constituer une approbation non équivoque de l'opération, est justifiée par la volonté de cet actionnaire de conserver un moyen d'avoir un droit d'information sur la gestion de la société».

tance, sauf à ce que le demandeur soit le responsable exclusif de l'irrégularité qu'il entend faire sanctionner.

II. En Suisse: *venire contra factum proprium*

- 721 Avec beaucoup plus de fermeté qu'en France, la doctrine majoritaire et le Tribunal fédéral refusent la possibilité d'agir à un actionnaire ayant approuvé la décision querelée⁹⁵³. Le demandeur est déchu du droit d'attaquer cette décision car il y a adhéré (art. 75 CC)⁹⁵⁴. Aussi, si l'actionnaire a consenti à la résolution sans avoir constaté d'erreur matérielle, l'action en annulation est fondamentalement contraire à la bonne foi (*Treu und Glauben*)⁹⁵⁵. De même, un actionnaire n'ayant pas participé à l'assemblée, bien qu'il ait été valablement convoqué, ou ayant voté en faveur de la décision serait déchu de son droit d'en demander ultérieurement l'annulation⁹⁵⁶. Au nom de la sécurité juridique et de la clarté du droit, l'absence de contestation lors de l'approbation des comptes des années précédentes a pour effet de priver le recourant de la possibilité d'invoquer l'exactitude d'éléments qui figuraient déjà dans les comptes antérieurs⁹⁵⁷. Comme en droit français, il convient toutefois de réserver les causes d'annulation relatives au vice du consentement, à savoir lorsque des éléments dissimulés parviennent à la connaissance du demandeur après l'adoption de la décision litigieuse, mais à condition que, s'il en avait eu connaissance préalablement, son vote eut été différent et que le résultat de la décision eut été autre.
- 722 La limite à l'interdiction de se comporter de façon contradictoire est l'existence d'une erreur essentielle au sens de l'article 23 CO⁹⁵⁸. D'autres auteurs considèrent que le tempérament de l'erreur essentielle est trop sévère, et qu'une simple méconnaissance

⁹⁵³ CR-PETER/CAVADINI, art. 706 CO, N 12; BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706 CO, N 6; arrêt de la Cour de justice de Genève, ch. civ., 14 septembre 2012, C/18738/2010, consid. 2.1.

⁹⁵⁴ ATF 27 septembre 1913, AS 39 II 1913, p. 479 ss, *Fauche c. Société de Prévoyance de l'Eglise réformée évangélique*. Fauche, ancien directeur, demande sans succès la nullité des décisions de l'assemblée générale aux termes de l'article 68 CCS au motif qu'elles auraient eu pour conséquence de mettre la société en contravention avec la loi française; et pour abus de droit sur le fondement de l'article 2 CCS.

⁹⁵⁵ JUNG/KUNZ/BÄRSTCHI (2021), § 8 N 282.

⁹⁵⁶ ATF 99 II 55 = JT 1973 I 618, consid. 1; ATF 74 II 41 = JT 1949 II 0, consid. 4a.: en l'espèce, la défenderesse objecte que le demandeur a perdu le droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale du fait que, régulièrement convoqué, il n'y a pas assisté. (...) Sous l'ancien droit inspiré du droit allemand, l'actionnaire qui a participé à une assemblée générale est en principe déchu du droit de faire constater la nullité. Toutefois sous l'empire du Code des obligations révisé, le droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale n'est pas soumis à de telles restrictions (...). L'action n'est pas subordonnée à la participation au vote ni à l'assistance à l'assemblée; BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706 N 6; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (1996), § 25 N 45 sous note (3).

⁹⁵⁷ 4A_404/2011 du 7 novembre 2011.

⁹⁵⁸ ATF 74 II 41 consid. 4a; BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706 CO, N 6 et les réf. citées; CR-PETER/CAVADINI, art. 706 CO, N 12.

de l'actionnaire ou une erreur qui ne serait pas essentielle au sens des dispositions précitées ne devraient pas l'empêcher d'agir faute d'intérêt⁹⁵⁹.

Sous l'empire du droit antérieur à la loi fédérale révisant le droit de la société anonyme du 18 décembre 1936⁹⁶⁰, la solution en vigueur s'inspirait du droit allemand. L'actionnaire qui avait participé à une assemblée générale était en principe déchu du droit de faire constater la nullité. Après la révision du Code des obligations, le droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale n'est plus soumis à de telles restrictions. La loi ne subordonne par l'action à la participation au vote ou à la présence au cours de l'assemblée générale⁹⁶¹. Le Tribunal fédéral⁹⁶² s'est donc tourné vers le fondement de l'abus de droit, en précisant qu'en vertu de l'article 2 al. 2 CC, l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi, notamment en cas d'attitude contradictoire (*venire contra factum proprium*) lorsque le comportement antérieur d'une partie a inspiré une confiance légitime qui a encouragé l'autre partie à accomplir des actes qui se révèlent préjudiciables à ses intérêts. La leçon générale à tirer de l'arrêt est que la décision de l'assemblée générale des actionnaires ne peut pas être contestée par celui qui approuve la décision, ni par celui qui l'a refusée mais qui en a reconnu et accepté les effets sans réserve. Un tel comportement constitue en effet un sous-cas d'abus de droit.

Cette position est remise en cause par certains auteurs qui considèrent, en substance, 724 qu'il doit être possible pour un actionnaire de changer d'opinion et d'agir en vue de défendre les intérêts de la société elle-même⁹⁶³. De plus, le droit de contester une décision sociale est un droit inaliénable auquel l'actionnaire ne peut renoncer, à ce titre il ne devrait souffrir aucune restriction.

⁹⁵⁹ Position défendue par BOHNET (2007). De cet avis, BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706 CO, N 6; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (1996), § 25 N 45 sous la note (3); RIEMER (1998), N 58, p. 92 s. Pour des développements sur les décisions de l'assemblée générale et les vices de la volonté, voir HOMBURGER/MOSER (1989), p. 145 ss.

⁹⁶⁰ FF 1936 III 609

⁹⁶¹ ATF 99 II 55 = JdT 1973 I 618, consid. 1; ATF 74 II 41 = JdT 1949 II 0, consid. 4a): en l'espèce, la défenderesse objecte que le demandeur a perdu le droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale du fait que, régulièrement convoqué, il n'y a pas assisté. (...) Sous l'ancien droit inspiré du droit allemand, l'actionnaire qui a participé à une assemblée générale est en principe déchu du droit de faire constater la nullité. Toutefois sous l'empire du Code des obligations révisé, le droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale n'est pas soumis à de telles restrictions (...). L'action n'est pas subordonnée à la participation au vote ni à l'assistance à l'assemblée.; BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706 CO, N 6; BÖCKLI (2009) § 16 N 107 sous note (5); FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (1996), § 25 N 45 sous note (3).

⁹⁶² ATF 4A_97/2010, 21 mars 2011, consid. 2.3.

⁹⁶³ Voir en particulier BÖCKLI (2009), § 16 N 107b, qui considère qu'il convient d'exclure le droit d'agir de l'actionnaire uniquement dans le cas où il agit pour de seuls motifs propres et n'a pas eu, dans le délai d'annulation de deux mois, de raisons de changer d'opinion.

725 Ainsi n'est pas dénuée d'intérêt une demande en annulation de l'élection de l'organe de révision pour manque d'indépendance, bien que les comptes aient été approuvés: l'annulation permet de réparer le déficit d'information et peut influencer l'exercice ultérieur du droit de vote ou constituer la base d'une action en responsabilité par exemple⁹⁶⁴.

Section 2: La régularisation de l'acte litigieux

726 La décision affectée d'un vice pouvant causer son annulation est comme «malade». La régularisation permet de corriger ce vice tandis que la confirmation s'apparente à une renonciation au droit d'agir en nullité (§ 2). Toutefois, autant la régularisation que la confirmation, si elles sont admises avec facilité tant en France qu'en Suisse, présentent des limites (§ 3). On notera que le droit français a codifié et développé un régime spécifique à la régularisation là où le législateur suisse n'en a pas éprouvé le besoin (§ 1).

§ 1 Régularisation et injonction de régularisation en droit suisse

727 L'inexistence du contentieux relatif à la validité de la régularisation tient au fait, selon nous, que seul l'auteur de la régularisation serait fondé à vouloir la contester. Or, un tel comportement est manifestement contradictoire et donc abusif (voir *infra*), réserve faite des cas de violence ou de dol dont le fardeau probatoire reposerait sur le demandeur. La question a néanmoins été posée de la validité d'une révocation par une assemblée générale de la décision de dissolution prise antérieurement par cette même assemblée générale. Mais dans cette espèce, un jugement était intervenu entre les deux assemblées générales confirmant la dissolution, ce qui justifiait qu'une transaction ne puisse revenir sur un jugement exécutoire⁹⁶⁵. Cet arrêt est néanmoins intéressant. Il laisse entendre qu'une révocation d'une décision sociale par l'organe qui a adopté cette décision pourrait être possible, dès lors qu'elle n'aurait pas encore été exécutée. Un auteur admet également indirectement qu'une assemblée générale puisse révoquer sa propre décision, mais la décision de révocation peut elle-même faire l'objet d'une contestation⁹⁶⁶.

728 En présence d'une décision annulable, il convient de définir les conditions de cette révocation: par parallélisme des formes, l'organe compétent pour révoquer la décision

⁹⁶⁴ ATF 4C.45/2006 du 26 avril 2007, consid. 7.3.

⁹⁶⁵ ATF 80 I 385, arrêt 21 décembre 1954, *Moroge et consorts c. Département du commerce et de l'industrie du canton de Genève*.

⁹⁶⁶ BOHNET (2007), N 72, visant TF 4C.45/2006 du 26 avril 2007, consid. 7.4.

serait l'organe qui l'aurait lui-même adoptée. Concernant la majorité requise, elle devrait être au moins égale à celle qui a adopté la décision révoquée. Un auteur a soulevé, à juste titre, que le conseil d'administration ne peut régulariser une décision adoptée par l'assemblée générale et qui est potentiellement valable, car il empièterait sur la compétence réservée des actionnaires. Selon lui, seuls les actionnaires ont la possibilité de disposer de la résolution contestée, et éventuellement de revenir dessus. Quant au demandeur, il peut à tout moment renoncer à son action après la naissance de la cause d'annulation⁹⁶⁷.

Seules les décisions annulables (art. 706 CO) pourraient être réparées (*geheilt*). Un auteur a ainsi soutenu que la cause de nullité d'une décision sociale ne peut être régularisée. Même une assemblée générale ultérieure ne pourrait, selon lui, approuver une résolution nulle (art. 706b CO)⁹⁶⁸. 729

En droit suisse, comme en droit français, le tribunal peut accorder un délai pour régulariser la décision dont le vice peut être corrigé. Un imminent auteur l'a même encouragé en présence d'une fusion, par application de l'article 736 al. 4 ph. 2 CO par analogie. Une telle jurisprudence serait, selon ce même auteur, justifiée par le fait que l'annulation d'une fusion de deux sociétés qui est déjà partiellement réalisée aurait des effets dévastateurs⁹⁶⁹. La loi fédérale sur les fusions du 3 octobre 2003 prévoit dans son article 107 al. 1 que le juge accorde un délai pour remédier à l'irrégularité de la fusion. 730

L'application de la théorie des actes concluants peut également provoquer une confirmation d'une décision litigieuse. Le Tribunal fédéral semble le tolérer dans un arrêt dont l'espèce porte sur la nullité d'une souscription d'action qui ne fait pas référence aux statuts⁹⁷⁰. Le demandeur soutient que: «la nullité de ses souscriptions d'actions ne renferment pas de déclaration écrite se référant aux statuts comme le prescrit l'article 615 al. 2 CO». Le Tribunal fédéral admet que selon une interprétation littérale de cette disposition, les souscriptions devraient être nulles et non avenues, et cette nullité étant absolue elle ne devrait pas pouvoir être validée *a posteriori* par le fait de prendre part à l'assemblée constitutive de la société. Le Tribunal fédéral indique que «cette interprétation formaliste de la loi ne tient aucun compte des nécessités d'ordre pratique» et admet ainsi que le vice peut être couvert postérieurement par le souscripteur qui fait acte sociétaire, par exemple en participant à l'assemblée générale. De la sorte, il considère que la théorie des actes concluants permet d'identifier un renoncement à invoquer un vice de nullité en matière de société anonyme. La solution peut, selon nous, s'appliquer par analogie à toutes les décisions sociales viciées. 731

⁹⁶⁷ DUBOIS/HÄNNI (2013), N 27.

⁹⁶⁸ BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706b CO, N 4.

⁹⁶⁹ BÖCKLI (2009), § 16 N 148.

⁹⁷⁰ Arrêt du 15 octobre 1915, *Ferrero c. Italia*.

- 732 Enfin, pour que le demandeur puisse renoncer à son droit d'agir en nullité, ce droit doit pouvoir être révocable. Pour mémoire, la jurisprudence et la doctrine suisses distinguent les droits absolument révocables des droits relativement inaliénables et des droits totalement irrévocables⁹⁷¹. Il semble à ce titre que les droits découlant des articles 706 CO et 706b CO sont irrévocables, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent être retirés au bénéficiaire et qu'il ne peut y renoncer intégralement⁹⁷². Ainsi est-il envisageable de restreindre la nullité au moyen d'un accord contractuel (*vertragliche Vereinbarung*) conclu *ad hoc* ou dans une assemblée universelle en lien avec la résolution et uniquement dans ce cas⁹⁷³.
- 733 De plus, il convient de distinguer également selon que la cause de nullité est formelle ou substantielle: une erreur de procédure peut simplement être corrigée avec effet *ex nunc* en adoptant une nouvelle résolution exempte de vices formels. Ainsi l'actionnaire affecté par une irrégularité lors de l'adoption d'une résolution peut demander qu'elle soit une nouvelle fois mise au vote, si la précédente n'a pas encore été mise en œuvre, et si la nouvelle résolution est adoptée par les coactionnaires⁹⁷⁴. La conséquence de la nullité peut également être évitée à l'aide d'une réduction (*geltungserhaltende Reduktion*), d'une réinterprétation (*Umdeutung*) ou d'une cure (*Heilung*), par exemple en limitant le contenu de la décision à ce qui est légal, ou par une nullité partielle (*Teilnichtigkeit*) si la nullité n'affecte qu'une partie séparable de la résolution⁹⁷⁵.

§ 2 La distinction entre la régularisation et la confirmation

- 734 Le Code civil français consacre des dispositions spéciales (art. 1182 C. civ., L. 210-7 et L. 235-3 C.com.) encourageant la régularisation et la confirmation d'actes entachés de nullité. Le droit européen a eu une influence en ce sens. La Directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés vise les cas spécifiques de nullités des sociétés et de leurs engagements. Il est précisé aux considérants (4) et (5) l'objectif de protection des tiers en assurant par des dispositions limitant les causes de non-validité des engagements pris au nom des sociétés par actions et des SARL ainsi que l'objectif de limiter les cas de nullité et les effets rétroactifs de la déclaration de nullité.
- 735 Il est d'autant plus nécessaire de faciliter la confirmation et la régularisation que, comme le soulève un auteur visant le droit français en général: «De nos jours, la pro-

⁹⁷¹ JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (2021), § 2 N 68.

⁹⁷² ATF 114 II 61; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), § 16 N 264.

⁹⁷³ JUNG (2015), p. 198.

⁹⁷⁴ JUNG (2015), p. 198.

⁹⁷⁵ JUNG (2015), p. 200, 201.

babilité des erreurs susceptibles d'être commises dans les décisions des organes sociaux augmente avec la complexité, l'instabilité et la mauvaise qualité du droit objectif⁹⁷⁶.»

Ces dispositions, bien que situées dans le Code civil, ont également vocation à s'appliquer aux décisions sociales en général. La distinction entre régularisation et confirmation n'est toutefois pas toujours aisée.

I. Guérison de l'acte irrégulier ou renonciation à l'action en nullité

La confirmation se définit comme «la renonciation à l'exercice de l'action en nullité sans comporter de volonté de réparer le vice qui affecte l'acte⁹⁷⁷». Elle émane du titulaire de l'action et n'a d'effet qu'à son égard⁹⁷⁸. A l'inverse, la régularisation est une réparation de l'acte⁹⁷⁹. Elle consiste «à valider rétroactivement un acte nul en lui apportant l'élément qui fait défaut» et suppose «des actes positifs qui substituent une décision régulière à une décision irrégulière⁹⁸⁰». Pour reprendre la formule d'un auteur, «à l'inverse de la confirmation qui est une renonciation au droit d'agir en nullité, la régularisation est une réparation de l'acte malade⁹⁸¹».

La confirmation est régie par le droit commun et a été codifiée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, qui a codifié la jurisprudence en introduisant un nouvel article 1182 dans le Code civil. L'article 1182 du Code civil dispose que la confirmation est l'acte unilatéral par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce. La confirmation peut être expresse, ou tacite lorsqu'elle se manifeste par l'exécution volontaire du contrat en connaissance de la cause de nullité⁹⁸². La confirmation est soumise à trois conditions cumulatives de fond: (i) elle doit être effectuée par la personne en droit de se prévaloir de la cause de nullité; (ii) le confirmant doit renoncer expressément à se prévaloir de la nullité en mentionnant l'objet de l'obligation et le vice affectant le contrat; (iii) la confirmation doit elle-même être exempte de tout vice en étant expresse et non équivoque⁹⁸³. Cette dernière condition rend dès lors

⁹⁷⁶ LEGROS (2002), p. 7.

⁹⁷⁷ LEGROS (2002), p. 7; GHESTIN parle de «confirmation-réparation».

⁹⁷⁸ Cass. com., 28 novembre 2018, n° 16-28358, FS-PB, note de Caroline Coupet, BJS mars 2019, n° 119/3, p. 11.

⁹⁷⁹ LEGROS (2002), p. 7.

⁹⁸⁰ Cass. com., 28 novembre 2018, n° 16-28358, *op. cit.*

⁹⁸¹ PICOD (2019), N 85: «Certains auteurs contemporains (DUPEYRON, La régularisation des actes nuls, 1973, LGDJ) lui ont alors opposé la régularisation, «acte juridique apportant l'élément objectif ou subjectif qui faisait défaut à l'acte initial». D'autres auteurs (GHESTIN/LOI-SEAU/SERINET, La formation du contrat, novembre 2013, N 2380 ss) préfèrent parler de «confirmation-réparation» qu'ils opposent à la «confirmation-renonciation» (confirmation *stricto sensu*)».

⁹⁸² PICOD (2019), N 78.

⁹⁸³ PICOD (2019), N 82.

plus difficile, voire impossible, la mise en œuvre d'une confirmation tacite, car elle requiert du confirmant la preuve de la connaissance du vice et l'affirmation de son intention de réparer. Il nous semble dès lors que la confirmation ne peut en réalité n'être qu'expresse. La principale limite à la confirmation est que le confirmant ne doit pas être en situation de faiblesse ou de dépendance par rapport à l'auteur de l'irrégularité⁹⁸⁴.

739 La régularisation a été encouragée par le droit des sociétés depuis la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 et introduite aux articles L. 210-7 et L. 235-3 du Code de commerce. D'autres dispositions ultérieures ont renforcé la possibilité de régulariser une décision viciée. Ainsi, l'action interrogatoire introduite par l'article 1844-12 du Code civil dispose qu'«en cas de nullité d'une société ou d'actes ou délibérations postérieurs à sa constitution, fondée sur un vice de consentement ou l'incapacité d'un associé, et lorsque la régularisation peut intervenir, toute personne, y ayant intérêt, peut mettre en demeure celui qui est susceptible de l'opérer, soit de régulariser, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion». De plus, l'article 1844-13 du Code civil permet au tribunal saisi d'une demande en annulation de fixer, même d'office, un délai pour couvrir la nullité, qu'il ne pourra prononcer moins de deux mois après l'assignation. Il en résulte que la régularisation n'est plus possible après que le juge ait statué au fond en première instance.

II. Les vices susceptibles d'être guéris

740 La confirmation ne peut corriger que les causes de nullité relative (art. 1181 C. civ.), ce qui nécessite de déterminer qui de l'intérêt général ou d'un intérêt particulier la règle méconnue a voulu protéger (voir *supra*)⁹⁸⁵. La confirmation ne sera possible qu'à l'initiative de la personne que la règle méconnue par la décision litigieuse a voulu protéger.

741 Cette limite, qui exclut la confirmation des actes atteints de nullité absolue, est logique. En effet, la confirmation par la personne lésée d'un acte affecté d'une cause de nullité absolue aurait pour effet de porter atteinte aux droits de toutes les autres personnes protégées et également lésées⁹⁸⁶, ce qui la rend impossible (art. 1180 C. civ.).

742 La régularisation a un large champ d'application. En effet, l'article L. 210-7 du Code de commerce prévoit expressément la régularisation en cas d'omission d'une mention obligatoire ou d'une formalité de publicité en ce qui concerne les statuts et leurs modifications. Si l'article L. 210-7 du Code de commerce paraît se réduire à la régularisation des seuls vices de forme, l'article L. 235-3 du Code de commerce est d'applica-

⁹⁸⁴ PICOD (2019), N 80, soulevant toutefois que la jurisprudence est divisée sur ce point.

⁹⁸⁵ LEGROS (2002), p. 7.

⁹⁸⁶ PICOD (2019), N 79 citant Cass. com., 6 mars 2019, n° 16-25.117.

tion beaucoup plus large. Il dispose que «l'action en nullité est éteinte lorsque la cause de nullité a cessé d'exister au jour où le tribunal statue sur le fond en première instance, sauf si cette nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet social.» *A contrario*, toutes les irrégularités seraient donc régularisables, sauf celle de l'illicéité de l'objet social. Il en résulte que la régularisation est donc possible dans tous les autres cas⁹⁸⁷. Elle est possible quelle que soit la nullité envisagée, qu'elle soit relative ou absolue.

Les différentes régularisations pourraient être classées selon les causes de nullité. 743 Cette approche a été retenue par certains auteurs qui classent les régularisations de la façon suivante⁹⁸⁸: (1) celles qui obligent les auteurs de l'acte ou de la décision à les mettre en conformité avec la loi⁹⁸⁹, (2) celles qui mettent en demeure la personne qui peut se prévaloir d'une nullité relative (action interrogatoire), (3) celles qui découlent d'une disposition légale particulière.

Concernant la première catégorie de régularisation, son domaine est incertain. Tous 744 les vices sont-ils, en pratique, réellement régularisables? Certains auteurs préconisent de limiter l'action en régularisation aux vices que l'action en nullité ne peut pas réparer⁹⁹⁰, à défaut de quoi la régularisation ferait double emploi avec la sanction de la nullité. A l'inverse, d'autres sont d'avis que l'action en régularisation puisse servir à réparer un vice formellement sanctionné par une nullité⁹⁹¹. Nous penchons en faveur de cette approche. En effet, les dispositions textuelles ne distinguent pas les irrégularités régularisables des irrégularités annulables⁹⁹², de sorte qu'il n'est pas exclu que les décisions annulables soient également régularisables. Au contraire, les textes confèrent un vaste champ d'application à la régularisation: à l'exception de l'illicéité de l'objet social toutes les irrégularités peuvent être régularisées. L'intention du législateur est donc de permettre la régularisation autant que possible afin d'éviter une action en nullité.

Enfin, la loi prévoit des cas spécifiques de régularisation en matière de violation des 745 règles de publicité, ce qui peut paraître étonnant puisque l'omission des formalités de publicité est en règle générale sanctionnée par une inopposabilité de l'acte aux tiers et non par une nullité⁹⁹³. Aux termes de l'article L. 235-7 du Code de commerce: «Lorsque la nullité d'actes et délibérations postérieurs à la constitution de la société est fondée sur la violation des règles de publicité, toute personne ayant intérêt à la ré-

⁹⁸⁷ Cass. com., 28 novembre 2018, n° 16-28358, FS-PB, note de Mai-Lan Dinh, LPA 18 avril 2019, n° 143/3, p. 10.

⁹⁸⁸ HONORAT (1997), N 148 et s.

⁹⁸⁹ Articles 1839 du Code civil et 6 de la loi du 24 juillet 1966.

⁹⁹⁰ HONORAT (1997), N 153 et s.

⁹⁹¹ HONORAT (1997), sous note n° 6, citant Bastian, JCP 1967. I. 2121.

⁹⁹² CHAN (1968); RIPERT/ROBLOT (1986), n° 757.

⁹⁹³ HONORAT (1997), N 159.

gularisation de l'acte peut mettre la société en demeure d'y procéder, dans le délai fixé par décret en Conseil d'Etat. À défaut de régularisation dans ce délai, tout intéressé peut demander la désignation d'un mandataire chargé d'accomplir la formalité.» L'article 253 du décret du 23 mars 1967 complète cette disposition en indiquant que: «Le délai prévu à l'article L. 235-7 du Code de commerce est de trente jours à dater de la mise en demeure visée audit article. Le mandataire chargé d'accomplir la formalité de publicité est désigné par le président du tribunal de commerce, statuant en référé.»

- 746 Un autre exemple de régularisation légale se trouve à l'article L. 235-8 du Code de commerce issu de la loi n° 88-17 du 5 janvier 1988 concernant la nullité des opérations de fusion et de scission: «Lorsqu'il est possible de porter remède à l'irrégularité susceptible d'entraîner la nullité, le tribunal saisi de l'action en nullité d'une fusion ou d'une scission accorde aux sociétés intéressées un délai pour régulariser la situation».

III. Les effets: la régularisation *erga omnes* et la confirmation *inter partes*

- 747 La confirmation a pour effet la disparition de l'action en nullité et de l'exception de nullité. En ce sens, elle s'apparente par ses effets à une renonciation du droit d'agir. L'effet de la confirmation est toutefois relatif, puisqu'elle n'est pas opposable aux autres titulaires éventuels de ce droit. Elle n'a d'effets que pour le confirmant.
- 748 La régularisation a pour effet la validation rétroactive de la décision irrégulière⁹⁹⁴. En revanche, à la différence de la confirmation, la régularisation a un effet *erga omnes*: elle est opposable à tous depuis sa formation, ce qui justifie qu'elle puisse guérir aussi bien les causes de nullité relative que les causes de nullité absolue.
- 749 En pratique, la régularisation ne nécessite pas d'intervention judiciaire. Il conviendra, lorsque c'est possible, de convoquer une nouvelle assemblée générale qui précisera la régularisation de la décision antérieure⁹⁹⁵.

§ 3 La mise en œuvre de la régularisation

- 750 La régularisation s'opère soit de façon préventive, c'est-à-dire avant toute introduction d'instance, soit en cours d'instance. Elle a dans les deux cas pour effet de priver le demandeur d'intérêt à agir (I). Toutefois, la régularisation présente des limites: si en théorie et selon la lettre de la loi, toutes les causes de nullité sont régularisables, il n'est rien de tel en pratique (II).

⁹⁹⁴ PICOD (2019), N 89 et s.; plus modérés sur l'effet rétroactif: LE CANNU/DONDERO (2019), N 476.

⁹⁹⁵ LEGROS (2002), p. 7.

I. Les typologies de régularisation

A. La régularisation préventive

Les régulations prévues aux articles L. 210-7, R. 210-12 et R. 210-13 du Code de commerce ont un caractère préventif dans la mesure où elles permettent de purger des causes de nullité avant tout litige⁹⁹⁶. L'évitement d'un litige est la finalité même de ces régularisations. Le champ d'application est toutefois très restreint puisque ne sont visées que les irrégularités commises lors de la modification des statuts ou de la constitution de la société.

Toutefois, la jurisprudence se montre très favorable à la régularisation en dehors des cas prévus par la loi. Elle est alors permise en couvrant l'irrégularité lors de l'assemblée générale suivante. Par exemple, le droit français rendait obligatoire de réserver une augmentation de capital aux salariés (ancien art. L. 225-129-6 C.com.). Dans une affaire portée devant la Cour de cassation⁹⁹⁷, un salarié avait demandé la nullité de l'assemblée générale portant augmentation de capital en numéraire, au motif que la délibération réservant l'augmentation de capital aux salariés n'était pas inscrite à l'ordre du jour. L'assemblée générale suivante avait donc porté l'augmentation de capital réservée aux salariés à l'ordre du jour, en régularisation de l'assemblée générale litigieuse. Le salarié contesta le caractère régularisateur de cette nouvelle assemblée générale. Au soutien de ses prétentions, il avançait que la deuxième assemblée n'avait pu avoir pour effet de régulariser la première, faute pour les associés d'avoir délibéré à nouveau et simultanément sur les résolutions relatives à l'augmentation de capital en numéraire et sur l'augmentation de capital réservée aux salariés mises aux voix lors de l'assemblée précédente. Récusant cette argumentation, la Cour de cassation tranche en faveur de la régularisation: «Le vote sur la seule résolution proposant de réserver aux salariés une augmentation de capital suffit à régulariser cette augmentation de capital sans qu'il y ait lieu à de nouvelles délibérations sur cette première résolution.» Une décision d'augmentation du capital social prise par une assemblée générale extraordinaire en violation des dispositions de l'article L. 225-129-6 du Code de commerce peut donc faire l'objet d'une régularisation par le même organe qui a commis la dite irrégularité. Un certain parallélisme des formes doit être respecté: «l'organe qui a le pouvoir de décider a le pouvoir de régulariser⁹⁹⁸.»

B. La régularisation dans le cadre d'une procédure d'action en nullité

Ces dispositions préventives sont complétées par des régularisations palliatives. L'article 1844-11 du Code civil dispose en effet que l'action en nullité est éteinte lors-

⁹⁹⁶ HONORAT, Nullités (1997), N 187.

⁹⁹⁷ Cass. com., 28 novembre 2018, n° 16-28358, FS-PB, note de Caroline Coupet, BJS mars 2019, n° 119/3, p. 11.

⁹⁹⁸ LEGROS, JCI Sociétés Traité, fasc. 32-50.

que la cause de nullité a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond. Il est donc possible de régulariser la décision litigieuse, quand bien même la procédure en nullité est déjà introduite. Mais la régularisation doit être effectuée avant que le juge ait tranché au fond. Pour l'encourager, le juge de première instance s'abstient de statuer dans les deux mois suivants l'exploit introductif d'instance. L'organe à l'origine de l'irrégularité a donc un délai supplémentaire de deux mois pour régulariser à compter du jour de l'introduction de l'action en nullité. De plus, le juge peut accorder un délai supplémentaire pour procéder à la régularisation si ce délai de deux mois s'avérait insuffisant. L'effet de la régularisation en cours d'instance est la disparition de l'intérêt à agir du demandeur, qui se solde par une fin de non-recevoir de sa demande (art. 126 CPC).

- 754 La loi est muette quant à savoir quelles sont les causes de nullité pouvant effectivement faire l'objet d'une régularisation dans ce contexte spécifique. Il nous semble que la possibilité de régularisation dépend en effet de la nature du vice et doit être laissée à la libre appréciation du juge. Un auteur souligne que le champ de l'action en nullité est plus large et, en certains points, distinct de celui de l'action en régularisation⁹⁹⁹.

II. Les limites de la régularisation

- 755 La régularisation présente toutefois ses limites. Il existe des situations qui, en pratique, rendent impossible de régulariser la décision litigieuse. Tel serait le cas en présence d'un abus de majorité. Tel serait également le cas en présence d'un vice caractérisant une fraude. Lorsque des convocations à l'assemblée générale ou au conseil d'administration n'ont pas été adressées, ou lorsque des documents n'ont pas été communiqués avant une séance de conseil d'administration ou avant la tenue d'une assemblée générale, leur envoi postérieur à la réunion ne permettra pas de couvrir la nullité des délibérations. La régularisation nécessitera la reprise intégrale de l'opération, ce qu'un auteur relève comme peu compatible avec le besoin de célérité du droit des affaires¹⁰⁰⁰.
- 756 L'article 1844-13 du Code civil et l'article L. 235-4 du Code de commerce disposent que: «Le tribunal, saisi d'une demande de nullité, peut, même d'office, fixer un délai pour permettre de couvrir les nullités. Il ne peut prononcer la nullité moins de deux mois après l'exploit introductif d'instance.» Ces délais sont une particularité procédurale des instances en nullité de société mais rien ne s'oppose à ce qu'ils s'appliquent également à la régularisation d'un acte ou d'une délibération nulle. Au contraire, le législateur a visé de façon très générale «une demande de nullité» sans distinction. En matière de fusion ou de scission, l'article L. 235-8 du Code de commerce prévoit également un régime spécial afin d'une part de limiter drastiquement les causes de

⁹⁹⁹ HONORAT, Nullités, N 190.

¹⁰⁰⁰ HONORAT, Nullités, N 190.

nullité (al. 1) et d'autre part de favoriser la régularisation (al. 2): «Lorsqu'il est possible de porter remède à l'irrégularité susceptible d'entraîner la nullité, le tribunal saisi de l'action en nullité d'une fusion ou d'une scission accorde aux sociétés intéressées un délai pour régulariser la situation.» En ne précisant pas la durée du délai, le législateur laisse le juge seul maître d'apprécier le temps nécessaire à la régularisation selon les circonstances.

Section 3: Les voies alternatives

La tendance des dernières années en France a été à la transformation de nullités auto- 757
matiques en nullités facultatives et la transformation de nullités absolues en nullités
relatives. Ce mouvement entraînant plus de cacophonie que de clarté, une nouvelle
tendance a émergé dans la recherche de voies alternatives à la nullité: principalement
l'injonction de faire et l'action interrogatoire (§ 1). En Suisse, le régime se montre
beaucoup plus stable. Aussi, aucune alternative aux actions en contestation n'a été re-
cherchée. En revanche, la particularité helvète par rapport au système français réside
dans les verrous en amont de toute action (§ 2), principalement dans l'office du re-
gistre du commerce. Son rôle est plus étendu que celui du greffe en France et fait fi-
gure de «gardien du temple».

§ 1 Les spécificités du droit français: l'action interrogatoire

L'objet de l'action interrogatoire est de mettre une personne en demeure de décl- 758
rer si elle entend user de son droit d'agir en nullité sous peine de forclusion. L'ac-
tion est bien connue du droit des sociétés: l'article 1844-12 du Code civil issu de
la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 permet qu'«en cas de nullité d'une société ou
d'actes ou délibérations postérieurs à sa constitution, fondée sur un vice du
consentement ou l'incapacité d'un associé, et lorsque la régularisation peut interve-
nir, toute personne y ayant intérêt peut mettre en demeure celui qui est susceptible
de l'opérer, soit de régulariser, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à
peine de forclusion». Concrètement, la demande est adressée à l'intéressé ou à
son représentant légal par acte extrajudiciaire ou par lettre recommandée avec ac-
cusé de réception (décret 23 mars 1967) et elle doit être dénoncée à la société
(art. 1844-12 al. 1er *in fine*).

Quant à sa portée, son application est limitée (outre les cas de nullité de la société) à la 759
nullité des décisions sociales fondée sur des vices du consentement ou une incapacité.
Certains se sont néanmoins interrogés quant à savoir si l'action interrogatoire s'appli-

quait également à tous les cas de nullité susceptibles d'être confirmés¹⁰⁰¹. Certains auteurs y sont favorables¹⁰⁰².

760 Nous relevons ici que si le texte de la loi mentionne la «régularisation», les auteurs emploient la notion de «confirmation». Selon nous, seules les nullités relatives que sont les vices de consentement et l'incapacité étant susceptibles de faire l'objet d'une action interrogatoire, l'intéressé est bien enjoint de confirmer la décision. L'emploi de la notion de «régularisation», qui vise également les causes de nullités absolues, par le législateur est ici malheureuse et porte à confusion.

761 Pour que la confirmation soit valable, certaines conditions doivent être réunies¹⁰⁰³. S'est également posée la question du délai de la confirmation: selon certains, la confirmation doit intervenir dans les six mois¹⁰⁰⁴, pour d'autres il n'y a pas de délai. Dans tous les cas, la personne étant forclos à demander la nullité, l'absence de confirmation est sans incidence¹⁰⁰⁵.

762 Lorsque cette action est engagée en temps utile, elle n'aboutit pas forcément sur une annulation: la société ou un associé peut soumettre au tribunal toute mesure de nature à supprimer l'intérêt du demandeur notamment en matière de rachat de ses droits sociaux (art. 1844-12 C. civ.).

763 L'action interrogatoire a été récemment étendue aux contrats. En effet, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats en consacre le principe en droit commun au nouvel article 1183 du Code civil. En cas d'existence ou de découverte d'une cause de nullité relative dans le contrat conclu, cette disposition permet de demander à l'autre partie soit de confirmer le contrat, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion.

764 Cette réforme du droit français s'inspire des Principes du droit européen du contrat d'une part et d'autre part des droits étrangers et notamment de l'Allemagne qui reconnaît le principe de l'action interrogatoire dans le cas particulier de la représentation d'un contractant (§ 177, 2 BGB).

765 Elle fait cependant l'objet de suspicions doctrinales: si l'objectif avoué de l'action interrogatoire est de limiter le contentieux¹⁰⁰⁶, certains craignent au contraire un déplacement

¹⁰⁰¹ HONORAT, Nullités, N 156 et s.

¹⁰⁰² HEMARD/TERRE/MABILAT (1978), t. 3, N 677.

¹⁰⁰³ HONORAT, Nullités, N 156 et s.

¹⁰⁰⁴ CHAN (1968), N 43.

¹⁰⁰⁵ HONORAT, Nullités, N 156 et s.

¹⁰⁰⁶ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 février 2016.

ment du contentieux sur sa mise en œuvre¹⁰⁰⁷. Elle constitue également un recul de la liberté d'agir au bénéfice de la sécurité juridique¹⁰⁰⁸. La réduction du délai d'agir qu'impose la mise en œuvre de l'action interrogatoire est une autre source de craintes: le délai de six mois préfix, qui ne peut être interrompu ou suspendu, paraît difficile à combiner avec le délai minimum d'un an, prévu par l'article 2254 du Code civil, en dessous duquel sont prohibées les clauses abrégant le délai de prescription¹⁰⁰⁹. Enfin, cette réduction du délai d'action ne devrait pas s'appliquer aux hypothèses où un délai pour agir plus long serait fondé sur une règle spéciale d'ordre public¹⁰¹⁰.

L'action interrogatoire vise les nullités relatives *de facto*¹⁰¹¹. Son champ d'application 766 est donc plus étendu que celui de l'article 1844-12 du Code civil dédié aux décisions sociales. Pour autant cette nouvelle action interrogatoire de droit commun aura-t-elle une incidence sur le régime de l'action interrogatoire du droit commun des sociétés? Cela nous semble peu probable. En effet, la nouvelle action interrogatoire ne vise que les cas de nullité relative propre aux contrats. Lui donner effet pour tous les cas de nullités relatives des organes sociaux reviendrait à étendre sa portée au-delà de la lettre du texte.

§ 2 Les contrôles de légalité préalable à toute action en droit suisse

Le conseil d'administration et l'office du registre du commerce jouent, chacun à leur 767 manière, un rôle de gardien du temple en matière d'action en nullité. Le conseil d'administration peut ainsi introduire lui-même l'action, dans certaines circonstances (I). L'office du registre du commerce peut quant à lui refuser l'inscription d'une délibération manifestement irrégulière, quoique son pouvoir de contrôle soit strictement circonscrit. Le requérant peut en outre très facilement suspendre la demande d'inscription et priver ainsi la décision litigieuse de tout effet (II).

I. Le verrou du conseil d'administration

Le conseil d'administration joue un rôle régulateur de l'action en nullité. En effet, si 768 l'on en croit Peter Böckli, le conseil d'administration joue un rôle de verrou en présence d'une décision litigieuse de l'assemblée générale. L'éminent auteur distingue selon que la décision adoptée par l'assemblée générale est seulement annulable ou nulle.

¹⁰⁰⁷ PICOD (2019), N 92 et s.: «Inévitablement, on va discuter de la forme de l'écrit, des conditions de sa réception, du caractère apparent ou non du risque de confirmation ...»; SERINET (2009), p. 59 s.

¹⁰⁰⁸ FONTMICHEL (2016), p. 1165; PICOD (2019), N 92 et s.

¹⁰⁰⁹ MEKKI (Gaz. Pal. 2016), p. 20; FONTMICHEL (2016), p. 1665.

¹⁰¹⁰ MEKKI (D. 2016), p. 494.

¹⁰¹¹ LAGARDE (2017), p. 715; VEYRE (2017), p. 74.

Si la décision de l'assemblée générale est annulable, le conseil d'administration devra exécuter la décision dès lors qu'aucun actionnaire ne l'a contestée dans le délai de deux mois. Si la décision de l'assemblée générale est nulle en raison d'une violation grave d'une loi impérative, le conseil d'administration doit exprimer des réserves lors de l'assemblée générale. Si malgré les réserves formulées lors de la séance, l'assemblée générale adopte tout de même la résolution viciée, le conseil d'administration est dans l'obligation de déposer sans délai auprès du tribunal une action en nullité afin de ne pas se rendre complice des actionnaires majoritaires¹⁰¹².

769 Des limites à ce raisonnement doivent néanmoins être soulevées. D'abord, cette hypothèse implique que le conseil d'administration n'est pas lui-même l'auteur de l'irrégularité qu'il conteste. De plus, cette obligation ne concerne que les cas dans lesquels la décision litigieuse porte atteinte au fonctionnement de la société ou empiète sur les compétences du conseil d'administration. Dans ce cas, le conseil d'administration exerce en réalité l'action sociale *ut universi*. Peter Böckli écrit ainsi que lorsque la décision contestable ne porte atteinte qu'aux droits des actionnaires minoritaires, le conseil d'administration n'a pas d'obligation d'agir, les personnes lésées ayant un intérêt à agir¹⁰¹³.

II. Le verrou de l'office du registre du commerce

A. Différences entre le greffier en droit français et l'office du registre du commerce

770 Le rôle du préposé au registre du commerce en droit suisse n'est en rien comparable au rôle du greffier en droit français dont le statut est défini à l'article L. 741-7 du Code de commerce. Le greffier en application de l'article R. 123-95 du Code de commerce vérifie que les modifications statutaires sont conformes aux dispositions législatives et réglementaires et correspondent aux pièces et actes déposés, non seulement au moment du dépôt des actes mais également tout au long de la vie sociale (R.123-100 C.com.). Selon l'article R. 123-100 du Code de commerce, en cas de non-conformité, le greffier invite la personne à régulariser.

771 La jurisprudence lui a conféré un certain degré de liberté lui permettant dans certains cas d'ajouter des conditions non requises par la loi. En effet, dans un arrêt critiqué en date du 2 octobre 1991¹⁰¹⁴, la Cour de cassation approuve le refus du greffier de procéder à une inscription modificative au motif que la société n'avait pas préalablement saisi le centre de formalités des entreprises, quand bien même aucun texte ne le prévoit. Cet arrêt a longtemps porté à croire que le greffier était, dans une certaines me-

¹⁰¹² BÖCKLI (2009), § 13 N 400.

¹⁰¹³ BÖCKLI (2009), § 16 N 103 visant la lecture combinée des art. 716a par. 1 non. 5 et 717 al. 1 CO: les administrateurs veillent (et font veiller) fidèlement aux intérêts de la société; et al. 2: ils doivent appliquer le principe d'égalité de traitement des actionnaires.

¹⁰¹⁴ Cass. 2^e civ., 9 octobre 1991, n° 90-12493.

sure, créateur de droit dans les domaines relevant de l'organisation des formalités à accomplir. Cependant, la portée de cet arrêt nous semble limitée. En effet, la Cour de cassation a ultérieurement censuré un greffier qui avait refusé l'inscription modificative au registre du commerce et des sociétés au motif que le rapport du commissaire aux comptes sur la transformation de la société prévu à l'article L. 224-3 du Code de commerce n'avait pas été déposé au greffe dans le délais de huit jours au moins avant la date de l'assemblée générale appelé à statuer sur la transformation prévu à l'article R. 123-105 du Code de commerce. La Haute Juridiction rappelait que l'article R. 123-105 du Code de commerce ne faisait aucune référence à ce rapport. Le refus du greffier était donc infondé et rajoutait au texte de la loi¹⁰¹⁵.

Le contrôle du greffier ne se limite pas qu'à un contrôle de forme, et il constitue à ce titre un premier verrou à une action ultérieure en nullité. Aussi, selon un avis du CCRCS n° 2012-009 du 23 mars 2012, s'il ressort du procès-verbal de l'assemblée que la résolution relative à l'éviction d'un cogérant est contestée et non adoptée à la majorité requise, le greffier doit considérer que la demande tendant à la publicité de son départ ne correspond pas aux actes déposés. Cependant, ce contrôle ne s'aurait s'apparenter à un contrôle de l'exactitude des informations qui lui sont transmises: aussi, le greffe doit s'assurer de la conformité des énonciations de toute demande d'immatriculation ou de modification au registre du commerce aux dispositions législatives et réglementaires ainsi qu'aux pièces justificatives et à l'état du dossier mais il n'est pas tenu de vérifier l'exactitude de la déclaration effectuée pour l'inscription d'une information supplémentaire¹⁰¹⁶.

B. Le contrôle de l'office du registre du commerce

En Suisse, l'inscription au registre du commerce peut être, dans certains cas, constitutive¹⁰¹⁷: certaines décisions sociales ne peuvent générer aucun effet juridique aussi longtemps qu'elles ne sont pas inscrites au registre du commerce¹⁰¹⁸. Le Tribunal fédéral dans un arrêt du 29 mai 1929 affirme clairement le principe selon lequel: «L'inscription au registre du commerce n'est pas simplement une forme de déclaration de volonté, c'est une condition indépendante de l'acte nécessaire à sa validité¹⁰¹⁹.»

Dès lors, l'office du registre du commerce joue un rôle de verrou de mise en œuvre d'une décision litigieuse à deux niveaux: d'abord lorsque le demandeur bloque l'inscription (1); ensuite lorsque le préposé refuse l'inscription (2).

¹⁰¹⁵ Cass. com., 8 avril 2008, n° 06-15.193.

¹⁰¹⁶ Cass. com., 5 mai 211, n° 10-15.428.

¹⁰¹⁷ De façon générale sur le fonctionnement du registre du commerce, V. MEIER-HAYOZ/ FORSTMOSER/SETHE (2018) § 6. Sur l'effet constitutif de l'inscription en particulier: *ibid.* § 6 N 21, 92.

¹⁰¹⁸ OKUR (1965), pp. 50-51.

¹⁰¹⁹ ATF 55 II, pp. 100 et s.

1. Les mesures conservatoires à l'initiative du demandeur

- 775 Afin d'empêcher l'exécution de la résolution en temps utile, le demandeur pouvait, jusqu'à la réforme de l'ordonnance du registre du commerce (*Handelsregisterverordnung*) entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2021¹⁰²⁰, prendre des mesures conservatoires ou supra-provisoires en bloquant l'inscription au registre du commerce¹⁰²¹. Il pouvait ainsi empêcher la décision sociale litigieuse de déployer ses effets jusqu'au jugement au fond, ce qui permettait d'éviter les difficultés liées au prononcé de la nullité suite à la mise en œuvre de la décision.
- 776 Cette demande du requérant visait à suspendre temporairement l'efficacité de la résolution de l'assemblée générale pendant la période de contestation. Cette mesure permettait d'éviter la mise en œuvre d'une décision qui aurait pu être annulée ultérieurement, ce qui aurait risqué de porter préjudice aux tiers¹⁰²². La suspension de l'inscription au registre du commerce était facilitée et favorable au requérant: il n'avait alors pas à avancer de fondement au soutien de sa demande¹⁰²³.
- 777 Le préposé au registre du commerce n'avait pas, sous l'empire de l'ancien régime, de pouvoir de contrôle lorsqu'un tiers formait opposition contre une inscription¹⁰²⁴. Il devait au contraire surseoir à l'inscription (blocage du registre, *Registersperre*). L'opposant disposait alors d'un délai de dix jours pour saisir le tribunal et introduire son action¹⁰²⁵.
- 778 Cette suspension avait un effet redoutable dans le cadre d'une action en annulation. Outre son effet psychologique sur la légitimité de la décision de l'assemblée générale, le juge était également peu enclin à lever la suspension jusqu'à ce qu'il ait statué sur le fonds. La décision, quand bien même aurait-elle dû être mise en œuvre rapidement pour être pertinente, pouvait donc être ainsi neutralisée pendant des mois, voire des années, jusqu'à ce que les voies de recours soient épuisées¹⁰²⁶. La suspension de l'enregistrement était ainsi particulièrement redoutable en présence d'une fusion ou d'une scission.
- 779 La réforme de l'ordonnance du registre du commerce entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2021 abroge les articles 162 et 163 OC permettant le blocage d'une inscription au registre du commerce. Désormais, le demandeur ne peut bloquer l'inscription que par le régime général des mesures provisoires, plus difficile à mettre en œuvre que le régime de l'ancien article 162 OC. À titre de mesure provisionnelle et superprovisionnelle,

¹⁰²⁰ RO 2020 971.

¹⁰²¹ JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (2021), § 8 N 282.

¹⁰²² BÖCKLI (2009), § 16 N 129.

¹⁰²³ BÖCKLI (2009), § 16 N 134.

¹⁰²⁴ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), § 6 N 57.

¹⁰²⁵ ATF 133 III 368 ss.

¹⁰²⁶ BÖCKLI (2009), § 16 N 134.

seul le tribunal pourra ordonner à une autorité du registre du commerce de ne pas procéder à une inscription¹⁰²⁷.

2. Le refus de l'inscription à l'initiative de l'office du registre du commerce

L'article 940 al. 1^{er} CO dispose que l'office du registre du commerce doit vérifier si les conditions légales requises pour l'inscription sont remplies. Son devoir et son pouvoir d'examen ou de cognition selon la formule du Tribunal fédéral (*Kognition*)¹⁰²⁸ s'étendent donc tant aux conditions relevant du droit du registre du commerce qu'aux conditions de fond¹⁰²⁹. Le contrôle sur la forme est illimité¹⁰³⁰. En revanche, le contrôle sur le fond est considérablement restreint¹⁰³¹.

L'office du registre du commerce doit constater d'office la nullité d'une décision visée par l'article 706b CO dans la mesure où le vice dont elle souffre est manifeste. Deux aspects fondent son pouvoir d'examen: l'irrégularité doit se fonder sur des règles manifestement impératives et protégeant l'intérêt général d'une part et, d'autre part elle doit être sans équivoque.

Concernant la violation de règles manifestement impératives¹⁰³², l'office du registre du commerce ne peut intervenir qu'en cas de violation de règles impératives¹⁰³³ qui visent à protéger des intérêts publics ou l'intérêt de tiers¹⁰³⁴, «car une décision de ce genre est nulle en soi et ne saurait donc être inscrite¹⁰³⁵». Aussi, il ne doit pas prendre en compte des considérations générales d'ordre économique ou fiscal¹⁰³⁶. En effet, le Tribunal fédéral a jugé que le préposé au registre du commerce a le devoir de refuser l'inscription lorsque la requête viole la loi d'une façon évidente¹⁰³⁷. Toutefois, le Tri-

¹⁰²⁷ art 262, let. C, CPC; Communication OFCR 4/20 du 10 décembre 2020.

¹⁰²⁸ ATF 125 III 18, consid. 3b; ATF 132 III 668, consid. 3.1; Communication OFRC 3/13 en date du 20 novembre 2013 concernant la pratique de l'Office fédéral du registre du commerce sur l'Ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse et le devoir d'examen de l'Office du registre du commerce.

¹⁰²⁹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), § 6 N 42.

¹⁰³⁰ ATF du 31 août 2010, arrêt B-4719/2010, *stes AG c. STE'S AG*, consid. 3.2.

¹⁰³¹ ATF 91 I 360 du 5 octobre 1965, *Tusa SA c. Office fédéral du registre du commerce*, consid. 2 et 3.

¹⁰³² MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), § 6 N 43; ATF 114 II 68 du 29 avril 1988, consid. 2; ATF 117 II 188 du 7 février 2006.

¹⁰³³ ATF 132 III 668 du 18 juillet 2006.

¹⁰³⁴ ATF 91 I 362 du 5 octobre 1965.

¹⁰³⁵ OKUR (1965), citant arrêts et doctrine, p. 52.

¹⁰³⁶ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), § 6 N 53

¹⁰³⁷ Arrêt du 16 septembre 1936, *Hellwig et consorts c. société fermière du Grand Hotel de la paix* confirmant l'arrêt *Milchgenossenschaft Aarburg* (ATF 56 I 137) selon lequel «les autorités du registre doivent, certes, se refuser à inscrire des faits qui sont manifestement et indubitablement contraires aux prescriptions légales; mais si plusieurs interprétations sont possibles, ces autorités devront procéder à l'inscription et aux publications. Ce sont les tribunaux qui devront décider laquelle des interprétations est exacte».

bunal fédéral a su faire preuve de souplesse dans la délimitation du contour du pouvoir du préposé, en admettant « lorsque plusieurs interprétations sont possibles, le préposé doit procéder à l'inscription »¹⁰³⁸ ou encore que le préposé au registre du commerce puisse occasionnellement examiner une question de fond qui relevait de la compétence de la cour¹⁰³⁹. Selon un auteur, cette limite du contrôle au fond a pour conséquence d'empêcher le préposé de refuser d'inscrire une décision qui ne serait qu'annulable¹⁰⁴⁰.

783 Concernant l'absence d'équivoque, le préposé au registre du commerce n'interviendra que dans le cas où la nullité est véritablement évidente¹⁰⁴¹. Le préposé au registre du commerce ne peut intervenir d'après la jurisprudence constante du Tribunal fédéral que lorsque l'inscription requise se révèle manifestement et certainement illicite¹⁰⁴². Aussi, il n'a ni le droit, ni l'obligation d'exiger la preuve de l'exactitude des faits déclarés lors d'une demande d'inscription¹⁰⁴³. Il n'a pas à vérifier si les personnes ayant participé à l'assemblée générale étaient bien des actionnaires au moment de la réunion de ladite assemblée. Il doit s'en tenir à l'examen de l'acte authentique contenant le procès-verbal¹⁰⁴⁴. Le contrôle se limite dans la pratique à ce que le préposé au registre du commerce refuse seulement l'inscription de faits notoirement faux¹⁰⁴⁵. En présence d'un rapport de révision manifestement inexact, le préposé peut pousser son examen plus loin¹⁰⁴⁶.

784 Si cette condition d'absence d'équivoque (*Unzweideutigkeit*) n'est pas remplie, le préposé doit procéder à l'inscription et laisser au juge le soin de trancher la question au fond¹⁰⁴⁷. Le critère de l'absence d'équivoque ne doit pas être interprété de façon trop

¹⁰³⁸ ATF 56 I 137, *Milchgenossenschaft Aarburg*: « si plusieurs interprétations sont possibles, les autorités du registre doivent procéder à l'inscription; ce seront les tribunaux qui décideront laquelle des interprétations est exacte »; ATF 62 I 261 en date du 1^{er} janvier 1936 = JdT 1937 I 550: « Les autorités préposées au registre du commerce ne doivent refuser d'inscrire que les faits qui sont manifestement et indubitablement contraires aux dispositions légales »; ATF 68 I 188 = JdT 1943 I 501 et 502: les autorités préposées au registre du commerce, ni le Tribunal administratif ne peuvent, au vu qu'il s'agit là d'une question de fond, rechercher si une personne déterminée est membre d'une SNC »; ATF 75 I 322 en date du 29 novembre 1949 = JdT 1950 I 373, *consid.* 2: illégalité manifeste des statuts; ATF 86 I 105 = JdT 1961 I, 17 ss.

¹⁰³⁹ JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (2021), § 5 N 20.

¹⁰⁴⁰ Arrêt du 22 novembre 1939 *Neu-Email* cité par, OKUR (1965), p. 52.

¹⁰⁴¹ CR-PETER/CAVADINI, art 706b CO, N 6.

¹⁰⁴² ATF 121 III 368, *consid.* 2.a, citant également ATF 117 II 186, *consid.* 1, ATF 114 II 68, *consid.* 2 et ATF 91 I 360, *consid.* 2.

¹⁰⁴³ TF 4A_27/2007 du 22 juin 2007.

¹⁰⁴⁴ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), § 6 N 52.

¹⁰⁴⁵ ATF 113 II 280.

¹⁰⁴⁶ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), § 6 N 52.

¹⁰⁴⁷ ATF 125 III 18, du 20 novembre 1998, *consid.* 3b: le principe fondamental est que l'inscription doit être conforme à la loi. La vérification peut porter sur le bien-fondé de l'inscription demandée. Le préposé vérifie d'abord les conditions formelles posées par le droit en matière de re-

extensive. L'office fédéral du registre du commerce déclare, dans une communication du 15 août 2001, que le critère d'une violation non équivoque d'une règle de droit ne saurait, au regard de la protection des droits des tiers, être interprété comme tel que lorsqu'aucun avis divergeant ne peut être émis¹⁰⁴⁸. Un auteur regrette que, compte tenu de l'incertitude que la notion génère, la réglementation n'ait pas été modifiée pour être plus explicite¹⁰⁴⁹.

Un autre auteur éminent tempère toutefois : selon lui, s'il n'y a pas d'objection de droit 785 privé contre l'inscription d'une résolution de l'assemblée générale soumise à enregistrement, le préposé au registre du commerce doit l'inscrire, quand bien même la décision est manifestement contestable¹⁰⁵⁰.

Cette limitation est considérée comme impraticable par une partie de la doctrine et di- 786 vers auteurs appellent à un pouvoir de contrôle plus étendu sur le fond¹⁰⁵¹. D'autres auteurs, à l'inverse, soutiennent la jurisprudence du Tribunal fédéral : ils avancent que seul un tribunal peut garantir un examen objectif et complet de la situation juridique¹⁰⁵².

Enfin, le Tribunal fédéral a, dans un arrêt récent, étendu d'avantage le pouvoir de refu- 787 ser l'inscription de l'office du registre du commerce¹⁰⁵³. Dans cet arrêt très critiqué¹⁰⁵⁴, l'office dispose d'un pouvoir discrétionnaire (*freie Prüfungsbefugnis*) pour apprécier une question fondamentale du droit des sociétés, ce qui lui confère une compétence de contrôle général au-delà de la lettre de la loi¹⁰⁵⁵. Selon des auteurs, l'extension du pouvoir de cognition en présence d'une question fondamentale de droit des sociétés était déjà supposée en 1998 lors de la transformation d'une SARL en SA suite à une fusion par absorption¹⁰⁵⁶.

giste du commerce. Il jouit à cet égard d'un plein pouvoir d'examen. Il contrôle avec un pouvoir limité les conditions matérielles, soit l'interprétation des règles de droit civil ou de droit public, qui fondent la conformité de la réalité constatée avec la loi. Avant de procéder à l'inscription de modifications statutaires, le préposé vérifie si celles-ci ne dérogent pas à des dispositions légales impératives édictées dans l'intérêt public ou en vue de la protection de tiers. L'inscription ne sera refusée que s'il est manifeste et indiscutable qu'elle est contraire au droit (en l'espèce transformation d'une SARL en SA par modification des statuts).

¹⁰⁴⁸ Communication de l'OFRC du 15 août 2001 à l'attention des préposés du registre du commerce concernant les apports en nature et les reprises de bien.

¹⁰⁴⁹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), § 6 N 47.

¹⁰⁵⁰ BÖCKLI (2009), § 16 N 129.

¹⁰⁵¹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), § 6 N 46 visant la position de MEISTERHANS (1996), p. 103 ss et BÄR (1978), p. 410. V. ég., FORSTMOSER (1999).

¹⁰⁵² MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), § 6 N 47.

¹⁰⁵³ ATF 140 III 206 du 28 avril 2014, consid. 2.2 et 2.3

¹⁰⁵⁴ JUNG/KUNZ/BRÄTSCHI (2021), § 5 N 21.

¹⁰⁵⁵ KUNZ (2015), p. 119 ss; CAHANNES/VON DER CRONE (2016), comm. de l'arrêt ATF 4A_370/2015 du 16 décembre 2015.

¹⁰⁵⁶ ATF 125 III 18; CAHANNES/VON DER CRONE (2016), p. 350.

C. *L'effet guérisseur de l'inscription au registre du commerce*

- 788 La théorie de la guérison (*Heilungstheorie*) est admise par le Tribunal fédéral sous l'empire de l'ancienne loi¹⁰⁵⁷. Le législateur de 1936 l'a consacré dans le cadre de l'article 643 al. 2 CO révisé. En vertu de cette disposition, une société anonyme existe par le seul fait de son inscription au registre du commerce, malgré tous les défauts de forme et de fond qu'a pu présenter sa fondation. Cette théorie n'est pas absolue et souffre d'une exception en faveur des actionnaires et des créanciers sociaux qui établissent que leurs intérêts sont gravement menacés par la violation des dispositions légales ou statutaires. Ils peuvent dans ce cas obtenir du juge qu'il prononce la dissolution de la société dans les trois mois à compter de la publication.
- 789 L'effet guérisseur de l'inscription au registre du commerce est prévu par l'article 643 al. 2 CO et l'article 779 al. 2 CO. Cet effet guérisseur se concrétise de la manière suivante: une inscription aux fondements défectueux produit le même effet qu'une inscription régulière. Le qualificatif de «guérisseur» est toutefois contestable pour deux raisons. La première est que le vice demeure et doit être régularisé malgré l'inscription. La seconde est que l'effet guérisseur est limité au cas particulier de l'incorporation d'une société, et par analogie à l'augmentation du capital social, ce qui signifie que l'inscription produit son effet constitutif et donne naissance à la société, même lorsque la procédure de fondation est viciée: la société ne peut plus être nulle, elle est seulement annulable¹⁰⁵⁸, au nom de la sécurité des transactions.
- 790 Concernant une délibération d'assemblée générale, le contrôle du préposé au registre du commerce ne lie pas le juge¹⁰⁵⁹. Il semble donc que l'effet guérisseur de l'inscription ne s'applique pas par analogie aux actes et délibérations autres que ceux relatifs à la fondation de la société¹⁰⁶⁰. Un auteur tempère: selon lui, ce prétendu effet de guérison se produit également *mutatis mutandis* dans le cadre de la procédure d'augmentation du capital¹⁰⁶¹.

D. *Les limites sur l'action en nullité du pouvoir d'examen de l'office du registre du commerce*

- 791 La théorie de la guérison et la théorie de la bonne foi limitent drastiquement la possibilité d'agir en nullité d'une décision sociale inscrite au registre du commerce.
- 792 Comment l'effet guérisseur s'articule-t-il avec le principe de protection de la croyance publique, qui s'est développé en marge de la loi et qui permet aux tiers de bonne foi de

¹⁰⁵⁷ ATF 15 I 619 du 14 septembre 1889 = JdT 1889 I 657, *Nageli c. Schweizer et consorts*; ATF 64 II 272 du 14 septembre 1938 = JdT 1939 I 6, *Bollag c. Masse de faillite «Die Dame» AG*.

¹⁰⁵⁸ CR-VIANIN, art. 933 CO, N 8.

¹⁰⁵⁹ CR-VIANIN, art. 940 CO, N 1 et N 2.

¹⁰⁶⁰ CR-PETER/CAVADINI, art. 706b CO, N 6.

¹⁰⁶¹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ (2015), § 6 N 73.

se fier au contenu des inscriptions, même s'il ne correspond pas à la réalité, et de s'en prévaloir? La question se pose de savoir si des tiers de bonne foi peuvent invoquer des inscriptions erronées dans le registre du commerce. L'analyse classique retient que le silence du législateur est un silence qualifié, de sorte que des tiers de bonne foi ne peuvent invoquer des contenus incorrects du registre du commerce que dans la mesure où cette invocation est expressément prévue afin de protéger leurs droits individuels¹⁰⁶². L'analyse inverse retient au contraire que l'inscription inexacte est traitée comme si elle était exacte, et ce tant à l'égard des personnes de bonne foi qu'à l'égard de celles de mauvaise foi¹⁰⁶³, à condition qu'aucun intérêt général supérieur ne soit en jeu.

L'ordonnance modernisant le registre du commerce en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2021 apporte des modifications à ce régime. Sans revenir en détail sur l'ensemble de la réforme, nous retenons principalement que le Message du 15 avril 2015¹⁰⁶⁴ souligne les effets de l'inscription au registre du commerce. Le Message distingue les effets de publicité positifs des effets négatifs. Les effets positifs relèvent du nouvel article 936b al. 1 CO disposant que nul ne peut se prévaloir de ce qu'il ignorait une inscription devenue opposable. Inversement, les faits qui ne sont pas inscrits ne sont en principe pas opposables aux tiers de bonne foi en application des effets de publicité négatifs selon le nouvel article 936b al. 2 CO. Le registre du commerce a donc une force probante (art. 9 CC) 793

La protection des tiers sera à l'avenir garantie par l'article 936b al. 3 CO qui devrait renforcer la croyance dans le registre du commerce (*öffentlicher Glaube*). En se basant sur ce principe, le Tribunal fédéral a refusé d'admettre les effets de la nullité d'une décision qui était pourtant nulle¹⁰⁶⁵. 794

Selon un auteur, les faits qui seraient enregistrés par erreur n'auraient pas d'effet positif, et le tiers ne peut prétendre ne pas avoir eu connaissance du fait en question. Même les tiers de bonne foi ne sauraient invoquer des faits juridiques qui diffèrent du contenu du registre¹⁰⁶⁶. 795

Enfin, lorsqu'un fait dont l'inscription est requise n'a pas été inscrit, il ne peut être opposé aux tiers que s'il est établi que ces derniers en ont eu connaissance. L'ignorance de faits qui n'ont pas été inscrits ne peut être retenue contre un tiers, sauf si 796

¹⁰⁶² JUNG/KUNZ/BRÄTSCHI (2021), § 5 N 39.

¹⁰⁶³ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), § 6 N 70.

¹⁰⁶⁴ Message 15.034 du 15 avril 2015 relatif à la modification du Code des obligations.

¹⁰⁶⁵ ATF 78 III 33 du 11 février 1952 = JdT 1952 I 403, *Office des faillites de Berthoud, Hunziker et consorts c. Autorité bernoise de surveillance*, consid. 8 : portée de la présomption d'exactitude du répertoire des sociétaires tenu par le conservateur du registre du commerce.

¹⁰⁶⁶ JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (2021), § 5 N 30 s.

l'on peut prouver que ce dernier avait connaissance de ces faits. Cette connaissance peut se présumer.

- 797 Le pouvoir d'examen des offices du registre du commerce est, on l'a vu, étroit. Il est d'autant plus étroit que, en pratique, les dépassements de pouvoir sont fréquents, allant jusqu'au refus d'inscrire des clauses statutaires pourtant sans reproche¹⁰⁶⁷.
- 798 Ajoutant à l'insécurité de la pratique, l'office fédéral du registre du commerce effectue toujours un contrôle *a posteriori* de l'examen effectué par les offices cantonaux. L'office fédéral peut refuser l'inscription qui avait pourtant été préalablement autorisée par l'office cantonal. En revanche, il ne peut pas ordonner une inscription refusée par l'office cantonal. De surcroît, la pratique des offices du registre du commerce n'est pas unitaire¹⁰⁶⁸.

Conclusion du chapitre 1

- 799 Les correctifs légaux et jurisprudentiels en France et en Suisse sont relativement proches: ils ont pour effet, autant que possible, de permettre une régularisation ou une confirmation de la décision litigieuse. La théorie du vote utile ou l'interdiction d'un comportement contradictoire permet d'éviter les recours chicaniers avec efficacité. Enfin, l'inscription au registre du commerce joue un rôle de garde de fou en Suisse.

¹⁰⁶⁷ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), § 6 N 50.

¹⁰⁶⁸ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), § 6 N 51.

Chapitre 2: **L'articulation de l'action en annulation avec les mesures réparatrices**

Outre des mesures préventives visant à éviter une action en annulation, le législateur 800 suisse et le législateur français ont envisagé d'autres mesures réparatrices concourant avec l'action en annulation. La principale est l'action en responsabilité (Section 1). Le droit suisse connaît également une action en restitution, moins commune en droit français (Section 2).

Section 1: La difficile articulation avec l'action en responsabilité civile des dirigeants sociaux

L'action en responsabilité civile des dirigeants repose en France et en Suisse sur des 801 régimes très proches. Il convient, pour que la responsabilité soit engagée, de démontrer l'existence d'une faute, d'un dommage, et d'un lien de causalité entre cette faute et ce dommage. Il existe bien évidemment des différences notables entre le droit français et le droit suisse en ce qui concerne le régime de la responsabilité civile des dirigeants. Ainsi, alors que la France admet très largement les dommages par ricochet ou dommages au second degré, ceux-ci sont limitativement reconnus en Suisse. Nous ne reviendrons toutefois pas sur les détails du régime de l'action en responsabilité civile dans chacun des ordres juridiques étudiés, la littérature étant déjà abondante et très complète sur ce sujet. Nous nous contenterons ici de relever les différences entre la France et la Suisse dans l'articulation de l'action en responsabilité civile avec l'action en annulation. La France reconnaît l'autonomie de l'action en responsabilité et de l'action en nullité (§ 1) alors que la Suisse consacre un principe de subsidiarité discutable (§ 2).

§ 1 En droit français: l'autonomie de l'action en responsabilité civile et de l'action en nullité

802 En France, l'action en responsabilité civile et l'action en annulation sont autonomes (I). L'auteur d'une irrégularité ayant causé une nullité peut voir sa responsabilité engagée en réparation du dommage provoqué par la nullité. Dans ce cas, un régime spécifique s'applique en matière de faute (II), d'identification du dommage (III) et de réparation (IV).

I. Le principe d'autonomie et la responsabilité des suites de la nullité

803 Le Code de commerce règle dans des dispositions spéciales le régime de la responsabilité civile des dirigeants. L'article L. 225-251 du Code de commerce dispose que les administrateurs sont responsables individuellement ou collectivement, soit de la violation des dispositions législatives et réglementaires, soit des violations des statuts. Sans entrer dans une description minutieuse du régime de la responsabilité en droit français, deux points sont ici à relever dans l'angle de notre sujet: le principe d'autonomie de l'action en responsabilité et de l'action en nullité d'une part (A) et la responsabilité du fait de la nullité qui en découle d'autre part (B).

A. *Le principe d'autonomie de l'action en responsabilité*

804 Lorsque le dirigeant commet une faute à l'égard des tiers, sa responsabilité sera délictuelle. Lorsque la faute est commise envers la société ou les actionnaires, sa responsabilité sera contractuelle en vertu du mandat social qui les lie.

805 Si, en principe, l'action en responsabilité civile, qu'elle soit contractuelle ou délictuelle, est autonome de l'action en nullité, il convient toutefois de distinguer selon que cette responsabilité est engagée sur un fondement de droit commun ou de droit spécial, en raison des divergences des délais de prescription.

806 Le principe de l'autonomie de l'action en nullité et de l'action en responsabilité est bien ancré depuis la loi n°66-537 du 24 juillet 1966, et distingue trois hypothèses: (1) les responsabilités liées à une annulation, (2) celles découlant d'une cause de nullité n'ayant pas entraîné l'annulation et (3) celles qui sont encourues du seul fait que l'acte a été passé dans des conditions irrégulières, sans qu'il soit nécessairement annulable¹⁰⁶⁹. Le principe a été étendu au droit commun des contrats par le nouvel article 1178, *in fine*, du Code civil qui dispose que: « Indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle. » La jurisprudence antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 consacrait de façon constante la

¹⁰⁶⁹ HONORAT, Nullités, N 215-229.

totale autonomie des actions en nullité et en responsabilité, la recevabilité de l'une n'étant pas conditionnée au succès de l'autre¹⁰⁷⁰. Depuis, la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler que «le rejet de la demande en nullité de la vente pour dol formée à titre principal n'exclut pas l'engagement et le succès de la demande subsidiaire de l'acheteur en réparation de son préjudice¹⁰⁷¹».

Concernant la responsabilité des suites de la nullité d'une décision litigieuse, 807 l'article 1844-17, al. 2 du Code civil envisage une action en responsabilité délictuelle autonome de l'action en nullité¹⁰⁷². Il dispose en effet que «la disparition de la cause de nullité ne fait pas obstacle à l'exercice de l'action en dommages-intérêts tendant à la réparation du préjudice causé par le vice dont la société, l'acte ou la délibération était entaché». Un auteur remarque ainsi que la nullité n'est plus, en définitive, qu'un cas de responsabilité des dirigeants sociaux envers les associés: l'action en responsabilité survit à l'extinction de la nullité qui en est la cause¹⁰⁷³. Dès lors, le fait pour la personne lésée de renoncer à son action en nullité ou de régulariser la cause de nullité n'exclut pas l'exercice d'une action en responsabilité pour obtenir réparation du préjudice subi¹⁰⁷⁴. Le principe est donc, comme en matière de droit des contrats, la totale autonomie de l'action en responsabilité par rapport à l'action en nullité fondée sur la même faute.

Le délai de prescription d'une action en responsabilité civile de droit commun est de 808 cinq ans (art. 2224 C. civ.), et s'appliquera lorsque la nullité de la délibération se fonde sur la violation des lois ou principes régissant les contrats¹⁰⁷⁵.

En revanche, le délai de prescription de l'action en responsabilité fondée sur 809 l'article 1844-17 du Code civil est calqué sur le délai de prescription de l'action en nullité, à savoir trois ans. Toutefois, le point de départ est fixé au jour où la décision d'annulation est passée en force de chose jugée et non au jour où la nullité est encourue ou au jour où la faute a été commise¹⁰⁷⁶. Il en résulte que l'action en responsabilité du fait de la nullité est tributaire du prononcé de la nullité par le juge, bien que l'action soit autonome.

¹⁰⁷⁰ Civ. 1^{er}, 4 février 1975, n° 72-13.217 P:D. 1975.405, note Gaury; RTD civ. 1975. 537, obs. Durry; Cass. com., 15 janvier 2002, n° 99-18.774 P:D. 2002.2045, obs. V. Brémond; RTD civ. 2002. 290, obs. J. Mestre et B. Fages; RTD com. 2002. 265, obs. B. Saintourens; Civ. 3^e, 23 mai 2012, n° 11-11.796; Cass. com., 18 octobre 1994, n° 92-19.390 P:D. 1995. 180, note C. Atias; RTD civ. 1995, obs. J. Mestre.

¹⁰⁷¹ Cass. civ. 1^{re}, 14 janvier 2021, n° 19-24.881.

¹⁰⁷² VELARDOCCIO (1996), N 111-153 pour une application en présence de distribution irrégulière des dividendes.

¹⁰⁷³ art. L. 235-13 C.com.; art. 1844-17, al. 2 C. civ.

¹⁰⁷⁴ HONORAT, Nullités, N 215-229.

¹⁰⁷⁵ Cass. com., 3 avril 2013, F-B+P n° 12-15.492, D. 2013. Actu. 905, obs. Lienhard.

¹⁰⁷⁶ Cass. civ. 1^{re}, 26 janvier 1983, Bull. civ. I, n° 39, R, p. 44, D. 1983. 317, note Breton; RTD civ. 1983. 773, obs. Patarin et 749, obs. Chabas.

810 Dans les sociétés anonymes, l'action en responsabilité du fait de la nullité fondée sur l'article L. 225-251 du Code de commerce se prescrit par trois ans à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation (art. L. 225-254 C.com.). En revanche, en présence d'une convention réglementée approuvée en conséquence d'un abus de majorité, la prescription triennale de l'action en réparation du préjudice social court à compter de la date de conclusion de la convention et non à compter de la date de la délibération approuvant la convention, sauf à ce que ladite convention ait été dissimulée¹⁰⁷⁷.

B. La responsabilité du fait de la nullité

811 En droit des sociétés, la responsabilité des dirigeants en raison de la nullité de la société trouve ses sources dans les premières grandes lois sur les sociétés, à savoir la loi du 24 juillet 1867 dans le cas des sociétés anonymes. Ultérieurement, la responsabilité résultant de la nullité de la société a été étendue par le législateur aux cas de nullité des actes et des délibérations des organes sociaux.

812 Ainsi, le principe du cumul de l'action en responsabilité et de l'action en nullité en matière de droit des sociétés a très tôt été admis par la jurisprudence. Comme le note un auteur, l'action en responsabilité se justifiait car les irrégularités commises lors d'opérations de société pouvaient porter préjudice aux tiers¹⁰⁷⁸. Un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation en date du 11 juin 1929 a donc admis l'indemnisation des dommages résultant de l'annulation d'opérations de sociétés en se fondant sur les principes généraux de la responsabilité¹⁰⁷⁹. L'article 1844-17 du Code civil et l'article L. 235-13 du Code de commerce ont codifié cette jurisprudence en confirmant la possibilité d'agir en responsabilité suite à l'annulation d'une société ou des actes et délibérations postérieurs à sa constitution. La responsabilité recherchée est de nature délictuelle, sous réserve de prouver le préjudice et le lien de causalité entre la faute, consistant en un manquement aux dispositions législatives et réglementaires, et le préjudice¹⁰⁸⁰.

813 Par ailleurs, la solution est cohérente avec le droit commun des contrats qui prévoit la possibilité du cumul de l'action en annulation et de l'action en responsabilité, c'est-à-dire le cumul des sanctions de la nullité et de l'allocation de dommages-intérêts¹⁰⁸¹. Ce principe a été établi par un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassa-

¹⁰⁷⁷ Cass. com., 30 mai 2018, n° 16-21022, P-B, Defrénois 25 juin 2018, n° 145/3, p. 10.

¹⁰⁷⁸ HONORAT, Nullités, N 215-229

¹⁰⁷⁹ Cass. civ. 11 juin 1929, S. 1929.1.325; Cass. req. 29 mars 1938, Gaz. Pal. 1938.2.59; Cass. com. 28 juin 1976, cité par HONORAT, *ibid.*

¹⁰⁸⁰ COZIAN/VIANDIER/DEBOISSY (2021), N 444, 304 ss.

¹⁰⁸¹ PICOD (2019), N 171-174. V. par ex. Cass. civ. 3^e, 18 mai 2011, n° 10-11.721 Bull. civ. III, n° 79; JCP 2011, n° 1141, n° 22, obs. Y.-M. Serinet: «en raison de l'anéantissement rétroactif du contrat de bail, la responsabilité ne peut être recherchée que sur un fondement délictuel ou quasis-délictuel.» (rejet de la responsabilité contractuelle).

tion en date du 4 février 1975 selon lequel «le droit de demander la nullité d'un contrat par application des articles 1116 et 1117 du Code civil n'exclut pas l'exercice par la victime des manœuvres dolosives, d'une action en responsabilité délictuelle pour obtenir de leur auteur réparation du préjudice qu'elle a subi»¹⁰⁸². Ces dommages-intérêts, qui viennent s'ajouter à l'annulation et à ses conséquences en matière de restitution, peuvent couvrir la perte subie et le manque à gagner par la victime¹⁰⁸³.

II. La présomption de faute en cas de nullité

La mise en œuvre de la responsabilité contractuelle du dirigeant envers la société et les associés nécessite la preuve d'une faute personnelle, qui réside ici dans la violation des dispositions législatives ou des statuts. Quant à la responsabilité délictuelle du dirigeant envers les tiers, elle suppose une faute personnelle et détachable de ses fonctions¹⁰⁸⁴. La loi du 24 juillet 1867 précisait que les administrateurs de sociétés anonymes étaient responsables soit des infractions aux dispositions de la loi elle-même, soit des fautes de gestion, notamment en distribuant ou en laissant distribuer sans opposition des dividendes fictifs (L. 1867, art. 44). La jurisprudence antérieure à 1966 considérait qu'il existait une présomption de faute à l'encontre des dirigeants auxquels la nullité était imputable¹⁰⁸⁵, qui se déduit dès lors que le dirigeant a méconnu une disposition légale. L'existence d'une cause de nullité suffirait donc à caractériser la faute¹⁰⁸⁶. La gravité de la faute est également un critère de distinction d'une faute de gestion et d'une faute séparable des fonctions, que le juge appréciera souverainement pour recevoir ou rejeter l'action en responsabilité d'un tiers¹⁰⁸⁷.

L'article L. 225-249 du Code de commerce dans les sociétés anonymes disposent que les dirigeants sont «responsables, individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion». L'abstention constitue également une faute lorsqu'elle participe à la réalisation du préjudice¹⁰⁸⁸. Sont visés les dirigeants de fait et de droit¹⁰⁸⁹, mais pas le président

¹⁰⁸² Cass. civ. 1^{re}, 4 février 1975, n° 72-12.217.

¹⁰⁸³ Cass. civ. 1^{re}, 27 novembre 2008, n° 07-18.875, D. 2009. 1122, note Y. Dagorne-Labbe; AJDI 2009. 151; RTD civ. 2009. 113, obs. B. Fages, rendu à propos de l'indemnisation du préjudice causé par l'annulation d'une promesse.

¹⁰⁸⁴ Cass. com., 4 juin 1991, Rev. soc. 1992.55, note Y. Chartier, en matière de chèque en bois engageant la responsabilité de la banque.

¹⁰⁸⁵ Cass. civ. 26 novembre 1930, DH 1931.18, S. 1931.1.305, note Lagarde.

¹⁰⁸⁶ CA Nîmes, 21 janvier 1881, DP 81.2.126.

¹⁰⁸⁷ Cass. com., 18 juin 2013, n° 12-17195, *Sté Le California*, F-D, note de Julien Couard, BJS décembre 2013, n° 110/8.

¹⁰⁸⁸ CA Paris 25^e ch. Ect. B, 4 février 1994, n° 5274/91, *Legay c/FNB et autres*, note Maggy Pariente, BJS avril 1994, n° JBS-1994-121, p. 402.

¹⁰⁸⁹ Cass. com., 31 mai 2012, n° 09-13.975.

du conseil d'administration, sauf si ce dernier cumule les fonctions de président et de directeur général.

- 816 L'annulation d'une décision sociale peut-elle être assimilée à une faute du dirigeant, et de ce fait engager sa responsabilité, sous réserve que cette annulation a causé un préjudice à la société et/ou au demandeur? Dès lors que l'annulation résulte de la méconnaissance d'une disposition impérative, elle est la conséquence d'une infraction aux dispositions législatives, et à ce titre répond à la définition de faute engageant la responsabilité des dirigeants¹⁰⁹⁰.
- 817 Qu'en est-il lorsque le dirigeant ne fait qu'exécuter une décision irrégulière de l'assemblée générale? La réponse n'est pas clairement tranchée par la jurisprudence. Le dirigeant peut se voir reprocher une faute de gestion s'il n'a fait qu'exécuter la décision prise par l'assemblée générale des actionnaires, au titre d'une «légèreté blâmable¹⁰⁹¹». À l'inverse, dans un arrêt en date du 2 octobre 2001¹⁰⁹², la troisième chambre civile de la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel pour avoir décidé «qu'aucune faute ne pouvait être reprochée aux gérants qui n'avaient fait qu'exécuter les décisions de l'assemblée générale de la SCI». Il est vrai que dans cette affaire la délibération avait été approuvée à l'unanimité.

III. L'existence d'un dommage

- 818 La jurisprudence distingue le préjudice social (B) du préjudice personnel (A) subi par l'actionnaire. En pratique cette distinction soulève des difficultés car le préjudice personnel ne saurait être le corollaire ou la conséquence du préjudice social¹⁰⁹³, il doit en être distinct et détachable.

¹⁰⁹⁰ Cass. com. 10 février 2021 N° 18-24302, F-D: les dirigeants de sociétés anonymes et de SAS sont responsables individuellement ou solidairement selon les cas envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion. En conséquence, doit être cassé pour violation de la loi l'arrêt dans lequel la mise en cause de la responsabilité du dirigeant à l'égard de la société est subordonnée à la preuve d'une faute de gestion détachable ou séparable des fonctions sociales, intentionnelle, d'une particulière gravité et incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales, et non à celle d'une simple faute de gestion.

¹⁰⁹¹ Cass. com., 8 mars 2016, n° 14-16621, *Sté Xithe*, F-D, note de Sophie Schiller, BJS sept 2016, n° 115/3, p. 475: sur le fondement de l'article L. 225-253 al. 2 du Code de commerce, aucune décision de l'assemblée générale ne peut avoir pour effet une action en responsabilité contre les administrateurs ou contre le directeur général pour faute commise dans l'accomplissement de son mandat.

¹⁰⁹² Cass. civ. 3^e, 2 octobre 2001, n° 00-12.347.

¹⁰⁹³ Cass. com. 30 mai 2018, n° 17-10393, *SA Regimédia*, F-D, J.-J. Ansault, BJS novembre 2018, n° 119/7, p. 629.

A. *Le dommage direct et l'action personnelle*

En droit français, dans le silence de la loi, la recevabilité de la demande n'est subordonnée à aucune autre exigence que la preuve d'un préjudice. La personne ayant subi un dommage démontre un intérêt à agir suffisant. L'action est donc ouverte aux associés¹⁰⁹⁴. L'associé réclame l'indemnisation du dommage qu'il subit personnellement du fait de la nullité. Bien que rare, l'action personnelle contre l'organe de gestion peut également être exercée par les créanciers en période de procédure collective¹⁰⁹⁵. Toutefois, l'action du créancier est sujette à l'existence d'une faute séparable des fonctions, le créancier étant alors considéré comme un tiers à la société. En effet, «la recevabilité d'une action en responsabilité personnelle engagée par un créancier à l'encontre du dirigeant d'une société mise en procédure collective, pour des faits antérieurs au jugement d'ouverture, est subordonnée à l'allégation d'un préjudice personnel distinct de celui des autres créanciers résultant d'une faute du dirigeant séparable de ses fonction¹⁰⁹⁶». De plus, le législateur a prévu une action spéciale et attitrée propre au droit des procédures collective (L. 651-3 C.com.) qui ne se cumule pas avec l'action personnelle du créancier: il en résulte qu'un tiers ne peut jamais agir en responsabilité sur le fondement du droit commun en cas de procédure collective¹⁰⁹⁷.

L'action en responsabilité s'exprime contre l'auteur du dommage. Aussi, un actionnaire majoritaire peut être responsable du dommage que son vote a causé. A ce titre, un arrêt intéressant se prononce *a contrario* sur la responsabilité de l'actionnaire majoritaire vis-à-vis du dirigeant pour révocation vexatoire. En l'espèce, la Cour d'appel avait condamné l'associé et la société à verser des dommages et intérêts au gérant, au motif que le majoritaire l'avait révoqué abusivement après avoir donné *quitus* pour sa gestion. La Cour d'appel condamnait ainsi implicitement le comportement contradictoire de l'associé majoritaire. La Cour de cassation rejette toutefois la solution: la volonté de nuire caractéristique de la faute personnelle n'avait en l'espèce pas été démontré. Ainsi l'octroi du *quitus* ne prive pas l'associé d'un juste motif de révocation et ne légitime pas l'octroi de dommages et intérêts¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁴ Cass. civ., 8 novembre 1886, S. 87.1.353.

¹⁰⁹⁵ Cass. com., 18 juin 2013, n° 12-17195, *Sté Le California*, F-D, note de Julien Couard, BJS décembre 2013, n° 110/8.

¹⁰⁹⁶ Cass. com., 7 mars 2006, n° 04-16536, *SA dédicace Informatique*, note François-Xavier Lucas, BJS Juill. 2006, n° JBS- 2006-186, p. 938.

¹⁰⁹⁷ Cass. com., 7 mars 2006, *op. cit.*

¹⁰⁹⁸ Cass. com., 12 février 2013, F-D, n° 11-23.610, *R. c/l.*, note Saintourens, Rev. soc. 2013, p. 426: révocation du gérant d'une SARL par l'assemblée générale sur proposition de l'associé majoritaire; le gérant poursuit l'associé majoritaire en dommages-intérêts pour révocation vexatoire, qui avait donné *quitus* de la gestion au gérant. Le *quitus* peut être refusé sans constituer une volonté de nuire constitutive d'une faute personnelle.

B. Le dommage indirect et l'action ut singuli

- 821 L'exercice *ut singuli* de l'action sociale est un mécanisme de défense de l'intérêt social bien ancré dans le droit français, puisque ses origines remontent à la jurisprudence du 19^e siècle. L'action *ut singuli* permet au simple membre d'un groupement d'exercer les actions de celui-ci en cas de carence des organes normalement compétents pour représenter la société¹⁰⁹⁹. La jurisprudence pose deux conditions suffisantes pour recevoir l'action *ut singuli*: la société doit être la victime et les représentants légaux de la société doivent s'abstenir d'agir en réparation du préjudice subi par la société¹¹⁰⁰. En ce sens, l'action *ut singuli* présente un caractère subsidiaire dans la mesure où elle ne peut être exercée par les actionnaires qu'en cas de manquement et d'inaction des représentants de la société¹¹⁰¹.
- 822 Les actionnaires doivent être actionnaires directs de la société pour le compte de laquelle ils intentent l'action. Les actionnaires de la société mère ne sauraient introduire une action pour le compte de l'une de ses filiales¹¹⁰².
- 823 Sur le fondement de l'article L. 223-22 du Code de commerce, l'action sociale dans les SARL ne peut s'exercer qu'à l'encontre des gérants, entendus comme les dirigeants au sens large, à l'exclusion toutefois du liquidateur le cas échéant¹¹⁰³. Dans les sociétés anonymes, l'article L. 225-252 du Code de commerce, interprété strictement par la jurisprudence, limite l'action sociale aux seuls recours contre les administrateurs (depuis la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 dite NRE) ou le directeur général. Pour poursuivre un dirigeant de fait ou des tiers éventuellement complices des dirigeants ou des contractants des suites d'un délit ayant porté un préjudice à la société, les actionnaires devront se tourner vers le fondement du nouvel article 1240 du Code

¹⁰⁹⁹ Art. L. 225-252 C.com. et art. 1843-5 C. civ.

¹¹⁰⁰ CA Paris, 25^e ch., 4 février 1994, n° 5274/91, *Legay c/FNB et autres*, note Maggy Pariente, BJS avril 1994, n° BJS 1994/121, p. 402.

¹¹⁰¹ COZIAN/VIANDIER/DEBOISSY (2021), N459; Cass. crim. 12 décembre 2000, Rev. soc. 2001, p. 323, note A. Constantin.

¹¹⁰² Cass. com., 13 mars 2019, n° 17-22128, F-D, note Antoine Gaudemet, BJS juin 2019, n° 119/7, p. 10; Cass. com., 19 mars 2013, n° 12-14213, F-PB, note Jean-François Barbiéri, BJS mai 2013, n° BJS 2013-0159, p. 316: l'article L. 225-252 du Code de commerce n'autorise les actionnaires à exercer l'action sociale en responsabilité qu'à l'encontre des administrateurs ou du directeur général; aucune des sociétés visées par les demandes des actionnaires minoritaires n'étant investie de cette qualité, la Cour d'appel en a déduit à bon droit que ces demandes étaient irrecevables.

¹¹⁰³ Cass. com., 6 décembre 2017, n° 16-21005, F-D: un arrêt du 21 juin 2016: «si la loi n'autorise expressément les associés à exercer l'action sociale *ut singuli* qu'à l'encontre des dirigeants, [...] il convient de retenir que les dispositions de la loi sur les sociétés tendent à s'appliquer aux dirigeants au sens large, cette notion devant recouvrir tous les mandataires sociaux et donc le liquidateur, lequel se substitue aux organes de direction [...]». L'arrêt est toutefois censuré par la Cour de cassation, au visa de l'article L. 223-22 du Code de commerce, qui nie l'existence de toute action *ut singuli* à l'encontre du liquidateur.

civil (ancien article 1382) qui dispose que l'auteur d'un délit est tenu de réparer le préjudice¹¹⁰⁴. L'action se prescrit alors par cinq ans, et non par trois ans comme c'est le cas de l'action en responsabilité spéciale fondée sur l'article L. 225-254 du Code de commerce¹¹⁰⁵. Sur ce fondement, les actionnaires pourraient donc en théorie engager l'action *ut singuli* contre un commissaire aux comptes ayant commis des irrégularités sources de nullité d'une décision sociale portant préjudice à la société.

C. La réparation du dommage des suites du prononcé de la nullité

Pour prétendre à des dommages-intérêts en réparation intégrale du préjudice, les demandeurs doivent apporter la preuve à la fois de la réalité et de l'étendue de leur préjudice ainsi que la relation de causalité entre la faute et le dommage. Les sommes qui leur seront allouées devront tenir compte non seulement des pertes entraînées par la nullité mais aussi du manque à gagner en résultant¹¹⁰⁶. Si cette relation de causalité est établie, les personnes auxquelles la nullité est imputable devront supporter la totalité du passif social causée par l'irrégularité¹¹⁰⁷. 824

Dans le cas par exemple de l'annulation d'une décision de distribution de dividendes fictifs, l'action sociale dirigée contre les dirigeants tend à la fois au remboursement à la société des dividendes indûment distribués, et à l'allocation de dommages-intérêts pour réparer le préjudice subi par la société. L'action sociale appartient alors à la société et doit être exercée par ses représentants. 825

Qu'en est-il lorsque le demandeur s'abstient de demander la nullité, mais fonde son action en responsabilité sur la dite nullité? Un arrêt récent rendu dans le cas de la nullité d'une cession de droits sociaux pour dol a permis récemment de réaffirmer le principe de l'arrêt *Parsys 2* du 10 juillet 2012 portant sur la définition du dommage en matière de responsabilité civile¹¹⁰⁸. Dans cet arrêt, la Cour de cassation indique que lorsque la victime cessionnaire fait le choix de ne pas demander l'annulation du contrat, le préjudice réparable n'est que la perte d'une chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses. La Cour de cassation a par cette occasion rappelé que l'objectif de la responsabilité civile est de replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne sans la faute: elle aurait été alors correctement informée, et aurait pu mieux négocier ou prendre une autre décision d'investissement. La réparation ne vise pas à mettre la victime dans une situation plus favorable que même l'absence de faute n'aurait pu permettre. 826

¹¹⁰⁴ Cass. crim. 28 janvier 2004, n° 779 FS PF, X. note de Jean-François Barbièri, BJS mai 2004, n° BJS 2004-132, p. 678.

¹¹⁰⁵ Cass. com., 12 avril 2016, n° 14-12894, *Sté Artas*, F-D, note Jean-Jacques Ansault, BJS novembre 2016, n° 115/6, p. 651.

¹¹⁰⁶ Cass. req. 18 octobre 1922, *D.* 1923.1.16; Cass. com. 18 juin 1974, *Bull. civ.* IV, n° 199.

¹¹⁰⁷ Cass. civ. 26 novembre 1930.

¹¹⁰⁸ Cass. com. 5 juin 2019, n° 16-10.391, F-D, note B. Hojan Prorok, *Rev. soc.* 2019, p. 742.

§ 2 En droit suisse: critique du principe de subsidiarité de l'action en annulation par rapport à l'action en responsabilité

I. Le principe de subsidiarité

- 827 À l'opposé radical de l'autonomie de l'action en nullité en droit français, la jurisprudence du Tribunal fédéral consacre de longue date la subsidiarité de l'action en annulation d'une décision de l'assemblée générale par rapport à l'action en responsabilité des organes. Il découle du principe de subsidiarité que la résolution litigieuse de l'assemblée générale ne peut faire l'objet d'une action en annulation ou en nullité lorsque la responsabilité de l'organe décisionnaire est susceptible d'être engagée¹¹⁰⁹. Cette subsidiarité ne s'appuie sur aucune disposition légale: le Tribunal fédéral l'a simplement déduite de la nécessité d'interpréter restrictivement la sanction de la nullité et de l'annulation. Le Tribunal fédéral justifie le principe de subsidiarité par la nécessité d'éviter les recours en annulation, qu'il considère comme la porte d'entrée ouverte aux actionnaires de s'immiscer dans la gestion de la société. Ce dernier argument est peu convaincant car il nie le rôle de contrôle aux actionnaires. De plus, la conséquence du principe de subsidiarité est que les violations des intérêts protégés ou de la loi ne peuvent pas être sanctionnées en dehors d'une action en responsabilité¹¹¹⁰. Aussi, le Tribunal fédéral rejettera les demandes d'annulation toutes les fois où une action en responsabilité aurait pu être engagée. La sanction sera l'irrecevabilité de l'action en annulation lorsqu'une action en responsabilité contre les organes de la société aurait pu aboutir au même résultat.
- 828 Le Tribunal fédéral s'est attaché au principe de subsidiarité au point qu'il rejette l'action en annulation quand bien même le demandeur n'est pas en mesure d'imputer à quelqu'un une faute déterminée, ni d'apporter la preuve d'un dommage, et qu'il entend seulement établir au préalable les circonstances qui mettront en lumière la responsabilité de certains membres des organes de la société¹¹¹¹.
- 829 Tel est le cas également lorsque l'assemblée générale approuve un bilan qui peut léser des actionnaires minoritaires parce qu'une dette douteuse au profit des majoritaires y a été inscrite¹¹¹². Dans l'espèce de l'arrêt du Tribunal fédéral du 21 juin 1966 dit «Besse», l'actionnaire majoritaire avait approuvé le bilan litigieux auquel était inscrit une dette qui lui était favorable. L'actionnaire minoritaire argumentait qu'il se trouvait en présence d'un abus de majorité, en ce que la décision litigieuse avantagait la seule

¹¹⁰⁹ ATF 81 II 462; ATF 92 II 243, BSK-DUBS/TRUFFER, art 706 CO, N 1.

¹¹¹⁰ CHENAUX (2008), N 2.

¹¹¹¹ CR-PETER/CAVADINI, art. 706 CO, N 9; ATF 92 II 243 du 21 juin 1966, SJ 1967 297, *Besse c. Matières minérales SA*, consid. 2: «une action fondée sur l'art. 706 CO est irrecevable lorsqu'elle repose sur un état de fait qui pourrait donner lieu à une action en responsabilité contre les organes de la société, même si le demandeur n'est pas en mesure d'imputer à quelqu'un une faute déterminée ni d'administrer la preuve d'un dommage».

¹¹¹² ATF 92 II 243 du 21 juin 1966, SJ 1967 297, *Besse c. Matières minérales SA*, consid. 2.

majorité bénéficiaire de la dette au détriment de la société et des minoritaires qui voyaient le bénéfice amputé. Le Tribunal fédéral répondait que ce n'était pas l'approbation qui était litigieuse, ni même le bilan, mais la dette qui y était inscrite, dans la mesure où celle-ci avait été conclue à des conditions défavorables pour la société. Il argumentait que l'action prévue par l'article 706 CO tend principalement à protéger l'actionnaire contre un abus de la majorité¹¹¹³, défini comme le fait pour le majoritaire de détourner les règles d'organisation de la société pour réaliser des fins contraires au bien social et faire passer des intérêts particuliers avant les intérêts généraux de la société et de l'ensemble de ses membres¹¹¹⁴. Il rappelle que si l'article 706 CO fonde l'action sur la seule violation objective de la loi ou des statuts, non sur un dol spécial, il n'en demeure pas moins que le bilan doit être sincère. A ce titre, la responsabilité des administrateurs qui ont dressé le bilan aurait dû être recherchée. L'argumentation du Tribunal fédéral n'en fait pas mention, mais la dette litigieuse était un contrat conclu avec l'actionnaire majoritaire, qui l'approuvera donc nécessairement.

Plus récemment, quelques tempéraments au caractère subsidiaire de l'action en constatation de la nullité ont été admis¹¹¹⁵. Ainsi, un arrêt du 26 mai 2003 précise que «là où différentes actions entrent en concurrence, il convient d'intenter celle qui peut le plus efficacement procurer au demandeur l'avantage qu'il recherche». Il est donc admis que l'action en annulation ou en nullité et l'action en responsabilité puissent entrer en concurrence. Dans ce cas, l'action subsidiaire est l'action dont le résultat sera le moins efficace pour le demandeur¹¹¹⁶.

Un tempérament est également admis lorsqu'il n'est pas possible d'affirmer que l'un des recours serait plus efficace que l'autre. Ainsi, dans une espèce soumise à une Cour cantonale, les actionnaires demandaient l'annulation d'une assemblée générale des associés pour pouvoir convoquer une nouvelle assemblée et ainsi nommer l'organe de révision. Or, comme le relève la Cour cantonale de Fribourg, un résultat similaire aurait pu être obtenu par la voie de l'action en carence de l'organisation de la société de l'article 731b CO. Toutefois, la Cour cantonale reconnaît qu'il n'est pas possible d'affirmer d'emblée que l'une des voies est plus efficace que l'autre et admet la recevabilité de l'action en constatation de la nullité¹¹¹⁷.

¹¹¹³ ZK-BÜRGI, art. 706 CO, N 26; SCHLUEP (1958), p. 212.

¹¹¹⁴ RO 82 II 150.

¹¹¹⁵ ATF 122 III 279 du 19 juillet 1996 = JdT 1998 I 605, consid. 3a: lorsque différentes actions sont en concurrence, le principe de subsidiarité doit également être respecté et il faut invoquer le fondement qui est en mesure d'apporter le bénéfice souhaité directement au demandeur («Wo sodann verschiedene Klagen in Konkurrenz zueinander stehen, ist zusätzlich der Grundsatz der Subsidiarität zu beachten und daher diejenige zu erheben, welche dem Kläger den angestrebten Nutzen bereits unmittelbar einzutragen vermag.»)

¹¹¹⁶ TF 4C_2003 du 26 mai 2003, consid. 5.

¹¹¹⁷ Cour de Fribourg du 5 février 2018, 101 2017 366: consid. 1.3.

- 832 La doctrine majoritaire critique à juste titre le principe de subsidiarité de l'action en annulation par rapport à l'action en responsabilité¹¹¹⁸. Elle soutient qu'il existe un concours alternatif entre les deux voies de droit, avis que nous partageons également. En effet, les deux sanctions, annulation/nullité d'une part et responsabilité d'autre part, n'ont pas les mêmes défendeurs, n'ont pas le même objet, ne produisent pas les mêmes effets, et ne sont pas soumises aux mêmes conditions procédurales. De même, l'intérêt à demander l'annulation d'une décision sociale ne s'éteint pas avec le succès d'une action en responsabilité, la première visant une correction des carences et la deuxième visant une simple compensation¹¹¹⁹.
- 833 Nous soutenons également que les deux sanctions sont complémentaires et ne font pas double emploi. En effet, l'annulation d'une décision viciée peut être indispensable pour garantir le respect d'un droit. Mais les effets de l'annulation peuvent être potentiellement dommageables pour les actionnaires ou les créanciers, ou même pour la société. Il serait dans ce cas incongru de laisser une personne lésée par le prononcé de l'annulation sans recours en réparation du préjudice qu'il a subi. De plus, la nullité de la décision litigieuse ne présente pas de caractère punitif à l'égard de la personne ayant commis l'irrégularité. A ce titre, l'auteur de l'irrégularité ayant viciée la décision annulée devrait pouvoir être poursuivi en paiement de dommages-intérêts lorsque le prononcé de l'annulation de la décision litigieuse a causé un dommage.

II. La responsabilité civile du fait de la nullité appliquée au droit suisse

- 834 Aucun obstacle ne semble empêcher la poursuite en responsabilité civile de l'auteur d'une irrégularité ayant causé la nullité d'une décision litigieuse.
- 835 Pour que la responsabilité prenne naissance, les conditions prévues par la partie générale du droit des obligations doivent être cumulativement remplies (art. 41 CO)¹¹²⁰: la violation fautive d'un devoir en relation de causalité adéquate avec un dommage.

A. La détermination de la faute

- 836 L'article 754 al. 1 CO se contente d'une référence générale à la violation d'obligations pour déterminer la faute. Ces obligations peuvent résulter de dispositions légales extérieures au droit des sociétés. La faute est caractérisée par un comportement illicite par action ou par omission, incluant les violations de la loi, des statuts ou d'un règlement¹¹²¹. Elle peut être attribuée à un manquement aux obligations générales suivantes: un manquement (i) aux dispositions de l'article 717 al. 2 CO, (ii) à une obliga-

¹¹¹⁸ ZK-TANNER, art. 706 CO, N 30; BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706 CO, N 1; DRUEY (2003), N 134; BSK-WEBER, art. 696 CO, N 31 ss.

¹¹¹⁹ BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706 CO, N 1.

¹¹²⁰ GARBARSKI (2006), p 105.; CHENAUX (2008), N 50.

¹¹²¹ CHENAUX (2008), N 49, 63.

tion de diligence ou de loyauté (*Treuepflicht*), ou (iii) à l'obligation d'égalité de traitement (*Gleichbehandlungsprinzip*) des actionnaires, des participants, des créanciers sociaux ou des administrateurs ou encore (iv) au devoir d'exercer ses droits avec ménagement (*Prinzip der schonenden Rechtsausübung*)¹¹²² mais aussi (v) à l'accomplissement des fonctions inaliénables du conseil d'administration (art. 716a, al. 1 CO) ou encore (vi) la protection du capital (art. 725 CO) ou (vii) l'interdiction des distributions de bénéfices dissimulés (art. 678 CO).

Il existe également des cas de responsabilité spéciale, par exemple dans les sociétés 837 cotées, à l'article 69 al. 2 et 3 de la Loi fédérale du 15 juin 2018 sur les services financiers, dite LSFIn (ancien art. 752 CO), lors de diffusion d'informations incorrectes, trompeuses, ou non conformes aux exigences légales dans le prospectus, données intentionnellement ou par négligence.

D'après la *Schutznormtheorie*, les dommages patrimoniaux ne peuvent être réparés 838 que si l'illicéité résulte de la violation d'une norme protectrice, c'est-à-dire d'une norme de comportement destinée à protéger le lésé. Actionnaires et créanciers ne peuvent invoquer leur dommage direct que s'ils parviennent à établir la violation d'une norme du droit de la société anonyme conçue exclusivement pour protéger leurs intérêts¹¹²³. D'après le Tribunal fédéral, le dommage direct subi par un créancier social n'est caractérisé «que lorsque le comportement reproché à l'organe viole une norme de droit des sociétés anonymes conçue exclusivement pour protéger les créanciers, [ce qui] constitue un acte illicite fondant une responsabilité sur la base de l'article 41 CO ou encore qu'il se caractérise comme une *culpa in contrahendo*¹¹²⁴».

Dès lors peut-on considérer que le fait d'initier une irrégularité ayant causé la nullité 839 d'une décision sociale est une violation d'un devoir visé à l'article 754 al. 1 CO? Depuis peu, le droit suisse retient que la faute devrait être appréciée selon un critère objectif, à savoir la manière dont une personne raisonnable aurait dû agir dans les mêmes circonstances¹¹²⁵ en référence au *business judgement rule* connu du droit anglo-saxon¹¹²⁶. Nous pouvons donc définir une faute engageant la responsabilité de son auteur comme toute violation non justifiée par l'intérêt de la société d'une règle impéra-

¹¹²² JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (2018), § 8 N 366.

¹¹²³ GARBARSKI (2006), p. 110.

¹¹²⁴ ATF 128 III 180 en date du 28 février 2002 = SJ 2002 I p. 95, consid. 2(c): «un créancier social ne peut agir à titre individuel contre un organe pour le préjudice qu'il a subi personnellement que lorsque le comportement reproché à l'organe constitue un acte illicite fondant à l'égard du créancier une responsabilité sur la base de l'art. 41 CO, se caractérise à son endroit comme une *culpa in contrahendo*, ou encore viole une norme du droit des sociétés anonymes conçue exclusivement pour protéger les créanciers (renvoie à ATF 127 III 374, consid. 3b; ATF 125 III 86, consid. 3a; ATF 122 III 176, consid. 7b); TF 4C.316/2003 du 03 avril 2004, consid. 6.1 (f).

¹¹²⁵ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), § 16 N 578b.

¹¹²⁶ Préc. CHENEAUX (2008), N 66. *Contra*: TF 4A_219/2015

tive ou des statuts, dont le respect incombe au conseil d'administration. Une telle définition de la faute engage également l'action en annulation de l'article 706 CO qui sanctionne les manquements d'une décision de l'assemblée générale à la loi ou aux statuts, et l'action en nullité qui sanctionne les manquements à une loi impérative d'une décision sociale.

- 840 Dès lors, la complémentarité de l'action en responsabilité avec l'action en annulation fondée sur l'article 706 CO ou l'action en nullité fondée sur l'article 706b CO est justifiée. En effet, le conseil d'administration qui aurait méconnu une règle impérative, en empiétant par exemple sur les compétences de l'assemblée générale, verrait sa décision non seulement nulle sur le fondement de l'article 706b CO (voir *supra*) mais engagerait également sa responsabilité pour être contrevenu à ses devoirs en méconnaissant une règle impérative sur le fondement de l'article 754 CO.
- 841 Enfin, l'identification de l'auteur de la faute est primordiale: les règles délimitant la légitimation passive limitent la possibilité d'engager la responsabilité de l'auteur d'une irrégularité ayant provoqué un dommage. Seuls sont susceptibles d'engager leur responsabilité les administrateurs à titre individuel et les organes de la société. L'article 722 CO distingue en effet d'une part la responsabilité personnelle des administrateurs, et d'autre part la responsabilité de la société du fait de ses organes, notamment du conseil d'administration¹¹²⁷. La responsabilité de l'actionnaire majoritaire ou unique peut être recherchée en sa qualité d'organe de fait lorsqu'il ne laisse aucune marge de manœuvre aux administrateurs qu'il a élu et qu'il dirige effectivement la société par le biais des instructions qu'il leur donne¹¹²⁸. Dans le cas contraire, les actionnaires qui auraient voté en faveur d'une décision de l'assemblée générale illégale ne verraient donc pas leur responsabilité civile engagée.
- 842 Reste à savoir si le conseil d'administration peut voir sa responsabilité engagée en cas de carence de sa part. Dans le projet de loi du Conseil fédéral de 1983, la responsabilité du conseil d'administration pour «contestation judiciaire des résolutions de l'assemblée générale» était explicitement mentionnée. Le Parlement a ensuite supprimé cette mention¹¹²⁹.

B. L'identification du dommage

- 843 La jurisprudence a un temps retenu que le critère de distinction était la nature juridique de la règle méconnue: lorsqu'elle protégeait des intérêts particuliers, alors le dommage était direct. Certaines décisions du Tribunal fédéral ont pu, par le passé, suggérer qu'il abandonnait le critère du patrimoine au profit de celui de la norme violée.

¹¹²⁷ ZEN RUFFINEN/BAUEN (2017), § 7 N 816.

¹¹²⁸ ATF 128 III 92/94 du 29 octobre 2001 = JdT 2003 I 23/25, SJ 2002 I 347/349, consid. 3a: responsabilité des organes factices.

¹¹²⁹ BÖCKLI (2009), § 13 N 400.

L'incartade en faveur du critère de la norme violée, qui a créé plus d'interrogations que de clarté, a finalement été clairement abandonné au profit du critère du patrimoine¹¹³⁰. Dans un arrêt en date du 27 juin 2006, le Tribunal fédéral se fonde bien sur le patrimoine affecté pour distinguer le dommage direct et le dommage indirect¹¹³¹. Lorsque le créancier et la société subissent tous les deux un dommage, le critère de la norme violée permet, dans un second temps du raisonnement, de délimiter les contours de l'action lorsque plusieurs actions en responsabilité sont en concours¹¹³².

Le critère de distinction entre le dommage direct et indirect est désormais le patrimoine lésé. En effet, le dommage est de nature patrimoniale: il correspond à la diminution indésirée du patrimoine d'une personne. Cette diminution se mesure par la différence entre l'état actuel du patrimoine de la partie lésée après l'événement dommageable et le statut que le patrimoine (*Vermögen*) aurait sans l'événement dommageable (*Differenztheorie*). Il est concevable qu'un comportement fautif (*pflichtwidriges Verhalten einer Organperson*) puisse nuire à la fois à la société et à l'actionnaire ou au créancier¹¹³³.

1. Le patrimoine direct et l'action personnelle

À l'inverse du droit français, le droit suisse ouvre limitativement l'action en responsabilité. Seuls les actionnaires, les créanciers et la société sont susceptibles d'engager l'action en responsabilité selon qu'ils ont subi un dommage personnel direct ou indirect¹¹³⁴. A ce titre, l'identification du dommage est primordiale, non seulement en ce que l'existence d'un dommage est une des conditions essentielles de l'action en responsabilité, mais encore parce que seule la personne lésée a un intérêt à agir en responsabilité.

Le dommage est direct lorsque l'acte illicite de l'organe social porte directement, individuellement et spécifiquement atteinte au patrimoine d'une personne ayant qualité à agir, à savoir les actionnaires ou les créanciers, sans diminuer simultanément celui de

¹¹³⁰ ATF 132 III 564.

¹¹³¹ ATF 132 III 564, consid. 3.

¹¹³² ATF 132 III 545, consid. 3.2.3.

¹¹³³ JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (2021), § 8 N 348, 363; ATF 127 III 73, consid. 4a à c; ATF 136 III 322, consid. 4: *Zeitpunkt, in welchem für Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit, die relative Verjährung gegenüber den Konkursgläubigern, die den Schaden der Gläubigersamtheit geltend machen, zu laufen beginnt*; ZEN RUFFINEN/BAUEN (2018), § 7 N 876; ATF 128 III 180/184; ATF 129 III 129/132 du 13 novembre 2002 = JdT 2003 I 146/147, consid. 7: pour que la responsabilité de l'organe de révision soit engagée en vertu de l'article 755 CO, il faut pouvoir lui reprocher la violation d'un devoir lui incombant.

¹¹³⁴ JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (2021), § 8 N 349 s.; CHENAUX (2008), N 26 se montre favorable à une admission large de l'action personnelle aux actionnaires et aux créanciers, qui n'est soumise à aucune restriction de la jurisprudence.

la société¹¹³⁵. Le dommage de l'actionnaire est indépendant du dommage de la société s'il ne se recoupe pas avec celui-ci et s'il ne découle pas de celui-ci¹¹³⁶.

- 847 La prescription est de cinq ans à compter du jour où le lésé a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne tenue à la réparation du dommage et dix ans à compter du jour où le dommage a été causé (art. 760 CO).
- 848 Si une action en responsabilité devait être engagée des suites du prononcé de la nullité d'une décision sociale, quel serait le point de départ du délai de prescription? Le droit français fait courir le délai de prescription à compter du jour où le jugement est entré en force. Cette solution nous paraît adéquate pour les cas d'annulabilité (art. 706 CO) qui doivent être tranchés par le juge et pour lequel il dispose d'une large marge d'appréciation. En revanche, en présence d'un cas de nullité (art. 706b CO), que le juge ne fait que constater selon le droit suisse, le délai de prescription devrait courir à compter du jour du jugement en raison de l'imprescriptibilité de l'action en nullité. Si tel n'était pas le cas, l'action en responsabilité du fait de la nullité serait alors prescrite dès lors que le juge constate la nullité plus de cinq ans après la survenance de la cause. Le danger toutefois, est de faire peser une responsabilité sur les auteurs de la faute des années après la commission de l'irrégularité, et aboutirait en quelque sorte à étendre de façon injustifiable le délai de prescription de l'action en responsabilité fondée sur la nullité d'une décision sociale. La mise en place d'une prescription de l'action en nullité de l'article 706b CO permettrait d'éviter une telle situation.
- 849 Prenons l'exemple d'une décision de distribution d'un bénéfice sous forme de dividende qui serait annulée en raison d'une irrégularité de fonds: il en résulterait que les actionnaires se verraient privés d'un dividende et leur patrimoine serait inférieur au patrimoine actualisé des dividendes annulés. L'auteur de la convocation de l'assemblée générale est l'auteur de l'irrégularité, à savoir le conseil d'administration, et devrait donc pouvoir être poursuivi en responsabilité du fait de ce dommage.
- 850 Les règles concernant la possibilité pour le créancier d'engager la responsabilité des organes sociaux méritent d'être précisées selon que la société est *in boni* ou en faillite. Dans ce dernier cas, le droit du créancier d'agir individuellement pour son propre dommage est limité: il ne peut fonder son action que sur un comportement illicite (art. 41 CO) contrevenant à une disposition du droit des sociétés protégeant exclusivement les intérêts des créanciers. Si la disposition protège à la fois l'actionnaire et le créancier, l'action individuelle du créancier en réparation de son dommage direct

¹¹³⁵ BAUEN/BERNET/ROUILLER (2007), N 563; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ (2015), § 16 N 576c.

¹¹³⁶ ATF 110 II 391/394 du 10 avril 1984 = JdT 1985 I 287/288, consid. 2: *die Haftung nach art. 754 abs. 1 OR setzt voraus, dass der unmittelbare Gläubigerschaden auf eine Verletzung aktienrechtlicher Gläubigerschutzbestimmungen zurückzuführen ist*; arrêt du Tribunal fédéral 4C. 142/224 du 4 octobre 2004, consid. 4.

n'est pas ouverte (art. 725 al. 2 CO et 725a CO). Cette règle a été mise en place afin d'éviter la concurrence de l'action individuelle du créancier et de celle de l'administration de la faillite¹¹³⁷.

Par cette interprétation, le Tribunal fédéral a voulu donner priorité à l'action sociale 851 par rapport aux actions individuelles des créanciers et des actionnaires lorsque ces actions pourraient être exercées concurremment. Avant d'aboutir à une position claire¹¹³⁸, le Tribunal a adopté une série de décisions¹¹³⁹ dont la cohérence n'était pas manifeste¹¹⁴⁰.

2. Le patrimoine indirect et l'action ut singuli

Alors que la société ne peut être lésée que directement, les actionnaires et les créan- 852 ciers peuvent également l'être par ricochet lorsque le préjudice matériel de la société se traduit par une dévaluation de la participation de l'actionnaire ou lorsque ce dommage a acculé la société à la faillite et que le créancier ne peut plus recouvrer sa créance¹¹⁴¹. Le dommage est indirect pour l'actionnaire dans la mesure où il ne l'affecte que par ricochet en raison de sa détention d'actions. Le dommage subi par la société pourra ainsi entraîner une dépréciation de la valeur des actions ou encore une réduction des dividendes distribués pour l'actionnaire¹¹⁴².

En revanche, le créancier n'a pas qualité pour agir hors faillite en réparation du dom- 853 mage subi par la société. La doctrine considère en effet que le créancier ne subit aucun dommage indirect. Contrairement à l'actionnaire, le créancier ne détient pas de quote-part de l'actif social. Il ne subit un dommage par ricochet que lorsque la société est en

¹¹³⁷ ATF 128 III 180/182; ATF 127 III 374/377 = JdT 2001 III 39/42, SJ 2002 I 24/27; ATF 122 III 175/193 = JdT 1998 II 140/158; ZEN RUFFINEN/BAUEN (2017), § 7 N 873.

¹¹³⁸ ATF 132 III 564 en date du 27 juin 2006, consid. 3.1.2 et 3.1.3: lorsque les manquements des organes entraînent l'insolvabilité de la société, le créancier subit une perte qui constitue un dommage par ricochet (*Reflexschaden*). Il existe des situations dans lesquelles on discerne à la fois un dommage direct pour le créancier et un dommage direct pour la société. La qualité pour agir du créancier à l'encontre de l'organe varie selon les situations rencontrées. Lorsque le comportement d'un organe social cause un dommage direct à un créancier, alors que la société ne subit elle-même aucun préjudice, le créancier lésé peut agir à titre individuel et réclamer des dommages-intérêts sur le fondement de la responsabilité civile, peu importe que la société ait été mise en faillite.

¹¹³⁹ ATF 117 II 432 du 27 août 1991 = JdT 1993 I 72/74, consid. 2; ATF 122 III 176 du 8 mars 1996 = JdT 1998 II 140/154, consid. 7; ATF 127 III 374 du 23 mars 2001 = JdT 2001 II 39/41, SJ 2002 I 24/26; ATF 131 III 306 = JdT 2006 I 56/60, SJ 2005 I 385/389; TF 4C.200/2002 du 13 novembre 2002, consid. 3; ATF 132 III 342 = JdT 2007 I 51/56, consid. 1 et 4.

¹¹⁴⁰ ZEN RUFFINEN/BAUEN (2017), § 7 N 852.

¹¹⁴¹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), § 16 N 576c; BAUEN/BERNET/ROUILLER (2007), N 563.

¹¹⁴² CHENAUX (2008), N 31: l'actionnaire exerce alors une action oblique sur le fondement de l'article 756 al. 1 CO.

faillite¹¹⁴³. Le créancier, qui dispose d'un maigre recours par l'action en nullité (voir *supra*), est le parent pauvre du droit des sociétés.

854 Ici encore, il convient donc de distinguer lorsque la société est *in boni* et en faillite. En effet, lorsque le dommage est indirect, seule la société par l'intermédiaire de ses organes peut agir avant le prononcé de la faillite. Après l'ouverture de celle-ci, seule peut le faire la communauté des créanciers ou l'administration de la faillite.

855 À noter que l'actionnaire n'a qualité pour intenter action que s'il n'a pas approuvé, expressément ou tacitement, la décision de décharge, réserve faite d'une approbation dont le consentement a été vicié¹¹⁴⁴. A défaut, il devra préalablement obtenir la nullité de la délibération donnant décharge à la gestion pour pouvoir engager l'action en responsabilité.

856 Plusieurs facteurs rendent la mise en œuvre de l'action *ut singuli* difficile, voire décourageante pour les actionnaires. En Suisse, lorsque la demande porte sur un préjudice indirect, la valeur litigieuse se détermine sur la base de la totalité du dommage subi par la société, bien que l'intérêt financier de l'actionnaire agissant en réparation d'un dommage indirect puisse ne représenter qu'une fraction de ce montant. De plus, la réparation tombe «dans la poche» de la société: elle est donc de surcroît peut rémunératrice et peut incitatrice pour les actionnaires.

C. La condition d'un lien de causalité

857 La troisième condition pour engager une action en responsabilité est l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage dont la preuve doit être apportée par le demandeur (art. 8 CC). La jurisprudence et la doctrine ont eu l'occasion de préciser que ce lien de causalité doit être adéquat et naturel entre le dommage et le manquement au devoir ou la faute (*natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Pflichtverletzung*)¹¹⁴⁵. Pour que la causalité soit adéquate, le fait générateur de la responsabilité doit, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, entraîner un résultat similaire à celui qui s'est produit dans l'espèce¹¹⁴⁶. Un lien de causalité est établi lorsque le fait générateur de la responsabilité est une condition *sine qua non* du résultat¹¹⁴⁷.

858 Cette condition de lien de causalité nous semble également remplie lorsque le dommage découle de la nullité ou de l'annulation de la décision litigieuse. La violation

¹¹⁴³ ZEN RUFFINEN/BAUEN (2017), § 7 N 862.

¹¹⁴⁴ Art. 698 ch. 4 CO et 757 CO; ATF 95 II 320, arrêt du 18 novembre 1969 Banque commerciale SA c. Dame Palthey, consid. 2.

¹¹⁴⁵ TF 4A_603/2014 du 11 novembre 2015, consid. 4 citant ATF 132 III 342.

¹¹⁴⁶ TF 4C.182/2006 du 12 décembre 2006, consid. 3.3. V. ég. CHENAUX (2008), N 77 ss.

¹¹⁴⁷ ATF 128 III 174, consid. 2b: en l'espèce, il s'agissait de la rupture abusive d'un contrat de travail.

d'une norme provoquant la nullité d'une décision est la cause originelle du dommage entraînant la responsabilité de l'auteur de l'irrégularité. Cependant, la responsabilité ne saura être engagée lorsque l'irrégularité n'a pas été commise par un administrateur ou par un organe de la société comme le précise l'article 754 CO. L'attribution de dommages-intérêts vient réparer les «dommages collatéraux» que l'annulation de la décision litigieuse a provoqués d'une part, et d'autre part sanctionne l'auteur de l'irrégularité. La seule annulation de la décision ne permet pas, en effet, de sanctionner ce dernier.

Cette position semble implicitement admise par Peter Böckli, lorsqu'il soutient que le conseil d'administration doit lui-même introduire l'action en nullité ou émettre des réserves lors de l'assemblée générale afin de dégager sa responsabilité de l'irrégularité commise¹¹⁴⁸. *A contrario*, nous comprenons que la responsabilité du conseil d'administration est susceptible d'être engagée lorsqu'il a lui-même commis une irrégularité entraînant la nullité d'une décision, ou lorsque que, par son inaction, il n'a pas engagé une action en nullité contre une décision nulle contraire à l'intérêt de la société, ou encore lorsque, en présence de faits susceptibles d'entraîner l'annulation d'une décision sociale, il n'émet aucune réserve. Peter Kunz semble également abonder en ce sens: en effet, l'annulation des décisions litigieuses peut causer des dommages aux tiers, qui devraient alors pouvoir agir en responsabilité contre l'assemblée générale ou contre le conseil d'administration¹¹⁴⁹. De même, si le conseil d'administration exécute des décisions d'assemblée générale contestées, indépendamment des chances de succès de l'action en annulation, il risque d'engager sa responsabilité. Peter Kunz conseille dans ce cas au conseil d'administration de reporter sa décision ou de mettre en œuvre une exécution provisoire¹¹⁵⁰.

Section 2: Le recouvrement des sommes illégalement versées

Le prononcé de la nullité de la décision litigieuse a un effet rétroactif. Dès lors, les sommes qui auraient été versées en application de la décision annulée sont supposées ne jamais l'avoir été, et doivent être restituées. Le droit français admet une action en répétition de l'indu (§ 1). Le droit suisse connaît une action en restitution générale (§ 2).

¹¹⁴⁸ BÖCKLI (2009), § 16 N 102 s.

¹¹⁴⁹ KUNZ (2015), RZ 49.

¹¹⁵⁰ KUNZ (2015), RZ 57.

§ 1 L'action en répétition des sommes indues en droit français

861 Le droit français connaît une action en répétition en cas de versement de dividendes fictifs ou de rémunérations indues (I), qui s'articule clairement avec l'action en nullité des décisions concernées et l'action en responsabilité (II).

I. Le régime de l'action en répétition

A. *En cas de versement de dividendes fictifs*

862 L'article L. 232-17 du Code de commerce prévoit que : «La société ne peut exiger des actionnaires ou porteurs de parts aucune répétition de dividendes, sauf lorsque les deux conditions suivantes sont réunies : (1) si la distribution a été effectuée en violation des dispositions des articles L. 232-11, L. 232-12 et L. 232-15¹¹⁵¹; (2) si la société établit que les bénéficiaires avaient connaissance du caractère irrégulier de cette distribution au moment de celle-ci ou ne pouvaient l'ignorer compte tenu des circonstances».

863 Ainsi, la société ne peut exiger des actionnaires de bonne foi qu'ils reversent les dividendes qu'ils ont perçus, alors même que la distribution aurait été irrégulière ou annulée ultérieurement¹¹⁵². Si la bonne foi est présumée, la mauvaise foi se déduit lorsque par exemple, les actionnaires ont commis des irrégularités qui ont causé la fiction des dividendes, ou encore lorsqu'ils ont voté la distribution de dividendes en l'absence de bénéfices. En revanche, la condition tenant à la bonne foi n'est pas reprise par les associés des SARL, qui peuvent être actionnés en répétition des dividendes fictifs. En effet, ils sont toujours tenus à répétition, indépendamment de leur bonne ou mauvaise foi, dès lors que le caractère irrégulier de la distribution est établi, au regard de l'article L. 223-40 du Code de commerce¹¹⁵³.

864 Les bénéficiaires tenus à restitution sont les actionnaires des sociétés de capitaux ayant perçu des dividendes. Ce qui exclut les personnes ayant reçu des rémunérations calculées sur des bénéfices fictifs, et les administrateurs ayant perçu des jetons de présence ou des rémunérations calculées sur des bénéfices fictifs.

865 La lettre du texte indique que le demandeur de l'action est la société. Il est cependant admis que l'action peut être exercée par toute personne intéressée par la reconstitution du patrimoine social et notamment par les créanciers sociaux¹¹⁵⁴ ou leur représentant

¹¹⁵¹ La distribution des dividendes doit avoir été effectuée en violation des dispositions relatives à l'existence de sommes distribuables (art. 346), à l'approbation des comptes, à la constatation de l'existence des sommes distribuables par l'assemblée et au versement régulier des acomptes (art. 347), à l'interdiction de versement d'un intérêt fixe ou intercalaire (art. 348).

¹¹⁵² Plus nuancé : LE CANNU/DONDERO (2019), N 181.

¹¹⁵³ CA Aix-en-Provence, 2 avril 1992, Dr. sociétés 1992, n° 229, obs. Y. Chaput.

¹¹⁵⁴ HÉMARD/TERRÉ/MABILAT (1972), N 532.

lorsque la société est en redressement ou en liquidation judiciaire¹¹⁵⁵. La jurisprudence précise toutefois que les actionnaires ne sont pas pour autant admis à introduire l'action car le préjudice porte atteinte au patrimoine social et non à leur patrimoine propre¹¹⁵⁶. Cette action, directement exercée par les créanciers sociaux, ne présente de véritable intérêt que lorsqu'elle est dirigée contre des associés ou actionnaires dont la responsabilité est limitée au montant de leurs apports. Sinon, elle n'a pour autre effet que d'aboutir au même résultat que la mise en jeu de la responsabilité indéfinie des associés¹¹⁵⁷.

Le délai de prescription a été réduit de cinq (Loi de 1867) à trois ans dans les SARL 866 par la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966. Rien n'a été prévu pour les sociétés par actions. Il semble que cette lacune de la loi résulte d'une inadvertance du législateur. Quelle prescription s'applique en présence d'une société anonyme: le délai de dix ans prévu en matière commerciale¹¹⁵⁸ ou la prescription triennale prévue par le texte spécifique aux SARL¹¹⁵⁹? Cette dernière solution présente l'avantage d'uniformiser les délais de prescription de l'action en répétition des dividendes fictifs indépendamment de la forme sociale. Selon nous, rien ne justifie de surcroît une divergence du délai de prescription selon les formes sociales considérées.

B. En cas de versement de rémunération indue

Outre le versement de dividendes fictifs, l'autre hypothèse de versement de prestations 867 indues concerne des rémunérations excessives. Selon l'article L. 225-38 du Code de commerce, il revient au conseil d'administration de déterminer lui-même la rémunération, le complément de retraite ou le salaire différé de son président.

Un arrêt de la Cour de cassation en date du 4 juillet 1995¹¹⁶⁰ juge recevable un actionnaire 868 dans sa demande de remboursement à la société d'une retraite complémentaire de l'ancien président du conseil d'administration. Au soutien de ses prétentions, le demandeur relevait que la décision d'allocation d'une retraite complémentaire n'avait pas été adoptée selon les dispositions de l'article L.225-38 du Code de commerce¹¹⁶¹.

¹¹⁵⁵ Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, art. 46, al. 2: «Les sommes recouvrées à la suite des actions du représentant des créanciers entrent dans le patrimoine du débiteur et sont affectées en cas de continuation de l'entreprise selon les modalités prévues pour l'apurement du passif».

¹¹⁵⁶ CA Riom, ch. com., 13 septembre 2017, n° 16/01070. Lire en ligne: <<https://www.doctrine.fr/d/CA/Riom/2017/CB5A07F39E6D98F4ACED1>>.

¹¹⁵⁷ VELARDOCCHIO (1996), N 136.

¹¹⁵⁸ RIPERT/ROBLOT (1986), N 1525; MERCADAL/JANIN (2004), N 3261.

¹¹⁵⁹ MESTRE/FAYE/BLANCHARD (1996), n° 2053.

¹¹⁶⁰ Cass. com., 4 juillet 1995, n° 93-17.969, de la *Fournière c. Aymard*, note de Dean Gibirila, LPA 26 janvier 1996, p. 18.

¹¹⁶¹ Lorsqu'elle procède d'une convention, la rémunération allouée au président, notamment sous forme d'un complément de retraite, doit faire l'objet d'une délibération du conseil d'administration sur son montant et ses modalités.

II. L'articulation de l'action en restitution avec les autres modes de contestation et de réparation

- 869 Enfin se pose la question déterminante de savoir si la décision de distribution des dividendes fictifs ou des rémunérations indues doit préalablement avoir été annulée pour que le demandeur puisse agir en répétition. Inversement, lorsque la décision de distribution irrégulière est annulée, les dividendes sont-ils restitués indépendamment de toute action en répétition ?
- 870 L'action en nullité des décisions autorisant le versement d'un dividende fictif ou d'une rémunération indue se cumule avec l'action en répétition et avec l'action en responsabilité. N'y a-t-il pas un double emploi ? La nullité étant rétroactive, les sommes perçues au titre des décisions annulées peuvent être réintégrées dans le patrimoine de la société, même en l'absence d'action en répétition. Mais l'action en répétition présente l'avantage de permettre de réclamer des intérêts sur les dividendes fictivement perçus. L'annulation préalable de la décision de distribution n'est pas nécessaire car l'action en restitution des dividendes fictifs ne porte pas la nullité de la décision comme un prérequis.
- 871 Concernant l'action en responsabilité, elle s'engage cumulativement à l'action en restitution des dividendes fictifs. L'action en responsabilité civile contre les dirigeants sociaux ou les commissaires aux comptes est également indépendante de l'action en répétition des dividendes fictifs dirigée contre les actionnaires ou associés. Des arrêts antérieurs à la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, mais dont les solutions demeurent applicables, ont admis qu'une action en responsabilité civile soit engagée contre des actionnaires, contre lesquels l'action en répétition des dividendes fictifs n'avait pu être intentée ou avait échoué, dans la mesure où le préjudice résultant de la distribution fictive était réel¹¹⁶².
- 872 La loi du 24 juillet 1867 précisait que les administrateurs de sociétés anonymes étaient responsables soit des infractions aux dispositions de la loi elle-même, soit des fautes de gestion, notamment en distribuant ou en laissant distribuer sans opposition des dividendes fictifs (L. 1867, art. 44). Les sanctions pénales¹¹⁶³ et civiles sont toujours en vigueur en droit positif (art. L. 232-12 C.com.). Ces distributions causent un préjudice à la société, aux associés et aux créanciers sociaux et donnent naissance à une action en responsabilité contre les dirigeants auteurs du dommage¹¹⁶⁴. La distribution de dividendes fictifs peut donner lieu à une action directe en responsabilité des créanciers sociaux contre les dirigeants de la société distributrice. Il en est ainsi notamment lorsque

¹¹⁶² Cass. 7 mai 1872, *DP* 72.1.233 ; CA Paris, 16 avril 1870, *DP* 70.2.121.

¹¹⁶³ Art. 121-3 C. pénal ; Cass. crim. 31 octobre 2007, n° 06-85.676.

¹¹⁶⁴ VELARDOCCIO (1996), N 140.

la distribution irrégulière de dividendes a pu induire les créanciers sociaux en erreur, en les persuadant faussement de la prospérité de la société.

§ 2 L'action en restitution en Suisse

En droit suisse, la doctrine soutient que l'action en annulation et l'action en nullité 873 peuvent être cumulées avec d'autres actions si les conditions respectives sont remplies¹¹⁶⁵. Après avoir distingué l'action en restitution de l'action en enrichissement illégitime en Suisse (I), il conviendra d'en étudier l'articulation avec l'action en annulation (II).

I. L'action en restitution de prestations et l'action en enrichissement illégitime

L'action en enrichissement illégitime fondé sur l'article 62 CO se distingue de l'action 874 en restitution de prestations fondée sur l'article 678 CO d'application générale. La révision du droit de la société anonyme en date du 19 juin 2020 et qui entrera en vigueur d'ici à 2022 a apporté quelques modifications au régime de l'action en restitution de l'article 678 CO. Avant la révision mentionnée, le régime de l'article 678 CO se distinguait par l'exigence de la mauvaise foi du bénéficiaire, par un délai de prescription plus long et par l'absence de la condition que le bénéficiaire soit toujours enrichi au moment de la répétition. Désormais ces différences seront supprimées et le régime général de l'enrichissement illégitime de l'article 62 CO et le régime spécial de l'action en restitution sont harmonisés dans un souci de sécurité juridique.

La rédaction du nouvel article 678 CO est explicite: 875

- les sommes pouvant faire l'objet d'une action en restitution sont les distributions apparentes ou occultes comme les dividendes, les tantièmes, les parts de bénéfices ou d'intérêts intercalaires perçus indûment (al. 1) et, en règle générale, toutes les prestations de la société en disproportion manifeste avec leur contre-prestation (al. 2);
- les personnes visées sont les actionnaires, les membres du conseil d'administration et «les personnes qui leurs sont proches» ainsi que toute personne qui s'occupe de la gestion, ce qui inclut les organes de fait;
- seuls les actionnaires et la société peuvent engager l'action, et les créanciers en cas de faillite, lorsque la prestation a été effectuée au sein d'un même groupe;
- l'obligation de restitution se prescrit par trois ans à compter du jour où la société ou l'actionnaire en a eu connaissance et, dans tous les cas, par dix ans à compter de la naissance de ce droit (nouvel art. 678a al. 1 CO).

¹¹⁶⁵ BSK-WEBER, art. 696 CO, N 19.

- 876 Sur le fondement de l'article 62 et s. CO, constituent un enrichissement illégitime susceptible de faire l'objet d'une restitution¹¹⁶⁶:
- les prestations manifestement disproportionnées avec la contre-prestation;
 - et les prestations versées par la société perçues indûment¹¹⁶⁷. Ces prestations peuvent concerner autant les dividendes que les rémunérations des dirigeants.
- 877 Concernant la restitution des dividendes, le législateur suisse a très tôt pris les dispositions nécessaires. En 1881, la loi sur les sociétés par action contenait une disposition spéciale qui obligeait à rembourser à la société des dividendes perçus de manière injustifiée par l'actionnaire ou des tantièmes reçus de manière injustifiée par le conseil d'administration¹¹⁶⁸.
- 878 Avec la réforme de 1991, le législateur a étendu la procédure de restitution aux distributions déguisées de bénéfice. Les avantages accordés aux personnes proches des membres du conseil d'administration sont également susceptibles de faire l'objet d'une action en restitution.
- 879 En pratique, l'action en restitution est rarement mise en œuvre¹¹⁶⁹.

II. Articulation de l'action en restitution avec l'action en annulation et l'action en responsabilité

- 880 Est-il nécessaire d'introduire préalablement ou conjointement une action en annulation de la décision sociale autorisant la prestation litigieuse avant d'introduire l'action en restitution?
- 881 Selon certains auteurs¹¹⁷⁰, la nullité de la décision sera constatée d'office par le juge dans le cadre d'une action en restitution, lorsque ces décisions sont nulles au sens de l'article 706b CO. Tel est le cas par exemple des décisions violant les dispositions matérielles relatives à la protection des fonds propres (soit en particulier les articles 675 et 680 CO) ou qui négligent les structures de base de la société (notamment les règles de compétences). Dans ce cas, le demandeur n'aura pas à soulever la nullité de la décision autorisant le versement de la prestation préalablement à l'introduction de l'action en restitution ou *in limine litis*.
- 882 En revanche, lorsque la décision est annulable (art. 706 CO) mais que le juge ne l'a pas encore annulée, la solution est controversée et trois courants doctrinaux semblent s'opposer¹¹⁷¹.

¹¹⁶⁶ ATF 140 III 602, comm. de MARTIN WALDBURGER in: GesKR 2015, p. 1441 ss.

¹¹⁶⁷ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), § 16 N 222 et réf. citées.

¹¹⁶⁸ BÖCKLI (2009), § 16 N 187a et s.

¹¹⁶⁹ BÖCKLI (2009), § 16 N 187c.

¹¹⁷⁰ CR-CHENAUX, art. 678 CO, N 80.

¹¹⁷¹ CR-CHENAUX, art. 678 CO, N 81.

Selon une tendance majoritaire, la restitution de la prestation n'est possible que si le juge a prononcé l'annulation de la décision litigieuse dans un jugement formateur¹¹⁷². Le juge ne pouvant se saisir d'office en cas d'annulation sur le fondement de l'article 706 CO, le demandeur devra, préalablement à la demande de restitution, obtenir l'annulation de la décision. Passé le délai de prescription de deux mois de l'action en annulation, la décision est considérée comme guérie de son vice, et l'action en restitution n'est donc plus possible. 883

Nous contestons cette position. En effet, l'article 678 CO ne conditionne pas l'annulation de la décision sociale comme un préalable à l'action en restitution. De plus, si le prononcé de l'annulation était requis pour introduire l'action en restitution, la demande d'annulation devrait nécessairement être introduite dans les deux mois suivant le jour où est née la cause d'annulation. Pour autant, la prescription de l'action en restitution, qui est de trois ans à compter du jour où les demandeurs ont eu connaissance de la prestation, et non pas à compter du jour où l'annulation est jugée au fond, n'est pas encore acquise. Dès lors, il ne serait plus possible d'introduire une action en restitution au-delà du délai de deux mois de l'action en annulation. Si une action préjudicielle était requise, cela reviendrait, en pratique, à réduire drastiquement et de façon injustifiée le délai de prescription de l'action en restitution qui passerait de trois ans à deux mois. 884

En sens contraire de cette position majoritaire, un courant minoritaire soutient que l'action en restitution est ouverte, nonobstant le fait que la décision litigieuse n'ait pas fait l'objet d'une action en annulation. Cette opinion minoritaire est critiquée car elle porterait atteinte à la validité matérielle d'une décision de l'assemblée générale dont le délai de contestation serait prescrit: un actionnaire pourrait ainsi mettre en cause près de cinq ans après des décisions sociales alors que le vice ne serait pas majeur¹¹⁷³. Nous ne partageons pas ces critiques: d'abord, les décisions dont la mise en œuvre résulte dans le versement d'une prestation disproportionnée au sens de l'article 678 CO peuvent porter atteinte au capital social. De plus, l'action en restitution ne porte pas sur la validité de la décision en elle-même, mais en neutralise rétroactivement les conséquences. Nous admettons toutefois que, en pratique, le résultat de l'action en restitution des prestations indues et de l'annulation de la décision litigieuse est similaire. Le législateur suisse gagnerait donc, selon nous, à clarifier l'articulation des régimes concernés. 885

Un troisième courant doctrinal soutient que l'action en restitution est indépendante de l'action en annulation de la décision de prestation, nonobstant l'argument tiré de la sécurité juridique. En effet, en raison du principe de subsidiarité de l'action en annula- 886

¹¹⁷² CR-CHENAUX, art. 678 CO, N 82.

¹¹⁷³ CR-CHENAUX, art. 678 CO, N 83.

tion par rapport à l'action en responsabilité, la condition d'une action en annulation préalable à l'action en restitution menacerait, selon la jurisprudence actuelle, de priver le demandeur de la possibilité d'une action en restitution contre le bénéficiaire lorsqu'une action en responsabilité contre l'auteur de la décision annulable serait envisageable, et ce alors même que les défendeurs pourraient être différents¹¹⁷⁴.

887 Un arrêt récent du Tribunal fédéral apporte un éclairage sur l'articulation de l'action en annulation de la décision litigieuse et l'exécution de la créance. En l'espèce, les statuts prévoyaient la distribution d'un dividende prioritaire aux porteurs de bons de jouissance. Cependant, l'affectation du bénéfice est adoptée par l'assemblée générale, sans que ne soit soumise au vote la distribution du dividende prioritaire. Un actionnaire demande donc l'annulation de la décision d'affectation du résultat et exige le paiement du dividende prioritaire. Le tribunal cantonal annule la décision de l'assemblée générale pour contrariété aux statuts mais estime que l'actionnaire doit attendre une nouvelle décision de l'assemblée générale portant au vote la distribution du dividende prioritaire pour que celui-ci puisse exiger l'exécution de sa créance¹¹⁷⁵. L'enseignement principal de cet arrêt est que l'actionnaire doit préalablement obtenir l'annulation de la décision litigieuse, puis obtenir une décision d'attribution du dividende valable, l'assemblée générale étant tenue d'adopter une décision conforme aux statuts en application des principes de la bonne foi.

888 Enfin, une action dite «Huguenin» (*Huguenin-Klage*), développée sur le fondement de l'article 678 CO par Claire Jacobs Huguenin, soutient l'existence d'un droit des actionnaires lésés de faire constater la nullité totale ou partielle sur le fondement de l'article 20 CO de tout acte juridique de la société consacrant une distribution inégalitaire du bénéfice à d'autres actionnaires. L'action tendrait à abaisser la prestation dans la mesure de ce qui serait équitable et non à restituer l'intégralité de la prestation¹¹⁷⁶. Selon nous, l'action «Huguenin»¹¹⁷⁷, bien que critiquée par la doctrine majoritaire, illustre les faiblesses des régimes des articles 706 et 706b CO qui contraignent les demandeurs à faire des détours par le droit commun de l'article 20 CO.

889 L'articulation de l'action en restitution avec l'action en responsabilité est mieux définie: les articles 754 CO et 678 CO sont applicables cumulativement. La responsabilité du conseil d'administration sera engagée lorsqu'il aura procédé ou participé au versement de dividendes indus¹¹⁷⁸. La responsabilité du conseil d'administration est engagée s'il a décidé ou approuvé une prestation indue, notamment s'il tolère ou effectue

¹¹⁷⁴ CR-CHENAUX, art. 678 CO, N 84.

¹¹⁷⁵ ATF 147 III 126 du 21 janvier 2021.

¹¹⁷⁶ ATF 143 III 480.

¹¹⁷⁷ HUGUENIN (1994) p. 225 et 267 ss, critiquée par BÖCKLI (2009) § 13 N 504.

¹¹⁷⁸ CR-CHENAUX, art. 678 CO, N 84.

une distribution illicite de bénéfices au mépris de son obligation d'égalité de traitement des actionnaires¹¹⁷⁹.

Conclusion du chapitre 2

L'articulation des actions en annulation et en nullité avec l'action en responsabilité diffère sensiblement en Suisse et en France. En effet, le système juridique français encourage le cumul des actions en consacrant le principe d'autonomie de l'action en responsabilité. Celle-ci peut donc être engagée soit indépendamment de l'action en nullité, soit en conséquence du prononcé de la nullité. Le raisonnement sous-jacent est que responsabilité et nullité apportent des solutions distinctes mais complémentaires au manquement à une règle impérative. L'action en responsabilité endosse de plus un caractère punitif susceptible de dissuader les auteurs éventuels de commettre une faute provoquant la nullité de la décision. Elle appelle les organes sociaux à une grande autodiscipline. 890

En revanche, la jurisprudence helvète consacre un principe de subsidiarité de l'action en nullité: celle-ci ne doit être recherchée que lorsque la responsabilité, puis l'annulation, ne sont pas envisageables. Il en résulte que le prononcé de l'annulation ou de la nullité d'une décision sociale en droit suisse endosse une dimension quasi-théorique (section 1). Outre l'action en responsabilité, d'autres actions peuvent concurrencer ou compléter l'action en nullité, tels que l'action en enrichissement illégitime en Suisse, qui permettra de recouvrer les sommes versées sur la base de décisions contestables en s'affranchissant de devoir agir en nullité, et l'action en répétition des sommes indues en droit français (section 2). Finalement, tout autant que l'annulation des décisions contestées, les personnes lésées souhaitent que le grief provoqué par la décision litigieuse soit réparé, que ce soit par des dommages-intérêts dans le cadre d'une action en responsabilité ou d'une restitution des sommes illégalement perçues. Dans certaines circonstances toutefois, ce grief n'est pas quantifiable ou n'a pas de caractère pécuniaire: l'annulation de la décision litigieuse est alors la seule sanction offrant satisfaction au lésé. Toutefois, l'annulation de la décision peut être préjudiciable, notamment aux tiers, ce qui explique les réticences des juges à l'accorder. Dans ce cas, sa combinaison avec une action en responsabilité réparant les dommages provoqués par l'annulation de la décision litigieuse nous semble devoir s'imposer. 891

¹¹⁷⁹ CR-CHENAUX, art. 678 CO, N 86.

Conclusion de la partie II

L'analyse des régimes juridiques suisse et français de l'action en annulation/nullité 892 permet de mettre en exergue des différences fondamentales mais aussi des similitudes. Le champ d'application de la sanction est la première divergence fondamentale: en France, la lettre des dispositions légales régissant la sanction de la nullité vise toutes les décisions sociales, indistinctement de l'organe décisionnaire. Sont ainsi concernées les décisions de l'assemblée générale, du gérant ou du conseil d'administration. La solution n'est pas clairement établie de savoir si les décisions de l'assemblée des obligataires tombent sous le joug de cette disposition. En revanche, en Suisse, la lettre du texte précise expressément que seules les décisions de l'assemblée générale sont annulables. Les décisions du conseil d'administration ne peuvent faire que l'objet d'une action en nullité. Quant aux décisions des assemblées des obligataires, la solution n'est, comme en droit français, pas explicite.

En France comme en Suisse, l'identification des irrégularités sanctionnables par la nullité est, volontairement, souple. A la différence du législateur suisse, le législateur français prévoit quelques nullités expresses, clairement identifiées dans le Code de commerce, aux côtés de nullités dites virtuelles. Dans tous les cas, seule la violation des normes impératives est sanctionnée par la nullité des décisions ne modifiant pas les statuts, ce qui nécessite préalablement de s'interroger sur l'identification des règles impératives. En Suisse, la distinction entre les irrégularités causant l'annulation et les irrégularités provoquant la nullité est malaisée en raison de la rédaction exemplative des articles 706 et 706b CO. Les tentatives de typologies à l'initiative de la doctrine se sont avérées insatisfaisantes. Aussi, le critère de distinction porte, selon nous, sur la gravité de la conséquence de l'irrégularité en question. 893

Enfin, le législateur suisse identifie clairement les titulaires de la légitimité active, 894 alors que le législateur français n'aborde pas ce point, laissant une incertitude planer sur le caractère absolu ou relatif de la nullité.

- 895 L'étude au cas par cas de la jurisprudence permet d'identifier la sanction retenue pour une même irrégularité. On remarquera ainsi que les sanctions relatives aux violations des droits à l'information des actionnaires ou à la violation des droits de participer à l'assemblée générale des actionnaires reçoivent une sanction relativement similaire en Suisse et en France. La nullité sera automatique en France et fondée sur l'article 706b CO en Suisse lorsque l'irrégularité aboutit à une privation totale des droits du lésé. En revanche, en Suisse, les mandataires sociaux et les créanciers possèdent peu de recours contre les violations de leurs droits, contrairement aux solutions retenues en France. Les salariés, laissés de côté par le droit suisse, ont une place privilégiée en France. Enfin, une différence fondamentale réside dans la sanction de la violation des statuts: le juge français se montre réticent à sanctionner une telle violation par la nullité, sauf lorsque les statuts reprennent des normes légales impératives, préférant retenir la responsabilité du fautif. En revanche, en droit suisse, l'article 706 CO précise explicitement que la méconnaissance des statuts est sanctionnée par l'annulabilité de la décision de l'assemblée générale litigieuse. Reste que la violation des statuts par le conseil d'administration n'est en conséquence sanctionnée ni par l'annulation, ni par la nullité de la décision irrégulière et ne pourra donner lieu qu'à une action en responsabilité, sous réserve que les conditions requises soient remplies.
- 896 Tant en France qu'en Suisse, le juge a une place prépondérante dans le prononcé de la nullité, principalement car c'est à lui qu'incombe d'une part la tâche d'apprécier l'intérêt à agir du demandeur, et d'autre part la contrariété à l'intérêt social de la décision litigieuse. Implicitement, le juge a donc la lourde mission de dessiner, selon l'espèce qui lui est soumise, le périmètre de l'intérêt social. En France, la tendance est à une approche plutôt large et transcendant les intérêts particuliers, alors qu'en Suisse, l'intérêt social est traditionnellement assimilé à l'intérêt des actionnaires majoritaires.
- 897 Le prononcé de la nullité étant rétroactif et *erga omnes* tant en France qu'en Suisse, entraînant la nullité de tous les actes et décisions connexes ou subséquents, la sanction a des effets redoutables pour la sécurité juridique des tiers. Ces effets justifient la mise en place de garde-fous procéduraux, principalement avec une prescription de plus en plus raccourcie en France (trois ans) et incroyablement réduite en Suisse pour l'action en annulation (deux mois) alors que l'action en nullité est imprescriptible. C'est également cette volonté, commune en France et en Suisse, de limiter les recours en nullité qui justifie l'encouragement par le législateur de confirmer ou régulariser une décision litigieuse. En effet, le droit des sociétés s'étant singulièrement complexifié au cours des dernières décennies, il est possible que les irrégularités soient de simples omissions involontaires, dépourvues d'intention de nuire, et dans ce cas une confirmation ou une régularisation devrait être suffisante pour guérir la décision malade. Le contrôle du conseil d'administration, puis de l'office du registre du commerce est également susceptible d'encourager à la vigilance les auteurs de potentielles irrégularités.

Enfin, l'articulation de l'action en annulation ou en nullité avec d'autres actions curatives est également révélatrice des divergences fondamentales entre les approches françaises et suisses. En France, le principe de l'autonomie de l'action en responsabilité permet de sanctionner la même irrégularité tant en demandant son annulation qu'en demandant le versement de dommages-intérêts. De plus, l'auteur de l'infraction peut voir sa responsabilité engagée des suites du prononcé de la nullité. A l'inverse en Suisse, l'action en nullité est subsidiaire à l'action en annulation, celle-ci étant elle-même subsidiaire à l'action en responsabilité, quand bien même le demandeur ne serait pas en mesure d'apporter la preuve de la réunion des conditions requises pour cette dernière. Dans certaines circonstances et lorsque les conditions sont réunies, le demandeur sera donc plus enclin à agir en enrichissement illégitime qu'à agir en responsabilité, voire en annulation.

Ces profondes divergences sont à rechercher dans des causes idéologiques et historiques. Pour autant, le régime suisse de l'action en annulation est-il encore adapté aux évolutions législatives récentes du droit des affaires?

Partie III: **Evaluation des actions en contestation en droits français et suisse**

La comparaison des deux ordres juridiques révèle que les actions en annulation et en nullité sont délicates à mettre en œuvre en Suisse, leur enlevant une grande partie de leur efficacité. Les causes des divergences entre les régimes de l'action en annulation et en nullité en droit français et en droit suisse sont à rechercher dans des paramètres tant historiques que idéologiques (Chapitre 1). Puis, nous constaterons les difficultés actuelles en droit suisse et proposerons quelques pistes d'amélioration (Chapitre 2).

Chapitre 1: Les causes des divergences

Les divergences préalablement identifiées tant sur le plan de l'application de la sanction de la nullité des décisions sociales que de ses modalités de mise en œuvre s'expliquent tant par des causes historiques propres à chacun des deux ordres juridiques étudiés (Section 1) qu'à des causes idéologiques spécifiques, à savoir l'éternel débat sur la nature contractuelle ou institutionnelle de la société en droit français et l'influence concrète du droit allemand sur le droit helvète, qui ont accompagné l'approche légistique et l'évolution de la sanction (Section 2).

Section 1: Des causes historiques

Les divergences d'approches et de solutions relatives à la sanction de la nullité en droit des sociétés et à son articulation avec d'autres modes de réparation dans les ordres juridiques français et suisse trouvent en partie leurs origines dans la naissance de l'action en nullité. En France, la sanction est empruntée à la théorie civiliste de la nullité, ce qui influencera son interprétation, puis son désamour, en droit des sociétés (§ 1). Une telle théorie de la nullité en droit commun ne connaît pas d'équivalent en droit suisse, où les dispositions spéciales relatives à la nullité en droit des sociétés ont été introduites récemment (§ 2).

§ 1 En France: une sanction empruntée au droit civil

La sanction de la nullité trouve ses sources dans le droit civil. La jurisprudence de la Cour de cassation a calqué le régime des nullités du droit des sociétés sur le régime déjà bien établi en droit civil. Ainsi, dans un arrêt de principe en date du 17 janvier 1989, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a littéralement transposé la théorie civiliste des nullités au droit des sociétés en appliquant la distinction entre nul-

lité relative et nullité absolue¹¹⁸⁰. Cette position ne s'est jamais démentie depuis¹¹⁸¹. Bien que peu adaptées au droit des sociétés, les nullités s'avèrent néanmoins utiles pour suppléer aux carences du droit des affaires en matière de sanctions¹¹⁸².

904 Un retour aux sources premières de la construction civiliste de la théorie des nullités est nécessaire pour appréhender ses implications dans le régime contemporain du système des nullités en droit des sociétés français. Que le lecteur permette ici un voyage dans les méandres du temps afin de lui donner le recul et la hauteur nécessaire pour apprécier les causes historiques des divergences de construction du droit français et du droit suisse en matière de nullité (I). Toutefois, la sanction de la nullité s'est vite heurtée à la réalité pratique du monde des affaires. Aussi, la tendance des dernières décennies a été à l'assouplissement, voire au délaissement, de cette sanction (II).

I. La transposition de la théorie civiliste des nullités au droit des sociétés

905 Le droit français de l'Ancien Régime distinguait action en nullité et action en rescision. La nullité était prononcée par les ordonnances royales ou les coutumes, alors que l'action en rescision provoquait la rétractation des obligations contraire aux règles de l'équité¹¹⁸³. Pour autant, le Code civil napoléonien de 1804 n'offre pas à sa naissance un système de nullités d'une plus grande clarté. Michel Boudot distingue trois grandes périodes dans l'évolution du système des nullités en droit civil à compter de l'adoption du Code Napoléon que nous reprenons ici¹¹⁸⁴. Au XIX^e siècle, la nullité est prononcée par la loi, c'est-à-dire que le juge la constate, tandis que l'annulation est provoquée par la mise en œuvre de l'action. Cette distinction n'était pas évidente en pratique. Au tournant du XX^e siècle, une opposition apparaît entre la théorie classique de la nullité de l'acte et la théorie moderne, dite du droit de critique. Cette dernière décrit la nullité à travers le rôle et le pouvoir du juge. Par la suite, la jurisprudence du XX^e siècle recompose le système des nullités autour de la théorie de la validation des actes.

A. Du droit romain à l'Ancien Régime: la distinction entre nullité et annulabilité

906 Se concentrant plus spécifiquement sur les nullités découlant d'une action (qu'on pourrait nommer annulation), Planiol relève qu'elles avaient deux sources dans l'ancien droit coutumier français, à savoir le droit tel que connu sous l'Ancien Régime: les unes étaient fondées sur le texte des ordonnances ou des coutumes; les autres provenaient du droit romain. En droit romain, l'acte nul n'avait ni existence ni effet juri-

¹¹⁸⁰ Cass. com., 17 janvier 1989, n° 86-18966: BJS mars 1989, n° 3, p. 247, note Le Cannu P.

¹¹⁸¹ Cass. com., 28 novembre 2018, n° 16-28358, FS-PB, note de Mai-Lan Dinh, LPA 18 avril 2019, n° 143/3, p. 10.

¹¹⁸² AZAVANT (2003), N 1 et s.

¹¹⁸³ ZACCHARIAE (1844), § 332.

¹¹⁸⁴ BOUDOT/VECCHI (2007), p. 80.

dique, avant que le droit prétorien ne complique son régime en distinguant la nullité civile qui se produisait de plein droit et automatiquement d'une part, et d'autre part la nullité prétorienne qui supposait l'exercice d'une action en justice et ne se réalisait qu'en vertu d'une sentence judiciaire¹¹⁸⁵.

Comme le droit romain n'avait pas force de loi dans ce pays de coutume, il était admis 907 que les nullités qui se fondaient exclusivement sur les textes du *Corpus juris civilis* ne pouvaient pas être invoquées de plein droit devant les tribunaux ; il fallait obtenir du prince des lettres spéciales rescindant le contrat¹¹⁸⁶. Cette obligation semble trouver son origine dans les efforts des légistes pour affranchir la royauté française de la suprématie prétendue du Saint-Empire. Daniel Guggenheim¹¹⁸⁷, renvoyant aux travaux de Georges Renard¹¹⁸⁸, relève également la distinction systématique de l'acte nul et de l'acte annulable, dont l'origine réside dans la contribution originale des jurisconsultes du Moyen-Âge. L'acte nul ne produit pas d'effet juridique. Lorsque la loi annule un contrat de plein droit, il n'est pas besoin de demander au juge de prononcer la nullité. En revanche, l'acte annulable appelle la mise en œuvre d'une action et le prononcé d'un jugement.

De là proviennent les différences de régimes entre la nullité et la rescision du contrat. 908 Ces distinctions ont par la suite disparu avec la codification napoléonienne. Les auteurs français utilisent alors la terminologie d'action en nullité ou d'action en rescision pour désigner indifféremment deux actions désormais confondues dans une seule : l'action en nullité absolue.

B. *La construction doctrinale de la théorie de la nullité en droit civil français*

1. 1804 -1909 : la théorie classique

La théorie classique distingue d'une part les actes nuls et les voies d'annulation, selon 909 que la loi constate ou que le juge prononce la nullité. Dans cette approche, «la nullité de droit est prononcée par la loi dans le cas de vice extrinsèque et apparent»¹¹⁸⁹. Si le contrat comporte un vice intrinsèque et caché, il est essentiellement nul et il n'existe qu'une apparence de contrat qui doit être détruite par un jugement pour prendre fin. Les actes et contrats radicalement nuls ne peuvent donc pas faire l'objet d'une confirmation, alors que ceux qui sont annulables peuvent être corrigés. En conséquence, l'impossibilité ou la possibilité de confirmer l'engagement vicié se fonde sur la distinction entre nullité radicale et annulabilité, peu importe que la nullité à couvrir soit de fonds ou de forme, relative ou absolue. Pothier distinguait selon qu'un acte était

¹¹⁸⁵ PLANIOL (1921), t.1, N 328.

¹¹⁸⁶ PLANIOL (1921), t. 2, N 1271.

¹¹⁸⁷ GUGGENHEIM (1970).

¹¹⁸⁸ RENARD (1903), p. 214.

¹¹⁸⁹ BOUDOT (2007) s'appuyant sur SOLON (1835), *Traité des nullités des conventions et des actes*, sur gallica.bnf.fr.

annulable en raison de l'absence de conditions nécessaires à son efficacité (vice de consentement) ou nul en raison de l'absence des conditions essentielles à sa formation¹¹⁹⁰.

- 910 Dans le dernier quart du XIX^e siècle, la théorie dite classique est exposée par Gabriel Baudry-Lacantinerie et Planiol¹¹⁹¹. La nullité est immédiate, absolue, ne peut pas se couvrir par la confirmation, et est imprescriptible. A l'inverse, l'annulabilité n'est pas immédiate, est relative, peut se couvrir par la confirmation, et est prescriptible. Planiol fait également coïncider la nullité absolue avec la nullité de plein droit d'une part, et d'autre part la nullité relative avec l'annulabilité.
- 911 On notera ici que la distinction ainsi opérée en droit civil français correspond peu ou prou à celle retrouvée en droit suisse entre l'annulabilité de l'article 706 CO et la nullité de l'article 706b CO. Daniel Guggenheim relève d'ailleurs une «confusion des termes en France»: selon sa lecture, les auteurs français opposent l'inexistence de l'acte et sa nullité, nullité qu'il faut en réalité entendre comme annulabilité¹¹⁹².
- 912 De là, deux points de confusion ont émergé, rendant le régime de la nullité délicat à appréhender. La première source de confusion concerne le recours nécessaire au juge pour constater ou prononcer la nullité. La seconde concerne la notion même de nullité et sa distinction avec l'annulation.
- 913 Concernant le recours nécessaire au juge, les théoriciens français affirmaient que lorsqu'un acte était nul, la saisine d'un juge n'était pas nécessaire. Cette position se fondait sur le système dualiste romain brièvement exposé précédemment¹¹⁹³. Dans les faits toutefois, le recours au juge était nécessaire, ne serait-ce que pour constater la nullité d'un acte exécuté sur lequel les parties seraient en désaccord¹¹⁹⁴.
- 914 Concernant la notion en elle-même, l'emploi du terme «nullité» ne permettait pas de distinguer selon les deux régimes en vigueur qui tendaient à s'autonomiser. Planiol relève à juste titre que la confusion entre nullité absolue ou radicale ou de plein droit d'une part et nullité relative d'autre part est constante chez les anciens auteurs, y compris chez Domat, et antérieurement chez Pothier.

¹¹⁹⁰ GAUDET (1995).

¹¹⁹¹ PLANIOL (1921).

¹¹⁹² GUGGENHEIM (1970), p. 11.

¹¹⁹³ PLANIOL (1921), t.1, N 335: l'antithèse entre les actes nuls de plein droit et ceux qui sont simplement annulables par la justice a été très nettement exposé par d'Argentré puis par Bouhier, Dunod de Charnage et Guyot.

¹¹⁹⁴ Arrêt de la Cour de Bordeaux en matière de mariage en date du 25 juin 1884: «les nullités fussent-elles absolues ou substantielles et même d'ordre public, n'existent pas de plein droit, les actes qu'elles vicent conservent tous leurs effets tant qu'ils n'ont pas été annulés ... tout aboutit en définitive à une action en nullité»; PLANIOL (1921), t.1, N 329 et N 388.

a. L'identification des causes générales de nullité

Planiol distingue la nullité et l'annulabilité et en déduit le régime applicable. Encore 915
 une fois la terminologie peut être trompeuse car l'éminent juriste emploie indifféremment
 les expressions «action en nullité» et «nullité»¹¹⁹⁵. Déjà alors, il s'interrogeait
 sur les critères d'identification des règles légales dont la méconnaissance méritait
 d'être sanctionnée par la nullité. Il déduit que la nullité sanctionne les dispositions
 prohibitives, se référant à la note de Portalis dans le Livre préliminaire indiquant :
 «Les lois prohibitives emportent peine de nullité, quoique cette peine n'y soit pas for-
 mellement exprimée.» L'annulabilité en revanche sanctionne, par exception, les vices
 de consentement et l'incapacité des auteurs de l'acte¹¹⁹⁶.

La conséquence de la nullité est que «les choses doivent être remises dans le même 916
 état que si le contrat n'avait pas été fait¹¹⁹⁷». Dès lors, si les parties ont déjà exécuté
 en tout ou en partie ce qu'elles s'étaient promis, elles sont tenues de se restituer mu-
 tuellement ce qu'elles ont reçu. En ce sens, l'annulation du contrat sur le fondement
 de l'article 1304 du Code civil fait naître de nouvelles obligations : chacune des parties
 peut exiger ce que l'autre lui doit.

b. La prédominance des nullités absolues sur les nullités relatives

La théorie classique avait fondé la dichotomie suivante en droit civil : d'une part, les 917
 actes nuls de plein droit, dont la nullité sanctionne la méconnaissance des prohibitions
 de la loi et qui constituent le droit commun ; d'autre part l'annulabilité, figure d'except-
 ion qui n'a lieu que dans certains cas et pour des causes déterminées¹¹⁹⁸.

Toute nullité doit être réputée absolue, à moins que le législateur n'ait expressément 918
 restreint à certaines personnes le droit de la proposer. Il s'ensuit que les nullités de
 forme, qui résultent de l'inobservation des formalités extrinsèques et de l'accomplisse-
 ment desquelles la loi subordonne la validité de la convention, et celles qui dérivent de
 considérations d'ordre public, sont en général absolues. Mais il en est autrement lors-
 qu'il s'agit de nullités attachées à l'inobservation de formalités exclusivement pres-
 crites dans l'intérêt de l'une des parties : ces nullités sont alors relatives.

Déjà les grandes lignes de démarcation des nullités dites radicales et relatives telles 919
 qu'elles se retrouvent en droit contemporain des sociétés se dessinent. Toute personne
 intéressée peut faire constater la nullité : elle est absolue. Seules les personnes proté-
 gées par la règle peuvent se prévaloir de l'annulation de l'acte par une action en jus-
 tice : la nullité est alors relative. Cette sanction, qu'elle soit une nullité absolue ou rela-
 tive, a un effet *erga omnes*. La nullité comporte toujours une considération d'intérêt

¹¹⁹⁵ PLANIOL (1921), t.1, N 337.

¹¹⁹⁶ PLANIOL (1921), t.1, N 340.

¹¹⁹⁷ PLANIOL (1921), t.2, N 1277.

¹¹⁹⁸ PLANIOL (1921), t.1, N 336.

général alors que l'annulation protège une personne déterminée. La nullité ne peut pas être confirmée alors que l'annulation peut l'être. La nullité ne pouvait pas se prescrire, bien que la jurisprudence eût de manière occasionnelle considéré que la prescription était de trente ans à compter du jour où l'intérêt à demander la nullité est née¹¹⁹⁹ alors que l'annulabilité se prescrivait par dix ans pouvant être réduit à deux ans dans certains cas, voire six mois en cas de mariage.

2. Les apports d'Aubry et Rau

a. *Nullité textuelle et virtuelle*

920 Aubry et Rau définissent la nullité comme l'invalidité ou l'inefficacité dont un acte est frappé lorsqu'il contrevient à un commandement ou à une défense de la loi¹²⁰⁰. Ils établissaient qu'est nul l'acte qui ne réunit pas les éléments que suppose sa nature ou son objet ou l'acte qui n'a pas été accompagné des conditions indispensables à son existence, d'après la lettre ou l'esprit du droit positif. Ce dernier point est important car il admet déjà, en droit commun, l'acceptation de nullité dite virtuelle aux côtés des nullités expressément prévues par des lois spéciales du Code Napoléon. Ils relèvent que le Code civil prévoit la nullité uniquement en visant des actes déterminés. Pour autant, le Code n'exclut pas non plus que la nullité puisse être admise en dehors des cas où le texte la prévoit expressément. Ils déduisent que certaines dispositions peuvent être sanctionnées par la nullité, sans que la loi ne l'ait prévu (dites virtuelles). La distinction existe toujours en droit positif, et a été reprise telle qu'elle en droit des sociétés.

b. *Absence de distinction entre les nullités absolues et relatives*

921 Aubry et Rau s'interrogent également sur les lois dignes d'être sanctionnées par la nullité, sans distinguer selon qu'il s'agisse de nullité absolue ou relative. Ils soulignent alors que certaines législations visent la protection de l'ordre public et des bonnes mœurs, ce qui justifie, en raison de leur importance, que leur méconnaissance soit sanctionnée par la nullité. Concernant les lois protégeant des intérêts «privés», ils considèrent que la nullité n'est encourue que lorsque le vice porte sur des «conditions ou des formalités dont l'accomplissement est indispensable à la réalisation complète du but que le législateur s'est proposé d'atteindre».

c. *L'absence de grief*

922 Aubry et Rau ne conditionnent plus l'existence d'un grief au prononcé de la nullité puisqu'ils écrivent: «qu'il s'agisse de nullités textuelles ou, qu'il soit question que de nullités virtuelles, le juge ne peut se refuser à les prononcer, sous le prétexte que la

¹¹⁹⁹ Cass. com., 6 avril 1856, S. 59. 1. 17; Limoges, 22 juillet 1873, D. 74.2.6; arrêt de la Chambre des requêtes en date du 5 mai 1879: «La prescription ainsi établie en matière de nullités radicales n'a pas pour effet de donner à la convention prohibée une existence légale, mais elle anéantit toutes les actions tendant à en faire prononcer l'annulation.»

¹²⁰⁰ AUBRY/RAU (1869), t. 1, § 37.

contravention à la loi n'a causé aucun préjudice à celui qui les invoque». D'après ces auteurs, la nécessité d'un grief relevait de la pratique en vigueur dans la jurisprudence antérieure à l'adoption du Code Napoléon. Tel ne serait plus le cas postérieurement à son adoption, la loi n'ayant pas instauré la nécessité d'un préjudice au titre des conditions requises pour admettre la nullité. Les juges devraient au contraire apprécier un grief «virtuel», à savoir que «telle ou telle condition ou formalité n'est point requise à peine de nullité virtuelle, lorsque son inobservation n'est, en aucun cas, de nature à léser les intérêts de ceux au profit desquels elle a été établie, ni par conséquent à compromettre la réalisation complète du but que le législateur a voulu atteindre¹²⁰¹.»

d. L'articulation avec l'action en responsabilité

Aubry et Rau admettent déjà le cumul des sanctions, ce qui explique qu'en droit positif 923 l'action en nullité soit autonome de l'action en responsabilité. Ils écrivent en effet que : «l'annulation même d'un acte peut être l'occasion d'une demande en dommages-intérêts, fondée sur un délit ou quasi-délit imputé soit à l'une des parties, soit à un tiers¹²⁰²».

L'action en responsabilité visant à dédommager les conséquences du prononcé de la 924 nullité d'une assemblée générale a en effet été très tôt reconnue, puisqu'elle trouve ses origines dans les premières grandes lois sur les sociétés commerciales¹²⁰³. Si la nullité trouvait sa cause dans la violation des dispositions relatives au mode ou au délai de convocation, la responsabilité des administrateurs se trouvait engagée. En effet, c'est sur ces derniers que repose l'obligation légale ou statutaire de convoquer l'assemblée générale, aussi la nullité de l'assemblée fondée sur l'irrégularité de la convocation leur est imputable. Mais si la nullité provenait d'irrégularités commises dans la tenue de l'assemblée ou dans la rédaction du procès-verbal, elle n'était pas le fait des administrateurs, et seuls les membres du bureau, chargés de tenir l'assemblée et de constater dans un procès-verbal les résolutions prises, pouvaient être déclarés responsables de la nullité. Enfin, si la nullité portait sur des résolutions votées par l'assemblée générale, et qui auraient été contraires aux statuts ou à un texte de loi, les administrateurs n'en étaient responsables ni envers les actionnaires, ni envers les tiers s'ils ont agi de bonne foi et sans fraude.

3. Depuis 1909 : la théorie moderne

Dans une deuxième période débutant en 1909, la doctrine conçoit la nullité par la théorie de la validation ou théorie de la sanction. Dans cette approche, l'action en nullité 925 est l'exercice d'un droit de critique : elle est un simple moyen d'exercer le droit qui aurait dû l'être si l'acte avait été valable¹²⁰⁴. Cette théorie se fonde sur la thèse de

¹²⁰¹ AUBRY/RAU (1869), § 37, Des nullités.

¹²⁰² AUBRY/RAU (1869), § 37, Des nullités.

¹²⁰³ HOUPIN/BOSVIEUX (1923), N 953.

¹²⁰⁴ GAUDET (1995).

René Japiot¹²⁰⁵ consacrée par Eugène Gaudemet dans sa Théorie générale de l'obligation¹²⁰⁶. L'approche de Japiot confie au juge le contrôle du droit d'agir: l'acte est donc toujours annulable, à savoir qu'il produit ses effets tant que le juge n'a pas prononcé la nullité. La distinction entre annulation et nullité s'efface, et la terminologie française abandonne la notion d'annulabilité¹²⁰⁷. Le critère de distinction entre nullité absolue et relative dépend désormais de la finalité de la règle de droit méconnue. Si la règle de droit est d'intérêt général, tout intéressé peut agir en nullité et la nullité est alors dite absolue; si la règle protège un intérêt particulier, le droit de critique n'appartient qu'à ceux que la loi protège et la nullité est qualifiée de relative.

C. *La transposition du droit civil au droit des sociétés*

1. La délicate transposition

- 926 La nullité est originellement une sanction civile applicable aux actes juridiques et particulièrement aux contrats. La société étant alors considérée comme un contrat, elle était soumise au droit commun des nullités, et «les règles établies pour l'action en nullité des actes constitutifs des sociétés devaient s'appliquer par analogie aux contestations des assemblées générales¹²⁰⁸». La sanction fût ensuite reprise par le droit des sociétés¹²⁰⁹.
- 927 Dans la rédaction initiale du Code de commerce, seule la nullité de la société était prévue par la loi. La nullité des délibérations sociales était admise par analogie avec la nullité de la société ou par un détour vers le droit commun des contrats, ce qui n'était pas sans soulever des difficultés et supposait d'assimiler les délibérations à des contrats, ce qui est critiquable. Il faudra attendre les grandes lois sur les sociétés commerciales de 1867 et 1893 pour que le législateur encadre les cas de nullité des décisions des organes sociaux, en détaille le régime et en prévoit la régularisation. L'expression «actes et délibérations» pouvait être retrouvée dans le texte primitif de la loi de 1867 (art. 42), ainsi que dans l'article 8 du décret-loi 1935. Mais ce dernier texte ne concernait que les sociétés en commandite par actions, et le jeu des renvois était assez défectueux, de telle sorte que la Cour de cassation avait jugé inapplicables aux nullités de décisions du conseil d'administration les dispositions du décret-loi de 1935¹²¹⁰.
- 928 La loi du 24 juillet 1867 (art. 7 et 8) avait également admis que les nullités de société s'écartaient des principes du droit civil concernant les nullités des contrats. La plupart des solutions ont donc été à l'initiative des juges, construisant ainsi un système d'une

¹²⁰⁵ JAPIOT (1909).

¹²⁰⁶ GAUDEMET (1935).

¹²⁰⁷ GAUDET (1995).

¹²⁰⁸ GUEGAN (2020), N 15 et réf. citées sous note 118.

¹²⁰⁹ AZAVANT (2003), N 1, p. 441.

¹²¹⁰ Cass. com., 8 mai 1950, D. 1951.253, note Percerou.

grande casuistique que la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 a largement codifié tout en remédiant à ses imperfections¹²¹¹.

Une première simplification de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 a été l'unification 929 du régime des nullités quant à leurs effets. La seconde grande innovation a été l'extension du régime des nullités de la société aux « actes et délibérations » de ses organes de gestion, qu'ils fussent collégiaux ou constitués par une personne physique.

2. Les solutions en vigueur antérieurement à la loi de 1966 et leurs tempéraments

La Cour de cassation a dû se prononcer sur la régularité de la composition de l'assem- 930 blée générale. Elle a pu décider qu'une assemblée est nulle lorsqu'elle a été composée arbitrairement de tous les actionnaires, alors que les statuts n'admettent à l'assemblée que les propriétaires d'un nombre déterminé d'actions¹²¹².

Sur la base d'affaires relatives à la participation illicite à l'assemblée générale, s'est 931 peu à peu construite la théorie du vote utile telle que nous la connaissons aujourd'hui (voir *supra*). Aussi, sont nulles les délibérations des assemblées générales auxquelles un actionnaire ou des étrangers n'ayant pas le droit d'y assister ont néanmoins pris part au vote, à condition toutefois qu'en défalquant les voix de ces actionnaires ou étrangers, le quorum et la majorité nécessaires restent acquis aux résolutions adoptées¹²¹³ (exception faite des manœuvres frauduleuse)¹²¹⁴. Inversement, lorsque l'exercice du droit de vote a été refusé à tort à un actionnaire, les délibérations prises par cette assemblée seront donc maintenues si elle réunissait le quorum légal et statutaire et si les voix des actionnaires exclus n'auraient pu modifier le résultat du vote¹²¹⁵.

La jurisprudence distinguait déjà les délibérations annulables, s'apparentant à l'ac- 932 tuelle nullité facultative, des délibérations nulles, équivalant à l'actuelle nullité automatique. Ainsi, si les convocations n'étaient pas adressées dans les délais et de la manière indiqués par les statuts, l'assemblée était annulable¹²¹⁶. La Cour de cassation avait considéré que bien qu'un article des statuts prescrivît une convocation de l'assemblée générale au siège social, le fait que l'assemblée s'était tenue ailleurs ne saurait en entraîner la nullité¹²¹⁷. La solution est toujours en vigueur.

¹²¹¹ HONORAT, Nullités, N 2 ; HONORAT, Conseil d'administration N 166.

¹²¹² Cass. 30 avril 1894 J.S. 1894, 426 ; S. 94, I, 305.

¹²¹³ HOUPIN/BOSVIEUX (1923), N 949 p. 298 et s.

¹²¹⁴ Alger, 20 avril 1897, et Cass. 20 juin 1898, J.S. 1898, 491 ; S. 99, I, 257 note Wahl ; Cass, 29 juin 1899 J.S. 1899, 535 ; S. 99, I, 409 ; Paris, 5 juillet 1900 J.S. 1900, 428 ; Cass. 14 juillet 1873, S. 74, I, 425 : *a contrario* : voire pour le cas où le quorum n'est atteint que grâce à l'admission de mandataires n'ayant pas les qualité requise (Cass., 25 février 1918, J.S. 1919, 35 et la note).

¹²¹⁵ Seine, 2 mars 1886, J.S. 1886, 666, 1^{er} et 2 décembre 1902, J.S. 1903, 329 ; 1905, 383.

¹²¹⁶ Seine, 17 mai 1885, J. S. 1887, 753, 28 mars 1887 J.S. 1890, 104 et 19 octobre 1901 J.S. 1902, 78 ; HOUPIN/BOSVIEUX (1923), N 950 p. 298 et s.

¹²¹⁷ Seine, 9 mars 1887.

- 933 La jurisprudence antérieure à la loi du 24 juillet 1966 distinguait également la nullité relative et la nullité absolue, sans confondre nullité automatique et facultative, même si la distinction n'était pas encore verbalisée¹²¹⁸. La ratification expresse ou tacite des décisions sociales dont l'irrégularité n'était pas d'ordre public était admise aisément dès le début du siècle: ainsi, la convocation à une assemblée faite par un conseil d'administration incomplet se trouvait couverte par les votes de cette assemblée valablement composée et délibérant régulièrement¹²¹⁹. De même, un jugement du tribunal de la Seine du 2 novembre 1901 admettait que l'irrégularité de l'assemblée était couverte par une ratification tacite des actionnaires résultant de ce que plusieurs assemblées avaient été tenues sans qu'aucune critique n'ait été formulée par les actionnaires absents.
- 934 Certains principes ont très tôt été érigés par la jurisprudence comme relevant d'un ordre supérieur en droit des sociétés, protégés par une nullité absolue et non ratifiable. Tel est le cas du principe de spécialité des organes. Aussi, si la convocation à une assemblée générale émanait d'une personne n'ayant pas qualité pour la faire, les résolutions votées par l'assemblée étaient nulles, quand bien même celle-ci réunissait le quorum nécessaire pour délibérer¹²²⁰.
- 935 Concernant la tenue de l'assemblée générale, la jurisprudence encadrait déjà les modalités de forme en sanctionnant la méconnaissance par la nullité dès lors que ces modalités étaient substantielles. L'omission de la feuille de présence entraînait ainsi la nullité de l'assemblée générale, à moins que le procès-verbal de l'assemblée n'eût été signé par tous les actionnaires présent et renfermât les indications qu'aurait dû contenir la feuille de présence¹²²¹.
- 936 Les infractions aux prescriptions relatives à la convocation et à la tenue des assemblées générales entraînaient la nullité de ces assemblées. Il en était ainsi notamment si l'assemblée avait été irrégulièrement convoquée, si son ordre du jour n'avait pas été indiqué ou reproduit dans les avis de convocation, ou si elle avait adopté une délibération alors même que le quorum légal n'était pas atteint. L'assemblée était seulement annulable si ses résolutions n'avaient pas été adoptées à la majorité des deux tiers des voix des actionnaires présents¹²²².
- 937 Concernant l'irrégularité de la composition du bureau, la solution était plus nuancée. En effet, les auteurs de l'époque expliquent que les irrégularités relatives à la composition du bureau ne constituent pas des nullités relatives susceptibles d'être couvertes

¹²¹⁸ HOUPIN/BOSVIEUX (1923), N 950, p. 298 et s.

¹²¹⁹ Cass. 20 juillet 1897 J.S. 1898, 16; S. 97, I, 409.

¹²²⁰ Seine, 16 octobre 1901, J. S. 1902, 78.

¹²²¹ HOUPIN/BOSVIEUX (1923), N 951.

¹²²² HOUPIN/BOSVIEUX (1923), N 974.

par une ratification expresse ou tacite, et en l'absence de protestation au sein de l'assemblée à raison de la composition du bureau, des actionnaires ne seraient pas fondés à demander ultérieurement la nullité des délibérations qui ont été prises¹²²³.

Concernant le procès-verbal, la jurisprudence a, encore une fois, très tôt essayé de sau- 938
 ver l'acte en dépit de son irrégularité. Ainsi, la rédaction d'un procès-verbal n'était re-
 quise que pour les assemblées dont la délibération devait être publiée. Pour les autres
 assemblées, tous les moyens de preuve étaient admis. Lorsqu'un procès-verbal devait
 être établi, celui-ci devait comporter des signatures obligatoires. Si le procès-verbal de
 l'assemblée n'était revêtu d'aucune signature, il était inexistant. Il était donc dépourvu
 de force probante ce qui empêchait sa publication. Mais les tribunaux pouvaient le dé-
 clarer valable s'il portait quelques-unes des signatures prescrites par les statuts. Il ne
 pouvait être suppléé au procès-verbal non signé ni par la déclaration de ceux qui au-
 raient dû le signer, ni par la preuve testimoniale, ni par des présomptions accompa-
 gnées d'un commencement de preuve par écrit.

Concernant le droit d'information des actionnaires, celui-ci voit ses grandes bases éta- 939
 blies dans l'article 35 de la loi du 24 juillet 1867 qui disposait que : «Quinze jours au
 moins avant la réunion de l'assemblée générale, tout actionnaire peut prendre, au siège
 social, communication de l'inventaire et de la liste des actionnaires, et se faire délivrer
 copie du bilan résumant l'inventaire et du rapport des commissaires.» Ces documents
 devaient également être transmis à l'assemblée pour approbation. La délibération
 contenant l'approbation du bilan et des comptes était nulle si elle n'avait pas été précé-
 dée du rapport des commissaires et si les actionnaires s'étaient vus refuser la commu-
 nication les pièces nécessaires¹²²⁴.

La méconnaissance du délai ou du droit de communication faisait, à l'époque l'objet 940
 d'un débat. Certains proposaient une lecture rigoriste : l'article 32 de la loi de 1867
 disposait expressément que l'assemblée n'était nulle qu'à défaut de rapport des com-
 missaires aux comptes. Aucun autre cas de nullité sanctionnant une absence de com-
 munication n'était prévu. Selon cette analyse, il n'y aurait pas de nullité sans texte, et
 la sanction serait simplement une action en dommages-intérêts contre les administra-
 teurs par les actionnaires. Face à cette argumentation, une majorité de la doctrine ad-
 mettait que les nullités virtuelles trouvaient également leur place en droit des sociétés
 lorsque la violation d'un texte de loi était de nature à faire échec au but que le législa-
 teur s'est proposé d'atteindre. En ce sens, la nullité était perçue comme préférable à
 une action en dommages-intérêt, car elle était d'avantage susceptible d'empêcher la
 privation d'un droit essentiel de l'actionnaire lorsque cette privation n'entraîne pas de
 préjudice direct. La jurisprudence a suivi cette voie, avant que la loi n° 66-537 du

¹²²³ HOUPIN/BOSVIEUX (1923), N 951.

¹²²⁴ HOUPIN/BOSVIEUX (1923), N 965 ss.

24 juillet 1966 n'entérine définitivement le principe en visant la méconnaissance «des dispositions impératives» comme cause de nullité.

- 941 Le recours au droit commun a également été très tôt sollicité. Aussi, les cas de nullité pour abus de droit et fraude au détriment des autres actionnaires étaient déjà admis. La solution n'était pas évidente d'emblée. En effet, un auteur y était clairement opposé, argumentant que «l'on ne saurait objecter l'abus de droit à l'actionnaire qui profite de son autorité dans l'assemblée pour s'attribuer des avantages personnels et améliorer sa situation sans se préoccuper des répercussions plus ou moins indirectes que la décision de l'assemblée pourra produire sur d'autres situations». La position doctrinale majoritaire était clairement en sens contraire, soulevant l'injustice d'un tel résultat¹²²⁵.
- 942 La loi de 1893 encourageait la régularisation de l'acte nul en droit des sociétés, principe toujours présent en droit positif. L'article 3 de la loi du 1^{er} août 1893¹²²⁶ complétant l'article 8 de la loi de 1867 disposait que l'action en nullité des délibérations irrégulièrement prises n'était plus recevable si, avant l'introduction de la demande, la cause de nullité avait cessé d'exister. La régularisation s'appliquait tant aux sociétés par actions irrégulièrement constituées qu'aux actes et délibérations postérieures à leur constitution. Encore une fois, la jurisprudence mettait en œuvre les mécanismes nécessaires pour «sauver» la délibération irrégulière en admettant que la nullité ne pouvait être invoquée par les actionnaires qui avaient approuvé ces décisions par leur vote. Cette position constitue les prémices de l'actuelle théorie de la ratification implicite.
- 943 La cohérence du comportement du demandeur était également pris en compte: aussi n'étaient pas admis à invoquer cette nullité les actionnaires qui avaient concouru à l'assemblée et approuvé ses résolutions, soit implicitement par leur présence, soit directement par leur vote¹²²⁷.

¹²²⁵ HOUPIN/BOSVIEUC (1923), N 979.

¹²²⁶ «L'action en nullité de la société ou des actes et délibérations postérieurs à sa constitution n'est plus recevable lorsque, avant l'introduction de la demande, la cause de nullité a cessé d'exister. L'action en responsabilité, pour les faits dont la nullité résultait, cesse également d'être recevable lorsque, avant l'introduction de la demande, la cause de nullité a cessé d'exister, et que trois ans se sont écoulés depuis le jour où la nullité était encourue».

¹²²⁷ HOUPIN/BOSVIEUC (1923), N 952.

II. L'allégement progressif des sanctions : des sanctions pénales à la nullité relative

A. *Les allègements successifs de la loi du 24 juillet 1966 et de la loi du 15 mai 2001 dite NRE*

Planiol remarquait déjà que les sanctions aux infractions du droit des sociétés étaient surtout pénales. Pour cause, les grandes lois commercialistes de 1867 regorgeaient de sanctions pénales, parfois s'ajoutant à la sanction de la nullité. Ainsi, l'organisation d'une majorité factice à une assemblée générale faisait encourir à ses auteurs une amende et une peine d'emprisonnement à la double condition qu'il y ait eu une fraude et que cette fraude ait eu pour résultat effectif de modifier la majorité¹²²⁸.

La loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 prévoyait également de nombreuses sanctions pénales, jugées parfois excessives¹²²⁹, tout en circonscrivant la sanction afin de protéger les intérêts des tiers¹²³⁰ et des associés¹²³¹. En effet, cette loi « avait retenu une approche restrictive des nullités¹²³² ».

Les sanctions pénales se sont progressivement muées en cause de nullité, ce qui n'a pas manqué d'être souligné par la doctrine appelant à une certaine vigilance¹²³³. La loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 dite NRE franchit un pas décisif vers l'assouplissement des sanctions, transformant de nombreuses sanctions pénales en nullités absolues d'une part, et de nombreuses nullités absolues en nullités relatives d'autre part. Les nullités relatives sont désormais la règle et les nullités absolues font figure d'exception, renversant le principe en vigueur à la fin du XIX^e siècle. Le mouvement témoigne de la méfiance que suscite la sanction de la nullité en droit commercial et de la volonté d'adapter les sanctions à la réalité du monde des affaires.

Quant aux nullités obligatoires, certains auteurs ont pu écrire qu'elles étaient de principe, seules les nullités facultatives devant être qualifiées par un texte. Au soutien de cette position, lorsque la loi est muette, la solution la plus rigoureuse devrait s'imposer¹²³⁴.

¹²²⁸ HOUPIN/BOSVIEUC (1923), N 954.

¹²²⁹ LE CANNU/DONDERO (2019), N 70: « L'accroissement excessif des sanctions pénales est apparu comme l'aveu d'une certaine impuissance à garantir l'effectivité du droit des sociétés. »

¹²³⁰ Loi sur les sociétés commerciales de 1966, art. 6, 7, 360 à 370.

¹²³¹ LE CANNU/DONDERO (2019), N 71 & 72.

¹²³² MARTIN (2020), p. 2 (HCJP), citant COURET (2003), Les dispositions de la loi de sécurité financière intéressant le droit des sociétés, JCP G n° 39, 24 septembre 2003, doctr. 163 qui rappelle d'une part que la loi de 1966 était d'une « très grande défiance à l'encontre des nullités », et d'autre part que « les nullités se développent à nouveau sans que l'ampleur des conséquences du recours à un tel instrument ait été mesurée ».

¹²³³ MARTIN (2020), p. 2.

¹²³⁴ HONORAT, Conseil d'administration, N 171.

- 948 La démarche entreprise par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 dite NRE a toutefois été vivement critiquée, le législateur se contentant de transformer les sanctions au fur et à mesure, sans véritable approche globale et cohérente.
- 949 Toujours dans ce mouvement de dépenalisation, la loi n° 2003-706 de sécurité financière du 1^{er} août 2003 a troqué l'infraction pénale pour une nullité sanctionnant les manquements aux règles de rémunération des représentants de la masse des obligataires. L'article L. 228-56 du Code de commerce dispose désormais que : «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 (c'est-à-dire fixée par l'assemblée ou le contrat d'émission ou, à défaut, par décision de justice) est nulle». De même, ne constitue plus une infraction pénale mais sont sanctionnés par la nullité des délibérations concernées ; (1) le fait pour une personne de se présenter faussement comme un actionnaire et de participer au vote, (2) l'absence de feuille de présence émargée par les actionnaires, (3) l'absence de convocation dans le délai légal et dans les formes requises des actionnaires titulaires de titres nominatifs depuis un mois au moins, (4) la méconnaissance par le bureau des dispositions régissant les droits de vote attachés aux actions. La loi a introduit pour couvrir la disparition des infractions pénales antérieures une disposition générale de nullité à l'article L. 235-2-1 du Code de commerce disposant : «sont nulles les délibérations prises en violation des dispositions régissant les droits de vote attachés aux actions».
- 950 Le risque de cette réforme est de multiplier les causes de nullité automatique, indépendamment de la possibilité de défalquer les votes litigieux et ainsi de sauver, le cas échéant, la délibération.
- 951 Enfin, la loi introduit une disposition «balai» en l'article L. 225-149-1 du Code de commerce qui instaure une nullité automatique des décisions contrevenant «à la présente sous-section», c'est-à-dire aux articles L. 225-127 à L. 225-149 relatifs aux augmentations de capital dans les sociétés anonymes. On peut y voir une extension du domaine des nullités automatiques, paradoxale avec la volonté constante depuis 1966 d'en restreindre le champ.
- 952 Le raccourcissement du délai de prescription témoigne également de la recherche du législateur de rendre la mise en œuvre de la nullité plus difficile. La loi n'a eu cesse de raccourcir le délai de prescription. Initialement la nullité absolue des délibérations était imprescriptible lorsqu'elle était invoquée par les tiers, et se prescrivait par trente ans lorsqu'elle était invoquée par les actionnaires. La loi du 1^{er} août 1893 a ensuite réduit la prescription à dix ans pour la nullité absolue. En droit positif des sociétés, la prescription triennale est en vigueur indépendamment de la nature de la nullité.

B. Les apports de la loi du 22 mars 2012 dite de « simplification » et de la loi du 22 mai 2019 dite « PACTE »

La loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit poursuit le processus de dépenalisation déjà amorcé par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 dite NRE au profit de l'injonction de faire sous astreinte¹²³⁵ ou de la nullité.

La récente loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés a franchi un pas supplémentaire dans la tendance générale à l'assouplissement de la sanction de la nullité en France en remodelant ses contours, et parfois en revenant sur des solutions pourtant bien ancrée¹²³⁶.

Concernant les SARL, l'absence de sanction à la violation des règles de quorum et de vote est comblée par l'instauration d'une nullité. Dans les sociétés anonymes, la nullité relative est prévue pour tout manquement aux obligations formelles de tenue des assemblées générales. La nullité absolue en cas de vote sur une question omise de l'ordre du jour est remplacée par une nullité relative afin de permettre au juge de tenir compte d'un ordre du jour implicite. Est supprimée l'obligation de présenter tous les trois ans à l'assemblée générale extraordinaire une augmentation de capital réservée aux salariés détenant moins de 3 % du capital social : cette résolution était en pratique systématiquement rejetée mais son omission était sanctionnée de nullité absolue¹²³⁷. Toutefois, la sanction de l'absence de rapport des commissaires aux comptes lors de l'assemblée générale ordinaire d'approbation des comptes est renforcée par une nullité automatique.

Enfin, est transformée en injonction de faire la nullité relative prévue en cas de manquement à l'obligation de publicité du procès-verbal du conseil d'administration ou du directoire procédant à une réduction de capital par délégation de l'assemblée générale.

Les articles L. 225-18, L. 225-69-1 et L. 226-4-1 du Code de commerce se voient débarrassés des dispositions relatives à la nullité des délibérations auxquelles a pris part un membre du conseil d'administration irrégulièrement nommé. La conséquence en est que le droit commun des nullités s'appliquera le cas échéant.

Ces réformes successives laisseront sûrement le lecteur pantois : elles donnent une impression de désordre. Le législateur souhaite d'une part limiter les causes de nullité, mais en étend pourtant le champ dans un mouvement de dépenalisation consistant à

¹²³⁵ Art. L. 238-2 du Code de commerce prévoit que « tout intéressé peut demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre sous astreinte au liquidateur de remplir les obligations » qui résultent, pour lui, des articles L. 237-21 (solliciter le renouvellement de son mandat) et L. 237-25 (arrêter les comptes dans les trois mois de la clôture de chaque exercice et convoquer les associés dans les six mois en vue de leur approbation).

¹²³⁶ PRODHOMME (2018), p. 47.

¹²³⁷ T. Com. Bordeaux, 15 novembre 2002, BJS 2003, p. 197, note B. Saintourens.

transformer les sanctions pénales en nullité et dans l'insertion de dispositions «balais» introduisant de nouvelles nullités expresses généralement automatiques.

§ 2 En droit suisse: une sanction relativement récente

959 L'annulation et la nullité ont fait leur entrée relativement tard dans le droit des sociétés suisse. Avant l'introduction des articles 706 et suivant dans le Code des obligations, le Tribunal fédéral s'employait à trouver des solutions pour pallier l'absence de sanction, notamment en admettant l'annulation des décisions irrégulières sur les fondements du droit civil (I). La loi fédérale du 18 décembre 1936, qui a partiellement comblé ce vide juridique, n'était toutefois pas optimale et a nécessité quelques timides ajustement (II).

I. Régime antérieur à la loi fédérale du 18 décembre 1936

960 La loi de 1881 n'avait pas prévu l'annulabilité en tant que moyen de défense des droits de l'actionnaire. En 1894, en l'absence de dispositif législatif spécialisé, le Tribunal fédéral se fondait sur l'inaliénabilité des droits acquis pour annuler des décisions sociales qui portaient atteinte aux intérêts légitimes de l'actionnaire¹²³⁸. La jurisprudence en faisait une action individuelle qui reposait sur l'intangibilité des droits acquis.

961 La loi du 5 avril 1911¹²³⁹ ne prévoyait aucune action en nullité autre que celle de la société. En revanche, la responsabilité des administrateurs était susceptible d'être engagée. Au mieux, l'article 701 CO dans sa rédaction alors en vigueur disposait que la direction est responsable de la tenue tant des livres que des procès-verbaux constatant les décisions prises par les divers pouvoirs de la société. L'article 715 CO précisait que la responsabilité des membres de la direction, du comité de surveillance et de la société elle-même est réglée par les articles 55, 99 et 101 CO et renvoyait ainsi aux dispositions de droit commun. Dans les sociétés anonymes, seule était prévue une action en responsabilité consécutive à la nullité de la société elle-même (art. 671 CO).

962 Ceux qui ont coopéré à la fondation d'une société anonyme étaient responsables, soit envers la société, soit envers chaque actionnaire ou créancier de la société du dommage qu'ils leur auraient causé:

- (i) en formulant ou en répandant sciemment, dans des circulaires ou des prospectus, des assertions mensongères;
- (ii) en concourant sciemment à dissimuler ou à déguiser dans les statuts des apports ou transmissions de biens ou des avantages accordés à certains actionnaires ou à d'autres personnes, contrairement à l'art 619 al. 1^{er}.

¹²³⁸ ATF 20 I 940 du 19 octobre 1894, *Robofthahn c. Dr. Ryf et Ronforten*; ATF 23 I 913 du 28 mai 1897, *St-Gall c. Toggenburgbahn*. V. OKUR (1965), p. 78.

¹²³⁹ FF 1911 II 1.

Le régime antérieur s'articulait autour de la responsabilité spéciale des mandataires sociaux et des contrôleurs tant vis-à-vis de la société (art. 673 CO: les membres de l'administration et les contrôleurs sont solidairement responsables envers la société des dommages qu'ils lui causent en violant ou en négligeant leurs devoirs) qu'envers les actionnaires et les créanciers sociaux (art 674 CO: les membres de l'administration et les contrôleurs sont solidairement responsables envers chacun des actionnaires et créanciers de la société, de tous dommages qu'ils leur ont causés en manquant volontairement aux devoirs que leur imposaient leurs fonctions respectives). 963

L'étude de la jurisprudence du Tribunal fédéral antérieure à l'entrée en vigueur de la loi 18 décembre 1936 témoigne de l'absence de fondement spécifique à l'action en annulation et en nullité d'une décision sociale en droit des sociétés. L'ancienne loi ne proclamait pas ce droit de l'actionnaire, mais la jurisprudence le lui avait reconnu¹²⁴⁰. 964
La totalité du contentieux portait sur la contestation de décisions d'assemblée générale. Les demandeurs devaient faire un détour par le droit commun au soutien de leur argumentation et le Tribunal fédéral s'inspirait des solutions en vigueur dans les pays voisins, principalement en Allemagne.

Dans un arrêt *Gebrüder Oechslin* du 24 janvier 1928¹²⁴¹, le Tribunal fédéral avait posé en principe que l'actionnaire ne peut saisir le juge que dans la mesure où sa demande se rapporte à des éléments sur lesquels il a sans succès sollicité des renseignements avant l'assemblée générale ou au cours de celle-ci, ce qui revenait à exiger la présence de l'actionnaire à l'assemblée. L'arrêt réserve le cas des décisions contraires à des dispositions légales impératives ou aux bonnes mœurs, dont l'actionnaire demeure toujours libre de faire constater la nullité. Le précédent est dans la ligne du droit allemand, d'après lequel l'actionnaire qui n'a pas assisté à l'assemblée générale est en principe déchu du droit d'attaquer les décisions qui y ont été prises, et l'actionnaire présent n'a lui-même ce droit qu'à condition de faire inscrire ses réserves au procès-verbal. 965

Dans un arrêt en date du 7 février 1933¹²⁴², le requérant demande l'annulation des décisions des assemblées générales de la société qui décidaient de l'émission d'actions privilégiées pour violation des droits acquis des autres actions (art. 640 CO) et pour contrariété aux bonnes mœurs (art. 20 CO). Le jugement rendu en première instance préjuge des réformes à venir: le juge rejette la demande, au motif que les décisions attaquées ne sont contraires ni aux statuts, ni à la loi, ni aux bonnes mœurs. En creux, le juge convient donc qu'une décision qui serait contraire soit à la loi, soit aux statuts, soit aux bonnes mœurs serait attaquant. Le Tribunal fédéral précise les contours 966

¹²⁴⁰ RO 41 II 616.

¹²⁴¹ RO 54 II 19 s.

¹²⁴² ATF 59 II 44, consid. 1.

d'une décision «contraire aux bonnes mœurs» qui se confond, dans la définition qui en est donnée par la Haute Juridiction, avec la définition contemporaine d'une décision abusive: «la décision serait contraire aux bonnes mœurs si les bénéficiaires en abusaient pour faire prévaloir leurs intérêts personnels sur ceux de la société ou pour nuire sciemment aux porteurs d'actions ordinaires». Aussi, deux critères sont identifiés pour qu'une décision soit attaquable pour contrariété aux bonnes mœurs: elle doit avoir été adoptée (1) dans l'intérêt personnel des bénéficiaires de la décision et (2) au détriment des intérêts de la société ou des autres actionnaires.

- 967 La contrariété à une disposition impérative a été par la suite confirmée par le Tribunal fédéral comme un autre fondement acceptable d'annulation d'une décision d'assemblée générale, en dépit de tout texte écrit¹²⁴³. En l'espèce, le Tribunal fédéral admettait l'annulabilité d'une décision d'assemblée générale qui modifiait les statuts de sorte que certains actionnaires n'étaient plus représentés au conseil d'administration. L'assemblée générale ne pouvait modifier les statuts dans un sens qui restreint les droits de vote de l'assemblée générale en les transférant à un autre organe ou à des tiers, cette disposition étant impérative¹²⁴⁴.
- 968 Le projet de loi de Arthur Hoffmann de 1923 comportait un volet sur l'annulabilité en droit des sociétés, résultant d'un débat de longue date sur les droits de la minorité, dans un contexte dans lequel le droit suisse, qui avait peu évolué, s'éloignait du droit des pays voisins¹²⁴⁵.
- 969 Les sanctions de la nullité et de l'annulabilité des décisions sociales n'ont été introduites en droit suisse qu'en 1937 avec l'entrée en vigueur de la loi du 18 décembre 1936.

II. Apport de la loi fédérale du 18 décembre 1936 et réformes subséquentes

- 970 La sanction de la nullité en droit des sociétés a été introduite en Suisse par la loi fédérale du 18 décembre 1936¹²⁴⁶. Le Message du Conseil fédéral¹²⁴⁷ à l'Assemblée fédérale à l'appui du projet de loi permet de mettre en perspective le contexte dans lequel la sanction de l'action en annulation (art. 706 CO) a été introduite dans le Code des obligations. Il y est d'abord rappelé que les actionnaires ont des droits personnels inhérents à leur qualité, à savoir celui de participer à l'assemblée générale et celui de contrôler la gestion de la société. Les dispositions proposées relatives au droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale ont, pour la plupart, été puisées dans la ju-

¹²⁴³ ATF 59 II 264 en date du 12 juillet 1933.

¹²⁴⁴ ATF 51 II 333, en ligne avec la décision *S. la commune de Bolligen contre la Worblentalbahn A.-G.*

¹²⁴⁵ ZK-JUNG, art. 620-625, N 17.

¹²⁴⁶ FF 1936 III 609.

¹²⁴⁷ FF 1932 I 217, Message du 12 février 1932

jurisprudence du Tribunal fédéral qui a comblé les lacunes de la loi: il était ainsi déjà admis que le droit d'attaquer est un droit individuel propre à chaque actionnaire. Il a également été admis que le conseil d'administration dispose d'un droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale.

Enfin, nous observons une volonté de limiter strictement aux seuls actionnaires et à l'administration la possibilité d'attaquer les décisions: en effet, le droit des créanciers d'attaquer les décisions obligatoires illégalement prises est remplacé par la subordination des décisions à l'approbation de l'autorité cantonale compétente en matière de concordat¹²⁴⁸. La volonté de limiter les recours en annulation chicanier est clairement affichée, notamment par l'adoption d'un délai de prescription court¹²⁴⁹.

Il résulte de ces débats et projets que le législateur consacre le principe de l'annulabilité des décisions de l'assemblée générale en introduisant un article 706 dans le Code des obligations. En revanche, la nullité n'est pas expressément prévue dans le domaine des sociétés anonymes¹²⁵⁰. L'article 706b CO ne sera introduit que tardivement, avec la loi du 4 octobre 1991¹²⁵¹, mais reprendra la jurisprudence en vigueur¹²⁵². Le législateur considère l'article 706 CO comme une *lex specialis* par rapport à la règle générale des articles 11 al. 2 et 20 CO relatifs à la validité des contrats dont il écarte l'application. Cependant, en marge des dispositions légales régissant les sociétés anonymes, la jurisprudence¹²⁵³ et la doctrine¹²⁵⁴ admettent unanimement que dans certaines circonstances particulières, les décisions sociales peuvent être absolument nulles en ce sens qu'elles ne produisent aucun effet juridique. Mais elles n'ont pas pu établir un principe de portée générale de sorte que la distinction entre la nullité et l'annulabilité demeure parfois difficile à identifier.

La rédaction de l'article 706 CO issue de cette loi du 18 décembre de 1936 est la suivante:

«L'administration et chaque actionnaire peuvent attaquer en justice les décisions de l'assemblée générale qui violent la loi ou les statuts; l'action est dirigée contre la société.

Les décisions ayant pour objet d'introduire des actions à droit de vote privilégié, de même que celles qui ont été prises en vertu du droit de vote attribué à de telles actions,

¹²⁴⁸ Message 1932, p. 384.

¹²⁴⁹ La prescription relative aux sûretés entend empêcher que l'action ne soit exercée dans un dessein de simple chicane (art. 703 CO).

¹²⁵⁰ OKUR (1965), p. 59; BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706b CO, N 1.

¹²⁵¹ RO 1992 733; FF 1983 II 757

¹²⁵² BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706b CO, N 1.

¹²⁵³ ATF 71 I = JdT 1946 I, consid. 2 a.

¹²⁵⁴ PATRY (1964).

peuvent être attaqués en justice lorsqu'elles portent aux intérêts d'actionnaires un préjudice évident sans que le but de la société l'exige.

- 976 Si l'action est intentée par l'administration, le juge désigne un représentant de la société.
- 977 L'action s'éteint si elle n'est pas exercée au plus tard dans les deux mois qui suivent l'assemblée générale.
- 978 Le jugement qui annule une décision de l'assemblée générale est opposable à tous les actionnaires, et chacun d'eux peut s'en prévaloir.»
- 979 De cette rédaction initiale, l'esprit du droit positif trouve ses racines. Bien que la formulation de l'article 706 CO ait été par la suite bouleversée par l'adjonction d'une liste exemplative, le fondement principal de l'action en annulation demeure inchangé: est annulable à la demande d'un actionnaire ou du conseil d'administration toute décision de l'assemblée générale portant un préjudice aux actionnaires non justifié par la sauvegarde de l'intérêt social.
- 980 La période des années 1970 a été marquée par une volonté de renforcer la protection des actionnaires minoritaires. Cette volonté se ressent dans les premières propositions de révisions partielles et dans le rapport intermédiaire de 1972 qui ont abouti à un avant-projet en date du 15 octobre 1975. Les cinq objectifs principaux de la réforme étaient d'améliorer la transparence, de renforcer la protection des actionnaires, d'améliorer l'organisation, de faciliter la mobilisation de capitaux et de prévenir les abus¹²⁵⁵.
- 981 En vue d'atteindre ces objectifs, l'article 706 CO a été modifié et l'article 706*b* CO a été introduit dans le Code des obligations par la loi fédérale du 4 octobre 1991, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1992¹²⁵⁶ qui constitue toujours le droit positif en vigueur. Toutefois, la doctrine regrette que le législateur n'ait pas profité de la réforme de 1991 pour tenter de lever les ambiguïtés portant sur la distinction des causes d'annulabilité et de nullité¹²⁵⁷.
- 982 Les principaux apports de la loi du 4 octobre 1991 ont été l'introduction d'une action en nullité spécifique au droit des sociétés avec l'article 706*b* CO et l'article 714 CO ainsi que l'assouplissement de la détermination de la valeur litigieuse. Ces apports législatifs n'ont pas été sans conséquences, puisqu'on observera une augmentation acceptable du contentieux au cours des vingt dernières années, ce qui porte à croire que cette dernière réforme a eu pour effet de faciliter la recevabilité de la demande. Pour autant la sanction n'a pas été proportionnellement plus souvent prononcée.

¹²⁵⁵ ZK-JUNG, art. 620-625 CO, N 19.

¹²⁵⁶ RO 1992 733; FF 1983 II 757.

¹²⁵⁷ BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706*b* CO, N 3.

Plus récemment, le rapport du groupe de travail en vue de la révision partielle du droit de la société anonyme de Peter Bockli, Claire Huguenin et François Dessemontet¹²⁵⁸ proclame une volonté certaine à mieux protéger, en droit suisse, les droits des minoritaires, mentionnant qu' «il convient d'éviter que les investisseurs en actions ne se détournent d'un pays parce qu'ils doivent craindre que leurs investissements n'y soient moins bien protégés qu'ailleurs¹²⁵⁹». Cependant, le groupe de travail rejette la possibilité de pouvoir contester les décisions du conseil d'administration afin d'assurer l'efficacité de cet organe. Il soutient que cette contestation ralentirait l'exécution des décisions et nécessiterait que l'actionnaire soit informé du contenu des décisions, ce qui irait à l'encontre des intérêts de la société. Ce dernier argument ne nous semble pas pertinent: la consultation du contenu des décisions du conseil d'administration devrait en théorie, selon cet argument, être également nécessaire pour agir en nullité sur le fondement de l'article 706b CO, la nullité étant ouverte à tout intéressé, y compris aux actionnaires; tel n'est pourtant pas le cas, sans que cette absence d'information ne fasse obstacle à l'introduction de l'action en nullité. 983

Section 2: Des causes idéologiques

Différentes influences idéologiques ont également contribué aux divergences observables entre la France et la Suisse en matière de contestation des décisions sociales. En France, le curseur s'oriente vers la protection des minoritaires, alors qu'en Suisse, la stabilité juridique est préférée. Les solutions françaises ont également été influencées par le débat sur la nature contractuelle ou institutionnelle de la société, débat qui n'a pas reçu tant d'échos en Suisse. En revanche, le législateur helvète a été inspiré du régime juridique allemand, largement ignoré en France. 984

§ 1 L'arbitrage entre la protection des minoritaires et la stabilité juridique

En France, la volonté affichée de protéger les droits des minoritaires et des parties prenantes a justifié de faciliter l'ouverture et la recevabilité de l'action en nullité des décisions sociales sur le plan procédural (I). A l'inverse, en Suisse, les actionnaires minoritaires sont perçus comme une source de conflits chicaniers menaçant la stabilité juridique et la célérité de la vie des affaires. Ce parti pris a justifié de verrouiller autant que possible la recevabilité de l'action en annulation (II). 985

¹²⁵⁸ CEDIDAC n° 59.

¹²⁵⁹ CEDIDAC n° 59, N 3.2.

I. En France: la volonté du législateur de protéger les actionnaires minoritaires

- 986 L'arbitrage est délicat: d'une part, le législateur s'est efforcé de contenir les nullités, et d'autres part, il en a reconnu la nécessité malheureuse pour protéger les intérêts des minoritaires principalement, mais aussi des parties prenantes.
- 987 Cette recherche d'un «juste milieu» résultant d'arbitrages entre des intérêts divergents existe de longue date en France: déjà en 1680, le Parlement de Paris refusait de prononcer la nullité des sociétés non publiées en dépit des exigences légales¹²⁶⁰. Les grandes lois sur les sociétés anonymes de la fin du XIX^e siècle n'offraient pas une grande protection des actionnaires et des créanciers, ce qui peut partiellement expliquer les débâcles des premières grandes crises boursières de 1873 et 1882 et le renforcement légal opéré par la loi du 1^{er} août 1893 et par la jurisprudence qui s'en est suivit. Cependant, c'est réellement la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 qui s'est attachée à organiser des instruments de protection des actionnaires minoritaires, au titre desquels compte l'action en nullité des décisions des organes sociaux. Depuis cette date, la loi mais surtout la jurisprudence ont peu à peu affiné et renforcé cette protection des minoritaires dans un mouvement lent mais effectif¹²⁶¹.
- 988 L'un des arguments en faveur de la protection des minoritaires est de permettre à la minorité d'agir comme «organe» de contrôle de la dérive éventuelle de la majorité. Selon Michel Germain, les droits des minoritaires n'ont pas atteint en France un état stable: il prédit qu'ils devraient se développer d'avantage dans le futur en leurs permettant d'être «la conscience active de l'état collectif». Il soutient que dans l'action en responsabilité ou en nullité, «le minoritaire remplit le plus souvent le rôle d'un agent de légalité de la société» et constitue, selon la formule de Dominique Schmidt, un «organe subsidiaire de la société»¹²⁶².
- 989 La volonté de protection des minoritaires est sous-jacente d'une volonté politique. Dès les années 1980, certaines questions ministérielles mettent déjà l'accent sur cet aspect. Un sénateur¹²⁶³ s'inquiète que l'absence de consultation des actionnaires dans les sociétés de capitaux soit de nature à dissuader les investisseurs français et étrangers à prendre des participations minoritaires dans des sociétés françaises. La réponse du ministère se borne à rappeler l'arsenal de dispositions existantes au bénéfice des minoritaires, dont l'action en abus de majorité. Par la suite, le rapport Marini témoigne de cette même volonté politique, en avançant «la protection des créanciers et des actionnaires minoritaires» comme un argument de réformes législatives.

¹²⁶⁰ AZAVANT (2013), N 2.

¹²⁶¹ GERMAIN (2002), N 1.

¹²⁶² GERMAIN (2002), N 27.

¹²⁶³ Question écrite n° 05317 de M. Jean-Paul Chambirard (JO Sénat 22 juin 1989, p. 937).

La volonté de protéger les minoritaires tient, en France, autant de l'équité (protection 990 des petits épargnants, égalité des armes face aux majoritaires et aux dirigeants) que de la recherche d'une compétitivité en matière d'attraction des investissements. L'objectif affiché du législateur et la volonté politique sous-jacente est de donner aux minoritaires les outils nécessaires à leur activité, celle-ci étant supposée tendre vers une maximisation de leurs investissements c'est-à-dire à la maximisation de la valeur actionnariale de la société. Les minoritaires ont en ce sens un rôle de contrôle de la direction et de la majorité¹²⁶⁴. La contrepartie de l'octroi des droits et des moyens de protection aux minoritaires est le développement de l'activisme actionnarial, que les sociétés soient cotées ou non cotées, et inversement le développement de l'activisme actionnarial favorise un environnement législatif plus transparent et une meilleure gouvernance d'entreprise¹²⁶⁵. Pour autant, la montée de l'activisme au cours des dernières années ne s'explique par aucun changement législatif¹²⁶⁶.

Sur les cent-vingt sociétés sujettes à un processus d'activisme de janvier 1989 à décembre 2000, les actionnaires minoritaires cherchaient principalement à faire annuler 991 une clause statutaire, démontrer des abus de droit et abus de biens sociaux, contester des décisions d'investissement ou la politique de dividendes ou encore obtenir le contrôle minoritaire par une représentation au conseil d'administration¹²⁶⁷. Au sein des sociétés françaises cotées et non cotées, 62.86 % des cas de mécontentement des minoritaires activistes se matérialisent par des actions judiciaires¹²⁶⁸.

Pour autant, le développement de l'activisme actionnarial que rend possible une plus 992 grande protection des minoritaires en France est-il porteur d'effets positifs ? Le débat reste ouvert. En effet, les études empiriques n'offrent aucun résultat convaincant sur les effets positifs ou négatifs de l'actionnariat activiste sur la richesse des actionnaires¹²⁶⁹. Certaines études soutiennent que le rôle des minoritaires est important et souhaitable car il réduit les coûts d'agence et contribue au développement des marchés financiers¹²⁷⁰. D'autres au contraire soutiennent que le fait d'accorder plus de droits aux actionnaires n'améliorent pas les performances financières des sociétés¹²⁷¹

¹²⁶⁴ GIGARD (2002), pp. 183-202.

¹²⁶⁵ CHO/KIM/LEE (2020) : dans le sens que le développement des fonds activiste encourage une meilleure gouvernance d'entreprise et plus de transparence ; FAHMO/OMAR (2005).

¹²⁶⁶ Rapport WOERTH (2019).

¹²⁶⁷ GIGARD (2002), p. 188.

¹²⁶⁸ GIGARD (2002), p. 192.

¹²⁶⁹ BLACK (1998), p. 2 ss : *One could hardly say that institutional investor activism is a bad thing. But her best reading of the currently available evidence is that institutional investor activism doesn't importantly affect firm performance. In particular it can't substitute for a vigorous corporate control market.*

¹²⁷⁰ SOLOMON (2017), p. 760 ss.

¹²⁷¹ «Agency-cost essentialism holds that firms that give less power to shareholders will consistently generate lower financial return than those that empower shareholders. Yet careful

ou encore contestent la position du Livre vert sur la gouvernance d'entreprise de la Commission européenne¹²⁷² qui part du postulat que la facilitation du vote des actionnaires améliore la création de valeur à long terme¹²⁷³.

993 Enfin, les récentes batailles d'activistes en France¹²⁷⁴ (affaire Casino-Muddy Waters¹²⁷⁵, affaire Lagardère-Amber Capital¹²⁷⁶, affaire Danone-Bluebell Capital et Artisan Partners¹²⁷⁷, pour ne citer que les plus récentes) ont agité la doctrine et le milieu politique, au point de se demander si, finalement, le risque d'abus et de déstabilisation de la gestion des sociétés par les minoritaires activistes n'était pas devenu prédominant¹²⁷⁸.

II. En Suisse: la prévalence du majoritaire et la volonté de garantir la sécurité juridique

994 Selon une certaine théorie largement admise, la majorité est garante de l'intérêt social, car les majoritaires, dont la prise de risque est plus élevée en raison de l'importance de leur investissement, ont un intérêt à la bonne marche des affaires qu'ils s'efforcent de sauvegarder¹²⁷⁹. Les minoritaires, en entrant dans la société, acceptent de se soumettre au vote de la majorité¹²⁸⁰. Par conséquent les intérêts des autres actionnaires sont aussi sauvegardés. Se consacrant d'avantage que les autres à la société, les actionnaires majoritaires sont considérés comme mieux placés pour juger de l'intérêt social¹²⁸¹. Mais

empirical studies refute this claim. » GOSHEN/SQUIRE (2017), p 770 dans une critique des théories se fondant sur les coûts d'agence.

¹²⁷² COM (2011), p. 164.

¹²⁷³ « *Our research sheds doubt on the current role of shareholder voting in listed companies as a strategic governance tool for this type of value creation* », VAN DER ELST (2012).

¹²⁷⁴ « Pourquoi les fonds activistes font si peur à la France », Laurence Boisseau, Les Echos, 4 février 2020; « La place de Paris se mobilise face aux fonds activistes », Laurence Boisseau, Les Echos, 6 juin 2019.

¹²⁷⁵ « L'AMF suspecte l'activiste Muddy Waters de tromperie », Isabelle Chaperon, Le Monde, 6 juin 2019; « Casino contre Muddy Waters: le duel qui enflamme la place française », Isabelle Couet, Les Echos, 5 juillet 2020

¹²⁷⁶ « Arnaud Lagardère sauve sa tête face à Amber Capital », Jamal Henni, Capital, 05 mai 2020; « Bataille d'actionnaires chez Lagardère: Vivendi et Amber perdent une nouvelle manche en appel », Le Monde, 17 décembre 2020.

¹²⁷⁷ « Danone: Bluebell Capital et Artisan Partners augmentent la pression », Capital, 26 février 2021.

¹²⁷⁸ Rapport PRADA (2019); Rapport WOERTH (2019).

¹²⁷⁹ OKUR (1965), p. 19.

¹²⁸⁰ SCHENKER (2015), p. 18 ss; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (2018), § 16 N 350: en contrepartie du sa soumission à l'actionnaire majoritaire, l'actionnaire minoritaire se voit accorder certains droits.

¹²⁸¹ Message CF, 21 février 1928, p. 28; ATF 69 II 246 du 29 juin 1943 = JdT 1944 I 45: est attaquable la violation d'un principe non écrit comme le traitement égal de tous les actionnaires non justifié par les intérêts de l'ensemble des actionnaires et qui n'est pas par conséquent pas fondée.

cette conception n'est pas toujours fondée: les majoritaires disposent des moyens de défendre leurs intérêts personnels qui ne sont pas nécessairement à ceux de la société. Le pouvoir de l'actionnaire majoritaire est absolu car il n'engage pas sa responsabilité dans l'exercice de ses pouvoirs. Dans les années 1960 et 1970, le fait majoritaire était consacré par la doctrine et la jurisprudence, soutenant que l'actionnaire minoritaire se soumet consciemment à la volonté de la majorité et reconnaît que la majorité prendra des décisions contraignantes même si elle ne parvient pas à la meilleure solution possible¹²⁸². Certains auteurs ont donc regretté cette prévalence du fait majoritaire en droit suisse, qui a eu pour conséquence de trop grandes réticences des juges à admettre l'annulation d'une décision sociale viciée¹²⁸³. Ce n'est finalement que lors de la révision du droit des sociétés anonymes de 1991 que l'objectif d'une meilleure protection des actionnaires minoritaires a été endossée par le législateur, comme «la fleur bleue du romantisme¹²⁸⁴».

«Tout ce qui introduit de la sécurité comporte une part d'iniquité¹²⁸⁵» écrit un auteur 995 français. Entre sécurité juridique et équité, il semble que le législateur suisse, encouragé par la doctrine, ait vivement penché en faveur de la première. La crainte du législateur suisse concernant l'action en contestation réside principalement dans le risque de chicane d'une part et d'autre part dans le risque d'insécurité juridique¹²⁸⁶. Le risque de chicane justifie que la légitimité active de l'action soit restreinte. Le risque d'insécurité juridique lié à la mise en œuvre de la sanction justifie d'en rendre le prononcé exceptionnel. Ces deux arguments planent en toile de fond de toutes les réformes en droit des sociétés, et expliquent le positionnement particulièrement prudent du législateur et de la jurisprudence sur l'action en nullité et en annulation des décisions sociales.

La menace de chicane est régulièrement agitée comme un épouvantail par la doctrine 996 helvète, qui soutient que les actions en annulation peuvent être intentées de manière abusive par un actionnaire qui harcèle la direction afin d'obtenir un avantage injustifié¹²⁸⁷. Un éminent auteur regrette ainsi que les législateurs aient réduits les obstacles des demandeurs sans prêter attention aux risques de blocage et de paralysie de la société attaquée¹²⁸⁸, susceptibles de nuire à tous les actionnaires. Ce même auteur soutient qu'un droit des sociétés qui donnerait trop facilement la possibilité pour un actionnaire individuel de bloquer les instances et les décisions sociales serait déséquilibré et invite à une évaluation des avantages et des inconvénients de cette législa-

¹²⁸² ATF 99 II 62; ATF 102 II 269; SCHENKER (2015), p. 18.

¹²⁸³ BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706 CO, N 15a.

¹²⁸⁴ BK-NOBEL § 9 N 75.

¹²⁸⁵ FONTMICHEL (2016), p. 1165.

¹²⁸⁶ GRAF (2016), § 8 N 804.

¹²⁸⁷ BSK-DUBS/TRUFFER, art. 706 CO, N 1a.

¹²⁸⁸ BÖCKLI (2009), § 16 N 133.

tion¹²⁸⁹. Il illustre son propos en soutenant que l'action en annulation est une aubaine pour exercer des pressions sur le conseil d'administration et sur la majorité des actionnaires¹²⁹⁰.

997 Nous relevons qu'il est paradoxal que la doctrine suisse se méfie autant des actions chicanières des actionnaires minoritaires mais que la jurisprudence n'a pas pour autant développé un régime spécial sanctionnant l'abus de minorités comme en France¹²⁹¹. Aussi, le majoritaire qui voudrait se défendre contre les minoritaires chicaniers devrait se fonder sur l'abus de droit prévu en droit commun (art. 2 CC), lorsque le demandeur cherche, par les voies de droit, à bloquer le fonctionnement normal de la société afin de l'amener à des concessions incompatibles ou manifestation disproportionnées avec le motif de contestation¹²⁹².

998 Le législateur a préféré restreindre considérablement les voies d'action des actionnaires, au risque inique de laisser dépourvu ceux dont la légitimité à agir est bien fondée.

999 Cette perception méfiante des minoritaires a toutefois tendance à s'effriter. En premier lieu, un pan significatif des théories de *Law & Economics*¹²⁹³ soutient que les minoritaires ont un rôle important de contre-pouvoir garantissant l'efficacité économique des sociétés, notamment en veillant à prévenir des conflits d'intérêt potentiel lorsque le majoritaire est également un dirigeant, ou encore à empêcher la pratique du *tunneling*, par laquelle un dirigeant ou un actionnaire majoritaire détourne des actifs de la société au profit de son intérêt personnel¹²⁹⁴. Le Conseil fédéral avait d'ailleurs reconnu dans son Message du 23 février 1983 la protection des actionnaires comme précaire en droit suisse et fustigeait la déficience de la loi en la matière¹²⁹⁵. Par la suite, certains auteurs helvètes relèvent que le droit des sociétés anonymes en Suisse consacré par la réforme de 1991 aurait dû accorder une part plus essentielle à la protection des minoritaires par comparaison à la protection des créanciers¹²⁹⁶. Cela s'est concrétisé par

¹²⁸⁹ BÖCKLI (2009), § 16 N 135.

¹²⁹⁰ BÖCKLI (2009), § 16 N 137.

¹²⁹¹ Cass. com., 9 mars 1993, P+B, n° 91-14.685, *Flandin c/Sté Alarme Service*; RJDA 4/93 n° 323, concl. Raynaud, p. 253 JurisData n° 1993-000497; Dr. sociétés 1993, comm. 95, obs. H. Le Nabasque; JCP E 1993, II, 448, note A. Viandier; JCP N 1993, II, 293, note J.-F. Barbiéri; JCP G, 1993, 22107, note Y. Paclot; Bull. civ. 1993, IV, n° 101; BJS 1993, p. 537, note P. Le Cannu; Rev. soc. 1993, p. 203, note Ph. Merle; D. 1993, p. 363, note Y. Guyon; Adde, M. Cabrillac, De quelques handicaps dans la construction de la théorie de l'abus de minorité, Mélanges A. Colomer: Litec 1993; CONSTANTIN (2003), p. 213.

¹²⁹² BÖCKLI (2009), § 16 N 137.

¹²⁹³ DAHYA/ORLIN/MCCONNELL (2008); LA PORTA/LOPEZ-DE-SILANES/VISHNY (2002); MCLEAN/ZHANG/ZHAO (2012).

¹²⁹⁴ ATANASOV/BLACK/CICCOTELLO, (2011).

¹²⁹⁵ Message du 23 février 1983 concernant la révision du droit des SA: FF 1983 II 765.

¹²⁹⁶ KUNZ (2001), p. 423.

l'introduction de l'article 706b CO, notamment en entachant de nullité les décisions de l'assemblée générale lésant certains droits des actionnaires comme le droit de participer à l'assemblée générale. La révision de 1991 permet également d'alléger les frais de procédure basés sur la valeur litigieuse afin qu'ils soient moins dissuasifs pour le demandeur. Pour autant, nous ne partageons pas totalement la position de Peter Kunz lorsqu'il écrit que l'objectif de la révision du droit des sociétés anonymes de 1991 en matière de protection des actionnaires a été atteint¹²⁹⁷. Des réformes, sans pour autant bouleverser l'ordre juridique en place, seraient susceptibles d'améliorer le régime actuel de l'action en nullité et en annulation.

Concernant la sécurité juridique, les auteurs helvètes relèvent, avec raison, que les décisions du conseil d'administration et de l'assemblée générale doivent pouvoir être mises en œuvre rapidement, sans remise en cause ultérieure, sous peine de gêner la bonne marche des affaires¹²⁹⁸.

§ 2 Des conceptions théoriques de la société différentes

I. En France : l'influence de la théorie de l'institution et des théories de *corporate governance*

La définition de la notion de société a longtemps animé un débat doctrinal vigoureux : la société de droit privé doit-elle s'analyser comme un contrat ou comme une institution¹²⁹⁹? Si certains ordres juridiques ont des conceptions tranchées comme aux Etats-Unis où la société s'analyse en un nœud contractuel, en Suisse, le débat n'aura pas eu d'échos retentissants, quoique le caractère contractuel soit souvent rejeté en présence de société par action¹³⁰⁰.

En revanche, la question aura agité avec intensité la doctrine française pendant plus d'un siècle, reflétant les difficultés d'appréhender la réalité de la société¹³⁰¹. En l'état du droit positif français, «le débat classique entre contractualiste et institutionnaliste est sans doute aujourd'hui dépassé»¹³⁰² et la tendance est à la synthèse¹³⁰³. La société

¹²⁹⁷ KUNZ (2001), p. 423.

¹²⁹⁸ BÖCKLI (2009), § 16 N 164.

¹²⁹⁹ COZIAN/VINDIER/DEBOISSY (2021), N 666; pour une synthèse: v. LE CANNU/DONDERO (2019), N 267 ss.

¹³⁰⁰ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), N 17, p. 7; N 122 et s., p. 92.

¹³⁰¹ Pour une synthèse des débats doctrinaux opposant partisans du contractualisme contre défenseurs de l'institutionnalisme, voir: ALCOUFFE/KALWEIT (2003), p. 177; GOFFAUX-CALLEBAUT (2008), N 13; BERTREL (1996); MASSART (2006).

¹³⁰² GASTAUD, préface de la thèse de GOFFAUX-CALLEBAUT (2008).

¹³⁰³ MASSART (2006), voir comm. et réf. sous la note (129); LEDOUX (2002), p. 2: «la querelle entre les partisans de la société-contrat et les adeptes de la société-institution, qui aujourd'hui n'intéresse plus guère la doctrine.» et réf. sous la note (9).

est par certains aspects un contrat et par d'autres une institution, aucune des deux approches n'étant à elle seule entièrement satisfaisante¹³⁰⁴. La société est organisée sur une base contractuelle car elle procède des statuts, mais son fonctionnement s'appréhende par la théorie institutionnelle. Sa naissance et sa mort sont contractuelles, son existence est institutionnelle. Certains proposent de dépasser les difficultés liées à la notion de contrat attachée à la qualification des statuts au profit de celle de déclaration de volonté (ou d'acte unilatéral en présence de société unipersonnelle)¹³⁰⁵, ou encore en qualifiant les statuts de «contrat-institution»: le contrat de société permet de mettre en place un «ensemble organisé qui contient la réglementation d'une donnée concrète et durable de la vie sociale qui est constitué par un nœud de règles juridiques vers un but commun¹³⁰⁶». Dépassant leurs limites internes et leurs contradictions apparentes, ces deux conceptions idéologiques de la société sont aujourd'hui conjointement reflétées dans le droit contemporain des sociétés en France¹³⁰⁷. La combinaison du contrat et de l'institution associe les avantages de l'un et de l'autre en permettant à l'entreprise d'avoir une structure adéquate et de s'inscrire dans la durée afin de mener à bien le projet commun¹³⁰⁸.

- 1003 Il n'en demeure pas moins que les évolutions législatives du droit des sociétés auront été influencées par les vagues successives, tout au long du XX^e siècle en faveur de l'une ou l'autre approche, qualifiant tantôt la société de nature contractuelle tantôt d'institution.
- 1004 Si pour certains ces enjeux n'ont aucune implication pratique¹³⁰⁹, l'approche retenue aura cependant eu une influence sur certaines orientations législatives en matière de droit des sociétés et particulièrement sur l'organisation de la société et des rapports qui régissent son fonctionnement, au titre desquels figurent les voies de droits permettant de contester les décisions de organes sociaux¹³¹⁰.
- 1005 Nous n'échappons pas à des présentations succinctes¹³¹¹ des approches contractualistes et institutionnalistes de la société commerciale, bien connues du juriste français mais peut être moins familières au juriste suisse. Ce cadre doctrinal constitue le prisme de l'analyse en droit français. Toutefois, nous tenterons d'éviter l'écueil qui

¹³⁰⁴ Voir le récapitulatif de BERTREL (1995) sous la note (39).

¹³⁰⁵ BERTREL (1996), voir comm. et réf. sous la note (39).

¹³⁰⁶ GOFFAUX-CALLEBAUT (2008), reprenant J.J. NEVER, Le contrat institution, LPA 19 juin 1995 n° 73, p. 4 et s.

¹³⁰⁷ GOFFAUX-CALLEBAUT (2008), N 1, p. 9.

¹³⁰⁸ GOFFAUX-CALLEBAUT (2008), N 19, p. 25.

¹³⁰⁹ BERTREL (1996), voir les comm. et réf. sous la note (31).

¹³¹⁰ ANSAULT (2012), N 26.

¹³¹¹ D'excellentes présentations résumant les thèses, implications et critiques de chacun de ces courants doctrinaux sont disponibles, et il ne relève pas de notre propos d'entrer plus en détails. Voir notamment: BERTREL (1996), p. 595; MASSART (2006).

consisterait à transposer ce cadre théorique à notre analyse du droit suisse, qui y est étranger et s'est construit sous d'autres influences.

A. *L'approche contractuelle*

1. La société analysée comme un contrat

Trouvant son origine dans le droit romain¹³¹², la société est définie comme et par une convention par laquelle les associés s'engagent entre eux à la réalisation d'un objectif commun et aux partages des bénéfices et des pertes¹³¹³. En conséquence, le droit commun des contrats ainsi que les principes généraux du droit des contrats régissent les rapports entre les parties et les statuts et l'intérêt social correspond à la somme des intérêts individuels des associés¹³¹⁴. 1006

Cette perception a dominé le XIX^e siècle en France sous l'impulsion de Domat¹³¹⁵ et Pothier¹³¹⁶. Le Code civil napoléonien dans son article 1832 al. 1 définissait la société comme «un contrat»¹³¹⁷, qui se présente davantage comme une coexistence d'individualités que comme une véritable communauté¹³¹⁸. Par ailleurs, le fait que la société est envisagée par le Code civil au titre des contrats spéciaux confirme sa nature contractuelle pour certains¹³¹⁹. La conception classique aborde donc la société comme un contrat doté de certaines spécificités¹³²⁰. 1007

Le débat théorique sur le caractère contractuel ou institutionnel de la société n'a pas connu la même ampleur en Suisse qu'en France. L'approche contractualiste prédomine en Suisse, où l'article 530 al. 1 du Code des obligations définit la société comme «un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun». Le contrat de société n'a qu'une fonction constitutive dans les communautés de droit, dépourvues de la personnalité 1008

¹³¹² BERTREL (1995), voir réf. citées sous la note (29).

¹³¹³ L'approche contractuelle issue du droit romain a prévalu au travers de la doctrine classique sous la plume notamment de POTHIER (1807).

¹³¹⁴ LEGROS, Les sociétés commerciales, JCI Fasc. 32-40.

¹³¹⁵ DOMAT, Loix civiles, Civ. Ire, Titre VIII, *in principio*, cité par BERTREL (1996), sous la note (79).

¹³¹⁶ POTHIER (1807), cité par BERTREL (1996) sous la note (80).

¹³¹⁷ Dans sa rédaction initiale de 1804, l'article 1832 du Code civil était rédigé dans les termes suivants : «La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter». La nouvelle rédaction de l'article 1832 issue de la loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 s'inscrit dans une recherche de synthèse des théories contractuelles et institutionnelles : «La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter».

¹³¹⁸ GASTAUD (1977), p. 3.

¹³¹⁹ GOFFAUX-CALLEBAUT (2008), N 19, p. 25.

¹³²⁰ LE CANNU/DONDERO (2019), N 44 et N 108 ss ; N 291 ss.

morale¹³²¹, alors qu'il revêt également une fonction organisatrice dans la corporation. Sans pour autant endosser une approche institutionnelle comparable à la doctrine française, les auteurs suisses concèdent que si certes l'acte constitutif mérite le qualificatif de contrat¹³²², les statuts ne peuvent plus être analysés comme tel par la suite car ils ne pourront être modifiés que par une décision majoritaire et non pas, sauf exception, par une décision unanime¹³²³. Aussi la corporation devient à l'égard des associés fondateurs «un corps de règle objectif qui continue d'exister indépendamment de l'accord et de la participation de chacun des fondateurs pris individuellement»¹³²⁴. Cette approche a le mérite de tenir compte d'une dimension temporelle. On peut toutefois lui reprocher de ne pas tirer les conséquences de son constat: si, à l'exclusion de l'acte constitutif, les statuts ne peuvent être qualifiés de contrat, que sont-ils donc et comment peut-on juridiquement justifier l'évolution protéiforme de la qualification d'un acte demeuré en substance inchangé?

1009 Dès lors que la société résulte d'un contrat, celui-ci est soumis au principe de liberté contractuelle. Concédant en conséquence une part importante à l'autonomie des volontés dans l'organisation des sociétés¹³²⁵, le corpus législatif suisse est constitué de moins de règles impératives que le cadre légal français tel qu'il existe aujourd'hui en droit des sociétés¹³²⁶. Ce dernier, à l'exclusion du cas particulier de la société par actions simplifiée (SAS), ne laisse que peu de place au principe de liberté contractuelle et à l'autonomie des volontés et s'accorde en conséquence mal avec le droit des contrats¹³²⁷.

2. Limites de l'approche contractuelle

1010 La doctrine française a mis en avant les limites de l'approche contractuelle pour s'éloigner progressivement de la conception napoléonienne et contractuelle de la société. La principale critique est de ne pas tenir compte des acteurs autres que les seuls associés mais néanmoins impliqués dans le fonctionnement et l'organisation de la société tels que, à titre principal, les organes de gestion, les salariés et les créanciers.

1011 De plus, l'approche contractuelle échoue à expliquer l'application du principe majoritaire à la prise de décision des organes sociaux¹³²⁸. En effet, la modification du contrat

¹³²¹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), p. 49 et s.: la principale distinction entre corporation et communauté de droit tient à l'absence de personnalité morale dans les secondes et à l'absence de base contractuelle dans les premières. Voir aussi JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (2021), § 8.

¹³²² JUNG (2015), pp. 182, 193.

¹³²³ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), N 124, p. 93.

¹³²⁴ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), N 125, p. 93.

¹³²⁵ BÖCKLI (2009), N 21, p. 31.

¹³²⁶ CHAMPAUD (1987), p. 125.

¹³²⁷ CHAMPAUD (1987), p. 125.

¹³²⁸ MASSART (2006), en particulier les comm. et réf. sous la note (106) renvoyant à HAURIOU (1906), p. 134; RENARD (1930); LE CANNU/DONDERO (2019), N 271.

ne peut résulter que de l'accord unanime de toutes les parties. En revanche en droit des sociétés, la nécessité d'un accord unanime des associés lorsque le capital social est détenu par un nombre important d'actionnaires risquerait de déboucher sur une paralysie des organes sociaux et donc sur un blocage de l'activité de la société. Tenant compte de la réalité du droit des affaires, le droit français et le droit suisse prévoient que les statuts puissent être modifiables à la majorité qualifiée en principe, voire à l'unanimité pour des décisions d'une certaine gravité. En France comme en Suisse, l'émergence du principe majoritaire au détriment de la règle de l'unanimité d'une part, et d'autre part du principe proportionnel a contribué à estomper les droits individuels des actionnaires à mesure que la loi du plus grand nombre s'affirmait¹³²⁹.

B. L'approche institutionnelle (1900-1930)

1. La société analysée comme une institution et les difficultés de l'approche institutionnelle

En France, la théorie de l'institution a été initialement développée par le Doyen Maurice Hauriou¹³³⁰ comme un paradigme de compréhension du droit administratif lorsque la matière n'était qu'à ses balbutiements. Des auteurs ultérieurs ont eu recours à sa théorie comme cadre analytique de la société¹³³¹.

Pour Maurice Hauriou¹³³², une institution est (1) une idée d'œuvre ou d'entreprise qui (2) se réalise et dure juridiquement dans un milieu social; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure (3) des organes; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit (4) des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures.

La société peut être effectivement perçue comme une institution dans la mesure où¹³³³ :

- l'intérêt social (qui se distingue de l'objet social) constitue une «idée d'œuvre»: il est à la fois un objectif à atteindre et un moyen pour atteindre les objectifs;
- la société dure juridiquement: bien que les associés puissent décider de dissoudre la société à tout moment, le contrat de société est conclu pour une durée maximale

¹³²⁹ LEDOUX (2002), p. 5: «Les progrès constant de la loi de la majorité en droit des sociétés, depuis la loi du 24 juillet 1867 jusqu'aux années trente, ont entraîné un recul du pouvoir d'opposition de l'actionnaire isolé».

¹³³⁰ HAURIOU (1906).

¹³³¹ RENARD (1923) et GAILLARD (1933), cités par BERTREL (1996), sous la note (84); LE CANNU DONDERO (2019), N 272, note 6.

¹³³² MILLARD (1995), p. 395.

¹³³³ LEBLOND (1957), p. 26: «La société anonyme peut être présentée comme une institution de droit privé c'est-à-dire un groupement de personnes réunies dans un intérêt commun, en vue de réaliser une idée-mère – l'objet social – par le moyen d'une organisation permanente, dans laquelle, en vertu d'une réglementation légale, chacun des organes sociaux a une fonction déterminée, dont on ne peut le priver et à laquelle il ne peut renoncer».

de 99 ans à compter de son enregistrement au registre du commerce et des sociétés (art. 1838 C. civ.), durée qui peut être prorogée;

- la société est une structure dont l'organisation présente un degré de complexité plus ou moins grand, et cette organisation repose sur la désignation d'organes de gestion et de contrôle, ces derniers pouvant être internes ou externes, dont l'objectif est la réalisation de l'objet social par la mise en œuvre de moyens respectant l'intérêt social;
- les rapports entre les organes et les procédures permettant à ceux-ci d'exprimer une volonté sont réglés par la loi et par les statuts.

1015 Selon la théorie institutionnelle, l'organisation est au service durable¹³³⁴ de la réalisation de l'œuvre et repose sur deux éléments: la séparation des pouvoirs et le régime représentatif. Concernant le principe de séparation des pouvoirs, Montesquieu l'appréhende en distinguant la faculté d'agir et la faculté d'empêcher¹³³⁵. Mais Hauriou affine cette approche en distinguant la compétence intuitive de la décision exécutoire, la compétence discursive du pouvoir délibérant et le pouvoir du suffrage ou pouvoir d'assentiment¹³³⁶. Cependant, lorsqu'il s'agit d'appliquer le principe de séparation des pouvoirs au régime représentatif à la société commerciale, la théorie institutionnelle trouve rapidement ses limites. Il est vrai que l'organisation de la société s'emploie à mettre en œuvre un équilibre de pouvoir et de contre-pouvoir dans l'approche contractualiste anglo-saxonne ou de pondération des intérêts des multiples parties prenantes dans l'approche institutionnelle allemande¹³³⁷. L'assemblée générale présenterait un caractère législatif¹³³⁸ dans la mesure où elle détient la compétence exclusive de modifier les statuts. Le conseil d'administration serait l'organe exécutif. Au soutien de cette approche critiquable, la formation de la volonté sociale est analysée comme l'émanation d'une assemblée générale des associés souveraine et toute puissante, qui serait au sommet d'une supposée hiérarchie des organes¹³³⁹. Mais l'analogie entre la

¹³³⁴ LE CANNU/DONDERO (2019), N 272: «un groupement humain, organisé de façon durable pour la réalisation d'une idée.»

¹³³⁵ MONTESQUIEU (1758), chap. 6, Livre XI.

¹³³⁶ Voir MILLARD (1995), p. 395 pour une explication détaillée.

¹³³⁷ ALCOUFFE/KALWEIT (2003), p. 178.

¹³³⁸ TRIGO TRINDADE/BAHAR (2002), p. 390: «L'assemblée générale des actionnaires fonctionne essentiellement comme un pouvoir législatif ainsi que comme un corps électoral»; BAHAR (2005), p. 86 «la société anonyme est fondée sur le principe de démocratie selon lequel les actionnaires doivent contrôler la société. Leurs compétences sont les compétences typiques d'un corps électoral et d'un organe législatif».

¹³³⁹ SCHMIDT (1968), p. 74 ss. *Contra*: LEDOUX (2002), p. 2 emploie l'expression de «fiction démocratique»: «la souveraineté des actionnaires est une chimère, elle n'existe que dans les textes, la réalité du fonctionnement des sociétés est tout autre.» et N 20, p. 32: «Il est certes possible de trouver des éléments de comparaisons, mais il ne faut pas pousser l'analogie trop loin. Il importe peu que la société anonyme s'apparente plus à une démocratie ou à une ploutocratie.»; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), N 354 et s., p. 601. L'assemblée générale est qualifiée de pouvoir suprême par la loi (art. 698 al. 1er CO), mais relève que dans les faits

société commerciale et le régime démocratique représentatif contemporain, bien que défendue par certains auteurs¹³⁴⁰, nous semble hasardeuse dans la mesure où :

- dans les faits, et c’est particulièrement le cas dans les sociétés cotées comptant une multitude de petits porteurs (et en l’absence d’actionnaire activiste ou d’actionnaire de contrôle), l’assemblée générale fonctionne généralement comme un organe qui «entérine» les décisions de gestion et la stratégie décidés par l’organe de gestion. Elle n’insufflé pas véritablement d’impulsion décisionnaire à la société, alors que la loi confère aux actionnaires la possibilité d’influencer la gestion de la société notamment en leur permettant d’ajouter des points à l’ordre du jour de l’assemblée générale sous réserve de détenir au moins 5% du capital en France et, suite à la révision du droit des sociétés du 19 juin 2020, au moins 0.5% du capital-actions ou des voix dans les sociétés cotées en Suisse et 5% dans les sociétés non cotées¹³⁴¹ ;
- l’organe de gestion ne se limite pas à exécuter une stratégie définie par l’assemblée générale. La gestion de la société implique nécessairement la prise de décisions quotidiennes mettant en œuvre une stratégie de long terme (en matière d’organisation interne, de prospection, etc.) dont les contours et les modalités ne font pas nécessairement l’objet d’un vote d’approbation préalable de l’assemblée générale. En droit suisse, la définition de la stratégie relève même des compétences inaliénables du conseil d’administration.

L’assemblée des actionnaires serait donc, selon la thèse discutable de l’analogie entre 1016 démocratie et fonctionnement de l’assemblée générale, l’épicentre du pouvoir décisionnaire, de la formation de la volonté sociale sur certaines des grandes orientations de la société et de contrôle des organes de gestion, alors que les organes de gestion seraient cantonnés à l’application des décisions de l’assemblée générale. Il nous semble que ce schéma théorique est caricatural. Nous sommes plutôt d’avis que le pouvoir décisionnaire est diffus entre les organes de contrôle et de gestion. De même, le pou-

les décisions sont prises par le conseil d’administration ou la direction qui préparent les propositions correspondantes à l’intention de l’assemblée générale. V. ég. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (2018), § 16 N 473 ss.

¹³⁴⁰ GUYON (2001), p. 133 ss. Notre position est que certes, il est tentant de rapprocher l’existence du fait majoritaire dans la prise de décision des assemblées générales au phénomène de «coup de force symbolique» de la représentativité dans les régimes démocratiques tel que développé par Pierre Bourdieu. Toutefois, cette transposition est artificielle et présente d’importantes limites. L’une d’elles est que, à l’inverse des citoyens, les actionnaires n’existent pas symboliquement en raison du discours des mandataires les désignant, mais bien parce qu’ils ont un statut particulier volontairement acquis et dont ils peuvent se défaire, en vendant leurs parts sociales si la stratégie ou la gestion suivie par les organes de gestion ne leurs convient plus.

¹³⁴¹ En France: art. L. 225-105, al. 2 C.com: «(...) Un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5% du capital (...) ont la faculté de requérir l’inscription à l’ordre du jour de point ou de projet de résolution.». En Suisse: nouvel art. 699b al. 1 et 2 CO révisé par la loi du 19 juin 2020 qui entrera en vigueur d’ici 2022 abaissant les seuils et voir également MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2015), N 362, p. 603.

voir de contrôle n'est pas exclusivement dévolu à l'assemblée générale, les commissaires aux comptes/réviseurs et les administrateurs indépendants étant également dépositaires d'une fonction de contrôle de l'activité de l'organe de gestion.

- 1017 En outre, la théorie institutionnelle s'applique plus facilement dans les sociétés de capitaux gouvernées par des règles impératives comme la société anonyme ou la SARL qu'aux formes sociales dans lesquelles la règle de l'unanimité demeure¹³⁴² (société de personnes) et celles dans lesquelles l'aspect contractuel est prépondérant (SAS)¹³⁴³.
- 1018 Il est également reproché à cette approche théorique de ne tirer aucun régime juridique propre à l'institution, de sorte que la notion s'apparente à une notion fourre-tout réunissant tout ce qui n'est pas un contrat¹³⁴⁴. Cette dernière critique doit être nuancée: la théorie, pour avoir une application pratique, nécessite une autorité dégageant et appliquant la volonté de l'institution, dont les décisions doivent être soumis à un contrôle de finalité, c'est-à-dire de conformité à l'intérêt social¹³⁴⁵. De plus, si la construction doctrinale n'a d'elle-même pas tiré les conclusions de son concept, le législateur et la jurisprudence s'en sont chargés.

2. Les implications sur la notion de société en droit français

- 1019 L'approche institutionnelle a progressivement influencé la conception de la société dans l'ordre juridique français en infiltrant dans un premier temps la jurisprudence des juges du fonds. Dans un arrêt remarqué datant du 26 mai 1966¹³⁴⁶, dont la formule sera reprise ultérieurement¹³⁴⁷, les juges du fond avaient précisé qu': «alors que dans la conception ancienne qui reste celle du Code civil, la société est un contrat, il ne saurait être contesté qu'elle constitue bien plus qu'un contrat: une institution dont la constitution et le fonctionnement sont réglés dans tous les systèmes juridiques par des dispositions légales impératives». Cette jurisprudence s'inscrit dans le contexte de l'élaboration de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, dont le but avoué est la protection des actionnaires minoritaires et des tiers. Cette grande loi qui fonde le droit contemporain des sociétés en France instaure une multitude de dispositions impératives sévèrement sanctionnées, allant jusqu'à des sanctions pénales pour de simples méconnaissances formelles. En encadrant par un ordre public

¹³⁴² MASSART (2006), voir les comm. et réf. sous la note (107).

¹³⁴³ BERTREL (1996), voir les comm. et réf. sous la note (30). La SARL ne fait pas prédominer la règle de l'unanimité, ni celle des contrats. Elle apparaît en droit français comme proche de la société anonyme mais est soumise à de moins nombreuses règles impératives.

¹³⁴⁴ En particulier: MAY (2004), p. 122, cité par MASSART (2006) sous la note (110) et par BERTREL (1996) sous la note (30).

¹³⁴⁵ LE CANNU/DONDERO (2019), N 273, exposant la position de CONTIN (1976).

¹³⁴⁶ CA Paris, 26 mai 1966, RTD com. 1966. 349 obs. HOUIN.

¹³⁴⁷ CA Reims, 24 avril 1989, obs. de VIANDIER/CAUSSIN, JCP éd. E 1990 II. 15667, n° 2. Pour un panorama de la jurisprudence en la matière, voir MESTRE/FAYE/BLANCHARD, Lamy Sociétés Commerciales, 1996, n° 35.

rigide l'organisation de la société, la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 a, selon un auteur dont l'analyse n'est pas partagée¹³⁴⁸, battu en brèche la conception contractuelle¹³⁴⁹. La multiplication des règles impératives contraignant l'organisation de la société commerciale s'est accompagnée de son indispensable corolaire, à savoir la multiplication des sanctions et particulièrement des causes de nullité.

C. *Le renouveau des débats doctrinaux sur la nature de la société en France*

Aucune des thèses en présence ne donnant entière satisfaction, «les grandes disputes doctrinales de ce début de siècle sur la nature contractuelle ou au contraire institutionnelle des sociétés commerciales se sont tues»¹³⁵⁰ avant de connaître un renouveau au travers de l'École de Rennes et de l'essor de la *corporate governance* (gouvernement d'entreprise). 1020

1. Le développement de l'École de Rennes en France (1970-1990)

Vers la fin des années 1960, les travaux de l'École de Rennes en France ont développé la thèse selon laquelle la société n'est qu'une technique juridique mise au service d'une finalité, l'entreprise¹³⁵¹. La société est une notion juridique permettant de faire accéder l'entreprise à la vie juridique et de l'organiser. 1021

La société se distingue en ce sens de l'entreprise qui désigne l'ensemble des moyens financiers, matériels et humains concourant à l'activité productive. Partant, ce courant doctrinal a consacré la thèse de l'institution¹³⁵². Bien qu'il ne soit pas exempt de critiques, il a eu «des conséquences juridiques et conceptuelles dont il ne fait pas de doute qu'elles transportent radicalement la société hors du droit des contrats, si ce n'est hors du droit privé¹³⁵³». Au titre des principales conséquences, l'École de Rennes définit l'intérêt social comme l'intérêt de l'entreprise, qui englobe non seulement l'intérêt des associés, mais également celui des créanciers, des salariés et des principaux partenaires de l'entreprise¹³⁵⁴. Concrètement, cette acception de l'intérêt social a été reprise par l'arrêt *Fruehauf* qui intègre l'intérêt des salariés dans la logique sociétaire¹³⁵⁵. La portée de cet arrêt, qui demeure isolé, est limitée. 1022

¹³⁴⁸ En sens contraire, voir: LE CANNU/DONDERO (2019), N 70: Une des critique de la loi de 1966 est de maintenir le décalage entre les notions de sociétés et d'entreprise.

¹³⁴⁹ BERTREL (1996), N 29, p. 595.

¹³⁵⁰ DUCOULOUX-FAVARD (1995), p. 178.

¹³⁵¹ CHAMPAUD (1987), p. 125, PAILLUSSEAU (1984), N 3148.

¹³⁵² BERTREL (1996), voir les comm. et réf. sous la note (34).

¹³⁵³ CHAMPAUD (1987), p. 132.

¹³⁵⁴ PAILLUSSEAU (1976), p. 17 et s.

¹³⁵⁵ CA Paris 22 mai 1965, JCP.II.14274 bis, concl. Neveu; RTD Com. 1965.619, obs. Rodière; Rev. soc. 1965.288 et Chron. 45 comm. Contin.

- 1023 Entérinant pour partie les théories relevant de l'approche institutionnelle et la jurisprudence passée¹³⁵⁶, la rédaction de l'article 1832 al. 1 du Code civil a évolué depuis le Code Napoléon. Dans sa version toujours en vigueur issue de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978, il dispose désormais que «la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter». L'emploi du verbe «instituer» reflète le glissement opéré vers l'acceptation de la nature institutionnelle de la société, celle-ci étant fondée par un «contrat», les statuts¹³⁵⁷. Nous estimons que le législateur a tenté de concilier les approches contractualiste et institutionnaliste sans pour autant trancher le débat.
- 1024 Le législateur a également reflété cette acceptation du caractère institutionnel de la société en consacrant la place et les intérêts des salariés dans l'organisation de la société en France¹³⁵⁸. Le développement du pouvoir des salariés dans l'entreprise s'est manifesté par le rôle croissant du comité d'entreprise, auquel la loi du 19 janvier 2001 sur les nouvelles régulations économiques, dite loi NRE, confère le droit de demander l'inscription de projets de résolution à l'ordre du jour des assemblées générales¹³⁵⁹, droit qui était jusqu'alors réservé aux actionnaires. La loi PACTE du 22 mai 2019 est également le reflet de ces théories institutionnelles en introduisant dans le dispositif législatif la notion d'intérêt social et de raison d'être¹³⁶⁰.

2. L'influence de la théorie de l'agence et le renouveau de la théorie contractuelle (1980-à nos jours)

- 1025 Dans les années 1980, l'approche contractuelle reprend de la vigueur sous l'influence des principes de gouvernement d'entreprise en droit anglo-saxon, et particulièrement de la théorie de l'agence, dont l'horizon est la maximisation de la création de la valeur actionnariale¹³⁶¹.
- 1026 Formulée en 1976 par Jensen et Meckling, une relation d'agence est «un contrat dans lequel l'actionnaire non dirigeant (le principal) engage le dirigeant (l'agent) pour réaliser une tâche en son nom, qui implique la délégation de l'autorité en matière de prise de certaines décisions de l'agent¹³⁶²». Cette théorie intègre les différentes parties prenantes (*stakeholders*) et explique leurs relations par un contrat de mandat. Elle part du postulat que le pouvoir des actionnaires est confisqué par les dirigeants. La mission de

¹³⁵⁶ CA Reims, 24 avril 1989, obs. de Viandier/Caussin, JCP éd. E 1990 II. 15667, n° 2. Pour un panorama de la jurisprudence en la matière, voir MESTRE/FAYE/BLANCHARD (1996), N 35.

¹³⁵⁷ *Contra* FLORES/MESTRE (1986), p. 25.

¹³⁵⁸ GOFFAUX-CALLEBAUT (2004), N 22, p. 35.

¹³⁵⁹ Art. L. 432-6-1 C. trav.

¹³⁶⁰ LE CANNU/DONDERO (2019), N 284.

¹³⁶¹ LE CANNU/DONDERO (2019), N 282.

¹³⁶² JENSEN/MECKLING (1976), p. 5.

contrôle que confère la loi aux actionnaires consiste essentiellement à déjouer les situations de conflits d'intérêts dans lesquels les dirigeants ou l'actionnaire majoritaire seraient enclins à s'approprier la richesse de la société à leurs fins personnelles et au détriment de la création de richesse actionnariale. Cette doctrine qualifie la société de «nœud de contrats»¹³⁶³.

Selon cette approche, les actions en contestation ont pour finalité de limiter les divergences d'intérêts entre dirigeants et actionnaires d'une part, et d'autre part entre actionnaires majoritaires et actionnaires minoritaires. Elles s'appuient pour ce faire sur un système d'incitations et de sanctions ainsi que sur des moyens de surveillance, de coercition et de contrôle visant à limiter les comportements non coopératifs. Les actionnaires minoritaires se voient déléguer à un rôle de véritable «police» de la bonne gestion de la société et de la protection de l'intérêt social. 1027

Les principes de la *corporate governance* en général et de la théorie de l'agence en particulier ont eu une influence en France. Les rapports Vienot I en 1995 et Vienot 2 en 1999 ainsi que le rapport Bouton en 2002 ont encouragé la multiplication des mesures de prévention et de contrôle. Le contrat redevient la pièce maîtresse dans l'étude du comportement de la société anonyme¹³⁶⁴. Cette approche sera reprise ultérieurement dans le rapport Marini¹³⁶⁵. Concrètement, le législateur a pris le contrepied de la loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, caractérisée par de nombreuses règles impératives, et a manifesté sa volonté de renouer avec une plus grande souplesse du droit des sociétés dont l'apogée est la loi n°94-1 du 3 janvier 1994 instituant les sociétés par actions simplifiées¹³⁶⁶. Cette tendance au renouveau du contractualisme semble être confirmée par la jurisprudence européenne¹³⁶⁷. Certains auteurs ont ainsi soulevé que le droit des sociétés français, bien qu'empreint 1028

¹³⁶³ Voir également: TUNC (1994), p. 49; COURET (1995), N 163; LE CANNU (1995), p. 637; DAIGRE (1996), p. 23.

¹³⁶⁴ COURET (1984), p. 243.

¹³⁶⁵ MARINI (1996).

¹³⁶⁶ BERTREL (1996), N 5, 9, p. 595, pour qui la thèse institutionnelle n'a gardé sa force que pour la société anonyme (N 39).

¹³⁶⁷ CJCE, 10 mars 1992, *Powell Duffryn plc c. Wolfgang Petereit*, aff. C-214/89, et en particulier consid. 10: la CJCE soulève que la qualification des statuts de société diffère selon les ordres juridiques. Dans certains, ils sont qualifiés de contrats, dans d'autres ils reçoivent la qualification d'institutionnels, normatifs ou *sui generi*. Consid. 16: «Les liens existant entre les actionnaires d'une société sont comparables à ceux qui existent entre les parties à un contrat. La constitution d'une société traduit en effet l'existence d'une communauté d'intérêts entre les actionnaires dans la poursuite d'un objectif commun. Afin de réaliser cet objectif, chaque actionnaire est investi, vis-à-vis des autres actionnaires et des organes de la société. Il s'ensuit que, pour l'application de la convention de Bruxelles, les statuts de la société doivent être considérés comme un contrat régissant à la fois les rapports entre actionnaires et les rapports entre ceux-ci et la société qu'ils créent.» Voir également les comm. et obs. de Blaise, BJS 1992. 767; Le Cannu, Defrénois, 1992, art. 35382, n° 2; Raynard, JCP éd. E, 1994. I, n° 369, spéc. N° 11.

d'institutionnalisme, tend à promouvoir une certaine «contractualisation» consistant en un allègement des réglementations impératives au profit de la liberté contractuelle¹³⁶⁸.

- 1029 La théorie de l'agence n'est cependant pas exempte de critiques. Tout d'abord, on peut s'interroger sur la pertinence d'importer une construction doctrinale issue d'un système juridique de *common law* dont la notion légale de société est sensiblement différente de l'approche continentale¹³⁶⁹.
- 1030 Il lui est également reproché, outre de ne pas apporter de définition claire à la notion de parties prenantes¹³⁷⁰, de réduire les relations qu'elles entretiennent entre elles à des relations de mandat et de se concentrer essentiellement sur la relation d'agence entre dirigeants et actionnaires, à l'exclusion de toutes autres. Sont ainsi écartés les créanciers, les salariés, les porteurs de bons, qui ne sont pas mandants *stricto sensu* dans la mesure où ils ne participent pas à l'élection des mandataires sociaux, mais qui supportent pourtant les conséquences de décisions sociales contestables.
- 1031 En outre, se pose la question de la qualification des relations internes à la société. Selon certains auteurs, les relations internes à l'organisation de la société apparaissent plus complexes que de simples relations contractuelles: «il s'agit de relations hiérarchisées, structurées se manifestant par l'adoption de décisions sociales¹³⁷¹».
- 1032 Nous avons déjà eu l'occasion d'explicitier les enjeux en France du débat doctrinal relatif au caractère contractuel ou institutionnel des sociétés et son influence sur la notion d'intérêt social (Partie 1, chap. 1, section 1, § 3). Le débat sur la nature de la société a eu un impact en droit des sociétés. Certes le législateur a recherché la neutralité¹³⁷², mais certaines tendances ont trouvé des échos dans les réformes législatives successives.
- 1033 La loi n°66-537 du 24 juillet 1966 s'inspirait en partie des théories contractuelles. Sa logique avait pour objectif que les dirigeants sociaux prennent des décisions préservant les intérêts des associés et bénéfiques au développement de la société. Aussi, cette loi ne comportait quasiment pas de procédure de contrôle *a posteriori* des décisions effectivement prises¹³⁷³. Progressivement, le caractère institutionnel a gagné en

¹³⁶⁸ LE CANNU/DONDERO (2019), N 45 ss.

¹³⁶⁹ Une critique relevée par PHILIPPE (2018), p. 299: «il faut utiliser une approche fonctionnelle et se demander si le droit national doit poursuivre un but identique au droit étranger considéré». Il relève à juste titre que dans les pays anglo-saxons, l'actionnariat est dispersé, alors qu'en Europe continentale, l'actionnariat est concentré.

¹³⁷⁰ Nous retiendrons une définition étroite issue de la théorie du management de tout acteur, individuel ou collectif, qui contribue, volontairement ou non, à la création de valeur et à l'activité d'une entreprise, et qui en sont les bénéficiaires potentiels et en assument les risques.

¹³⁷¹ GUEGAN (2020), N 369 et s.

¹³⁷² LE CANNU/DONDERO (2019), N 276.

¹³⁷³ FRISON-ROCHE (2002), pp. 77 à 91.

influence. La société est désormais «instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter» (art. 1832 C. civ.).

La loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques 1034 dite NRE a eu pour ambition déclarée d'introduire la philosophie de la *corporate governance* en droit français, à la suite du rapport Bouton¹³⁷⁴. Comme le souligne Anne-Marie Frison-Roche, cette loi répartit les droits de contester judiciairement les décisions des dirigeants entre les actionnaires et l'ensemble des personnes susceptibles de contester les mandataires sociaux, et principalement les salariés¹³⁷⁵.

Le législateur a, avec la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 dite PACTE, semblé plus sensible à la théorie institutionnelle¹³⁷⁶ en introduisant la notion d'intérêt social dans l'article 1833 du Code civil et celle de «raison d'être» statutaire dans l'article 1835 du Code civil. Ces notions laissent entrevoir que, dans l'esprit des rédacteurs de la loi, la société ne peut plus être gérée dans l'intérêt exclusif des actionnaires¹³⁷⁷. La nouvelle définition de l'article 1833 du Code civil consacrerait ainsi «au niveau législatif un aspect fondamental de la gestion des sociétés: le fait que celles-ci ne sont pas gérées dans l'intérêt de personnes particulières, mais dans leur intérêt autonome et dans la poursuite des fins qui lui sont propres», ce qui implique que la société n'est pas un simple contrat mais l'organisation juridique d'une entreprise constituée pour exercer une activité économique¹³⁷⁸. 1035

II. En Suisse: l'influence du modèle allemand

A. L'absence de théorie des nullités en Suisse

Contrairement au droit français, le droit suisse n'a pas consacré de construction juridique très raffinée au système des nullités en droit commun. Aussi, les solutions en vigueur en droit commun ont eu peu d'influence sur les solutions en droit des sociétés. Seuls quelques auteurs suisses, comme Guggenheim se sont essayé à établir une théorie générale des nullités¹³⁷⁹. Selon la nomenclature dressée par Okur¹³⁸⁰, von Tuhr¹³⁸¹ entre autres distingue l'acte nul de l'acte annulable. L'acte ne lie que la partie qui n'est 1036

¹³⁷⁴ DELEBECQUE/PANSIER (2003), N 9; CLIFT (2003), p. 23.

¹³⁷⁵ FRISON-ROCHE (2002), p. 81.

¹³⁷⁶ LE CANNU/DONDERO (2019), N 284. C'est d'autant plus vrai avec l'introduction de la raison d'être et de la société à mission dans le Code de commerce.

¹³⁷⁷ MERCIER (2019), p. 44; PAILLUSSEAU (2020), N 6, p. 523.

¹³⁷⁸ COURET/DONDERO (2019) affirment que: «L'objectif majeur du législateur a été de positionner la technique sociétaire comme une technique d'organisation de l'entreprise».

¹³⁷⁹ GUGGENHEIM (1970); OKUR (1965), p. 127 ss.

¹³⁸⁰ OKUR (1965), p. 119.

¹³⁸¹ VON TUHR (1933), pp. 199 et s. cité par GUGGENHEIM (1970).

pas lésée par le vice. La distinction entre acte nul et annulable se trouve dans l'effet initial de l'acte. L'absence de théorie générale de la nullité en droit commun suisse est expliquée par Becker¹³⁸², qui souligne que la définition généralement reconnue de la notion de la nullité ne se retrouve pas dans la science juridique austro-allemande qui a eu une influence majeure sur le droit suisse. En effet, ni le Code civil, ni le Code des obligations n'en donnent une définition légale, aussi il conviendra de déterminer dans chaque cas particulier ce que la loi entend par acte nul.

1037 Des Gouttes¹³⁸³ en revanche est plus influencé par l'approche française qu'allemande. Il se fonde sur Japiot et rejette la classification de von Tuhr. Selon lui, il n'est pas possible de distinguer les actes nuls des actes annulables et de déduire de ces notions des conséquences. Il diffère de Japiot en ce qu'il décrète que la sanction d'invalidité comporte de multiples degrés. Il est dès lors inutile de tenter de les classer, mais il s'agira dans chaque cas particulier, d'arriver à une solution satisfaisante en tenant compte du but essentiellement social du droit et de la complexité croissante de la vie des affaires. La loi déclare nuls les actes juridiques qui ont pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux bonnes mœurs ainsi que les actes accomplis par des personnes incapables de discernements. Mais les actes résultant de vices du consentement seraient seulement annulables.

B. L'inspiration du droit allemand des sociétés

1038 Dans le droit allemand, l'invalidité des actes juridiques recouvre deux réalités distinctes. L'acte invalide peut être soit nul, soit annulable. Cette distinction se confond avec celle retenue par la théorie classique du droit français. Ainsi, l'acte juridique nul en droit allemand est-il, selon la théorie dominante, un acte qui ne produit pas du tout d'effet juridique. Il est impossible de le valider, ni par prescription, ni par confirmation, ni même par la disparition de la cause de nullité. L'acte annulable peut être confirmé ou régularisé¹³⁸⁴. La doctrine allemande ne s'est guère préoccupée de la question de savoir quel serait le critère le plus adéquat pour distinguer les actes nuls des actes annulables. Elle s'attache à une interprétation littérale de la loi. Un auteur suisse déplore que «la théorie allemande montre une tendance très accentuée à la rigidité. C'est ce qui la fait apparaître sous un jour si décevant: elle conduit à des résultats injustes ou à des constructions artificielles¹³⁸⁵».

1039 La loi allemande distingue expressément les cas d'annulabilité des cas de nullité propre au droit de la société anonyme avec des spécificités propres :

¹³⁸² BECKER (1941), N 8 et ss.

¹³⁸³ DES GOUTTES (1929), pp. 348 et ss.

¹³⁸⁴ GUGENHEIM (1970), p 25.

¹³⁸⁵ GUGENHEIM (1970), p. 39.

- la nullité instaurée par l'article § 241 DHGB permet la validation de la décision. Ainsi, la nullité d'une décision qui n'est pas conforme aux prescriptions de forme de l'article § 130 al. 1, 2 et 4 DHGB ne peut plus être invoquée lorsque la décision est inscrite au registre du commerce. Le périmètre des personnes pouvant agir en nullité est extrêmement restreint: ont qualité pour agir les actionnaires, les membres de la direction (*Vorstand*) et l'organe de surveillance (*Aufsichtsrat*). Ils n'ont pas besoin de démontrer d'un intérêt à agir.
- l'annulabilité n'entraîne pas nécessairement la nullité avec effet rétroactif de la décision attaquée.

Le droit allemand a fortement inspiré la construction juridique de l'action en nullité en droit suisse, ainsi que la majorité des dispositions propres aux droits des sociétés. 1040

Le Tribunal fédéral suisse a ainsi eu l'occasion de rappeler dans un arrêt en date du 17 février 1948¹³⁸⁶ l'importance du droit allemand dans l'interprétation du régime de l'annulation des décisions sociales en droit suisse. En l'espèce, le demandeur avait sans succès sollicité des renseignements avant la tenue de l'assemblée générale ou au cours de celle-ci, ce qui revenait à exiger la présence de l'actionnaire à l'assemblée, en tant que celui-ci n'avait pas agi auparavant. Le Tribunal fédéral insiste que la solution retenue par la cour inférieure «est dans la ligne du droit allemand (ancien § 271 DHGB et § 198 de la loi du 30 janvier 1937 sur les sociétés anonymes), d'après lequel l'actionnaire qui n'a pas assisté à l'assemblée générale est en principe déchu du droit d'attaquer les décisions qui y ont été prises, et l'actionnaire présent n'a lui-même ce droit qu'à condition de faire inscrire ses réserves au procès-verbal». 1041

Sur certains points néanmoins, la réforme helvète de 1936 se détache des solutions alors admises sur la base du droit allemand. Comme le précise le Tribunal fédéral dans l'arrêt précité: «Sous l'empire du Code des obligations révisé, le droit de l'actionnaire d'attaquer les décisions de l'assemblée générale ne peut plus être soumis à de semblables restrictions. Le texte clair de l'article 706 CO est muet à cet égard, et cependant ses auteurs n'ignoraient certainement pas les dispositions précitées de la législation allemande. D'autre part, l'article 706 CO confère aussi la qualité pour agir à l'administration; or les administrateurs ne peuvent prendre part aux décisions qui portent sur la décharge (art. 695 CO) et, dans la pratique, ils s'abstiennent en d'autres matières encore, ce qui ne les prive pas du droit d'attaquer les décisions prises; c'est la preuve que l'action n'est pas subordonnée à la participation au vote ni, partant, à l'assistance à l'assemblée. Il faut considérer aussi que l'actionnaire voit son droit limité déjà quant au fond, en ce sens qu'il ne peut s'en prendre qu'à des décisions qui violent la loi ou les statuts; lorsqu'il est victime d'une atteinte de cette gravité à ses droits, il doit pouvoir saisir le juge sans avoir à justifier d'autres conditions». 1042

¹³⁸⁶ ATF 74 II 41.

- 1043 Le droit allemand se montre très précautionneux concernant la sanction des nullités. Sans en présenter les détails, nous relevons que l'approche légistique allemande a pu largement influencer l'approche helvète.
- 1044 En effet, le droit allemand distingue, comme le droit suisse, d'une part la nullité et d'autre part l'action en annulation. Comme en droit suisse, sont annulables en droit allemand toutes les décisions de l'assemblée générale contraire à la loi et aux statuts (AktG, § 243, al. 1: *Ein Beschluß der Hauptversammlung kann wegen Verletzung des Gesetzes oder der Satzung durch Klage angefochten werden*). À la différence du droit suisse, le droit allemand a codifié l'abus dans l'exercice du droit de vote, sanctionné par l'annulation de la décision qui sert les intérêts d'un actionnaire au détriment de la société ou des autres actionnaires (AktG, § 243, al. 2: *Die Anfechtung kann auch darauf gestützt werden, daß ein Aktionär mit der Ausübung des Stimmrechts für sich oder einen Dritten Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft oder der anderen Aktionäre zu erlangen suchte und der Beschluß geeignet ist, diesem Zweck zu dienen. Dies gilt nicht, wenn der Beschluß den anderen Aktionären einen angemessenen Ausgleich für ihren Schaden gewährt*). Le droit allemand considère également comme fondement d'une action en annulation l'insuffisance de l'information de l'actionnaire uniquement dans la mesure où cette information est déterminante pour le bon exercice du droit de vote (AktG, § 243 al. 4: *Wegen unrichtiger, unvollständiger oder verweigerter Erteilung von Informationen kann nur angefochten werden, wenn ein objektiv urteilender Aktionär die Erteilung der Information als wesentliche Voraussetzung für die sachgerechte Wahrnehmung seiner Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechte angesehen hätte. Auf unrichtige, unvollständige oder unzureichende Informationen in der Hauptversammlung über die Ermittlung, Höhe oder Angemessenheit von Ausgleich, Abfindung, Zuzahlung oder über sonstige Kompensationen kann eine Anfechtungsklage nicht gestützt werden, wenn das Gesetz für Bewertungsriegen ein Spruchverfahren vorsieht*). Sont concernées: l'élection des administrateurs ou membres du conseil de surveillance dans certains cas, l'affectation du bénéfice (AktG, § 254), les augmentations de capital notamment en cas de suppression du droit préférentiel de souscription (AktG, § 255), l'adoption des comptes annuels par l'assemblée générale lorsque le contenu des comptes annuels enfreint la loi ou les statuts (AktG, § 257).
- 1045 Le droit suisse n'en fait également pas mention, mais la jurisprudence admet très largement la confirmation de l'acte annulable. Le droit allemand quant à lui prévoit expressément une telle confirmation (AktG, § 244: *Die Anfechtung kann nicht mehr geltend gemacht werden, wenn die Hauptversammlung den anfechtbaren Beschluß durch einen neuen Beschluß bestätigt hat und dieser Beschluß innerhalb der Anfechtungsfrist nicht angefochten oder die Anfechtung rechtskräftig zurückgewiesen worden ist*).

Le périmètre de la légitimation active de l'action en annulation en Allemagne (AktG, § 245) et en Suisse est également similaire, à savoir les actionnaires (AktG, § 245 n° 1 et 2) et les administrateurs (AktG, § 245 n° 4). Le droit allemand prévoit spécifiquement l'action des membres du directoire ou du conseil de surveillance (AktG, § 245 n° 5: *Mitglied des Vorstands und des Aufsichtsrats*). Ces derniers ont toutefois une capacité de contester limitée par rapport au droit suisse, puisqu'ils ne peuvent agir que dans la mesure où l'exécution de la décision contestable aurait pour effet de leurs faire commettre des actes illégaux (*wenn durch die Ausführung des Beschlusses Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsrats eine strafbare Handlung oder eine Ordnungswidrigkeit begehen oder wenn sie ersatzpflichtig werden würden*). Cette dernière disposition tient au caractère dualiste des sociétés anonymes en droit allemand, alors que le droit suisse consacre une approche moniste.

Si le délai de péremption prévu par le droit suisse paraît court au regard du délai de prescription du droit français, celui du droit allemand l'est d'avantage. Celui-ci est en effet de seulement un mois à compter de l'adoption de la décision litigieuse (AktG, § 246 n° 1).

L'annulabilité se distingue de la nullité des décisions de l'assemblée générale (AktG, § 249 *Nichtigkeit*), tout comme en droit suisse. Peuvent demander la nullité, les actionnaires, les administrateurs ou les membres du conseil de surveillance. L'article AktG § 241 prévoit expressément les causes de nullité des décisions de l'assemblée générale, à savoir principalement: lorsque les règles de convocation n'ont pas été respectées, si la forme notariée a été méconnue, lorsque son contenu n'est pas compatible avec la nature de la société par actions ou que son contenu enfreint les réglementations qui sont exclusivement ou principalement destinées à protéger les créanciers de la société ou l'intérêt public (*mit dem Wesen der Aktiengesellschaft nicht zu vereinbaren ist oder durch seinen Inhalt Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutz der Gläubiger der Gesellschaft oder sonst im öffentlichen Interesse gegeben sind*) ou est contraire aux bonnes mœurs (*gegen die guten Sitten*).

S'en suit la codification de quelques cas spéciaux de nullité. Est nulle sur demande du comité général d'entreprise (*Gesamtbetriebsrat*) ou d'un syndicat la décision de l'assemblée générale d'élire un membre du conseil de surveillance qui n'a pas été proposé (AktG, § 250 n° 2), qui dépasse le nombre statutaire de membre du conseil de surveillance (AktG, § 250 n° 3). Est nulle la résolution sur l'affectation du bénéfice si les comptes annuels sur lesquels elle se fonde sont nuls (AktG, § 253) ou si son contenu enfreint des réglementations exclusivement ou principalement destinées à protéger les créanciers de l'entreprise (AktG, § 256 n° 1) ou dont l'audit est irrégulier en cas de contrôle légal (*Prüfungspflicht*) (AktG, § 256 n° 2 et 3).

- 1050 Le droit allemand consacre l'effet guérisseur de l'inscription au registre du commerce, ce qui n'est pas le cas du droit suisse (sous réserve des réformes apportées par l'ordonnance du registre du commerce entrées en vigueur au 1^{er} janvier 2020). En effet, la nullité sur le fondement de l'article AktG, § 130 n° 1 de la décision de l'assemblée générale ne peut plus être invoquée après l'inscription de la décision litigieuse au registre du commerce (AktG, § 242 n° 1): la guérison est ici immédiate. La nullité sur le fondement de l'article AktG, § 241 n° 1, 3 ou 4 ne peut plus être invoquée lorsque la décision est inscrite au registre du commerce depuis plus de trois ans.
- 1051 Concernant la nullité des délibérations de l'assemblée générale, nous concluons que le droit allemand se montre beaucoup plus rigoureux que le droit suisse. En effet, la loi allemande prévoit que la nullité des décisions de l'assemblée générale ne peut intervenir que dans les cas limitativement prévus par la loi. La sanction de la nullité est certes très circonstanciées en droit allemand, mais elle ne laisse aucune place à la tergiversation, ce qui peut aboutir à une application sévère. Aussi, le non-respect des formalités de convocation entraîne la nullité des délibérations de l'assemblée générale (AktG, § 241, n° 1), là où il semble que le droit suisse n'aurait toléré qu'une annulabilité.
- 1052 Le droit allemand admet la nullité des décisions de l'organe irrégulièrement composé. Dans un arrêt rendu par le BGH le 16 décembre 1953¹³⁸⁷, le *Bundesgerichtshof* a jugé que les décisions prises par l'assemblée générale des associés d'une SARL convoquée par des associés qui ne disposaient pas de la majorité nécessaire sont nulles. La nullité des délibérations de l'assemblée générale irrégulièrement convoquée entraîne la nullité de l'élection du nouveau conseil de surveillance de la société. En conséquence de quoi, est également nulle la délibération du conseil de surveillance nommant le nouveau dirigeant. Le *Bundesgerichtshof* réitère sa position en 1967¹³⁸⁸.
- 1053 Face aux effets désastreux des nullités en cascade, la doctrine et la jurisprudence allemandes se sont efforcées d'en limiter les conséquences. Dans un arrêt en date du 3 juillet 2007¹³⁸⁹, le *Bundesgerichtshof* met en place une jurisprudence différenciée: il applique la «*Lehre von der fehlerhaften Bestellung*¹³⁹⁰» aux décisions concernant la rémunération, la responsabilité et les obligations de l'organe irrégulièrement désigné d'une part, et d'autre part il limite la nullité rétroactive des actes et délibérations de cet organe. Ainsi, malgré l'irrégularité de sa nomination, les activités exercées par le dirigeant statutaire de la société doivent être normalement rémunérées et les actes juridiques accomplis antérieurement au prononcé de la nullité doivent être considérés comme valides¹³⁹¹. En revanche, lorsque la nomination d'un membre du conseil de

¹³⁸⁷ II ZR 167/52 (KG Berlin).

¹³⁸⁸ Arrêt du BGH en date du 17.04.1967 (II ZR 157/64).

¹³⁸⁹ II ZR 151/04 (OLG Köln).

¹³⁹⁰ V. GÖBBEL (2018).

¹³⁹¹ Ordonnance du 27 septembre 2011 HVB/UniCredit.

surveillance est nulle, sa voix doit être défalquée du décompte des voix des délibérations. Si cette défalcation a pour effet d'emporter le rejet de la délibération, celle-ci est nulle¹³⁹². Cependant, le *Bundesgerichtshof* admet un tempérament fondamental à la rétroactivité de la nullité: dès lors que l'anéantissement rétroactif de la délibération est contraire aux intérêts des parties en présence, une analyse au cas par cas s'impose.

Nous observons la même tendance en Allemagne qu'en Suisse et en France à vouloir purger les vices afin d'éviter une application trop rigoureuse de la nullité. En Allemagne, les vices liés à la convocation sont purgés lorsque la totalité des actionnaires est présent (AktG, § 121 n° 6). 1054

Certains auteurs ont estimé que les dispositions de l'article 706b CO relatif aux nullités des décisions portant atteintes aux structures de base de la société anonyme étaient influencées par la loi allemande de 1937 qui dans son § 195 n° 3 frappe de nullité absolue les décisions incompatibles avec la nature du droit des actions¹³⁹³. 1055

C. L'absence d'influence de la conception théorique de la société

Les théories relatives au caractère contractuel ou institutionnel n'ont pas connu le même écho retentissant en Suisse qu'en France. En Suisse, la notion de la société comme nœud de contrat n'a été considérée que dans des cas isolés¹³⁹⁴. La société repose sur une base contractuelle, à savoir l'acte constitutif dans une société de capitaux. Les statuts ont une double nature: contractuelle et organisationnelle. Dans la société simple, l'élément de droit des contrats est particulièrement prononcé, en revanche dans les sociétés de capitaux, ce volet s'efface au profit des composants organisationnels¹³⁹⁵. Comme le note Peter Jung, même dans les sociétés de personne, le contrat d'entreprise (*Gesellschaftsvertrag*) est, contrairement au contrat simple, toujours caractérisé par un élément de droit organisationnel (*organisationsrechtliches Element*)¹³⁹⁶. 1056

La qualification juridique de la résolution des actionnaires est controversée: toujours selon l'analyse de Peter Jung, elle s'assimile à une opération juridique multidimensionnelle (*mehrseitiges Rechtsgeschäft*) composée des déclarations d'intention des actionnaires qui rejettent (ou acceptent) une demande spécifique (*Willenserklärungen*) dans le cadre du principe de majorité (*Mehrheitsprinzip*) et qui lient tous les actionnaires indépendamment de leurs votes¹³⁹⁷. Nous irons plus loin en soulignant que la décision ne lie pas seulement les actionnaires mais également la société. La violation 1057

¹³⁹² Arrêt du BGH du 19 février 2013 (II ZR 56/12).

¹³⁹³ OKUR (1965), p. 71.

¹³⁹⁴ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (2018), § 11 N 19 ss, et particulièrement N 21.

¹³⁹⁵ JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (2021), § 1 N 10; ZK-JUNG, art. 620 CO N 56 s.

¹³⁹⁶ V. ég. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (2018) § 2 N 146: « *Jede Gesellschaft beruht auf vertraglicher Grundlage.* »

¹³⁹⁷ JUNG (2015), p. 183.

de la loi au moment de la formation ou dans le contenu d'une résolution a pour conséquence une absence de décision (*Begriff des Beschlussmangels*). Les sanctions juridiques possibles sont l'ineffectivité (*Unwirksamheit*), l'annulabilité (*Anfechtbarkeit*), l'inefficacité pendante (*schwebende Unwirksamheit*) et la nullité (partielle) de la décision (*Nichtigkeit*). En ce sens, il convient de distinguer la résolution qui est d'emblée défectueuse avec la résolution qui est révocable ou non exécutoire mais qui peut évoluer ultérieurement.

Conclusion chapitre 1

- 1058 Les approches différentes des droits français et suisse trouvent leurs origines dans les courants qui ont, au cours du siècle dernier, profondément influencé la conception de la sanction de la nullité. Le droit français a été marqué tout d'abord par la savante théorie des nullités en droit commun. Celle-ci a été transposée au droit des sociétés, avant de se détacher progressivement du droit commun pour s'adapter aux spécificités de la réalité du monde des affaires. De plus, le droit français a été profondément influencé par le débat sur la nature de la société: le législateur ainsi que le juge en charge de l'application de la sanction sont tentés d'arbitrer entre, d'une part une acception large de la société permettant à l'ensemble des parties prenantes de s'impliquer dans la vie sociale et donc, d'en contester les décisions sociales, et d'autre part la nécessité d'assurer une sécurité juridique et le pragmatisme nécessaire à la vie des affaires en limitant les effets d'une sanction redoutable.
- 1059 Le droit suisse n'a pas connu les mêmes influences: la théorie des nullités en droit commun y est très peu développée, et le débat sur le caractère contractuel ou institutionnel de la société n'y a connu qu'un faible écho. Le régime de l'annulabilité et de la nullité en droit suisse semble plus proche du droit allemand, qui a eu une influence certaine sur la jurisprudence en vigueur avant l'adoption de la loi de 1937 introduisant l'action en annulation de l'article 706 CO. De plus, contrairement à la doctrine française qui perçoit les actionnaires minoritaires comme un contre-pouvoir des majoritaires, la doctrine suisse analyse les actionnaires minoritaires comme source de chicanerie: l'objectif est donc, autant que possible, de les museler afin de ne pas nuire au besoin de célérité et de stabilité que requiert la gestion de la société.

Chapitre 2: Propositions d'amélioration du régime en droit suisse

Section 1: Evaluation du droit suisse

§ 1 L'efficacité du régime de l'action en annulation et en nullité des décisions sociales

Nous proposons d'analyser le régime de l'annulation et de la nullité des décisions sociales en droit suisse sous le prisme de son efficacité. A titre préliminaire, nous reprendrons la distinction entre efficacité, efficience et effectivité opérée par Cécile Peres¹³⁹⁸. 1060

Une règle de droit est ineffective lorsque la sanction qu'elle énonce n'est pas prononcée ou lorsque sa méconnaissance n'est assortie d'aucune sanction. Est-ce le cas des dispositions des articles 706, 706b et 714 CO? La sanction est en effet moins souvent prononcée en Suisse qu'en France proportionnellement au nombre de cas portés devant la plus haute juridiction. L'absence de convocation ou les vices de convocations sont les plus susceptibles d'aboutir à une nullité de la décision prise. Nous devrions donc déduire que les règles de droit protégées par les articles 706, 706b et 714 CO sont moins effectives en droit suisse comparé au droit français. 1061

Pour autant, ces dispositions sont-elles inefficaces? Rien n'est moins certain. En effet, 1062 une règle de droit est efficace lorsqu'elle «produit l'effet qu'on attend». En ce sens, un auteur relève que «c'est le différentiel mesuré entre le but visé par une politique publique et les effets observés dans la réalité du terrain qui légitime l'action de l'Etat». Aussi, «le principe d'efficacité oblige à sélectionner les instruments les plus aptes à orienter le comportement des individus dans le sens voulu par le politique et d'abandonner les autres dont l'efficacité n'est pas avérée¹³⁹⁹». Des experts français ont d'ailleurs souligné qu'à défaut d'étude ou de constat en ce sens, «la sanction de

¹³⁹⁸ PERES (2010), N 6, p. 8.

¹³⁹⁹ FLÜCKIGER (2007).

la nullité ne garantit pas nécessairement la bonne application de la règle de droit des sociétés», alors que les effets désastreux de son prononcé ne font aucun doute¹⁴⁰⁰.

- 1063 Il convient cependant de faire preuve de prudence et de retenue lorsque nous comparons l'efficacité supposée de deux droits. Concernant l'efficacité d'un droit tel que le droit d'agir en nullité, le critère de mesure serait le degré et la fréquence d'utilisation et de mise en œuvre de la sanction alors que l'efficacité d'une obligation serait mesurée par le degré d'observation de la norme¹⁴⁰¹. Cependant, le critère de la fréquence de mise en œuvre de la sanction n'est pas selon nos observations gage de son efficacité, puisque, si les obligations ou les droits que cette sanction protège ou garantit sont bien observés, les recours devraient être *de facto* moindre. Un meilleur critère nous semble être une dissonance entre la fréquence élevée des recours (nombreux) pour faire respecter un droit ou une obligation et la faible et exceptionnelle fréquence du prononcé de la sanction par le juge.
- 1064 En la matière, les dispositions des articles 706, 706b et 714 CO ont été adoptées avec pour objectif de préserver la sécurité juridique et la stabilité de la vie des affaires. Il convient donc à présent de s'assurer que cet objectif a été atteint afin de mesurer l'efficacité de ces dispositions légales, en retenant le principe selon lequel «la mesure de l'efficacité suppose d'identifier préalablement les fins poursuivies afin de vérifier, ensuite si elles ont été satisfaites¹⁴⁰²». En raison du faible prononcé de la sanction liée aux difficultés tenant à sa mise en œuvre, les décisions sociales sont rarement remises en cause. L'objectif de sécurité juridique et de stabilité de la vie des affaires est largement atteint.
- 1065 Toutefois, le législateur constatant que les moyens légaux en droit suisse ne donnent pas aux actionnaires minoritaires des possibilités suffisantes pour sauvegarder leurs intérêts¹⁴⁰³, l'accent a été mis sur davantage de protection des actionnaires minoritaires depuis la réforme de 1991, tout en maintenant l'objectif de sécurité juridique. A ce titre, les réformes mises en œuvre pour faciliter l'action en nullité, à savoir les aménagements de la valeur litigieuse et des frais de procédure, semblent timorées et ne permettent pas d'atteindre l'objectif d'une meilleure protection des actionnaires minoritaires. En ce sens, le classement *Doing Business* de 2022 de la Banque Mondiale¹⁴⁰⁴ classe la Suisse au 105^e rang en matière de protection des minoritaires, alors

¹⁴⁰⁰ MARTIN (2020), p. 3.

¹⁴⁰¹ FLÜCKIGER (2007), p. 84; LAITHIER (2010), p. 57.

¹⁴⁰² PERES (2010), p. 9.

¹⁴⁰³ OKUR (1965), p. 47.

¹⁴⁰⁴ <https://www.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/protecting-minority-investors>. Le même classement positionnait la Suisse au 106^e rang en 2017. Voir également PHILIPPE (2008), p. 306 et la référence à DJANKOV, p. 444: «*Switzerland's legal environment is extremely friendly to insiders and hostile to outside shareholders*».

que la France se hisse au 45^e rang du classement. Un auteur¹⁴⁰⁵ démontre que lorsque l'actionnariat est concentré, comme c'est le cas en Suisse (mais aussi en France), un actionnaire peut contrôler l'assemblée générale et le conseil d'administration en éliminant la majorité de ses membres. Une gouvernance d'entreprise efficace doit alors mettre en place des mécanismes de contrôle de l'actionnaire décisionnaire qui peut abuser de son pouvoir au détriment des actionnaires minoritaires. Certes, le recours à une action en responsabilité permet aux actionnaires minoritaires de défendre leurs droits. Toutefois, une telle action n'est pas toujours une panacée et de donne pas forcément satisfaction, soit que ses conditions de mise en œuvre – principalement la démonstration d'un dommage – ne soient délicates à apporter, soit que la responsabilité ne donne pas satisfaction au demandeur. Notons également que les décisions du conseil d'administration étant seulement sujettes à une action en nullité (*Nichtigkeit*), celles-ci peuvent contourner des droits protégés sans être inquiétées. Les administrateurs pris individuellement disposent de peu de moyens de protection et n'ont parfois que la démission comme moyen de défense. Notons enfin également que les créanciers et les salariés disposent également de peu de moyens de protection. Pour autant, le législateur n'a pas affiché une volonté particulière de les protéger, exception faite des créanciers en cas de faillite.

Enfin, se pose la question de l'efficacité, qui «consiste à porter un jugement sur le caractère approprié ou proportionné du moyen», c'est-à-dire qui atteint le résultat souhaité au moindre coût. Ce point est plus délicat à apprécier. Notons que le Tribunal fédéral en arbitrant les voies d'actions contribue très largement à assurer un caractère proportionné à la sanction. Ainsi, le Tribunal fédéral rejette les actions en dissolution pour mésentente lorsque des actions moins lourdes de conséquences pourraient résoudre les difficultés soulevées. L'action en dissolution pour justes motifs au sens de l'article 736 ch. 4 CO est une mesure de dernier recours subsidiaire aux autres voies moins lourdes qui s'offrent au demandeur telle que l'action en annulation¹⁴⁰⁶. 1066

De même, le Tribunal fédéral consacre le caractère subsidiaire de la nullité sur l'action en annulation, ainsi que le caractère subsidiaire de cette dernière sur l'action en responsabilité. Il a ainsi implicitement établi une hiérarchie des recours selon la gravité des conséquences de la sanction et arbitre selon les intérêts en présence au profit de la sanction la plus proportionnée. 1067

Cependant, peut-on considérer qu'en droit suisse, la stabilité juridique se fasse au détriment des droits catégoriels des minoritaires, des administrateurs et des créanciers? Un détour par la littérature actuelle en *Law & Economics* pourrait le laisser penser. Une étude démontre que le droit britannique, tout comme le droit suisse au demeurant, 1068

¹⁴⁰⁵ PHILIPPE (2018), p. 304.

¹⁴⁰⁶ ATF 136 III 278 = SJ 2010 I 385.

laisse très peu de possibilité de contester une décision du conseil d'administration. Elle relève que les droits continentaux (français, belge, néerlandais) permettent plus aisément aux actionnaires et aux tiers d'annuler une décision du conseil d'administration que le droit britannique. L'étude soutient que le régime britannique redoute de façon injustifiée des interférences entre les actions en contestation des actionnaires et la gestion de l'entreprise¹⁴⁰⁷.

- 1069 Est-ce que pour autant la gestion de la société serait améliorée si les minoritaires bénéficiaient d'une plus grande marge de manœuvre? Certaines études soutiennent que la meilleure performance financière des sociétés anglo-saxonnes s'explique par le régime juridique du *common law* qui octroie une meilleure protection des actionnaires minoritaires et des créanciers contre les actionnaires majoritaires ou contre les dirigeants que les pays de tradition civiliste inspirés par la France¹⁴⁰⁸. Dans le même sens que La Porta, une étude¹⁴⁰⁹ part du postulat que le pouvoir des actionnaires de remplacer les administrateurs faciliterait l'adoption de décisions créatrices de valeurs. Elle soutient en ce sens que les objections relatives à l'usage par les actionnaires de leurs pouvoirs discrétionnaires (nuisance, propositions opportunistes, etc.) ne seraient pas démontrées statistiquement¹⁴¹⁰. Elle analyse l'allocation du pouvoir entre le conseil d'administration et les actionnaires dans les sociétés cotées au capital dispersé en droit américain et en droit britannique, ces dernières permettant d'avantage aux actionnaires d'intervenir dans les décisions sociales¹⁴¹¹. Cette même étude souligne la faiblesse du pouvoir des actionnaires aux Etats-Unis, partiellement en raison des dispositions légales qui insularisent les dirigeants des interventions actionnariales¹⁴¹².

¹⁴⁰⁷ DE DIER (2013): «*parties who cannot represent the company, such as minority shareholders, have no direct legal standing to challenge board decisions that inflict corporate harm.*», p 4; «*Situations in which shareholders can personally challenge board decisions are, however, limited.*», p. 8; «*The UK regime for shareholder actions clearly fears unjustified interference with corporate management. (...) The continental European regimes, in general, encompass the theoretical possibility to further recognise the context of pluralism of interests and to balance this reality with the requirement of managerial autonomy, subject to judicial discretion.*», p.25 ss, 29-30.

¹⁴⁰⁸ LA PORTA *et al.* (2002), p. 4 ss: «Par expropriation, il faut entendre ici le détournement des profits de la société au seul avantage de l'actionnaire majoritaire ou du dirigeant. La protection légale des investisseurs et des créanciers permet d'éviter cette expropriation, ce qui explique pourquoi certaines sociétés lèvent plus de capitaux dans certains pays que dans d'autres, les investisseurs et les créanciers financent des sociétés lorsque leurs droits sont protégés par la loi»; p. 8: «Les pays de Common law offrent la plus forte protection des investisseurs externes et des créanciers, alors que les pays de droit civil français ont la plus faible protection. Il explique cette différence par la large marge d'interprétation des juges, qui peuvent créer des précédents, dans le système anglo-saxon».

¹⁴⁰⁹ BEBCHUK (2005), pp. 833-917.

¹⁴¹⁰ BEBCHUK (2005), p. 913.

¹⁴¹¹ BEBCHUK (2005), p. 837.

¹⁴¹² BEBCHUK (2005), p. 842.

Il convient toutefois d'apprécier cette littérature avec précaution. En effet, elle porte 1070 ses réflexions sur les moyens d'engager davantage les actionnaires dans le processus décisionnel et sur leur droit de révocation des dirigeants. Les études de La Porta mentionnées *supra* se focalisent sur les «*breach of duties*» des dirigeants, c'est-à-dire sur les actions en responsabilité, sans tenir compte du panel d'autres actions à la disposition des actionnaires pour protéger leurs droits et les droits sociaux, tels que l'action en nullité.

§ 2 Avantages et inconvénients du régime de la nullité en droit suisse des sociétés

La comparaison du régime de la nullité dans son détail et son articulation avec les 1071 autres modes de contestation existants permet de soulever les faiblesses du droit suisse en la matière. La comparaison avec le droit français, qui admet plus facilement l'ouverture de l'action en nullité et le prononcé de la sanction tout en admettant que cette sanction, en raison du risque d'insécurité juridique qu'elle provoque, mérite d'être limitée voire réformée, apporte un éclairage nouveau. Le récent rachat de la banque Credit Suisse par l'UBS illustre les limites du droit suisse en matière de protection des actionnaires minoritaires et des obligataires. Pour rappel des faits, le rachat a été rendu possible par le Conseil fédéral au motif de l'état d'urgence fondé sur le risque systémique qu'impliquerait une défaillance de Credit Suisse. L'opération a été décidée en dépit de la tenue de toute assemblée générale des actionnaires et des obligataires de Credit Suisse, alors que le cadre légal requiert qu'ils approuvent l'opération. Peter Kunz a, à ce titre, dénoncé une expropriation de fait des actionnaires qui justifierait une plainte d'un actionnaire de référence. Il confirme cependant la lacune du droit suisse dans la mesure où les petits actionnaires seraient quant à eux, en pratique, dépourvus de recours effectifs, notamment en raison de l'absence de plainte collective en Suisse¹⁴¹³. Un contentieux à venir est toutefois à prévoir et ne serait pas infondé. De plus, la valeur des obligations dites «CoCo» de Credit Suisse a été dévaluée à zéro, renversant l'ordre de priorité entre les actionnaires et les créanciers. Un contentieux est à venir contre cette décision¹⁴¹⁴.

Revenons d'abord sur les arguments avancés pour justifier le musellement de la nullité 1072 en Suisse. Les auteurs avancent le risque de chicane et l'insécurité juridique: ces arguments sont-ils effectivement fondés? En France, le nombre de cas portés devant la

¹⁴¹³ «La déclaration de KKS après le rachat de CS est ridicule!», Interview de Peter KUNZ, Blick, 20 mars 2023.

¹⁴¹⁴ «La FINMA se justifie au sujet des emprunts AT1 de Credit Suisse», Le Temps, 23 mars 2023; «Des avocats se lancent dans la bataille au nom des détenteurs d'obligations de Credit Suisse», Le Temps, 22 mars 2023.

Cour de cassation relatifs à la nullité d'une décision sociale n'est pas suffisamment significatif pour caractériser un emballement du contentieux, alors même que l'action en nullité est plus facilement admise en droit français qu'en droit suisse. Nous expliquons ce phénomène de deux façons: la première est que le juge français dispose d'une grande latitude et d'un arsenal pour sanctionner les abus potentiels de la minorité chicanière avec l'abus de minorité, alors que le juge suisse doit effectuer un détour par l'abus de droit commun; la seconde est que le droit français organise des palliatifs efficaces à la nullité, de sorte que l'introduction de l'action en nullité peut être évitée autant que nécessaire tout en garantissant une protection efficace des droits.

- 1073 La principale difficulté inhérente au droit suisse est l'identification des critères de distinction entre la nullité et l'annulabilité, distinction héritée du droit allemand. Les tentatives doctrinales permettant de distinguer les cas de nullité des cas d'annulabilité fondés sur la nature des droits ont montré leurs limites et ont été écartées. Pour pallier cette difficulté, le droit français, bien qu'il ne soit pas exempt de critique, tend à multiplier les nullités expresses.
- 1074 Le délai particulièrement court, s'il permet certes d'éviter une insécurité juridique trop importante, entraîne un effet pervers: le demandeur aura tout intérêt à demander immédiatement la suspension de l'inscription de la décision auprès du préposé au registre du commerce, suspension qui sera maintenue jusqu'à la purge de tous les recours. L'avantage non négligeable est d'éviter que des décisions prennent effet avant d'être jugées nulles et de devoir détricoter des situations indétricotables (*unauf lösbar*). Les tiers semblent donc bien protégés. Le danger en revanche est que la suspension dure plusieurs mois, voire plusieurs années, le temps de purger tous les recours. Pour éviter une telle situation, la solution française, c'est-à-dire un délai plus long mais qui peut être abrégé par une injonction demandant soit de régulariser, soit d'agir en nullité, semble intéressante. Le délai plus long permet d'organiser la défense et est contrebalancé par l'injonction, qui encourage à la régularisation.
- 1075 En matière de correction du dommage subit, le droit suisse semble très abouti avec l'action en restitution et l'action en enrichissement illégitime, qui permet de réintégrer les sommes indument perçues par suite de la mise en œuvre d'une décision viciée et ultérieurement annulée. La réparation du préjudice financier causé à la société est ainsi assurée. Toutefois, lorsque le préjudice ne consiste ni en des dividendes trop perçus, ni en des rémunérations excessives, le caractère subsidiaire de l'action en nullité avec l'action en responsabilité limite les possibilités réparatrices et annihile tout caractère punitif à l'égard de la personne auteur du vice et responsable de la nullité.

Section 2: Pistes d'amélioration

La comparaison du droit français et du droit suisse en matière de contestation des décisions sociales ne doit pas nous faire tomber dans le travers qui consisterait à calquer des dispositifs d'un droit étranger sur un autre ordre juridique. En effet, comme nous l'avons démontré en analysant les causes de divergences des solutions françaises et suisse en matière de contestation des décisions des organes sociaux, un régime juridique est le résultat d'arbitrage entre divers intérêts, mais aussi le fruit de «formants», c'est-à-dire de l'environnement juridique, de l'histoire, des usages, de l'idéologie dominante, qui «explique qu'on ne peut pas transposer une règle de droit dans un autre ordre juridique en espérant qu'elle ait la même efficacité¹⁴¹⁵». A l'inverse, nous notons que le régime juridique des nullités en droit des sociétés fait l'objet en France de nombreuses réserves et que la doctrine propose des pistes de réforme et d'amélioration¹⁴¹⁶. Il serait donc bien inopportun de parer le régime français des nullités des décisions sociales de toutes les vertus et de vouloir le transposer au droit suisse. Cependant, l'analyse minutieuse des régimes juridiques des actions 706, 706b et 714 CO nous a permis de relever quelques faiblesses, pour lesquelles nous explorons l'opportunité de quelques pistes d'amélioration sans travestir le régime actuel en vigueur.

§ 1 Repenser le délai de péremption de l'article 706a CO et modifier l'imprescriptibilité de l'article 706b CO

Force est de constater que le délai de péremption de l'action en annulation est significativement plus court en droit suisse (deux mois à compter de la décision litigieuse) qu'en droit français (trois ans à compter du jour où la nullité est encourue). Faudrait-il pour autant en conclure que le délai de péremption de l'article 706a CO en droit suisse devrait être raisonnablement allongé pour faciliter la mise en œuvre du droit d'agir?

Le délai péremptoire de deux mois est court comparé au droit français, et empêche en pratique la mise en œuvre de ses droits par une personne diligente. Son allongement est d'autant plus nécessaire que la requête de mesures provisoires auprès de l'office du registre du commerce ne permet pas à elle-seule de suspendre le délai¹⁴¹⁷. En revanche, l'imprescriptibilité de l'action en nullité de l'article 706b CO nous semble incompatible avec l'objectif de sécurité juridique pourtant central en droit suisse. Il serait opportun d'aligner les délais de l'action en nullité, en annulation et en responsabilité.

¹⁴¹⁵ LAITHIER (2010), p. 57 et 63.

¹⁴¹⁶ GUEGAN (2020).

¹⁴¹⁷ ATF 59 II 406; ATF 110 II 387, consid. 2c. *a contrario*.

- 1079 Le délai de péremption de deux mois est-il cohérent avec le nouveau droit de la prescription entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2020? La révision prévoit que le délai le plus court du droit de la prescription doit être de trois ans¹⁴¹⁸. Il nous semble que ce délai spécial particulièrement court de l'article 706a CO ait été exclu du champ de la réforme en raison de son objectif de sécurité juridique et en raison de sa nature péremptoire. Toutefois, ce délai particulièrement bref ne doit pas aboutir à priver un demandeur de son droit d'agir. En effet, la Suisse a déjà été condamnée par la CourEDH dans une affaire Moor, parce que les délais de prescription particulièrement courts ont eu pour effet de limiter l'accès d'un créancier au tribunal au point de constituer une violation du droit à un procès équitable garanti par l'article 6§ 1 CEDH¹⁴¹⁹.
- 1080 Une incertitude demeure quant au point de départ de la péremption. L'article 706a al. 1 CO dispose que l'action s'éteint si elle n'est pas exercée au plus tard dans les deux mois suivant l'assemblée générale. Retenir le jour de publication du procès-verbal comme point de départ serait plus pertinent. En effet, il peut se passer un ou deux mois entre la prise de décision litigieuse et la publication du procès-verbal, bien que la révision du droit de la société anonyme du 19 juin 2020¹⁴²⁰ enjoint de publier le procès-verbal dans un délai de trente jours. Or, il est probable que certains actionnaires n'ayant pas pris part à la décision, par exemple faute de convocation, ne sont informés de la teneur de la séance qu'au jour de la publication du dit procès-verbal, ce qui a pour effet, dans les faits, de raccourcir significativement le délai de l'article 706a CO de deux à un mois.
- 1081 De plus, le choix de la date de publication du procès-verbal comme point de départ du délai de péremption aurait l'avantage de fixer une date certaine. Il présente également l'avantage d'être disponible à tous au même moment.
- 1082 L'action en nullité sur le fondement de l'article 706b CO est imprescriptible. Autant le délai de péremption de l'article 706a CO peut paraître excessivement court, autant celui de l'article 706b CO est inexistant. Nous sommes d'avis que l'imprescriptibilité, qui s'explique en raison de la gravité de l'atteinte portée à l'intérêt général de la décision illicite, ne se justifie pas nécessairement. En premier lieu, l'imprescriptibilité fait courir un grand risque pour la sécurité juridique en faisant peser une épée de Damoclès sur la décision sociale, qui peut en dépit de son exécution, être jugée nulle. Il nous semble qu'il serait cohérent d'aligner le délai de péremption de l'action en nullité sur celui de l'action en responsabilité (art. 60 al. 1 CO).

¹⁴¹⁸ Message relatif à la modification du Code des obligations (droit de la prescription) du 29 novembre 2013, 13.100, p. 249. Voir aussi pour une critique de l'ancien droit et une explication de la révision: CARRON (2019), p. 318.

¹⁴¹⁹ Arrêt de la CEDH 52067/10 et 41072/11 du 11 mars 2014, *Howald c. Suisse*, N 7 ss.

¹⁴²⁰ La révision du droit de la société anonyme entrera en vigueur d'ici 2022.

Par ailleurs, l'articulation entre le délai de publication du procès-verbal et la prescription de l'action en annulation nous semble périlleuse. En 2016, le rapport du groupe de travail en vue de la révision partielle du droit de la société anonyme de Peter Böckli, Claire Huguenin et François Dessemontet¹⁴²¹ soulignait que la loi ne réglait pas le délai dans lequel le procès-verbal devait être rédigé et mis à disposition, indiquant que dans la pratique de longs retards n'était pas rare. Sous le titre «renforcement de la protection des actionnaires minoritaires», la motion Leutenegger Oberholzer¹⁴²² proposait une amélioration en prévoyant un délai de vingt jours pour la rédaction du procès-verbal. Selon le groupe de travail, ce délai s'insérerait correctement dans le délai de deux mois de l'article 706 CO, l'actionnaire aurait alors encore «juste le temps» pour la préparation d'une action en annulation. La révision du droit de la société anonyme du 19 juin 2020 a finalement retenu un délai de trente jours pour la publication du procès-verbal. Nous ne partageons pas cet avis, car l'actionnaire ou le participant n'aurait que trente jours pour organiser sa défense et introduire son action ce qui suppose une diligence qu'on ne saurait requérir d'une personne non aguerrie au monde des affaires. En réalité, l'articulation du délai de publication du procès-verbal et de la prescription de l'article 706a CO est de réduire le délai réel de l'action en annulation bien en deçà de ce que la loi prévoit, ce qui est injustifiable.

§ 2 Adapter la notion de valeur litigieuse

Le montant de la valeur litigieuse est difficile à identifier. La réforme de 1991 avait déjà souligné le caractère décourageant d'une telle assiette et avait proposé comme palliatif de permettre au juge d'imputer une partie des frais de procédure à la charge de la société pour des raisons d'équité. Toutefois, cette faculté laissée au juge est très aléatoire. Nous proposons de calculer la valeur litigieuse sur le montant du préjudice financier du demandeur, à savoir le montant des dividendes par exemple, ou encore la valeur de sa participation au capital social ou la valeur de sa créance. La difficulté de retenir une valeur litigieuse basée sur la participation du demandeur tient à l'opposabilité *erga omnes* de la nullité de la décision. En effet, la nullité ne profite pas uniquement au demandeur, aussi la valeur litigieuse ne devrait pas se limiter à sa participation. Ce point est cohérent, mais il omet que c'est le seul demandeur qui supporte le risque de l'aléa du procès. Il faudrait également permettre que, lorsque plusieurs assiettes sont susceptibles d'être retenues, la plus petite assiette de calcul soit préférée.

¹⁴²¹ CEDIDAC, n° 59 point 4.1.7.

¹⁴²² Motion du 09 mai 2001 n° 01.3261.

§ 3 Elargir les décisions pouvant être contestées aux décisions du conseil d'administration

- 1085 Une des limites du droit suisse, selon nous, est de réserver les décisions du conseil d'administration aux seuls cas de nullité (art. 706b CO par renvoi de l'article 714 CO). L'argument est justifié: ne pas nuire à la célérité nécessaire au fonctionnement de la société et à la réalité du monde des affaires. Cependant, l'approche ignore que, même au sein d'un conseil d'administration, des administrateurs en position minoritaire peuvent être privés de certains de leurs droits afin d'outrepasser leur vote. Ceux-ci se trouvent alors pris au dépourvu, car dans l'impossibilité d'agir ni en annulation, ni en responsabilité. Les auteurs helvètes recommandent alors la démission. Pourtant, cette solution n'est pas heureuse: elle ne modifie en rien la situation et n'empêche en rien une prise de décision qui serait inopportune pour la société et qu'aurait voulu empêcher l'administrateur écarté par son influence. Cela est d'autant plus vrai lorsque les administrateurs sont également les actionnaires majoritaires. Aussi, lorsqu'un administrateur reçoit une convocation volontairement tardive, ou n'obtient pas communication des informations nécessaires à l'exercice de son mandat malgré ses demandes répétées, celui-ci devrait pouvoir invoquer l'annulabilité (art. 706 CO) des décisions de l'organe.
- 1086 L'ouverture de l'action en annulation aux décisions du conseil d'administration implique donc que le procès-verbal de ses séances soit accessible à tous les administrateurs dans un délai rapide. Dans les faits, chaque séance approuve le procès-verbal de la séance précédente. Si le point de départ du délai de péremption de l'article 706a CO venait à courir à compter de la publication ou de l'approbation du procès-verbal par la séance suivante, cette difficulté serait résolue.
- 1087 Nous sommes en conséquence d'avis que la règle interdisant l'annulabilité des décisions du conseil d'administration devrait être tempérée afin de permettre à un administrateur privé injustement de ses droits d'attaquer la décision. De plus, lorsque le conseil d'administration est dépendant de l'actionnaire majoritaire ou du groupe d'actionnaires qui l'a nommé, il existe un potentiel conflit d'intérêt latent sous-jacent. Le conseil d'administration pourrait en effet être tenté de privilégier les actionnaires qu'il représente plutôt que de s'attacher à défendre les intérêts de la société¹⁴²³, ce qui justifie un contrôle plus étroit de son activité par les actionnaires et par les créanciers, et notamment par les actionnaires minoritaires, en cas de décisions non fondées par l'intérêt social. Le droit d'agir en annulation des décisions du conseil d'administration ne devrait pas être limité aux seuls administrateurs.

¹⁴²³ BÖCKLI (2009), § 13 N 657: mentionne les «*latente Konfliktlagen*».

§ 4 Identifier un fondement unique aux actions des articles 706 et 706b CO

I. La rupture d'égalité non fondée et non consentie

La nature du droit méconnu est un fondement dépassé. Elle ne permet plus de justifier l'engagement d'une action en annulation ou en nullité d'une décision sociale. Il convient selon nous de s'attacher aux effets du vice de la décision litigieuse pour justifier son annulation. En effet, si la décision sociale provoque une rupture d'égalité, et que cette rupture d'égalité n'est ni fondée sur l'intérêt social, ni consentie, alors elle pourra faire l'objet d'une action en annulation ou en nullité. 1088

Le fondement de la rupture d'égalité permet en outre de sanctionner l'abus de majorité sans détour par le fondement de l'abus de droit sur le fondement du Code civil. 1089

II. Introduire un critère clair de distinction entre l'annulation et la nullité fondé sur la gravité et la durée de l'atteinte

Le système actuel repose sur un système concentrique qui permet difficilement d'identifier la sanction applicable à l'irrégularité. Selon le texte de la loi, la nullité sanctionne uniquement la méconnaissance des règles impératives alors que l'annulabilité sanctionne la méconnaissance de la loi en général, ce qui comprend nécessairement les règles impératives: il en résulte que la ligne de démarcation entre les deux sanctions est obscure et que l'action en annulation recoupe celle en nullité. De plus, ce n'est pas tant la nature du droit protégé qui justifie la sanction, mais les conséquences de l'atteinte: tous les droits méritent d'être protégés également. Un critère clair, qui a l'avantage de laisser au juge une certaine souplesse, serait de retenir la gravité et la durée de l'atteinte pour distinguer selon que la sanction est la nullité ou l'annulabilité. Aussi, ce critère justifie totalement que l'absence totale de convocation soit sanctionnée par la nullité de l'assemblée générale, alors que serait simplement annulable un simple retard ou un simple défaut de communication, dont le résultat ne serait pas la privation totale des droits protégés du demandeur, mais une mise en œuvre plus difficile. 1090

Ce critère permettrait également de distinguer la sanction adéquate en présence de défaut d'informations préalables. Si l'information manquante ou erronée est indispensable à la prise de décision, la décision serait sanctionnée par la nullité. En revanche, si l'information manquante, donnée avec retard, ou erronée est subalterne ou accessoire à la prise de décision, la sanction serait l'annulabilité. 1091

Cette grille de lecture nous semble ainsi pouvoir se décliner à tous les cas de figure en droit des sociétés, indépendamment de la nature ou du titulaire du droit protégé. Elle permet une application simple tout en laissant une certaine souplesse au juge. Ce cri- 1092

tère nous semble en ce sens consacrer la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral tout en respectant l'objectif de sécurité juridique.

§ 5 Consacrer le cumul de l'action en annulation ou en nullité avec une action en responsabilité

1093 Le principe de subsidiarité consacré par la jurisprudence présente des limites. En effet, il ne permet pas de cumuler les sanctions de la responsabilité et de l'annulation, alors que chacune des deux sanctions a des effets différents. Il a aussi pour conséquence d'aboutir à une absence de sanction: en effet, le tribunal rejettera la demande d'annulation ou de nullité lorsqu'il estimera qu'une action en responsabilité aurait des conséquences moins grave pour la société et les tiers alors même que les conditions requises pour engager une action en responsabilité ne seraient pas réunies. Le demandeur lésé se trouve alors, en pratique, privé de recours. Le seul objectif de sécurité juridique ne justifie pas un résultat aussi inique. Comme nous l'avons présenté (Partie II), aucune disposition légale ne s'opposerait à une autonomie et à un cumul des actions en responsabilité du fait de la nullité et de l'action en annulation ou en nullité elle-même. Il en résulterait au contraire une meilleure protection des droits des tiers.

Conclusion de la partie III

Les divergences du régime de la contestation des décisions des organes sociaux en France et en Suisse s'expliquent donc principalement par la différence de perception de l'actionnaire minoritaire et du créancier dans chacun des ordres juridiques étudiés. En France, où les théories institutionnelles de la société (aussi visée comme «société *stakeholder*») ont depuis plus d'un demi-siècle un écho retentissant, le législateur, la doctrine et les tribunaux ont eu tendance à admettre une plus grande implication des acteurs impliqués dans la vie sociale (actionnaire minoritaire, mandataire mais aussi salariés et créanciers) en leur attribuant des droits spécifiques et les moyens légaux de protéger autant leurs droits individuels que l'intérêt social. 1094

En Suisse, la toute-puissance majoritaire a, jusque dans les années 1980-90, prévalu tant en doctrine que dans les positions du Tribunal fédéral, justifiant une soumission de l'actionnaire minoritaire aux décisions de la majorité. De plus, la recherche permanente de stabilité juridique indispensable à la célérité de la vie des affaires a justifié et justifie encore la méfiance envers l'action en annulation et la constatation de la nullité. Cette méfiance n'est pas sans fondement au regard des conséquences dramatiques du prononcé de cette sanction. Depuis les années 1990 et sous l'influence des mouvements de gouvernance d'entreprise, l'objectif de protection des minoritaires prend de l'ampleur en Suisse, ce qui nécessite de repenser en profondeur le régime des articles 706 et 706b CO actuellement en vigueur pour atteindre un meilleur équilibre des intérêts en balance et une plus grande efficacité de la règle de droit. 1095

Conclusion générale

Tant en France qu'en Suisse, les régimes de l'action en annulation des décisions sociales font l'objet de vives critiques. Les auteurs soulèvent les difficultés d'application de textes de portée générale dont la rédaction (N 67 ss), issue de longues maturations législatives et jurisprudentielles remontant au milieu du XIX^e siècle (N 901 ss, 925 ss), est encore sujette à des interprétations incertaines. Les revirements législatifs en France ont de plus rendu la matière illisible (N 65 ss). Le droit des sociétés de capitaux, et particulièrement des sociétés anonymes, tendant à se complexifier sous une inflation de dispositions impératives, le législateur a privilégié l'introduction de cas de nullité spéciale expressément prévus par la loi (N 67, 87), dont la lecture combinée avec des clauses générales de nullité n'est pas forcément évidente. En Suisse, l'action en annulation est particulièrement difficile à mettre en œuvre, principalement en raison de garde-fous procéduraires rigoureux (N 643, 651 ss, 892, 994). En raison du principe de subsidiarité (N 827 ss), dont nous nous sommes employés à démontrer l'absence de fondement juridique, les actions en annulation ou en nullité ont peu de chance d'être recevables. En France, au contraire, les obstacles procéduraires à l'action en annulation d'une décision sociale ne sont pas infranchissables. Le législateur français a pour autant recherché au cours des dernières décennies à contenir les effets de cette sanction redoutable, d'abord en transformant les nullités absolues en nullités relatives (N 944 ss), puis en encourageant les voies alternatives de réparation ainsi que les voies de régularisation et de confirmation (N 234 ss, 758 ss, 953 ss). Par ailleurs, l'étude de la jurisprudence française ne laisse pas entrevoir une explosion du contentieux sur le fondement de l'action en annulation des décisions sociales, quand bien même l'action serait plus facilement recevable en France qu'en Suisse. Ce constat contredit la crainte helvète des recours chicaniers des minoritaires (N 702, 971, 997). Il convient de souligner que la tendance est, en France, à proposer une réforme du régime des nullités en droit des sociétés pour en clarifier l'application mais surtout pour en durcir les conditions d'admission (raccourcissement du délai de prescription, encouragement des mesures de régularisation, faveur de l'action en responsa-

bilité)¹⁴²⁴. Une telle mouvance ne saurait se justifier en Suisse, où la sanction est, à l'inverse de la situation française, très rarement prononcée au point d'abandonner les personnes dont les intérêts sont à protéger dans des situations proche du déni de justice. Sans pour autant travestir le régime juridique suisse, une réforme en profondeur du régime des articles 706, 706a, 706b et 714 CO garantirait une meilleure protection des droits des actionnaires en général et plus particulièrement des minoritaires, mais aussi une meilleure protection des créanciers et des mandataires sociaux eux-mêmes. Le risque de recours chicaniers est fermement contenu, en Suisse, par l'action en abus de droit ainsi que l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui auxquelles s'exposent les demandeurs malveillants, ainsi que par la nécessité d'un grief et d'une atteinte concrète. Relevons que ces gardes fous ne sont pas (pour le moment) pleinement consacrés par le législateur français¹⁴²⁵. *In fine*, l'établissement de jeux de pouvoirs et de contre-pouvoirs équilibrés et organisés par la défense effective des intérêts particuliers dominés et des intérêts généraux est le meilleur garant de la préservation de l'intérêt social.

¹⁴²⁴ MARTIN (2020); GUEGAN (2020).

¹⁴²⁵ MARTIN (2020), p. 28.

Index

A

Abus:

- Abus de droit: 124, 208, 221 ss, 225 ss, 234 ss, 267, 420, 429, 458, 460, 462, 716, 933, 977, 983, 1058
- Abus de majorité: 221 ss, 225 ss, 230 ss, 238 ss 240 ss, 246, 357, 389, 461, 537, 543, 557 ss, 588 ss, 631, 710, 713, 748, 803, 822, 975, 1075
- Abus de minorité: 220, 983, 1058

Action interrogatoire: 642, 732, 751 ss

Action en répétition: 853 ss, 861 ss

Action *ut singuli*: 562, 814 ss, 844 ss, 848

Action *ut universi*: 762

Administrateurs, *v. aussi*: Conseil d'administration: 10 ss, 46, 52, 64, 69, 72, 81, 111 ss, 118, 128 ss, 196, 208, 227, 253, 255 ss, 278 ss, 288, 307 ss, 317, 324, 329, 335, 341, 348, 361 ss, 377, 394, 414, 426 ss, 433 ss, 437 ss, 444, 446 ss, 452 ss, 456 ss, 460 ss, 463 ss, 468 ss, 476 ss, 487, 513, 515 ss, 561, 571, 599, 608, 612 ss, 639, 659, 674 ss, 683, 721, 748, 760 ss, 832 ss, 841, 851, 859 ss, 867 ss, 881 ss, 919, 925, 948, 959, 962, 965, 969, 977, 982, 986, 1001, 1051, 1054, 1071 ss

Agence (théorie de l'): 978, 1011 ss, 1014

Annulation:

- Droit allemand: 1030

Assemblée générale:

- ordinaire: 133, 207, 254, 313, 314, 340, 480, 947
- extraordinaire: 89, 207, 227, 278, 286, 289, 301, 357, 481, 547, 745, 947

Assemblée des obligataires: 74, 76, 397 ss, 402 ss, 406 ss, 417 ss, 703

Actionnaire:

- Activisme: 977 ss
- Minoritaires: 32, 35, 41, 47, 226, 231 ss, 240, 309, 344, 461, 489, 562, 592, 611, 677, 705, 710, 822, 966, 969, 970 ss, 980 ss, 1005, 1013, 1051 ss, 1069
- Majoritaires: 13, 30, 46, 71, 154, 226 ss, 230 ss, 309, 461, 588, 611, 621, 761, 813, 822, 833, 888, 976, 980 ss, 997, 1013, 1071, 1081
- Position dominante: 240 ss, 244

Action en contestation des droits de vote: 359, 533

(*positive Beschlussfeststellungsklage*)

Action Huguenin: 880

- Augmentation de capital: 172, 205, 206, 217, 238 ss, 377 ss, 641, 666, 711
- Coup d’accordéon: 214, 309, 592, 598, 713
 - Réservée aux salariés: 289, 547, 630, 745, 947
 - Droit préférentiel de souscription: 240, 250, 286, 289, 377, 378, 385, 644, 678, 1030
- B**
- Bonne foi 122, 234 ss, 272, 497, 592, 655, 661 ss, 665 ss, 714, 784 ss, 855
- Bureau de l’assemblée générale: 316 ss, 321, 326, 349 ss, 355, 425, 678 ss, 710, 916, 929, 941
- C**
- Capacité (à contracter): 66, 194, 195, 202 ss, 353, 537, 640, 751 ss, 907
- Capacité à agir: 545, 624, 688, 1032
- Créanciers: 24, 38, 50, 114 ss, 127, 209, 216, 247, 335, 373, 386 ss, 390 ss, 399 ss, 402 ss, 412 ss, 423 ss, 435, 488, 541, 544, 563 ss, 575 ss, 581, 597, 614 ss, 667 ss, 707, 812, 826, 828, 830, 835 ss, 842 ss, 857, 864, 887, 954 ss, 963, 975, 985, 1008, 1015, 1034, 1051 ss, 1065
- Conseil d’administration: v. *Administrateurs*
- Composition: 255, 426, 446 ss, 452, 682 ss
- Concordat: 114, 96
- Confirmation: 366 ss, 539, 701, 719, 724, 727 ss, 733 ss, 740 ss, 753. ss, 889 ss, 1024, 1031
- Convocation:
- à l’assemblée générale: 90, 149, 169, 178, 184, 258, 265 ss, 270 ss, 277 ss, 280 ss, 283 ss, 287, 290, 292, 305, 311, 314, 368, 411, 481, 528, 542, 546 ss, 554, 676, 710, 748, 841, 916, 924 ss, 941, 1034, 1037 ss, 1047, 1066, 1076
 - à l’assemblée générale dans les SAS: 508 ss
 - des représentants des salariés: 476, 480
 - au conseil d’administration: 208, 426 ss, 436, 748, 1071
 - à l’assemblée des obligataires: 75 ss, 396, 411, 416, 419, 423
- Compétences des organes: 9, 21, 33
- Principe de spécialité: 127, 281, 253 ss, 261 ss, 280 ss, 377, 483, 583, 608, 721, 762, 775, 832, 873, 1001
- Compétences intransmissibles: 171, 461, 1002
- Comité social et économique: 26, 480 ss
- Principe de parité: 260 ss, 280 ss
- Comité de créanciers: 22, 114, 335, 399 ss, 408, 411
- action paulienne: 209, 388, 544, 614
 - assemblée des créanciers: 418 ss, 423 ss, 535
 - masse des créanciers: 387, 391
 - classe de parties: 402
 - action oblique: 388 ss
 - droit d’information: 392
- Communication:
- droit à l’information des actionnaires: 9, 36, 149, 154, 184, 191, 199, 201, 236, 248, 264, 293 ss, 299 ss, 302 ss, 330, 347, 508, 510 ss, 528, 551, 636, 677, 887, 931, 1030, 1077
 - droit à l’information des administrateurs: 102, 437 ss, 442 ss, 455, 466, 1071, 1077

- *Klage auf Durchsetzung der Informationsansprüche*: 445
- délais: 311 ss, 313
- au comité d'entreprise: 480 ss, 485
- Information au marché: 680 ss, 829

D

Dividende: 250, 363, 373, 384, 512, 572, 595, 652, 841, 844, 879, 977, 1061, 1070

Dividende fictif: 807, 818, 853 ss, 861 ss, 867 ss, 881

Dirigeant de fait: 14, 816

Délit d'entrave: 477, 477, 485

Délais de prescription: 382, 625 ss, 633, 637 ss, 641, 758, 801 ss, 840, 858, 866, 875 ss, 944, 963, 1033

Délais de péremption

Verwirkungsfrist: 370, 638 ss, 1033, 1063 ss, 1072

Dol: 34, 197 ss, 208, 213, 720, 799, 806, 819, 822

Droit des actionnaires:

- Droits acquis: 159, 385
- Droit de vote: 126, 154, 164, 172, 202 ss, 219, 235, 249, 318, 329, 336, 340, 342, 344, 351 ss, 358 ss, 372, 404, 406, 419, 452, 481, 483, 486, 500, 533, 604, 680, 718, 1030
- Droit de participer à l'assemblée: 173, 184, 270, 337, 339, 342, 351, 488, 985
- Droit de débattre: 346 ss
- Droit préférentiel de souscription: 170, 206, 240, 286, 299, 377, 378, 385, 378, 1030

E

Ecole de Rennes: 581 ss, 1006 ss

Exclusion (d'un actionnaire): 358 ss, 665

– des créanciers: 575

Exception de nullité: 632 ss, 740

F

Feuille de présence

– de l'assemblée générale: 316, 326 ss, 328 ss, 927, 941

– du conseil d'administration: 467

Fraude: 25, 34, 188, 194, 204 ss, 215, 217, 357, 372, 388, 400, 429, 446, 458, 478, 507, 544, 631, 640, 712, 748, 916, 933, 936

G

Grief: 522, 552 ss, 564 ss, 883

Greffe: 646, 651, 750, 764 ss

I

Intérêt à agir (*Rechtsschutzinteresse*): 61, 130, 138, 389, 536 ss, 538 ss, 547 ss, 552 ss, 555 ss, 558 ss, 566 ss, 620 ss, 625, 674, 687, 688, 706, 709, 743, 746, 762, 812, 837, 888, 1025

Intérêt protégé: 143, 153, 537 ss, 547 ss

Intérêt social: 226 ss, 230 ss, 237, 242, 245, 264, 307, 353, 453, 456, 489, 518, 522 ss, 543, 557, 562, 577 ss, 586 ss, 603 ss, 617, 618 ss, 620 ss, 668, 687 ss, 696, 712, 814, 888, 965, 980, 992, 1000, 1004, 1008, 1010, 1013, 1018, 1021, 1073, 1080, 1082

L

Légitimation active: 61, 109, 110, 144, 516, 564 ss, 571 ss, 576 ss, 656, 1032

Légitimation passive: 833

Loyauté: 556, 828

M

Majorité (règle de): 500, 573, 598, 604, 611, 675 ss, 721, 765, 923, 928, 936, 976, 980 ss, 997, 1038, 1043, 1081

Mandataires sociaux: 7, 38, 247, 251 ss, 297, 426 ss, 490, 887, 941, 955, 1016, 1020

Ménagement (dans l'exercice des droits; *Prinzip der schonenden Rechtsausübung*): 237 ss, 245, 385, 605, 696, 828

N

Nullité

- Nullité facultative: 52, 137, 147 ss, 192, 220, 246 ss, 266 ss, 298, 311, 326, 346, 351, 361, 365, 377, 400, 427, 446 ss, 456, 478, 505 ss, 520, 522, 527, 537, 549 ss, 551, 692 ss, 92
- Nullité absolue: 52, 138 ss, 143, 175, 203, 258, 318, 472, 537 ss, 547 ss, 564, 576, 676, 708, 734, 741, 895, 900 ss, 913 ss, 925 ss, 944, 947, 1041
- Nullité obligatoire ou automatique: 147 ss, 322, 390, 401, 428, 465, 508, 528, 537, 549 ss, 692, 924, 942 ss, 947
- Nullité radicale: 901, 906
- Nullité relative: 465, 537 ss, 549 ss, 741, 895, 900 ss, 913 ss, 925
- Nullité textuelle ou expresse: 81, 90, 127, 149, 507, 912 ss
- Nullité spéciale: 289, 382 ss, 390 ss, 419, 506, 1082
- Nullité virtuelle: 912 ss

O

Obligataires: *Voir Assemblée d'obligataires*

Office du registre du commerce: 889, 1025

- Mesure conservatoire: 768 ss
- Mesure provisoire: 1064
- Inscription: 175, 772, 773 ss
- Guérison (*Heilungstheorie*): 781 ss, 1036, 1060
- Pouvoir d'examen (*Kognition*): 773
- Croyance publique (*öffentlicher Glaube*): 785 ss

Ordre du jour (*Traktandum*)

- Absent: 283 ss, 290, 511, 928
- Ajout de point: 26, 249, 288, 483 ss, 1001, 1010
- Conseil d'administration: 432, 443
- Incomplet: 947, 283 ss
- Intangibilité: 292, 348 ss
- Imprécis: 275, 283 ss, 291
- Implicite: 378, 947

Organe

- Organe de gestion: 7, 10, 22, 24 ss, 33, 69, 71, 254, 259, 475, 489, 812, 1001, 1002
- Organe de contrôle: 10, 474

P

Patrimoine:

- Direct: 837 ss
- Indirect: 844 ss

Participants: 310, 329, 335, 339, 342, 359, 367, 423, 466, 488, 535, 571, 574, 724, 828, 1069

Procès-verbal:

- De l'assemblée générale: 302, 316, 336, 362 ss, 367 ss, 710, 765, 776, 916, 930, 1066 ss

- Du conseil d'administration: 426, 430, 464 ss, 468 ss, 550, 641, 948, 1066 ss, 1072
 - Principe d'égalité de traitement: 114, 154, 190, 230, 237, 241, 385, 419, 444, 452 ss, 460 ss, 592
 - Principe du fondement objectif (*Sachlichkeitsgebot*): 237, 239, 246
 - Principe de nécessité: 18, 385
 - Principe de proportionnalité: 190, 238, 356 ss, 359 ss, 385, 605, 607
 - Procédure collective: 22, 50, 386, 395, 399 ss, 812
 - Période suspecte: 150, 399 ss
 - Prestation induue: 881, 959
- Q**
- Quorum: 75, 76, 223, 316, 322 ss, 358, 377, 396, 402, 405, 425, 449, 457, 459, 463 ss, 501, 923, 926, 928, 947
- R**
- Rapport de gestion: 298 ss, 306, 310, 313, 363
 - Rapport de révision: 173, 305, 306, 310, 313 ss, 776
 - Responsabilité: 368, 370, 372, 431, 442, 444, 454, 470, 472, 505, 515 ss, 718, 794 ss, 1039, 1051 ss
 - Autonomie: 796 ss, 882, 915
 - Contractuelle: 397, 422, 797
 - Cumul: 795, 804 ss, 863, 1979
 - Faute: 797, 807 ss, 828 ss, 864
 - Lien de causalité: 837 ss, 849 ss
 - Dommage: 472, 830, 835 ss
 - Prescription: 801 ss, 839, 858, 1064
 - Subsidiarité: 820 ss, 878, 882 ss, 1061
 - *Schutznormtheorie*: 830
 - Règle impérative: 6, 21, 45, 66, 75, 81, 90, 92 ss, 103 ss, 114, 125 ss, 136, 151, 165, 167 ss, 174 ss, 208, 211, 215, 217, 253, 262 ss, 268, 317, 320, 340, 368, 378, 379, 392, 421, 432, 446, 456 ss, 472, 477, 490, 493 ss, 497 ss, 510 ss, 515, 519 ss, 528, 554, 599 ss, 616, 684, 706, 761, 774 ss, 809, 831 ss, 885, 932, 957, 959, 995, 1003, 1005, 1014, 1076
 - Règle impérative aménageable: 97, 503
 - Règle semi-impérative: 170 ss, 314
 - Règle impérative qualifiée: 169, 171
 - Restitution: 383, 670, 684, 806, 856, 861 ss, 865 ss, 872 ss, 1061
 - Renonciation: 57, 171, 366, 420, 635, 701 ss, 709 ss, 719, 730 ss, 740
 - Répétition: 854 ss, 861 ss, 883
 - Régularisation: 376, 379, 523, 641, 700, 719 ss, 727 ss, 740 ss, 743 ss, 748 ss, 751 ss, 792, 889, 919, 934, 1060, 1082
 - Rémunération excessive: 859 ss
- S**
- Statuts: 12, 18, 25, 27, 33, 78 ss, 87 ss, 117, 121 ss, 134, 163, 165, 170, 187, 198, 208, 217, 249, 254, 256, 259, 262, 276, 301, 319 ss, 324, 335 ss, 342, 351 ss, 384, 491 ss, 916, 922 ss, 954, 958 ss, 965, 988, 992 ss, 1000, 1001, 1009, 1028, 1030, 1035, 1042
 - Société
 - Contrat: 988 ss, 992 ss, 1009, 1042
 - Institution: 988 ss, 998 ss, 1010
 - Société par actions simplifiée (SAS): 500, 505 ss, 508, 510 ss, 519, 995, 1003

– Société à responsabilité limitée
(SARL): 519, 590, 598, 727, 780,
816, 855 ss, 947, 1003, 1038

V

Valeur litigieuse: 646 ss, 687, 695, 848,
968, 985, 1051, 1070 ss

Vice du consentement: 197, 200 ss, 636,
640, 712, 714, 751

Vice formel: 165 ss, 178, 179 ss, 706

Vice matériel: 165 ss, 179 ss

Vote utile (théorie du): 701, 702, 703,
707, 792, 923

Les organes juridiques des sociétés anonymes sont supposés garants de la bonne gestion de la société et de la préservation de son intérêt social. Leurs décisions doivent être valables, sous peine d'être contestées par ceux dont les droits ont été lésés. Le droit français admet facilement la nullité des décisions de l'assemblée générale et du conseil d'administration à l'initiative des actionnaires, des administrateurs ou des tiers selon les circonstances. Le droit suisse se montre plus méfiant : de nombreux garde-fous rendent l'action en annulation et la nullité de l'assemblée générale difficiles à mettre en œuvre. Quant aux décisions du conseil d'administration, les tribunaux sont réticents à prononcer leur nullité. D'aucuns considéreront cette sanction comme purement théorique. L'enjeu est pourtant l'amélioration de la gouvernance d'entreprise en droit suisse, et principalement de la protection des actionnaires minoritaires et la reconnaissance de l'intérêt social.

Cette analyse comparative de la nullité dans deux ordres juridiques ayant opté pour des approches divergentes met en exergue les limites de cette sanction comme mode de contestation des décisions des organes sociaux et en déduit des propositions de réforme des articles 706 à 706b et 714 CO.

En outre, les praticiens trouveront leur compte dans un état des lieux détaillé de la sanction applicable à chaque irrégularité et de son régime juridique en droit positif, tant en France qu'en Suisse.

Laure Burrus, D^r en droit, general counsel et administratrice de sociétés

ISBN 978-3-7190-4673-6

