Les nullités en droit des sociétés

Isabelle Cadet

▶ **To cite this version:**

Isabelle Cadet. Les nullités en droit des sociétés. Droit. Lyon 3, 2000. Français. ⟨NNT : ⟩. ⟨tel-04384738⟩

HAL Id: tel-04384738

https://hal.science/tel-04384738v1

Submitted on 10 Jan 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

HAL Authorization

UNIVERSITÉ JEAN MOULIN
LYON III

LES NULLITÉS EN DROIT DES SOCIÉTÉS

THÈSE
En vue de l'obtention du doctorat en droit
(Arrêté ministériel du 30 mars 1992)

Soutenue publiquement le 19 janvier 2000 par

Isabelle ROBERT-CADET

Sous la direction de Monsieur Yves Reinhard
Professeur à l'Université Lyon III
Président du Jury

Autres membres du jury :

Mme Isabelle BON-GARCIN
Maître de conférences à l'Université Lyon II

M. Hervé CROZE
Professeur à l'Université Lyon III

Monsieur Yves GUYON - Rapporteur
Professeur à l'Université Paris I

Monsieur Jacques RAYNARD – Rapporteur
Professeur à l'Université Montpellier I

UNIVERSITÉ JEAN MOULIN
LYON III

LES NULLITÉS EN DROIT DES SOCIÉTÉS

THÈSE

En vue de l'obtention du doctorat en droit
(Arrêté ministériel du 30 mars 1992)

Présentée et soutenue publiquement le 19 janvier 2000 par

Isabelle ROBERT-CADET

Sous la direction de Monsieur Yves Reinhard
Professeur à l'Université Lyon III
Président du Jury

Autres membres du jury :

Mme Isabelle BON-GARCIN
Maître de conférences à l'Université Lyon II

M. Hervé CROZE
Professeur à l'Université Lyon III

Monsieur Yves GUYON - Rapporteur
Professeur à l'Université Paris I

Monsieur Jacques RAYNARD – Rapporteur
Professeur à l'Université Montpellier I

À mon mari,
À mes filles,

L'université Jean Moulin - LYON III n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs.

LES NULLITÉS EN DROIT DES SOCIÉTÉS

PLAN SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Première partie
LES CAUSES DE NULLITÉ EN DROIT DES SOCIÉTÉS

TITRE 1 Rejet des classifications traditionnelles

Chapitre 1 Nullités textuelles et nullités virtuelles
Chapitre 2 Nullités absolues et nullités relatives

TITRE 2 Nouveaux critères de classification

Chapitre 1 Le domaine des nullités en droit des sociétés
Chapitre 2 L'annulabilité des actes collectifs de sociétés

Deuxième partie
LES EFFETS DE LA NULLITÉ

TITRE 1 L'étendue de la nullité dans le temps

Chapitre 1 Portée du jugement d'annulation
Chapitre 2 Principe de non-rétroactivité

TITRE 2 L'étendue de la nullité dans son objet

Chapitre 1 Les nullités partielles
Chapitre 2 Responsabilité du fait de l'annulation

CONCLUSION GÉNÉRALE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

"La nullité est une sanction qui doit s'adapter au but de la règle dont elle entend assurer l'observation, et au milieu où pratiquement elle intervient"[1].

Il n'existe pas à l'heure actuelle de théorie des nullités en droit des sociétés à l'image de celle qui a été édifiée en droit civil depuis près de deux siècles. Pourtant, la sanction de nullité a encore des incidences non négligeables en la matière[2]. Outre l'insécurité qu'elle crée, on a relevé aussi l'inefficacité de ce régime des nullités. En effet, celle-ci n'incite pas, comme devrait le faire une sanction adéquate, à l'accomplissement régulier des formalités prescrites. Mieux encore, elle détruit, elle ne répare rien, elle peut entraîner la ruine de sociétés sérieuses quoiqu'irrégulières, elle ne met pas obstacle à la création de sociétés frauduleuses[3]. Elle nourrit de ce fait un débat fort ancien mais toujours contemporain.

Les nullités en droit des sociétés ne font l'objet que de textes épars, principalement l'article 360 de la loi du 24 juillet 1966 relative aux sociétés commerciales. Depuis la loi du 4 janvier 1978 (modifiant le titre IX du Livre III du Code civil), toutes les sociétés suivent un régime commun[4] sur lequel portera l'essentiel de notre analyse.

---

[1]René JAPIOT, Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle, *Librairie nouvelle de Droit et de Jurisprudence*, 1909, 964p., notamment p.13.

[2]Laurent GROSCLAUDE, Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés, thèse Paris I, 1997.

[3]Michèle HAGÈGE, Le contrôle de la constitution des sociétés en droit comparé, thèse Paris II, 1977, p.100.

[4]Articles 1844-10s. du Code civil

Pour pallier les lacunes de la loi concernant notamment les effets de la nullité, la jurisprudence a offert une création prétorienne majeure en dégageant progressivement la notion de société de fait.

La doctrine a, quant à elle, contribué à élaborer une véritable théorie sur les sociétés de fait. Ainsi, plusieurs thèses consacrées aux nullités de société peuvent être mentionnées[1]. Mais, outre le fait que ces travaux n'épuisent pas tout le sujet, ils laissent en suspens la question des nullités en cours de vie sociale.

Une distinction est en effet à opérer. "Lorsqu'on évoque la nullité en matière de sociétés, le juriste pense, le plus souvent, à la nullité de la société elle-même. Le législateur de 1966 semble, lui aussi, s'être préoccupé principalement des nullités de constitution. Le sujet présente cependant une autre facette, moins explorée que la précédente. La loi envisage également la nullité des décisions des organes sociaux, décisions qui ne mettent pas en cause l'existence de la société. Il conviendra également de s'interroger sur le sort de ces nullités en se demandant si elles bénéficient du même traitement que celui réservé aux nullités de constitution"[2].

La difficulté pour construire une théorie des nullités propre au droit de sociétés tient au fait que ce dernier est encore fortement empreint des règles du droit civil dont il est issu. La création d'un être moral n'a pas conduit le législateur à affirmer un régime totalement dérogatoire par rapport au droit commun des obligations pour les nullités en droit des sociétés. Bien au contraire, le droit français n'a pas

---

[1]PRAX, Étude sur la nullité des sociétés anonymes et commerciales, th. Toulouse, 1884 (introuvable); Laurian BOITÉ, Les sociétés de fait, thèse Paris, 1906; Henry LOUBERS, Essai d'une théorie générale des sociétés de fait, thèse Paris, 1908; Max RICHIER, Régime des sociétés nulles en raison de leur objet ou du consentement des parties, thèse Paris, *Sirey*, 1910; Joseph HÉMARD, Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait - Étude de jurisprudence et de droit comparé, *Recueil Sirey*, 2ème éd., 1926, 981p.; Dominique FALQUE, Les nullités de constitution des sociétés commerciales dans la loi du 24 juillet 1966, thèse Paris II, 1970; Jean MALLET, Les nullités de sociétés dans la loi du 24 juillet 1966, thèse Aix, 1973; Henri TEMPLE, Les sociétés de fait, *Bibliothèque de Droit privé*, Tome CXLI, préface Jean CALAIS-AULOY, *L.G.D.J.* 1975; Justin RAKOTONIANA, La sanction de l'inobservation des règles de la constitution des sociétés commerciales, thèse Nancy, 1970; Patrice MACQUERON, Les nullités de sociétés dans la loi du 24 juillet 1966, thèse Rouen, 1981, 413p.; François VITERBO, Le contrôle de la constitution et les nullités des sociétés anonymes, selon la première directive européenne du 9 mars 1968 en droit français et italien, Paris I, 1997.

[2]Jean-Pierre LEGROS, "Les nullités des décisions de sociétés", *Rev. soc.*, 1991, Intro., p.275.

affirmé son autonomie en la matière, ce qui explique le système hybride auquel nous sommes parvenus.

Au premier chef, c'est le manque de clarté et de rigueur qui résulte de l'absence de distinction tranchée entre ces deux branches du droit privé. Parfois même, on assiste à une unification expresse dont la loi sur les sociétés du 4 janvier 1978 représente un exemple topique, en dotant les sociétés d'un régime primaire. Il s'agit d'une unification importante qui fait abstraction de la distinction traditionnelle du droit civil et du droit commercial. On peut même dire que ces dispositions manifestent à l'égard de cette distinction une indifférence certaine, qui est le signe même de son recul. Ainsi pour la réforme des sociétés, l'unification ne se résume pas à une simple intégration des concepts du droit commercial dans le droit civil, elle manifeste également un mouvement par lequel le droit civil donne un sang nouveau au droit des sociétés ; certes, l'apport du droit commercial est incontestable. Cela est vrai pour l'immatriculation des sociétés à laquelle est désormais liée l'attribution de la personnalité morale, ainsi que pour la stabilité de la société, la protection des tiers. Mais inversement, le droit civil imprime une marque propre dont l'exemple le plus significatif réside dans la nouvelle définition du contrat de société[1].

Déjà, à l'aube de la réforme centenaire sur les sociétés commerciales, la nature contractuelle de la société était sujette à caution. "Les règles du Code civil qui régissent non seulement les sociétés civiles, mais aussi l'ensemble des sociétés demeurent intouchées et, semble-t-il, intouchables : notamment la définition éculée de la société qu'on trouve dans l'article 1832 du Code civil demeure en vigueur"[2].

Cette tendance n'a fait que s'accentuer. "En effet, toute l'évolution de la matière, depuis des siècles, avait tendu à dépasser le modèle purement contractuel, légué par le droit romain, et à promouvoir des types de sociétés de plus en plus structurés grâce au concept de personnalité morale, permettant l'autonomie respective de

[1]Jean-Pierre MARTY, "La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine", *R.T.D.Civ*. 1981, 681, *spéc*. 687 et 697.
[2]Roger HOUIN, Avant-propos des "Études sur le projet français de réforme des sociétés commerciales, projet de loi n°1003 du 18 juin 1964", *Travaux de l'Association internationale du droit commercial et du droit des affaires*, *Ed. Sirey*, 1965, p.VI.

la société et de ses membres et les limitations de responsabilité des associés. Or, on peut noter depuis déjà un certain temps un renversement du cours de cette évolution : la notion de transparence, entendue comme l'appréhension directe de l'activité et de la personne de ses membres à travers la personnalité morale, connaît des illustrations de plus en plus nombreuses en droit positif, imposant parfois, même dans les grandes sociétés, le retour à l'analyse contractuelle"[1]. A cet égard, le développement des commandites par actions et plus récemment encore, la création d'une société par actions simplifiée, renouent sans conteste avec la tradition française de l'autonomie de la volonté et du consensualisme : la lourdeur de la réglementation, notamment la multiplication des dispositions qualifiées d'ordre public par la loi ou par le biais d'un relais jurisprudentiel en sont la cause[2].

Tout se passe comme si le concept de société ne pouvait se détacher de son support contractuel[3]. La société, même dotée de la personnalité morale, demeure pour la doctrine dominante un contrat. La théorie générale des obligations reste alors le droit commun applicable ; les règles gouvernant les nullités en droit civil ne sont donc écartées qu'exceptionnellement pour sanctionner les vices de constitution ou de fonctionnement. L'absence de régime propre pour les nullités en droit des sociétés repose sur ce postulat conventionnel.

Le raisonnement est ainsi faussé par une qualification erronée du terme "société". Le débat sur la nature juridique des sociétés et des actes qui découlent de la naissance de cette personne morale n'est pas clos. Il s'en faut de beaucoup !

Sans prétendre mettre fin aux différentes controverses sur le sujet, il apparaît inévitable, dans le cadre de notre étude, de déterminer avec précision la nature des actes annulables en droit des sociétés. Le recours à une terminologie rigoureuse permet d'apporter quelques éléments de solution. Le concept classique d'accord de volonté tel qu'il

---

[1]Bruno OPPETIT, "Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain", Mélanges dédiés à D. Holleaux, *Ed. Litec,* 1990, p.317, *spéc.* p.322.

[2]Alain LE FEVRE, Le droit des sociétés redeviendra-t-il contractuel ? Perspectives d'une société par actions simplifiée, *Rev. juris. comm.*, mars 1992, 89s., *spéc.* 91 et p. 103-105.

[3]Benoît LECOURT, Droit communautaire et constitution de sociétés, thèse Paris I, juillet 1998, spéc. n°428, p.322.

se réalise dans le contrat ou la juxtaposition de manifestations unilatérales de volonté ne suffisent pas à rendre compte de la réalité juridique[1]. La société n'est pas un contrat, quoiqu'en dispose l'article 1832 du Code civil. Cette assertion trouve son fondement dans la définition même du contrat.

Selon l'article 1101 du Code civil, un contrat est une convention faisant naître des obligations. En droit positif, c'est la date de la rencontre de la pollicitation et de l'acceptation qui témoigne de l'existence du contrat. Or, à quel moment fixer la conclusion du contrat de société ? Dès la signature des statuts ? Lors de la souscription pour les sociétés par actions ? A l'occasion de l'assemblée constitutive ? Ou à partir de l'immatriculation au registre du commerce ?

La formation d'une société n'est pas le fruit d'un acte unique. Il existe un certain nombre d'étapes interdépendantes et indispensables pour créer une société[2]. Leur diversité de nature et de fonctions juridiques, leur échelonnement dans le temps s'opposent à la qualification globale de contrat. "Il ne s'agit pas tant, pour le juriste, de savoir à quelles conditions précises, il y a rencontre de volontés métaphysiquement incontestable que, plutôt, dans quelles circonstances générales le rapprochement des vouloirs paraît suffisant pour mériter leur considération"[3]. La constitution d'une société anonyme avec appel public à l'épargne en donne une représentation éloquente.

De toute évidence, l'échange des consentements est insuffisant, notamment pour conférer la personnalité morale. "Il est vain en effet de rechercher la nature de l'acte constitutif, car cet acte constitutif n'existe pas en tant que tel. La formation de chaque type de personne morale exige une série d'actes successifs dont on peut dire que chacun apporte une pierre à l'édifice. Dans chaque hypothèse il n'y a donc pas un acte constitutif mais, à la place, une véritable procédure constitutive"[4].

---

[1]Gabriel MARTY dans Préface sur " L'essai sur l'acte juridique collectif" de Gabriel ROUJOU DE BOUBÉE, *Bibliothèque de Droit privé,* Tome XXVII, *L.G.D.J.*, 1961, p.I *in fine* et II.

[2]Cf. la promesse de société, Com. 28 avril 1987, *Bull. civ.* IV, 1987, n°104, p.79.

[3]François GÉNY, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, tome 2, La libre recherche scientifique, paris, *L.G.D.J.* 1954, p.159.

[4]G. ROUJOU DE BOUBÉE, *th. préc.*, p.40; Marie-Laure IZORCHE, L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain, thèse Aix-Marseille, 1989,

Il faut, toutefois, se garder de confondre la forme et le fond. Sauf exception, les solennités et les formalités n'atteignent respectivement que la validité et la preuve des actes constitutifs d'une société. Le regain de formalisme auquel on assiste dans la constitution des sociétés n'est pas antithétique de la notion de contrat.

Mais quelle qualification donner alors à ce contrat ? Dans l'hypothèse d'un contrat synallagmatique, chacun des associés s'oblige à une certaine prestation, à savoir la réalisation d'un apport ; en contrepartie, les associés ont des prérogatives et des obligations dans la société.

Cependant, de qui tirent-ils leurs droits et leurs devoirs ? Les associés sont cosignataires d'un acte leur conférant les mêmes droits et les mêmes obligations. Ils n'ont pas d'intérêts opposés dans la formation de la société : l'objet de l'obligation des uns n'est pas la cause de l'obligation des autres. L'objet et la cause du contrat de société sont identiques pour tous les associés[1]. Les sociétés ne sont pas davantage des contrats unilatéraux.

Si les associés s'engagent effectivement par leur apport à la société, envers qui s'obligent-ils ? En aucun cas à l'égard des associés car il n'existe pas d'obligations réciproques entre "coassociés"[2]. Vis-à-vis de la société elle-même ? L'hypothèse est à exclure car celle-ci est en formation[3]. Quand bien même la société serait créée, l'entrée d'un associé nécessitant l'agrément des autres associés, la solution serait la même que précédemment. L'apporteur ne s'engage pas davantage à l'égard des futurs créanciers sociaux[4] puisque ces obligations ne

---

Préface Jacques MESTRE, *Presses universitaires Aix-Marseille*, 1995, parle, en la matière, d'"engagement progressif", n°176, p.131.

[1]"La cause du contrat de société, c'est la raison pour laquelle la société est constituée. Très souvent, on la confond avec l'objet car on considère que la raison d'être de la société est précisément la réalisation de son objet. En fait, ces deux notions doivent, d'un point de vue juridique, être distinguées l'une de l'autre : l'objet, c'est l'activité promise à la société ; la cause, c'est le motif pour lequel diverses personnes sont convenues de s'associer"., *Mémento pratique Francis Lefebvre, Sociétés commerciales*, 1996, n°108.

[2]RIPERT et ROBLOT, Traité de droit commercial, T.1, *L.G.D.J.* 15ème éd., 1993, n°721 et n°1068.

[3]Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, Les obligations, Tome 1, L'acte juridique, 6ème éd. *Coll. U, Droit civil, Ed. Armand Colin,* 1994, n°482, p.359; *contra*, M.-L. IZORCHE, *th. préc.*, n°231.

[4]*Contra* Christian LARROUMET, pour qui l'apport constitue le gage des créanciers sociaux et la limite de l'engagement des associés, t.III, Les obligations, Le contrat, 4ème éd., 1998, n°103bis, p.87.

naissent que d'une manière indirecte : l'obligation de cautionner est issue d'un contrat d'emprunt postérieur à la création de la société ou l'obligation de répondre du passif n'est que la conséquence de pertes provoquées par le fonctionnement de la société.

La souscription n'est pas davantage un contrat entre les souscripteurs et les fondateurs agissant au nom de la société, comme gérants d'affaires ou mandataires, voire par le biais d'une stipulation pour autrui. On serait "en présence d'une bien curieuse gestion d'affaires, car elle est destinée à créer la personne du maître de l'affaire : c'est celui-ci qui, par sa ratification, reconnaît sa propre existence" (...) "L'idée d'un mandant donnant à son mandataire mandat de le créer est absurde" (...) Enfin, la dérogation à l'article 1165 du Code civil que recèle la stipulation pour autrui n'est possible que si elle est destinée à procurer un avantage au tiers qui doit être bénéficiaire. Or, ici, la société recueillera certes des avantages des diverses souscriptions ; mais, en même temps, elle pourra et sera pratiquement toujours en fait obligée par ses fondateurs. Il devient donc difficile d'utiliser plus longtemps le cadre de la stipulation pour autrui[1].

Le lien entre les diverses obligations des associés ou souscripteurs ne trouve pas non plus d'écho dans la théorie contractuelle.

L'article 1832 du Code civil exige, outre le respect du droit commun des contrats, la réunion d'éléments constitutifs : la mise en commun de biens, le partage de bénéfices, la contribution aux pertes et un élément intentionnel, l'*affectio societatis*, c'est-à-dire, selon la doctrine dominante, la volonté, au moins implicite, de tous les associés de collaborer, ensemble et sur un pied d'égalité, à la poursuite de l'oeuvre commune[2]. Selon la Cour de cassation, *l'affectio societatis* suppose une collaboration effective à l'exploitation du fonds dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité avec les autres associés[3].

---

[1]Gabriel ROUJOU DE BOUBÉE, *th. préc.*, p.71 à 84, spéc. 76-77-78.

[2]Paul PIC, "De l'élément intentionnel dans le contrat de société", *Annales de Droit commercial*, 1906, p.153s., spéc. p.154 - criterium spécifique, impératif et intangible si ce n'est qu'il convient d'ajouter à "la réalisation d'un bénéfice "la recherche "d'une économie".

[3]Cass. com. 3 juin 1986, *Bull. IV*, 98.

Là encore, si la notion d'*affectio societatis* permet de distinguer la société des contrats voisins (prêt, vente, indivision, mandat ou contrat de travail), elle a essentiellement pour fonction de différencier l'acte constitutif de société du contrat en général. Animés par cet élément psychologique, les associés ont un intérêt commun à la constitution de société et à la réalisation de l'objet social. En revanche, dans le contrat, les parties ont des intérêts antagonistes ou impliquant tout au moins une certaine réciprocité. "Le critère de l'acte contractuel réside dans ce dualisme de parties dont les intérêts sont contradictoires, ou tout au moins différents" (...) "Mais il n'en est plus de même en matière de société ; les volontés au lieu de s'opposer, tendent toutes au contraire vers un même but."[1]

Il est vrai que l'*affectio societatis* ne se retrouve pas au même degré dans tous les types de sociétés : s'il apparaît en pleine lumière dans les sociétés où l'*intuitus personae* est prédominant, il est nettement plus effacé dans les sociétés par actions, voire inexistant dans les sociétés où l'actionnariat est nombreux et dispersé. Mais au fond, cette volonté de collaboration n'est jamais totalement absente. "Il faut alors exclure de la catégorie des contrats l'accord conclu entre les associés. Animés par l'*affectio societatis,* les associés ont des intérêts parallèles ; l'opposition d'intérêts fait place à une convergence d'intérêts ; par conséquent, plus d'opposition ou même de divergence entre les aspirations des participants, tous concourent à la réalisation du même but. En faire une catégorie spéciale parmi les contrats n'apparaît donc pas non plus satisfaisant."[2]

Pourquoi, dans ces conditions, conserver à l'accord des associés la qualification de contrat puisque tout en lui la repousse ? L'idée d'un contrat *sui generis* n'est pas plus performante pour expliquer le fonctionnement des sociétés.

Une tendance identique à appliquer les règles relatives au contrat de droit civil se manifeste aussi en cours de vie sociale, qu'il s'agisse des modifications statutaires ou de toute autre décision prise par les instances délibérantes des sociétés.

---

[1]G. ROUJOU DE BOUBÉE, *th. précit*., p.172 et p.65.
[2]*ibidem,* p.67.

En effet, fidèle à une conception unitaire des statuts, le droit français assimile le pacte social à l'acte constitutif des sociétés[1]. Il en résulte que leur nature et leur régime, en particulier concernant les nullités, sont confondus. Ce n'est guère un hasard si les majorités requises pour notamment modifier le capital social ou changer de siège statutaire sont renforcées, au point parfois d'exiger l'unanimité. C'est là une application stricte du principe contenu dans l'article 1134 alinéa 2 du Code civil en matière de révocation des conventions : le consentement de toutes les parties au contrat est nécessaire.

Quant aux actes et délibérations ne modifiant pas les statuts, c'est par le jeu de fictions juridiques que la jurisprudence leur a attribué les effets d'un contrat. Les décisions prises par les différentes instances de la société ont été longtemps considérées comme le fruit d'une succession de mandats ou délégations[2]. L'exemple le plus représentatif demeure la société anonyme. "L'administrateur d'une société anonyme a été considéré, pendant longtemps, comme mandataire des actionnaires : pour passer un acte juridique, les administrateurs exerçaient collectivement des pouvoirs dont ils n'étaient pas personnellement titulaires, agissant au nom de l'ensemble des actionnaires mandants ; mais par leur action, ils engageaient directement la société, non plus leurs mandants"[3]. Désormais, le cercle des parties tend à diminuer : les actionnaires ne sont plus directement titulaires du droit d'exercer les actes de gestion de la société : "depuis que la doctrine reconnaît à l'administrateur la qualité d'organe mandataire de la société, ce sont seulement deux personnes qui sont parties à l'établissement de cet acte : l'organe titulaire d'un pouvoir statutaire est à la fois sujet attributaire de la prérogative exercée et auteur de l'acte, alors que la société est le sujet d'imputation"[4]. L'idée du

---

[1]Jean HÉMARD, François TERRÉ, et Pierre MABILAT, Sociétés commerciales, Tome I, *Dalloz,* 1972, p.123, n°131.

[2]*arg.* art. 22 alinéa 1 de la loi du 24 juillet 1867; art. 92, 95, 115, 246 de la loi du 24 juillet 1966 et articles 77 et 78 du décret du 23 mars 1967.

[3]Michel STORCK, Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, *Bibliothèque de Droit privé,* Tome CLXXII, *L.G.D.J.,* 1982, p.63 *in fine* et 64, n°82; cf. sur ce point, THALLER et PIC, Traité des sociétés, 2è éd., t.2, p.568, n°2 et p. 687s.; COPPER-ROYER, Traité des sociétés anonymes, t.1, Sirey, 1931, n°149, p.794; t.4, n°618 et 619; RIPERT et ROBLOT, *op. cit*., n°1293, p.982.

[4]M.STORCK, *th. précit*., p.64, n°82; J.HÉMARD, F.TERRÉ et P.MABILAT, *op. cit*., p.800, n°936; RIPERT et ROBLOT, *op. cit*., n°1297.

mandat originel, source d'obligations pour les associés ou actionnaires, disparaît.

Il est à noter également que le choix des mandataires, ainsi que toutes les décisions en général, prises par les assemblées d'actionnaires ou des conseils d'administration, ne peuvent guère être considérées comme un contrat, car elles sont la résultante d'un vote. Le principe du vote porte atteinte à l'autonomie de la volonté : alors que dans le contrat, le consentement de chaque participant est indispensable pour que des obligations naissent à sa charge, dans toute résolution, certains individus sont obligés sans avoir donné leur accord, voire en ayant manifesté leur volonté contraire. C'est là une des conséquences essentielles de la loi de la majorité comme mode de fonctionnement des sociétés.

Certaines théories reposant sur l'idée d'adhésion, dont la plus connue a été élaborée par Jean-Jacques ROUSSEAU pour le droit public, ont cherché à démontrer que la minorité manifeste même indirectement sa volonté : *"Quand donc l'avis contraire au mien l'emporte, cela ne prouve autre chose sinon que je m'étois trompé, et que ce que j'estimois être la volonté générale ne l'étoit pas. Si mon avis particulier l'eût emporté, j'aurois fait autre chose que ce que j'avois voulu ; c'est alors que je n'aurois pas été libre." (...) Il s'ensuit de ce qui précède que la volonté générale est toujours droite (...); celle-ci ne regarde qu'à l'intérêt commun"*[1]. C'est pour le moins idéaliste.

De surcroît, l'assemblée des actionnaires et le conseil d'administration n'ont pas la personnalité juridique. Il est donc inconcevable de les considérer en tant que tels comme parties à un contrat.

Outre l'impossible détermination du moment de conclusion d'une part, de la nature du contrat de société d'autre part, et enfin des parties contractantes dans la formation et la vie des sociétés, bien d'autres critiques ont été adressées aux partisans de la nature contractuelle des sociétés.

Le législateur fixe de façon impérative toutes les règles de constitution. Les statuts doivent se conformer à un droit objectif de plus

[1]J.-J. ROUSSEAU, Du contrat social ou principes du droit politique", *Classiques Garnier*, 1962, 506p., p.310 *in fine*, 311 et 252.

en plus rigoureux et détaillé. Les associés apportent leurs capitaux sans discuter les clauses. Devant la masse des textes réglementaires, le rôle de la volonté individuelle apparaît bien faible.

La société personne morale a, en outre, un intérêt propre qui se distingue des intérêts individuels des associés, voire s'oppose à eux. Depuis la loi de 1966, celle-ci naît d'une formalité administrative et non de l'échange des consentements[1]. "Devoir faire appel à une fiction, n'est-ce-pas la meilleure preuve que la théorie contractuelle n'a pas permis de tirer toutes les conséquences pratiques souhaitables pour la vie juridique des sociétés ?"[2] Le rejet de la théorie de la réalité de la personne morale vient conforter l'idée qu'il n'existe pas de date de naissance de la société.

Au lieu de s'évertuer à faire rentrer les sociétés dans un cadre contractuel, certains auteurs ont alors développé une thèse institutionnelle de la société, en particulier à propos des sociétés de capitaux.

Deux noms s'attachent à la théorie française de l'institution : Léon DUGUIT, adepte de la philosophie de l'école sociologique de Durkheim, qui s'est inspiré des techniques de droit public dégagées par l'École de Bordeaux, et surtout Maurice HAURIOU, à qui revient le mérite d'avoir appliqué ces principes de l'organisation administrative au droit privé. Selon ce dernier, "une institution est un organisme social dans lequel ceux qui détiennent le pouvoir se soumettent à l'idée qui anime l'entreprise; c'est-à-dire s'attachent à accomplir leur fonction au lieu d'user de leur autorité pour des fins égoïstes. Cette soumission des dirigeants à l'idée mère de l'entreprise a pour résultat de donner à l'organisation sociale considérée une unité et une autonomie pouvant aller de la simple individualité juridique jusqu'à la personnalité"[3] Liée au phénomène du pouvoir dans tout groupe social, "une institution est établie de manière durable, permanente, en vertu de l'union de volontés individuelles agissant pour une entreprise commune"[4]; cette

---

[1]RIPERT et ROBLOT, *op. cit*., n°670, p.550.

[2]Claude DUCOULOUX-FAVARD, "Nature juridique du contrat de société, un exemple d'écueil possible pour le comparatiste", *Rev. soc.*, 1966, p.3.

[3]Maurice HAURIOU, Précis élémentaire de droit administratif, *Receuil Sirey*, 5ème éd. 1943, 534p., p.25.

[4]Jacques CADART, Institutions politiques et droit constitutionnel, 3ème éd., *Economica* 1990, 659p., *spéc.*, p.8-11 et p.39-40.

convergence de plusieurs volontés crée des organes sociaux et des mécanismes de fonctionnement.

Nul doute que l'analogie avec la société comme mode d'organisation du pouvoir s'impose. Pour Léon DUGUIT[1], dans un corps social, ce ne sont plus les contrats qui réglementent les rapports juridiques mais les "actes-règles"[2], véritables lois privées. Or, entrent notamment dans cette catégorie d'actes, les statuts de sociétés.

Les partisans de la conception institutionnelle de la société[3] reprennent les conclusions tirées par Maurice HAURIOU. En ce qui concerne les rapports sociaux internes (dans la société anonyme, rapports des fondateurs, des actionnaires, des administrateurs et de l'être moral), ceux-ci sont à base d'autorité : ils sont réglés par les statuts, conformément à la loi autour d'un intérêt commun. Quant aux rapports externes, c'est-à-dire avec les tiers, ils sont à base d'égalité, de contrat, car la société agit alors comme une personne.

Ainsi s'expliquent les interventions législatives multiples dans le domaine des constitutions de sociétés et de leur fonctionnement interne, de même que la situation juridique particulière créée par la société dans ses rapports avec les tiers. "Le régime juridique de ces deux catégories de situations se doit d'être différent, il est impossible d'en douter, lorsqu'en face de cas de nullité auxquels il faut apporter une solution équitable, le droit des contrats est insuffisant"[4].

Cependant, la théorie de l'institution ne se résume pas à une technique d'organisation. "Une institution est une idée d'oeuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise, qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par des organes du pouvoir et réglées par des procédures"[5]. Comme l'a bien noté le Doyen MARTY : "l'idée passe au premier

---

[1]Léon DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, Tome 1, 1927, p.283s.
[2]Jean CARBONNIER, Droit civil, tome 4, "Les obligations", *Coll. Thémis, P.U.F.*, 12ème éd., 1985, p.48-49b).
[3]Cf. par exemple, Michel DESPAX, L'entreprise et le droit, *L.G.D.J.*, Paris, 1956.
[4]C.DUCOULOUX-FAVARD, *op. cit.*, p.5.
[5]M.HAURIOU, définition sous sa forme la plus élaborée, dans "La théorie de l'institution et de la fondation", *cahier de la nouvelle journée,* n°4, 1925, p.10.

plan"[1]."L'idée d'oeuvre n'est pas le fruit d'une création individuelle, elle existe à l'état latent dans le corps social"[2]. C'est dire que l'institution revêt un caractère nécessaire et durable dont l'objet, par sa généralité, demeure extérieur, presque virtuel. Dans l'esprit du Doyen HAURIOU, "l'idée" est à l'institution ce que l'âme est au corps.

Les sociétés en droit privé ne connaissent pas une telle transcendance : ce ne sont pas des institutions. Elles ne représentent qu'un moyen pour accéder à la vie juridique. Elles résultent d'un concours de volontés que l'on peut circonscrire dans le temps et dont l'objet social est confondu avec sa finalité. Ce dernier peut se réaliser, les sociétés ont donc un terme. En outre, avec le nombre de sociétés en liquidation judiciaire, la pérennité des sociétés est une idée qui a fait long feu. Tel n'est pas le cas des institutions, permanentes par essence. "Le droit statutaire tend inéluctablement vers la durée. Et c'est ce qui le différencie radicalement du droit contractuel. Le contrat qui n'est précisément qu'une manifestation de volonté isolée ne représente qu'un moment de la vie juridique. Au contraire, l'institution ne s'arrête pas avec sa constitution ; elle s'élabore (...) à travers la répétition d'opérations juridiques et elle tend à une conjonction indéterminée de volontés individuelles (...) pour la réalisation de l'idée (...). Précisément, à la rigidité du cadre contractuel, inscrite dans la loi des parties, l'institution oppose son caractère évolutif : elle offre au groupe la possibilité permanente d'adapter ses normes de fonctionnement"[3]. La théorie institutionnelle a apporté de cette façon la preuve que les sociétés de droit privé ne comportent pas qu'un aspect contractuel.

C'est ainsi que certaines causes de nullité en droit des sociétés trouvent leur fondement dans des règles de fonctionnement des institutions administratives, telles les procédures des instances délibératives ou bien encore les sanctions de l'abus de droit ou du détournement de pouvoir. La jurisprudence n'a pas été insensible à cette théorie. La Cour d'appel de Paris[4] a affirmé que la société "constitue, bien plus qu'un contrat, une institution dont la constitution

---

[1]G. MARTY, "La théorie de l'institution dans la pensée du Doyen Hauriou et son influence", Paris, 1969, p.39.
[2]Yann TANGUY, "L'institution dans l'oeuvre de Maurice Hauriou, Actualité d'une doctrine", *R.D.P.* 1991, n°1, p.61s., spéc. p.68.
[3]*ibidem*, p.74.
[4]Paris, 26 mars 1966, *R.T.D.Com.*, 1966, 349, *obs.* HOUIN.

et le fonctionnement sont réglés dans tous les systèmes juridiques par des dispositions légales impératives". Plus récemment, la Cour d'appel de Reims a considéré qu'une mesure d'exclusion prononcée à l'encontre d'un associé est conforme "à la notion institutionnelle de la société, qui veut qu'une société n'est pas qu'un contrat abandonné en tant que tel à la volonté de ceux qui lui ont donné naissance, mais plutôt une institution, c'est-à-dire un corps social dépassant les volontés individuelles"[1].

Toutefois, comme le constatait déjà Georges RIPERT, "la théorie dite institutionnelle n'a pas eu de peine à démontrer les insuffisances de la conception contractuelle, mais elle en a eu beaucoup plus à présenter une conception juridique nouvelle et précise"[2]. La finalité l'emportant sur les conditions de leur formation, la genèse des institutions reste floue. Par un parallélisme des formes bien compréhensible, les tenants de la conception institutionnelle accordent davantage d'importance à la notion d'entreprise qu'à celle de société et passent sous silence les spécificités de l'acte constitutif de société.

Certains auteurs[3] se contentent alors d'une synthèse de ces théories, considérant que la société n'est ni tout à fait un contrat, ni une institution, mais une entité au sein de laquelle coexistent des règles contractuelles et de type institutionnel. La question de la qualification juridique des actes constitutifs ou de gestion de société est alors esquivée.

D'autres s'interrogent ouvertement sur la nature juridique de la société puisque celle-ci obéit à des règles autonomes par suite de cette nullité très particulière qui en est la sanction[4]. Il convient donc de poursuivre plus avant l'effort de synthèse afin de découvrir la véritable nature de ces actes.

De "l'acte-règle"[5] d'une part, qui naît, selon Léon DUGUIT, d'une somme de déclarations unilatérales de volonté dans un but commun

---

[1]Reims, 24 avril 1989, *B.R.D.A.*, 1989/18, p.20.
[2]RIPERT et ROBLOT, Traité élémentaire de droit commercial, Tome 1, *L.G.D.J.*, 12ème éd., 1986, p.735.
[3]Claude CHAMPAUD, obs. *R.T.D.Com.*, 1967, p.174; HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, *op. cit.*, Tome 1, p.545-549, n°565 à 576; Mémento Francis LEFEBVRE, *op. cit.*, p.19,n°27.
[4]J. MALLET, *th. préc.*, note 2, p.3, introduction.
[5]L. DUGUIT, *op. cit.*, t. 1, p.280s., distingue très précisément le contrat, de l'union et de l'*acte collectif*.

faisant apparaître à la fois une règle de droit nouvelle et une situation juridique objective et d'autre part, des "communions" qui, pour Maurice HAURIOU, représentent des manifestations de volonté unies par un lien de procédure en vue de la réalisation de l'idée, la doctrine française a pu dégager la notion d'acte collectif[1]. Appliqué au droit privé, cet acte, distinct du contrat et de l'acte unilatéral, permet d'expliquer à la fois la nature juridique des constitutions de sociétés et des décisions collégiales[2], créant ainsi une certaine unité, non sans influence sur le régime des nullités qui en découle.

Néanmoins, la reconnaissance de l'acte collectif suppose une acceptation préalable de l'acte unilatéral, c'est-à-dire d'un engagement où seul un auteur s'oblige et non deux parties l'une envers l'autre. C'est à une époque où l'autonomie de la volonté était considérée comme un dogme que la théorie de l'engagement unilatéral a vu le jour. Elle était l'expression de la toute puissance de la volonté. Éclairée par les auteurs germaniques, tels KUNTZE, SIEGEL ou WORMS[3], la doctrine française a développé cette notion[4]. L'engouement pour cette théorie cessa toutefois avec la thèse de Jacques MARTIN DE LA MOUTTE[5]. Cet auteur, suivi par d'autres depuis, rejettent ainsi l'engagement unilatéral parce qu'une étude historique ne permet pas d'en déceler la trace dans les systèmes juridiques anciens (droit romain, ancien droit[6]). Mais de nombreux travaux doctrinaux ont mis en évidence la réalité de l'engagement unilatéral[7]. Une opinion majoritaire ne saurait en outre tenir lieu de démonstration. Il est vrai que l'article 1370 du Code civil,

---

[1]Résumé intéressant, *in* Traité théorique et pratique de droit civil, suppl. par J.BONNECASE, G. BAUDRY-LACANTINERIE, T.2, 1925, n°335s.

[2]*Contra* GÉNY, *R.T.D.Civ.* 1922, p.825s.

[3]Cités par M.-L. IZORCHE, *th. préc.*, n°6-7, p.18.

[4]Cf. notamment, Alfred RIEG, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, th. Strasbourg, *L.G.D.J.* 1961 ou Raymond SALEILLES, De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand, Paris, *Ed. Pichon*, 1901.

[5]Jacques MARTIN DE LA MOUTTE, L'acte juridique unilatéral, thèse Toulouse 1951, *spéc.* n°320, p.295.

[6]J. CHABAS, De la déclaration de volonté en droit civil français, thèse Paris, 1931, *spéc.* p.146s.; Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, François CHABAS, Leçons de droit civil, Tome 2, premier volume, Théorie générale des obligations, 8ème éd. par Fr. CHABAS, *Ed. Montchrestien*, 1991, n°358s., p.331s.

[7]*Contra*, Jean-Luc AUBERT, Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation, th. Paris, 1968, préf. Jacques FLOUR, spéc. n°168s.; J.FLOUR et J.-L.AUBERT, *op. cit.*, n°507s., p.379s.; Michèle GOBERT, Essai sur le rôle de l'obligation naturelle, th. Paris, 1957, préf. FLOUR; M.-L. IZORCHE, *th. préc.*, *spéc*. n°66s., p.57s.

qui semble donner une liste exhaustive des sources d'obligations, ne mentionne pas l'engagement unilatéral ou collectif. Or, le silence de la loi équivaut bien plus sûrement à une certaine neutralité par rapport à la théorie de l'engagement unilatéral qui n'existait pas encore à l'époque du Code civil. La jurisprudence est moins péremptoire[1]. Le raisonnement est similaire en matière d'acte juridique collectif[2] : il s'agit alors du cas où deux volontés en présence (et non une seule comme dans l'acte unilatéral) ne sont plus concurrentes (comme dans le contrat) mais convergentes[3]. Notons d'ailleurs que le contrat de société est plus proche de l'acte unilatéral que de la convention, par certains aspects car le but poursuivi est identique quelle que soient les parties à l'acte, si bien que des auteurs ont pu qualifier cette manifestation de volonté d'acte unilatéral collectif[4]. Toutefois, l'acte collectif se distingue de l'acte unilatéral.

M. Gabriel ROUJOU DE BOUBÉE définit l'acte collectif comme "l'accord intervenu entre les volontés concordantes dans le but de mettre en oeuvre, de réaliser une idée commune"[5].

Il s'agit avant tout d'un acte juridique, c'est-à-dire une manifestation de volonté destinée à créer des effets de droit[6]. "On est en présence d'un acte juridique lorsque la modification de la situation juridique a été voulue par cette personne"[7]. Qu'il s'agisse de l'adhésion à une société ou du vote lors de délibérations d'une assemblée ou d'un conseil d'administration, les parties expriment bien leur volonté en vue de produire des conséquences juridiques.

L'acte est dit "collectif" parce qu'il émane de plusieurs personnes dont les volontés sont concordantes et interdépendantes. Il ne

---

[1]Exemples dans notre domaine, reconnaissance de la validité d'une lettre d'intention (acte unilatéral): Com. 21 déc. 1987, *D.*1988, *I.R.* 26, *Bull. civ.* IV, 1987, n°281, p.210, *D.* 1989, p.112, note Jean-Pierre BRILL.

[2]Explication du droit de participer aux décisions collectives par la théorie de l'acte collectif, Paul LE CANNU, *chron.* sous Cass. civ. 3ème, 21 octobre 1998, *RJD.Affaires*, décembre 1998, p.987, *spéc.* n°22, p.990.

[3]M.-L. IZORCHE, *th. préc.*, n°251, p.174.

[4]MARTY et RAYNAUD, Droit civil, Les obligations, Les sources, Tome 1, *Sirey*, 1988, n°367s., p.378s.: M.-L.IZORCHE, *th. préc.*, n°242.

[5]*op cit.*, p.26 et p.209-211.

[6]Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, "Les obligations", *Cujas,* 10ème éd., 1999/2000, p.205.

[7]H. et L. MAZEAUD et F. CHABAS, Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit, *Ed. Montchrestien,* 1991, 608p., p.359s., *spéc.* n°258; MARTY et RAYNAUD, Droit civil, t.1, 2è éd. *préc.*, *Paris Sirey*, 1988, n°3, p.5.

représente pas uniquement la somme de volontés unilatérales : il n'est donc pas synonyme d'acte plurilatéral[1] : l'accord unanime de tous les associés ou la souscription intégrale du capital sont nécessaires pour que la société soit valablement constituée. Tel est aussi le cas d'une résolution adoptée par une assemblée même si la minorité émet une volonté contraire, car c'est le même objet social qui est poursuivi par l'ensemble des participants : l'acte engage alors la collectivité des associés ou actionnaires.

La notion de collectivité ne repose pas sur un critère quantitatif : "le caractère collectif d'un acte juridique provient, non pas d'un nombre plus ou moins grand d'individus qui y prennent part, mais seulement du contenu et de l'orientation de leurs volontés respectives"[2]. Aussi l'institution de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée ou de la société par actions simplifiée à un seul associé, inexplicable par l'hypothèse du contrat qui implique l'existence d'au moins deux parties, trouve-t-elle place dans la théorie de l'acte collectif, la collectivité étant réduite à sa plus simple expression, une seule et unique volonté dans le but de créer une société. L'acte collectif devient alors exceptionnellement un acte unilatéral. Le droit communautaire admet au demeurant l'instauration de sociétés unipersonnelles depuis la douzième directive du 21 décembre 1989.

Mais "l'entreprise commune" au sens de l'article 1832 du Code civil ne se dissout pas dans la règle pour autant car la structure individuelle ainsi engendrée n'est pas fermée : d'autres associés peuvent *a posteriori* y adhérer et le principe de collégialité mis en sommeil retrouve toute son énergie dès lors que la société évolue vers une association multiple. Ainsi les articles 262-14 à 262-20 de la loi du 24 juillet 1966 n'ont pas à être exclus définitivement et systématiquement des statuts d'une société par actions simplifiée unipersonnelle : loin d'être incompatibles, ils demeurent seulement "inapplicables" tant qu'une collectivité n'est pas formée[3]. Tel est d'ailleurs le terme exact employé par l'article 262-21 de la loi précitée. L'interprétation *stricto sensu* des exceptions commande un tel régime.

---

[1]RIPERT et ROBLOT, *op. cit*., n°721, p.590.
[2]G. ROUJOU, DE BOUBÉE, *th.préc.*, p.243.
[3]Notamment Paul LE CANNU, chron. *Bull. Joly*, sept. 1999, §198, p.841s., spéc., n°25, sur "La SAS pour tous (L. n°99-587, 12 juillet 1999, art. 3)".

C'est l'intérêt de la personne morale : cet intérêt social prévaut sur toute autre considération particulière. En droit des sociétés, le collectif demeure la norme, l'individuel une anomalie.

La thèse organique de la société reflète également l'idée d'une collectivité solidaire et indivisible pour une fonction déterminée. La responsabilité qui en découle est donc le plus souvent collective, ce qui lui confère un caractère spécifique, que ce soit lors de la constitution de société ou en cours de vie sociale.

Ainsi notre étude porte sur les deux formes les plus répandues d'actes juridiques collectifs, à savoir la création des sociétés - personnes morales et les décisions prises par les instances collégiales de ces dernières. Un seul aspect retient ici notre attention : celui de la sanction des vices dans la formation de ces actes. Les nullités nous intéressent plus particulièrement dans la mesure où elles représentent la sanction de droit commun en matière d'acte juridique[1]. L'identité de nature de ces actes justifie ainsi une étude globale du régime des nullités en droit des sociétés.

La nullité est la "sanction encourue par un acte juridique entaché d'un vice de forme ou d'une irrégularité de fond qui consiste dans l'anéantissement de l'acte"[2]. Il s'agit donc d'un mécanisme *a posteriori*, efficace et radical. Il est aisé de comprendre qu'une telle sanction entraînant de graves conséquences pour la sécurité juridique à la fois interne et externe, supporte de nombreuses dérogations en matière de sociétés.

Les associés ou actionnaires ne doivent pas être exposés au risque d'une annulation future de la société ou des décisions sociales. De même, pour les tiers de bonne foi, les salariés, les fournisseurs, les organismes de crédit, les épargnants ... la croyance en la validité des actes accomplis au nom de la personne morale est une nécessité pour assurer le bon fonctionnement des sociétés : sans relation avec l'extérieur, la société n'a point d'objet, elle ne peut se réaliser et perdurer.

---

[1]Sanction traditionnelle, Joseph HÉMARD, *th. préc.*, n°87.
[2]G. CORNU, Vocabulaire juridique, *P.U.F.* 1992, p.545.

Déjà, les Parlements ne prononçaient plus la nullité des actes et contrats passés entre associés ou avec les tiers prévue par l'ordonnance de Colbert de 1673 (Titre IV, article 5); l'article 42 du Code de commerce repris par l'article 56 de la loi du 24 juillet 1867 réhabilita la sanction de nullité des actes constitutifs de sociétés tout en la rendant inopposable aux tiers (articles 7 et 41). Le régime des nullités de droit commun s'appliquait alors, ce qui rendait fréquente l'application de cette sanction au détriment du développement des sociétés[1]. On assistait même à un véritable chantage à la nullité[2].

Toutefois, de nombreux tempéraments étaient apportés par une jurisprudence pragmatique : l'effet rétroactif des nullités n'était pas appliqué[3]. Quel que soit le vice entachant la constitution d'une société ou la délibération d'une assemblée, la société n'en avait pas moins existé en tant que "société de fait" et avait fonctionné aux yeux des tiers. "La société frappe de mort la société rebelle ; mais, puisqu'elle meurt, elle a vécu."[4]

De même, les décisions sociales ont pu faire acquérir des droits à des tiers : la sécurité du commerce implique que l'on puisse conserver ces droits sans crainte d'une remise en cause postérieure de ce transfert. La maxime *"quod nullum est, nullum producit effectum"* est écartée systématiquement pour assurer la sécurité des tiers, sauf si ceux-ci optent pour son application stricte[5]. L'annulation opère alors comme une dissolution : elle n'a d'effet que pour l'avenir. Celle-ci se distingue cependant de la résolution, de la résiliation et de la caducité qui supposent un acte valable à l'origine[6].

Plus qu'une dérogation au droit commun des nullités, l'absence de rétroactivité est donc une donnée fondamentale du régime des nullités en droit des sociétés, que ces dernières portent sur des actes juridiques collectifs successifs (formation de sociétés) ou bien simultanés (actes et délibérations ne modifiant pas les statuts).

---

[1]Joseph HÉMARD, *th. préc.*, 2ème éd. 1926, n°127.
[2]J. MALLET, *th. préc.*, n°60, p.59.
[3]H. TEMPLE, *th. préc.*, n°23, p.9.
[4]Joseph HÉMARD, *th. préc.*, p.6.
[5]Alain PIEDELIÈVRE, "Quelques réflexions sur la maxime *"quod nullum est, nullum producit effectum"*, *Mélanges Voirin,* 1967, p.638s., p.648-650.
[6]Yvaine BUFFELAN-LANORE, Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil, *Bibliothèque de Droit privé, L.G.D.J.* 1963, Tome XLIII, 176p., *spéc.* p.138-139.

Autrement dit, la non-rétroactivité de cette sanction se justifie donc par la création d'une personne morale et son mode d'organisation et non parce qu'il s'agirait d'actes à exécution successive. L'apparence n'est alors pas le fondement de la théorie des sociétés de fait : la validité rétroactive découle de la notion d'annulabilité.

C'est aussi reconnaître, au-delà de la personnalité morale, que l'absence de rétroactivité pallie le caractère collectif de la sanction de nullité en droit des sociétés. Car l'acte juridique collectif est à la fois un acte à formation collective mais aussi un acte à effet collectif interne (sur les associés ou actionnaires et administrateurs) et externe (sur les tiers). Cet aspect, passé volontairement sous silence par M. Gabriel ROUJOU DE BOUBÉE, représente le cœur de notre étude puisque celle-ci porte sur la nullité, véritable sanction collective en droit des sociétés[1].

D'autres créations prétoriennes, entérinées par la loi, laissent également à penser que les nullités en droit des sociétés possèdent un régime autonome. Ainsi en est-il de la régularisation (à distinguer de la confirmation) des nullités dont le domaine a été étendu, de la disparition des nullités de plein droit, de la faculté d'annuler conférée au juge. La notion d'annulabilité est donc plus appropriée au droit des sociétés que le terme de nullité. Quant à la prescription des actions en nullité, elle n'a pas cessé de diminuer : trente ans dans la loi du 24 juillet 1867 (articles 8 et 42), dix ans après la loi du 1er août 1893, cinq ans avec le décret-loi du 30 octobre 1935, puis trois ans dans la loi du 24 juillet 1966. En outre, cette prescription abrégée est devenue la règle pour toutes les sociétés commerciales depuis 1966 (article 367 de la loi relative aux sociétés commerciales) et civiles avec la loi du 4 janvier 1978 (article 1844-14 du Code civil)[2].

La spécificité des nullités en droit des sociétés par rapport au droit civil ne fait que se renforcer au fil des siècles afin d'en restreindre son étendue.

Afin d'assurer un développement harmonieux des sociétés, le législateur de 1966 a réduit considérablement les causes de nullité de sociétés, en particulier par une purge des vices de forme. Restent en vigueur dans la loi de 1966, deux sociétés pour lesquelles le formalisme

[1]G. ROUJOU DE BOUBÉE, *th. préc.*, p.29.
[2]Jean HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, *op. cit.*, Tome III, p.472-473, n°612-613.

est requis sous peine de nullité : la société en nom collectif et la commandite simple.

Cette volonté de pourchasser les nullités répondait au vœu d'une proposition de directive élaborée le 10 avril 1964 par la Commission de la Communauté européenne. Le rapprochement des législations nationales est effectivement un des objectifs du Traité de Rome du 25 mars 1957 (article 3) afin d'établir un marché unique européen (article 2). L'uniformisation par voie de directives en est un des moyens. C'est ainsi que le Conseil des Communautés économiques européennes a adopté, le 9 mars 1968, la directive 68/151 "tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58, 2° alinéa du Traité (c'est-à-dire les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée pour la France), pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers".

Cependant, lors de la réforme des sociétés commerciales en 1966, le droit interne français n'a pris en compte qu'un volet de cette réglementation, privilégiant ainsi les associés par rapport aux tiers. En effet, la réduction des causes de nullité préconisée par la directive allait de pair avec un contrôle préalable des constitutions de sociétés et le développement de la responsabilité pénale des fondateurs et des dirigeants.

Or, après maintes controverses[1], la France a opté pour un contrôle quasi judiciaire[2] des sociétés commerciales, rejetant l'idée d'un contrôle purement administratif, qui ne procurerait pas toutes les garanties d'impartialité nécessaires et l'établissement d'un acte authentique dont le contenu des énonciations resterait sous l'entière responsabilité d'un notaire. Ce libéralisme affiché a conduit à une mise à l'écart de tous les systèmes qui ralentiraient considérablement la procédure de création des sociétés[3]. Cependant, ce contrôle de régularité de la constitution de société est lui-même susceptible de degrés : contrôle de régularité formelle, contrôle de légalité au fond,

[1]Cf. travaux parlementaires de la réforme de 1966.
[2]Pas de véritable contrôle judiciaire, cf. HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, "La réforme de la réforme des sociétés commerciales", *D.*1970, *chron.* p.45; F.VITERBO, *th. préc.*, n°150, p.104.
[3]Robert SINAY, "La proposition de directive européenne en matière de sociétés commerciales et le projet de loi français", *G.P.* 1965, I, p.38;

contrôle de véracité et sincérité[1]. Le législateur français a donné sa préférence au premier : le greffier du tribunal de commerce ne vérifie, pour l'immatriculation de la société, que la conformité des énonciations aux dispositions législatives et réglementaires correspondant aux pièces justificatives et actes déposés en annexe, la déclaration de conformité ayant été supprimée par la loi n°94-126 du 11 février 1994 (article 18)[2]. C'est une formule originale du droit français[3].

La disparition des nullités pour vices de forme ne s'est donc pas accompagnée de la contrepartie qui s'imposait : un contrôle préventif efficace. Afin d'intégrer la directive 68/151 dans notre législation, le décret du 24 décembre 1969 est venu compléter l'article 16 du décret du 23 mars 1967 relatif au registre du commerce : le contrôle du greffier s'étend désormais à la vérification de l'accomplissement des "formalités prévues par la législation et la réglementation concernant les sociétés commerciales". D'aucuns ont qualifié cette modification de "tour de prestidigitation"[4]. Tout au plus s'agit-il d'un "contrôle judiciaire par personne interposée"[5], le greffier étant sous la surveillance du juge commis, à cet effet, par le tribunal de commerce. En outre, le greffier tenant le registre du commerce n'a pas les moyens de vérifier que les formalités sont régulièrement accomplies. La société est donc valable au moment de l'intervention du greffier[6]. L'acte collectif ne serait parfait qu'après l'issue d'un véritable contrôle[7]. Aucune prévention des

---

[1]François GORÉ, "Le contrôle de constitution des sociétés dans le projet de code des sociétés", dans "Études sur le projet français de réforme des sociétés commerciales", (projet de loi n°1003 du 18 juin 1964), *Travaux de l'Association internationale du droit commercial et du droit des affaires, Ed. Sirey*, 1965, spéc.p.5 et p.22; C.DUCOULOUX-FAVARD, Le contrôle judiciaire et la réforme du droit français des sociétés, *Rev. soc.*, 1967, 1.

[2]Article 30 du décret n°84-406 du 30 mai 1984 modifié par le décret n°95-374 du 10 avril 1995, commenté par René CODANI, "Réforme du registre du commerce et des sociétés", *Petites Affiches*, n°56, 10 mai 1995, p.4 : la responsabilité du greffier a pourtant été augmentée en conséquence.

[3]Ainsi que le fait remarquer Jean HÉMARD, c'est en forçant un peu qu'on qualifie le contrôle de judiciaire en considération du fait que le greffier tient le R.C.S. sous la surveillance du juge commis à cet effet par le tribunal. C'est par un abus de langage que l'on peut parler d'un contrôle administratif dans la mesure où c'est un à un greffier de découvrir les omissions et les irrégularités, "La douzième réforme du droit des sociétés commerciales", *Rev. soc.* 1970, p.227.

[4]Yves SERRA, "Nullité et inopposabilité au regard de la réception de la directive 68-151 du Conseil des Communautés économiques européennes par la législation française des sociétés", *D.* 1973, chron. 97, *spéc.* p.98.

[5]M. HAGÈGE, *th. préc.*, p.142.

[6]F. VITERBO, *th. préc.*, p.104, n°150.

[7]*ibidem*, p.15s., spéc. p.44s. (titre 1).

causes de nullité n'existe alors réellement[1]. L'absence de réel contrôle préventif n'est pas conforme au droit communautaire[2].

On ne peut évidemment pas parler d'un véritable contrôle de la constitution par le greffier[3] car c'est l'existence des pièces justificatives que supervise le greffier non le contenu de celles-ci. Si le greffier immatricule une société nulle, le juge a fort peu de chances de s'en apercevoir[4]. Comme l'a dit M. LE DOUAREC[5], "le véritable contrôle est laissé à la diligence des intéressés et du ministère public". Plus qu'un contrôle préalable, il y a des sanctions qui seront déclenchées, notamment pénales[6].

Quant au droit pénal des affaires, son développement n'est pas non plus exempt de critiques. Des peines très élevées dans un but essentiellement dissuasif ont été édictées pour compenser la réduction des sanctions civiles dont la nullité, ou pour se combiner avec celles-ci afin d'éradiquer tout vice pouvant affecter la société[7].

Cependant ces sanctions pénales demeurent aléatoires car la connaissance des infractions, d'une part, parvient souvent trop tard au procureur de la République ; l'information lui est transmise par les créanciers ou les salariés en général lors du dépôt de bilan ou, parfois avant, par le commissaire aux comptes, lorsque les sociétés en disposent. Or, bien qu'ayant l'obligation de prévenir le ministère public (article 233 alinéa 2) de tout fait délictueux sans que leur responsabilité puisse être engagée, les commissaires aux comptes n'ont pas une indépendance totale, même si la durée de leur mandat a été allongée : ils sont, en effet, nommés et renouvelés dans leurs fonctions par l'assemblée générale de la société même qu'ils contrôlent.

D'autre part, la preuve que l'infraction a été commise "sciemment" doit, le plus souvent, être administrée par le tribunal. Enfin, leur caractère excessif est tempéré par plusieurs éléments : le

---

[1]*ibidem*, p.83s., (titre 2).
[2]Violation de l'article 10 de la directive 68/151 précitée).
[3]Dominique BASTIAN, "La réforme du droit des sociétés commerciales", *J.C.P.* 1967, I, 2121, n°160.
[4]Yves GUYON, Droit des affaires, Tome 1, Droit commercial général et Sociétés, 10ème éd., 1998, Coll. Droit des affaires et de l'entreprise, *Ed. Economica,* n°148 *in fine*, p.153.
[5]Rapport n°1886, p.14.
[6]RIPERT et ROBLOT, *op. cit*., n°940s., *spéc.* n°943.
[7]Wilfrid JEANDIDIER, Droit pénal des affaires, *Précis Dalloz,* 1991, n°242, p.269.

Parquet a l'opportunité des poursuites, les tribunaux peuvent adapter la répression à chaque condamnation, notamment par l'octroi de sursis et de circonstances atténuantes. On comprend mieux, dans ces conditions, que de telles sanctions ne soient guère appliquées.

Emprise du droit des contrats sur le droit des sociétés, contrôle préalable fictif, et responsabilité pénale théorique : tout est mis en oeuvre pour justifier le maintien de nombreuses causes de nullités en ce domaine. Malgré une réduction significative des causes de nullité, le droit français des sociétés est loin d'être expurgé des nullités de fond. Cette branche du droit a subi un mouvement contradictoire : d'une part, une réforme visant à les supprimer à l'instar des autres États membres de la Communauté européenne, d'autre part, une certaine résistance à les évincer totalement au profit d'autres sanctions de la violation de la loi dans la formation des actes juridiques.

Le poids de l'histoire et des mentalités joue aussi un rôle important en la matière. Fidèle à la tradition française du libéralisme économique lié au principe de l'autonomie de la volonté, le législateur de 1966 a donné sa préférence aux sanctions a *posteriori* par opposition à un contrôle a *priori.* Le souvenir de l'entrave au développement des sociétés anonymes créée par le système de l'autorisation préalable[1] était présent dans l'esprit des rédacteurs de loi de 1966. Toutefois, à ce contrôle gouvernemental, la loi du 24 juillet 1867 avait substitué une liberté réglementée : les fondateurs de sociétés par actions devaient respecter un certain nombre de formalités pour constituer leur société. Le libéralisme économique est largement tempéré par le dirigisme étatique en matière de sociétés du fait de la création d'un être moral nouveau. Le formalisme est d'ailleurs un des caractères indispensables de l'acte juridique collectif pour garantir la réalité du concours de volonté.

Or, le législateur de 1966 a quasiment supprimé les nullités pour vices de forme, lors de la constitution des sociétés, sans trouver de compensation réelle. Il est vrai que le prononcé des nullités pour vices de forme était devenu rare. La loi du 24 juillet 1966 a donc consacré dans les textes ce qui était déjà une réalité de fait. Ce qui rend compréhensible l'instauration d'un contrôle préventif purement formel.

[1]Paul PIC, Sociétés commerciales, *Ed. Rousseau*, 1908, Tome 1, p.125-126, n°108.

Celui-ci, ainsi conçu, ne permettait donc pas la suppression de nullités pour d'autres vices. Ces raisons à la fois juridiques et historiques, expliquent que la proposition de directive de Bruxelles de 1964 (article 13) n'ait pas reçu un écho favorable, lors de la réforme des sociétés commerciales, quant à la suppression des nullités de sociétés pour vices de fond.

C'est pourquoi la réception de la directive du 9 mars 1968 a conduit à un renforcement de la sécurité des tiers, d'un côté par une modification de l'article 360 de la loi du 24 juillet 1966 relatif aux nullités des sociétés par actions et des sociétés à responsabilité limitée et, d'un autre côté par une augmentation significative des cas d'inopposabilité au regard des engagements sociaux. La société est désormais engagée vis-à-vis des tiers par les actes accomplis par ses organes, même si ces actes ne relèvent pas de l'objet social, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer la preuve pour la société que ces actes dépassent les limites de l'objet social. Les clauses statutaires contraires ne sont plus opposables aux tiers de bonne foi[1].

L'inopposabilité est alors envisagée comme une limite indirecte aux effets de la nullité. Elle recouvre ainsi son rôle originel tels que les commercialistes l'avaient conçue dans leur célèbre théorie de l'inopposabilité des exceptions. Elle réduit l'effet collectif externe de la sanction de nullité. C'est dire qu'entre la non-rétroactivité et l'inopposabilité, les nullités en droit des sociétés n'ont qu'un effet relatif.

Mais l'ordonnance du 20 décembre 1969 n'a fait ainsi qu'accroître le déséquilibre amorcé trois années auparavant par le refus d'un contrôle préventif efficace. Tel n'est pas l'enjeu de la directive dont l'esprit général et global ne souffre pas que les États membres fassent abstraction de certaines de ses dispositions pour en rompre l'harmonie.

Le sacrifice des associés ou actionnaires a certes été atténué par une réduction limitée des causes de nullité. La France, trop attachée à la théorie contractuelle de la société, n'a pu se résoudre à supprimer entièrement les nullités résultant du contrat. La conséquence inévitable a été le maintien dans notre droit d'un certain nombre de causes de

[1]Yves SERRA, *chron. préc.*, p.99.

nullité prohibées par la directive, tels le défaut de consentement, l'absence ou la fictivité des apports, l'absence d'*affectio societatis*, le défaut d'objet, l'objet non réalisable ou encore inexistant, également l'absence de cause, la cause illicite, voire directement la fraude. Le combat contre les nullités virtuelles est loin d'être achevé ! La législation française a exclu uniquement les vices du consentement, l'incapacité (sauf si elle atteint tous les associés fondateurs) et les clauses léonines (désormais réputées expressément non écrites[1]), comme cas de nullité des sociétés par actions et des sociétés à responsabilité limitée alors que l'article 11 de la directive[2] énumère les seuls cas de nullité autorisés à subsister dans le droit interne des pays de la Communauté européenne.

Mais la différence de méthode ne doit pas tromper sur les motifs profonds de cette transposition infidèle. La nullité reste, en droit interne, la sanction de droit commun en matière de sociétés alors que le droit communautaire lui attribue une place résiduelle.

Le conflit est par conséquent latent entre ces deux sources de droit, et connaît un regain d'intérêt, notamment depuis l'arrêt récent de la Cour de Justice des Communautés européennes du 13 novembre 1990[3] obligeant les juges nationaux à interpréter leur droit national à la lumière du texte de la directive et de sa finalité en vue d'assurer la primauté du droit communautaire par l'extension progressive de l'effet direct des directives. L'irréductibilité des cas d'annulabilité des sociétés par actions ou à responsabilité limitée, liée à une sous-estimation des sanctions préventives dans notre droit, devra être résolue rapidement avant qu'une action en manquement ou une action en responsabilité ne soit exercée contre l'État français.

Un même effort de réduction des causes de nullités a animé le législateur de 1966 en ce qui concerne le fonctionnement des sociétés.

---

[1]Article 1844-10 alinéa 2 du Code civil

[2]Identique à l'article 13 de la proposition de directive de 1964.

[3]*Marleasing SA, aff.* C.106/89, *Rec.*1990, p.4135; *R.J.D.A.*, 1991, p.76 à 80; *J.C.P. Ed. G.*, 1991, II, 21658 ou *J.C.P., Ed. E*, 1991, II, 156, note Patrice LEVEL; *Rev.des aff. eur*., 1991, 87, obs. Henry BLAISE; *Rev. soc.*, 1991,p.532s., note Yves CHAPUT; chronique relative à l'arrêt : Bernard SAINTOURENS, "Les causes de nullité des sociétés : l'impact de la première directive CEE de 1968 sur les sociétés, interprétée par la Cour de Justice des Communautés européennes", *Bull. Joly*, 1991, p.123 à 133, §41; p.190, §59.

Toutefois, la nullité des actes en cours de vie sociale n'entraînant pas la nullité de la société, son domaine est plus large que le précédent.

Celle-ci résulte d'une violation d'une règle impérative soit de la loi du 24 juillet 1966, soit des dispositions régissant les contrats (article 360 alinéa 2). Le terme de disposition impérative est très flou : une disposition pénalement sanctionnée ne revêt pas nécessairement un caractère impératif ! La jurisprudence fait appel, à cet égard, à différents critères[1]. Le recours à la notion d'ordre public ne fait que déplacer le problème dans la mesure où celle-ci est difficile à cerner. La lecture des nombreuses et différentes définitions de l'ordre public regroupées par M. Philippe MALAURIE dans sa thèse permet de s'en convaincre[2]. Les règles impératives, par leur imprécision, offrent ainsi un terrain de prédilection aux nullités virtuelles.

Par ailleurs, la référence au droit des contrats n'est pas exempte de critiques. Outre le fait qu'elle étende le domaine des nullités virtuelles, elle est injustifiée car il s'agit toujours de nullités d'actes collectifs et non de contrats. Dans un domaine fortement marqué par le dirigisme législatif et empreint de formalisme, les irrégularités dans la formation du concours de volonté nécessaire à la prise de décisions par les instances délibérantes, appellent une sanction appropriée : aux nullités pour vices du consentement s'ajoutent des nullités pour vices de forme, de procédure et de compétence. Si la loi les a faites disparaître dans leur quasi-totalité pour les actes constitutifs de sociétés, elles demeurent, en revanche, des sanctions fréquentes pour les vices de fonctionnement.

La jurisprudence modère toutefois leur application en exigeant souvent la preuve que l'irrégularité formelle ou procédurale ait eu une influence sur le résultat du vote. C'est implicitement reconnaître que le droit de vote est davantage une fonction qu'un droit égoïste[3]. Cette conception du droit de vote et ces causes spécifiques de nullités

---

[1]J.-P. LEGROS, *chron. préc., spéc.,* p.285s.; Dominique GRILLET-PONTON, "La méconnaissance d'une règle impérative de la loi, cause de nullité des actes et délibérations des organes de la société", *Rev. soc.*, 1984, *spéc.*, p.265s.

[2]Les contrats contraires à l'ordre public - Étude de droit civil comparé : France, Angleterre, Union soviétique, Thèse Paris, 1951, *Ed. Matot, Braine, Reims,* 1953, 278p., *spéc.* appendice, p.261-263.

[3]Jean DABIN, Le droit subjectif, 1952, p.168; René DAVID, "Le caractère social du droit de vote", *Journal des sociétés,* 1929, p.404; Émile GAILLARD, La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme, thèse Lyon, 1932, p.56s.

s'accordent parfaitement avec la notion d'acte juridique collectif alors qu'elles sont difficilement conciliables avec la théorie de l'autonomie de la volonté et le principe du consensualisme. On vérifie ainsi que l'originalité des causes de nullité en cours de vie sociale ne modifie pas la nature des actes annulables.

Le particularisme de ces nullités rejaillit en revanche sur la nature de la sanction. Étant une sanction de dispositions d'ordre public économique de protection, la nullité n'est souvent que partielle et conduit même le juge à substituer quelquefois à la partie de l'acte vicié la disposition impérative méconnue ou violée[1].

Le pouvoir créateur du juge en la matière est aussi une des conséquences de sa faculté, voire de son obligation de régularisation. La volonté étatique prime ainsi sur la volonté des parties. Les nullités partielles, souvent accompagnées de la réfaction de l'acte juridique, se rencontrent effectivement moins fréquemment pour les nullités de sociétés, car les volontés participant à la constitution de société (consentement unanime des associés ou interdépendance des souscriptions) ou à la modification des statuts (majorité renforcée) se caractérisent par une indivisibilité plus forte que dans les actes et délibérations de société (majorité simple). Mais elles n'en sont pas exclues : les sociétés de fait ne sont-elles pas la preuve que les nullités de sociétés ne sont jamais totales ? La nullité partielle représente donc une technique privilégiée pour diminuer l'étendue de toutes les nullités en droit des sociétés.

Avec le développement du droit communautaire dérivé, la différence de nature des nullités en droit des sociétés risque de disparaître entièrement. Les nullités des actes atteints de vices de fonctionnement font, en effet, l'objet d'une proposition de directive[2]. Son adoption permettrait de fixer, du moins pour les sociétés anonymes, le domaine des nullités en cours de vie sociale. Le principe "pas de nullité sans texte" retrouverait alors son empire car la Commission procède par voie d'énumération (article 42), comme pour

---

[1]Gérard FARJAT, L'ordre public économique, *Bibliothèque de Droit privé, L.G.D.J.*, 1963, 543p., *spéc.* 3ème partie; Philippe SIMLER, La nullité partielle des actes juridiques, *Bibliothèque de Droit privé,* Tome CI, 1969, *L.G.D.J., spéc.* p.99.

[2]*Proposition de cinquième directive sur la structure des sociétés anonymes,* présentée par la Commission au Conseil, le 9 octobre 1972, *Bull. des Communautés européennes, Suppl.* 10/72.

l'énoncé des causes de nullité de sociétés. Cette méthode rigide a le mérite de la clarté et devrait être étendue à toutes les causes de nullité.

Cet aperçu de l'évolution des nullités en droit des sociétés montre que, malgré tous les efforts manifestes du législateur, cette sanction est loin de représenter aujourd'hui une sanction résiduelle en France. La diversité des cas qu'elle recouvre justifie largement l'emploi du pluriel dans l'énoncé du sujet qui nous occupe. L'interprétation des textes actuels, tels qu'ils ont été rédigés, conduit nécessairement à étendre le domaine des nullités virtuelles. Les vices de fonctionnement relèvent encore la plupart du temps de la sanction de nullité. En outre, toutes les sociétés ne connaissent pas une réduction des causes et des effets de cette sanction dans les mêmes proportions.

Un rapide coup d'œil sur les législations étrangères, en particulier celles d'autres États membres, permet de constater que le champ d'application de la sanction de nullité a été considérablement réduit grâce à la généralisation du contrôle préventif[1], mais sans pour autant disparaître complètement. L'Angleterre et les autres pays de la *Common Law* ne connaissent plus guère cette sanction, sauf pour les *partnerships* comparables à nos sociétés en nom collectif[2]. Quant à l'Allemagne, l'unique cause de nullité, le défaut dans les statuts de dispositions relatives au capital ou à l'objet est, en pratique, rare dans les sociétés par actions[3]. Les nullités partielles *(Teilnichtigkeit)* et la conversion *(Umdeutung)* sont la règle pour les sociétés de personnes. Le droit allemand parle d'annulabilité en matière de vices de consentement *(Anfechtbarkeit)*[4]. La validité provisoire est ainsi préférée à la théorie de l'apparence. Même dans les États, tels la Belgique ou le Luxembourg, qui adoptent un contrôle a *posteriori* des sociétés, la nullité est évincée au profit de sanction comme la responsabilité des fondateurs ou l'inopposabilité[5]. L'influence des législations étrangères sur le droit français est néanmoins limitée[6].

---

[1]H. TEMPLE, *th. préc.*, n°51, p.25; spéc. n°123s., p.95s. et suppression quasi totale des nullités : en droit anglais, israélien, mexicain, américain, suisse et turc ; M. HAGÈGE, *th. préc.*, n°273, p.207s.
[2]*ibidem,* n°42s.
[3]*ibidem*, n°53.
[4]Frédérique FERRAND, Droit privé allemand, *Précis Dalloz, Coll. Droit privé,* 1997, n°229s., p.256s.
[5]H. TEMPLE, *th. préc.*, n°55.
[6]J. MALLET, *th. préc.*, p. 83-94; L. GROSCLAUDE, *th. préc., spéc.* p.84.

Parfois même, la théorie de l'inexistence refait surface alors qu'elle semblait pour bon nombre d'auteurs archaïque et dépassée[1]. "Chassez les nullités par la porte, elles reviennent par la fenêtre !"

A cet égard, le régime des clauses réputées non écrites mérite une comparaison avec celui des nullités, notamment des nullités partielles. Il n'est pas certain que le législateur ait utilisé cette formule à bon escient. La confusion de la jurisprudence quant à la sanction applicable montre l'absence de distinction tranchée entre les clauses nulles et les clauses réputées non écrites[2]. Différences, parenté ou identité, les discussions sont âpres.

Le législateur et la jurisprudence français n'ont pas tiré toutes les conséquences de la spécificité des nullités en droit des sociétés. Alors qu'il s'agit davantage de nullités de protection, celles-ci sont qualifiées tantôt de relatives, tantôt d'absolues. Seules les premières sont conformes à l'esprit des nullités en droit des sociétés.

Rechercher la place exacte des nullités en droit des sociétés, ce n'est pas uniquement se demander si cette sanction est adéquate et efficace, mais c'est aussi et surtout établir son régime propre en fonction de son autonomie par rapport au droit civil.

Dans le but de protéger les associés et les tiers, il conviendrait d'homogénéiser cette sanction en cette matière afin de parvenir à une limitation de son domaine et de ses effets tant internes qu'externes. La véritable nature des actes susceptibles d'annulation est, à cet égard, déterminante. Bon nombre de caractères communs aux nullités en droit des sociétés, tels que nous les avons dégagés, conduisent à définir avec précision cette sanction et permettent dès à présent d'esquisser son régime général : faculté du juge pour la prononcer en tout ou partie, obligation de régularisation, inopposabilité aux tiers de bonne foi, non-rétroactivité, relativité... Tout concourt à rendre cette sanction partielle

---

[1]Georges DURRY, "L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français", *Travaux de l'Association Henri Capitant, Ed. Dalloz*, 1965, p.611s.; comparaison intéressante avec les nullités de mariage, cf. Y.GUYON, *op.cit*, n°154.

[2]Vincent COTTEREAU, "La clause réputée non écrite", *J.C.P.* 1993, 3691; Jérôme KÜLLMANN, "Remarques sur les clauses réputées non écrites", *D.* 1993, 59; L.GROSCLAUDE, *th. préc.*, spéc. p.123. : "L'inexistence est une forme de nullité à laquelle on aurait ôté les caractères restrictifs de son régime".

ou subsidiaire[1] car, par trop collective. Les nullités en droit des sociétés représentent plus précisément des annulabilités à effet collectif.

Suivant l'idée directrice de René JAPIOT, dans sa théorie des nullités en droit civil, les nullités en droit des sociétés seront examinées en fonction de leur objectif : l'organisation d'une sanction qui permette d'assurer la réalisation de l'objet social en toute sécurité juridique pour les associés et pour les tiers dans le cadre de la Communauté européenne.

Dans cet esprit, la réduction progressive des causes de nullité trouve un écho dans la limitation de l'étendue de cette sanction en droit des sociétés. Généralement un travail sur les nullités se divise en deux parties : quels sont les faits qui engendrent la nullité ? Que se passe-t-il une fois la nullité prononcée ? Nous ne dérogeons donc pas à cet usage[2].

L'étude des causes de nullité (Première partie) précédera logiquement l'exposé des effets de l'annulation (Deuxième partie).

[1]M. HAGÈGE, *th. préc.*, n°199, p.151.
[2]M. RICHIER, *th. préc.* , n°3, p.25 qui, quant à lui, ne craint pas... de déroger à cet usage général.

PREMIÈRE PARTIE : LES CAUSES DE NULLITÉ EN DROIT DES SOCIÉTÉS

"Tout cela revient à dire, qu'il y a des principes de justice supérieurs à la contingence des faits, et que, si les faits précisent la réalisation des principes, ils n'en sauraient contenir l'essence".[1]

Le principe de l'autonomie de la volonté fondé sur une doctrine essentiellement individualiste est sérieusement battu en brèche en droit des sociétés, car la société constitue une figure juridique particulière. "C'est un organisme collectif, un corps unitaire, pourvu d'organes parfaitement aménagés et équilibrés, et vivant sa vie propre et indépendante"[2].

Les actes qui concourent à la création de la société et à son fonctionnement portent la marque de cette spécificité : ce sont, tels que nous les avons qualifiés, des actes juridiques collectifs. Leur identité de nature se répercute invariablement sur la nullité qui sanctionne les vices relatifs à leur formation. Dès lors, les conditions qui président à la naissance des actes juridiques collectifs méritent de retenir toute notre attention afin de déterminer les causes exactes d'annulabilité en droit des sociétés.

Il s'avère, à ce propos, que certaines prennent leur source dans le droit commun des obligations, malgré des déformations manifestes ; d'autres puisent leurs racines uniquement dans l'ordre public sociétaire. Ce sont, en effet, la sauvegarde et la poursuite de l'entreprise commune qui sont visées par ces dérogations. La volonté des associés ne crée d'effets juridiques que dans la mesure où elle correspond à

[1]François GÉNY, Méthodes d'interprétation du droit, thèse Paris, 1899, n°161, p.480.
[2]Emmanuel GOUNOT, Principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Thèse Dijon, 1912, p. 290-291.

l'intérêt social. La sanction de nullité ne peut anéantir que les actes dont le vice porte atteinte à la société. L'intérêt juridiquement protégé est toujours celui de la société dans sa relation avec les tiers ou bien de l'ensemble des membres de la société, jamais celui de l'associé pris individuellement. C'est donc le caractère collectif des actes qui donnent naissance à la société ou qui assurent son fonctionnement dans les assemblées délibérantes qui sont à l'origine de l'atteinte portée au principe du consensualisme.

Déjà, l'ordre public classique marquait une limite, certes plus formelle que réelle, à la liberté des conventions. Mais le recul de l'autonomie de la volonté est patent avec le développement de l'ordre public de direction et l'ordre public de protection qui en sont une des traductions[1]. Pourtant, la conception moderne de l'ordre public, quelle qu'en soit sa forme[2], n'explique pas à elle seule, la spécificité des nullités en droit des sociétés. Le dirigisme étatique dans le domaine économique n'est qu'une des conséquences de la protection requise par la société. Celui-ci est d'ailleurs très marqué dans les sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne où l'intérêt social se confond presque avec l'intérêt général. L'absence de précision dans la détermination de l'objectif de l'ordre public est causée par le fait même que l'effet collectif est d'intensité variable selon les sociétés. C'est donc le polymorphisme des sociétés qui engendre un certain flou dans la définition de l'ordre public économique.

L'ordre public de protection a pour but de défendre les faibles contre les forts[3]. Mais sont-ce les tiers, les épargnants, les associés minoritaires, ou bien les actionnaires contre la personne morale, les bénéficiaires désignés de cette protection ? La notion du bien objectif est très relative. L'excès de protection se retourne toujours contre les personnes protégées[4].

En outre, l'ordre public de direction classique est limité en droit des sociétés (nationalisations, contrôle des investissements à l'étranger et des prises de participations étrangères...) et sans influence sur le régime des nullités des actes juridiques collectifs. Mais, sauf à

---

[1]G. FARJAT, L'ordre public économique, *L.G.D.J.*, 1963, notamment p. 32 et s.
[2]*ibidem*, n°139, p. 109 : "L'ordre public comprend toutes les règles qui portent atteinte à la liberté contractuelle".
[3]P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, n°328, p. 308.
[4]*ibidem*, n°325.

considérer aujourd'hui les clauses réputées non écrites comme une résurgence de l'ordre public de direction, l'ordre public sociétaire revêt essentiellement un caractère de protection où l'État s'avère fortement interventionniste[1].

L'ordre public sociétaire a pour fondement l'entreprise commune dont les intérêts à protéger sont triples : la société elle-même, les associés et les tiers. Dans certains cas, tous sont concernés. D'où le caractère absolu de la nullité. Dans d'autres hypothèses, seule une des parties est intéressée : la nullité est par nature relative. Parfois encore, la nullité est bénéfique pour les uns, nuisible pour les autres : l'inopposabilité est alors de rigueur. Enfin, si seule une des clauses de l'acte est viciée[2], la nullité partielle peut être encourue[3]. La notion d'ordre public ainsi entendue s'est métamorphosée et la nature de la nullité en droit des sociétés reflète cette évolution. Le caractère absolu ou relatif de la nullité se fond alors dans "les désordres de l'ordre"[4].

Sur les traces de François DROGOUL, qui défend l'idée d'une unité de la notion de nullité dans la considération du *but* de cette sanction[5], la construction d'une théorie des nullités demeure toujours déterminée par son objectif, c'est-à-dire, en la matière, la protection de l'ordre public sociétaire.

Généralement, on considère que l'ordre public de direction appelle comme sanction la nullité absolue et l'ordre public de protection la nullité relative[6]. Mais dès lors que les règles impératives se fondent en droit des sociétés dans la notion unitaire d'intérêt collectif, qualifier la nullité selon ce critère classique de distinction devient une mission hasardeuse et vaine. L'analyse permet en effet de découvrir un "ordre public économique de protection collective"[7] qui donne des

---

[1]G. FARJAT, *th. préc.*, n°242, p.191.
[2]P. MALAURIE, "Les contrats contraires à l'ordre public", Étude de droit comparé : France, Angleterre, Union soviétique, Thèse Paris, 1951, *Ed. Matot, Braine, Reims* 1953, p. 208.
[3]G. FARJAT, *th. préc.*, n°380, p. 311.
[4]François TERRÉ, L'ordre public à la fin du XXe siècle, Coll. Thèmes et commentaires, *Dalloz*, 1996, Rapport introductif, p.6.
[5]François DROGOUL, "Essai d'une théorie générale des nullités", thèse AIX, 1902, *spéc.* p. 209-266.
[6]P. MALAURIE, *th.préc.*, p. 208.
[7]G. FARJAT, *op. cit.*, n°396, p.323.

raisons d'hésiter sur la place de certaines règles au regard de la *summa divisio*[1].

En pratique, ce sont les effets juridiques de l'acte que l'on cherche à anéantir qui commandent le régime de la nullité et son étendue. Par application des principes dégagés par René JAPIOT, nous rejetons en effet la conception de l'*acte-organisme*. La validité ou la nullité d'un acte juridique ne représente pas un état de l'acte juridique, car l'acte juridique n'est pas vivant en tant que tel. "L'acte, pris en lui-même, pratiquement *n'est pas*. Ce qui existe réellement, ce sont des effets juridiques"[2].

Ce ne sont donc ni les sources de l'ordre public économique considéré, ni la gravité du vice entachant l'acte[3] qui déterminent la nature de la nullité mais l'aspect collectif de celui-là.

La distinction entre nullités textuelles et nullités virtuelles repose également sur la notion d'ordre public sociétaire. Seuls les cas d'annulabilité prévus de façon formelle par la loi peuvent alors être retenus comme cause de nullité. Le système des nullités en matière de sociétés est ainsi marqué par une réduction progressive des causes virtuelles de nullité au profit de cas d'annulabilité exprès. Ainsi, le principe "pas de nullité sans texte" trouve sa consécration dans le corps des règles impératives des lois du 24 juillet 1966 et du 4 janvier 1978[4].

Cependant, selon la société envisagée, la loi elle-même autorise certaines entorses à ce principe puisqu'elle se réfère pour la nullité des actes relatifs au fonctionnement de la société aux dispositions impératives de la "présente loi" (article 360 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966) ou du "présent titre" (article 1844-10 alinéa 3 du Code civil). Or, le caractère impératif de certaines règles est consacré par une décision de justice, et non par une disposition légale expresse. Le retour des nullités virtuelles est alors inévitable.

Autrement dit, lois impératives et ordre public ne doivent pas être confondus[5]. D'une part, il est des lois impératives dont la violation n'entraîne pas la nullité du contrat, mais constitue seulement une

---

[1]Jacques GHESTIN, Traité de droit civil, *La formation du contrat*, 3ème éd., *L.G.D.J.*1993, n°130s., p.109s.
[2]R. JAPIOT, *op. cit.*, p. 44-275.
[3]*ibidem*, p. 273 *in fine*.
[4]P. MACQUERON, *op. cit.*, p. 20 à 23.
[5]MARTY et RAYNAUD, *op. cit.*, tome 1, 2ème éd; 1972, n°99, *contra* J. GHESTIN, *op.cit.*, n°206.

infraction pénale. Inversement, certaines lois impératives ont seulement pour objet de protéger des intérêts privés[1] : ainsi celles qui imposent une solennité ou une incapacité ne sont pas considérées comme parties intégrantes de l'ordre public[2]. L'ensemble des cas d'annulabilité exprès ainsi que toutes les règles impératives susceptibles d'être sanctionnées par la nullité font partie intégrante de l'ordre public sociétaire qui regroupe sous un même vocable ce corps de règles spécifiques destiné à protéger la société.

La distinction entre nullités textuelles et nullités virtuelles n'est donc pas pertinente pour déterminer les causes de nullité en droit des sociétés, puisque nullités expresses ou tacites constituent, au même titre, des causes de nullité en la matière. Toute violation de l'ordre public sociétaire peut constituer une cause de nullité.

Face à une telle emprise du dirigisme étatique dans le droit des sociétés, la volonté dans la forme et le contenu des actes juridiques collectifs détient une place subsidiaire. Plus la personnalité fait écran, plus le rôle de la volonté individuelle s'amenuise. Les régimes des nullités en droit des sociétés reflètent cette contingence dans la sanction de l'inobservation des conditions de validité des sociétés et des décisions prises en assemblées délibérantes. Seuls les vices relatifs à l'existence de la volonté collective sont susceptibles d'être annulés comme portant atteinte à l'entreprise commune. C'est toujours l'aspect collectif qui est retenu comme critère d'appréciation de la cause de nullité. Si le vice n'entache pas la société dans son ensemble, ou inversement si la sanction de nullité a un effet collectif interne ou externe disproportionné par rapport à l'étendue de la violation de la règle constatée, soit l'annulation n'est pas prononcée, soit la nullité n'est pas même encourue.

L'atteinte au principe du consensualisme dans la formation des actes juridiques collectifs se manifeste par une procédure formaliste. Il existe en effet un formalisme plus ou moins marqué dans la constitution des sociétés-personnes morales et inhérent aux nécessités du vote[3]. De même, alors que "l'adhésion est un accident dans le

---

[1]François TERRÉ, Rapport introductif, *in* L'ordre public à la fin du XXe siècle, *Dalloz* 1996, p.3s., spéc. p.10.

[2]P. MALAURIE et L. AYNÈS, Droit civil, "Les obligations", *op. cit.,* n°526, p. 306. C'est également l'esprit de l'article 360 alinéa 1 *in fine* précité.

[3]G. ROUJOU de BOUBÉE, *th.préc.*, p. 216.

contrat, une exception à la règle du consentement, c'est au contraire l'état normal, le principe fondamental dans l'acte collectif"[1].

L'étude des causes de nullité en droit des sociétés procède de l'application constante de ce schéma directeur. Les classifications traditionnelles des nullités selon leurs sources ou leur nature s'avèrent insuffisantes voire peu déterminantes (Titre I). Seul l'examen des conditions de validité des actes juridiques collectifs qui président à la formation des sociétés ou au vote des décisions collectives permet d'appréhender toute la spécificité des causes de nullités en droit des sociétés selon de nouveaux critères de distinction (Titre II).

[1] *ibidem*, p. 226.

TITRE 1 : REJET DES CLASSIFICATIONS TRADITIONNELLES

Et quiconque a la vocation d'innover en matière de bien et de mal commencera nécessairement par détruire et par briser des valeurs (...) Et qu'importe si tout ce qui est fragile vient à se briser contre nos vérités ? Il y a tant de demeures à construire encore ![1]

La prépondérance des nullités virtuelles en matière de sociétés (Chapitre 1) de même que l'imprécision dans la détermination de la frontière entre nullités absolues et relatives d'autre part (Chapitre 2) conduisent à un rejet de ces classifications traditionnelles comme fondement d'une théorie des nullités en droit des sociétés.

[1]Friedrich Wilhem NIETZSCHE, Ainsi parlait Zarathoustra, Tome 1, *Ed. Aubier-Flammarion*, 1969, p.253

CHAPITRE 1 : NULLITÉS TEXTUELLES ET NULLITÉS VIRTUELLES

"Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire"[1]

PORTALIS

Pour limiter l'effet collectif, le législateur a fixé un cadre de nullités textuelles pour sanctionner les vices constitutifs de sociétés et les vices de fonctionnement. Selon la forme de la société, et notamment de l'opacité de la personnalité morale, la notion de cas d'annulabilité prend alors tout son sens. Dès lors que des dispositions législatives énoncent des causes de nullité particulières, le terme de *cas* se substitue à juste titre à la notion générique de *cause*. La directive communautaire 68/151 consacre cette évolution dans la définition de la sanction de nullité lors de la constitution des sociétés de capitaux. La proposition de cinquième directive du 9 octobre 1972 relative aux vices de fonctionnement procède du même esprit. Toutefois, le décalage avec le droit communautaire est patent.

D'une part, même s'il ne s'agit pour la cinquième directive que d'une proposition[2], en matière d'actes et de délibérations de sociétés, celle-ci s'oppose aux nullités tacites qui demeurent la règle en droit interne français. Car l'emprise de la théorie contractuelle reste encore vivace malgré de nombreuses décisions jurisprudentielles, qui reconnaissent implicitement une sanction de nullité appropriée des

[1]Cité en conclusion par Robert GARY, Notions d'universalité de fait et d'universalité de droit, thèse Bordeaux, 1931, p.351.

[2]Il s'agit en fait de plusieurs propositions successives (Monique LUBY, *Act. comm. Joly* 1995, p. 31) au point qu'un auteur a qualifié l'élaboration laborieuse de ces textes de "directive au long cours" (P. LE CANNU, *Act. comm. Joly*, 1990). cf. troisième modification du 19 août 1983 de la proposition de la cinquième directive, H. LE NABASQUE, *Dr. soc.*, avril 1992, n°90.

actes juridiques collectifs au sein des assemblées délibérantes en fonction de la forme de la société.

D'autre part, en pratique, la purge des vices de forme dans la constitution des sociétés n'a pas été compensée par un contrôle préalable réel[1] du formalisme inhérent à toute création de société. Il en résulte que les nullités expresses ne recouvrent pas non plus tous les cas de nullité des actes juridiques constitutifs admis en droit positif (section 1). Pour tenter de concilier ou de faire disparaître les incompatibilités entre ces deux sources de droit, il convient d'envisager une refonte de la sanction des nullités de sociétés à la lumière du droit communautaire, celui-ci n'admettant qu'une liste exhaustive de cas d'annulabilité (section 2).

SECTION 1 : Causes de nullités expresses et virtuelles en droit des sociétés

La purge des nullités de forme et la réduction des causes de nullité de fond assurent une sécurité juridique indispensable en matière de sociétés. L'énoncé de nullités expresses permet une protection renforcée des tiers, car la liste des causes d'invalidité des actes juridiques collectifs n'est plus soumise à l'aléa d'une décision de justice. Les nullités textuelles sont les causes d'annulation expressément prévues par le législateur pour sanctionner les vices de constitution ou de fonctionnement des sociétés. Néanmoins, celles-ci ne recouvrent pas toutes les hypothèses de nullité possibles en droit des sociétés. Les nullités virtuelles représentent les causes de nullité les plus fréquentes. Certes, les nullités textuelles s'imposent moins pour sanctionner l'inobservation des conditions de validité des actes ou délibérations prises par les organes de la société, car le prononcé de la nullité n'entraîne pas l'annulation de la société. Elles représentent en ce domaine une exception (sous-section 1). Elles constituent, en revanche, la cause principale de nullité en matière de constitution de société (sous-section 2).

[1]Cf. *supra*, introduction de la thèse.

Sous-section 1 : Nullités et vices de fonctionnement

Les nullités textuelles sont, en principe, exclues en matière d'actes ou délibérations. Toutefois il en subsiste quelques-unes, formant un noyau incompressible de dispositions appartenant à l'ordre public sociétaire (§1). Les nullités virtuelles représentent en revanche le principe, par référence à la notion de "disposition impérative", qui n'est pas définie avec précision par le législateur (§2).

§1 Nullités textuelles et vices de fonctionnement

Quelques dispositions prévoient cependant l'application de la sanction de nullité pour des irrégularités de fonctionnement (B.). Une distinction est effectuée par le législateur selon que l'acte entaché de nullité porte ou non atteinte aux statuts (A.).

A. La nullité des actes modifiant les statuts

Les statuts forment une unité avec le contrat de société. Les dispositions du droit des sociétés les soumettent par conséquent au même régime que la constitution de société. Toute modification des statuts est assimilée à la formation d'une société. La nullité de ces actes relève donc de l'article 360 de la loi du 24 juillet 1966. Cette identité de régime est critiquable (2.). L'amalgame, toutefois, n'est vraie qu'en matière de sociétés commerciales. Le régime primaire des sociétés considère, quant à lui, toute transformation des statuts comme une délibération de type classique. Il convient donc de s'interroger, au préalable, sur le sort généralement réservé aux actes modifiant les statuts (1.).

1. Régime des nullités des actes modifiant les statuts

Les actes modifiant les statuts sont des délibérations prises par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires, car telle est sa

fonction[1], ou par les associés dans les conditions de *quorum* et de majorité renforcés[2].

Le traitement des nullités des actes modifiant les statuts est variable selon la forme de la société. Sont assorties de la nullité les règles de formalité des délibérations modifiant les statuts dans les sociétés de personnes[3], les règles de transformation des sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée[4], celles régissant la fusion ou la scission[5], et bon nombre de règles gouvernant les assemblées générales extraordinaires dans les sociétés anonymes[6].

En principe, le sort de ces nullités est identique à celui de l'ensemble des actes et délibérations des organes de la société[7]. Mais, pour les sociétés commerciales, le régime des nullités des actes relatifs aux statuts est confondu avec celui des nullités de société[8].

Le régime des nullités des actes modifiant les statuts est exclusivement textuel pour les sociétés commerciales. La loi du 4 janvier 1978 n'a, quant à lui, opéré aucune distinction selon que les actes modifient ou non les statuts. Il convient donc, sauf exception, de se reporter aux cas de nullité exprès des actes et délibérations ne modifiant pas les statuts précédemment étudiés pour toutes les sociétés autres que commerciales.

L'ordonnance du 20 décembre 1969 n'a également pas étendu le régime des nullités de sociétés aux nullités des actes ou délibérations modifiant les statuts. Ainsi, l'identité de régime avec les actes constitutifs connaît certaines limites du fait que la nullité des actes modifiant les statuts ne fait pas l'objet de la réduction des causes de nullité prévue par la directive 68/151. Ainsi, les vices du consentement et les incapacités peuvent être invoqués, même s'ils n'atteignent pas tous les associés fondateurs ou actionnaires dans les S.A.R.L. et les

---

[1]art. 153 alinéa 1 et art. 154 de la loi du 24 juillet 1966.
[2]art. 1836 du Code civil et art. 31 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966 pour les sociétés en commandite simple.
[3]art. 361 de la loi du 24 juillet 1966.
[4]art. 69 et 72-1 de la loi du 24 juillet 1966.
[5]art. 366-1 et 374 alinéa 3 de la même loi.
[6]cf. infra, B. 2 : contenu de l'article 173; cf. également, 182, 186, 186-3, 194-1 à 194-8, 194-11, 195 à 196-1, 197, 198, 201 à 203, 206 à 208, 219 à 222 de la loi du 24 juillet 1966.
[7]art. 1844-10 alinéa 3 du Code civil.
[8]art. 360 alinéa 1 de la loi du 24 juillet 1966.

sociétés par actions, afin de faire annuler une délibération d'une assemblée générale extraordinaire[1].

Hormis ces distinctions subtiles, l'article 360 alinéa 1 de la loi du 24 juillet 1966 sanctionne toute violation d'une disposition expresse de la présente loi ou de celles qui régissent la nullité des contrats dans la formation des actes modifiant les statuts. Ainsi, le non-respect des pouvoirs ou des modalités de fonctionnement de l'assemblée générale extraordinaire dans la modification des statuts entraîne la nullité. La violation d'une clause statutaire d'une société commerciale offre ainsi un exemple intéressant de modification indirecte des statuts qui tombe sous le coup de l'article 360 alinéa 1 de la loi du 24 juillet 1966, car la compétence exclusive de l'assemblée générale n'a pas été respectée. Imaginons une clause statutaire prévoyant un comité de direction destiné à donner son avis pour fixer la rémunération du président du conseil d'administration : celle-ci pourrait alors être annulée sur ce fondement alors qu'elle ne reproduit pas une disposition impérative du droit des sociétés[2].

Certes les statuts forment une unité avec le contrat de société. Mais toute identité de régime avec les actes constitutifs est excessive.

2. Critique de l'identité de régime

La permanence de la société et la continuation de l'entreprise commune impliquent pourtant qu'une modification statutaire ne soit pas assimilée à la constitution d'une société nouvelle. Les articles 5 de la loi du 24 juillet 1966 (article 12 alinéa premier du décret du 23 septembre 1967), 1844-3 du Code civil et 8 alinéa premier de la loi n°89-377 du 13 juin 1989 ont repris ce principe. La jurisprudence a consacré cette idée en matière fiscale. Depuis 1984, le changement de forme d'une société n'emporte plus création d'un être moral nouveau[3]. L'alinéa 1 de l'article 360 de la loi du 24 juillet 1966 apparaît désormais comme un archaïsme. L'absence de distinction dans l'article 1844-10

[1]Cass. com. 26 avril 1971, *J.C.P.* 1972, II, 16986; Cass. com., 27 janvier 1982, *Rev. soc.* 1982, p. 825, note BOULOC.

[2]Laurence BORNHAUSER-MITRANI, "La violation d'une clause statutaire", *Les Petites Affiches*, 8 avril 1998, n°42, p.14.

[3]Com. 7 mars 1984, arrêt Le Joncour, *J.C.P.* 1984, Ed. E, II, 14353, note DAVID; *Rev. soc.* 1984, 804, note JEANTIN; cf. également, Damien ROURE, "La transformation des sociétés", thèse Lyon III,1993, p. 300.

entre les actes modifiant les statuts et les autres est révélatrice de cette évolution. Son maintien dans les sociétés commerciales est source d'incohérences. De plus, le droit communautaire ne fait pas de différence de régime.

La conception unitaire des statuts est certes un des motifs invoqués pour justifier cette assimilation de régime. Dès lors que l'on porte atteinte aux statuts, c'est le contrat social lui-même qui est affecté. La thèse contractuelle subit cependant quelques déformations puisque l'unanimité n'est pas requise obligatoirement[1] en cas de modification statutaire, malgré les termes de l'article 1836 alinéa 1 du Code civil[2] : les conditions de mise en oeuvre sont seulement plus strictes que pour d'autres délibérations. Le réaménagement des clauses statutaires selon cette procédure n'en reflète pas moins la volonté collective originelle. Si l'associé ou l'actionnaire bénéficie d'un droit de retrait qui lui permet de se désolidariser de l'entreprise commune transformée contrairement à ses intérêts par une majorité, le consentement de toutes les parties à l'acte est respecté : l'accord unanime de tous les associés est ainsi préservé.

Mais l'assimilation de régime traduit là encore une erreur manifeste relative à la nature juridique des actes constitutifs ou modificatifs des statuts. La loi de la majorité s'oppose traditionnellement à l'aspect contractuel conféré à la société[3]. La notion de contrat appelle, en effet, l'accord de chacune des parties pour sa conclusion, voire pour toute modification de l'une de ses clauses. Une telle conception est en revanche à rejeter si l'on considère, à juste titre, que la société n'est pas un véritable contrat où toutes les clauses ont été négociées puis acceptées, mais un acte juridique collectif où l'adhésion se substitue au consentement de chaque associé[4]. Admettre qu'une majorité, même renforcée, suffise à modifier une clause statutaire, car elle représente la volonté de ses membres, n'est donc nullement contradictoire avec l'image de la société que nous avons présentée.

---

[1]Seine civ. 20 mars 1920, *Journal des sociétés*, 1922, 333; *comp.* Paris, 21 mars 1921, *D.* 1923, 2,125.

[2]"Les statuts ne peuvent être modifiés, à défaut de clause contraire, que par l'accord unanime des associés".

[3]RIPERT et ROBLOT, *op. cit.* , Tome 1, 15ème éd., n°850, p.681.

[4]G. ROUJOU de BOUBÉE, *th. préc.*, p. 224 s.

Coexistent ainsi deux régimes : un régime pour les actes constitutifs de société où l'adhésion aux statuts doit être inconditionnelle et unanime pour devenir associé et un régime plus souple pour les actes modificatifs des statuts qui ne requièrent qu'une majorité à l'instar de toutes les décisions prises par les instances délibérantes. Telle est la partition adoptée dans le régime primaire des sociétés par la loi du 4 janvier 1978 et pour les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée dans la directive communautaire. Ainsi, le régime des nullités des actes modifiant les statuts devrait logiquement être identique à celui des actes et délibérations, quelle que soit la forme de la société.

Les actes, modifiant ou non les statuts, ainsi que les délibérations, ne recouvrent pas tous les actes susceptibles d'être entachés d'une cause de nullité en droit des sociétés. S'y ajoutent également des nullités textuelles qui n'entraînent pas l'annulation de la société. Un exposé s'impose pour montrer, au-delà de leur diversité, celles qui appellent une étude particulière en raison de la spécificité des conditions de formation des actes juridiques collectifs, et de la sanction de nullité qui en résulte.

B. Cas d'annulabilité exceptionnellement prévus par le législateur en cours de vie sociale

La nullité apparaît toujours, même en droit des sociétés, comme la sanction normale des obligations atteintes d'un vice au moment de leur formation. C'est reconnaître implicitement le rôle fondamental joué par les nullités virtuelles. La nullité n'est écartée que lorsqu'une autre sanction spécifique est prévue[1]. Toutefois, certaines formalités nécessaires à la validité des décisions collectives sont assorties d'une cause de nullité expresse. De plus, le dirigisme étatique impose des règles de fond aux sociétés.

Exceptionnelles dans leur principe, de nombreuses dispositions prévoient ainsi l'application de la sanction de nullité pour des irrégularités de fonctionnement. Un classement peut être opéré selon que la nullité est édictée pour sanctionner des conditions relatives au

[1]J.-P. LEGROS, "La nullité des décisions de sociétés", *Rev. soc.* 1991, n°25, p. 284.

contenu (1.), à la forme ou à la procédure (2.) des actes juridiques collectifs.

1. Nullités expresses et contenu des décisions collectives

De nombreuses dispositions législatives ont trait au contenu même des actes ou délibérations à prendre. Elles sont la marque d'un ordre public spécifique. Cependant, la nullité joue en la matière un rôle subsidiaire et son étendue est considérablement limitée, afin de ne pas porter atteinte aux décisions collectives prises à la suite de la violation de ses dispositions. Ainsi, les statuts des administrateurs, des membres du directoire et du conseil de surveillance, des présidents et directeurs généraux, des gérants, sont réglementés de façon précise. Le non-respect des conditions de nomination ou de révocation[1], d'âge[2], de rémunération[3], de cumul des fonctions[4] entraîne la nullité. Ces cas de nullités textuelles ne doivent pas, en effet, porter atteinte à un acte juridique collectif valable.

Ainsi en est-il en dans l'hypothèse d'une nomination à un poste d'administrateur subséquente à un contrat de travail dont l'antériorité est inférieure à deux ans[5]. La nullité de la nomination n'entraîne pas l'inefficacité juridique des délibérations ou actes pris par l'administrateur irrégulièrement nommé[6]. Alors que les membres du conseil de surveillance ont la possibilité depuis la loi Madelin[7] de devenir salariés de leur société, les administrateurs ne peuvent à peine de nullité de la convention, se faire consentir un contrat de travail[8].

Toutefois, la démission d'office est parfois préférée à la nullité dans les sociétés par actions[9]. Selon les termes de MM. HÉMARD,

---

[1]Articles 90, 97-1, 97-2,97-3, 110, 120, 134, 138, 110 al.1, 253.
[2]Articles 90-1, 129-1, 110-1, 115-1, 120-1, 129-1, 252-1, 253-1.
[3]Articles 107 et 142.
[4]Articles 92 al.2, 93,111, 127 et 136.
[5]Articles 93 et 107 de la loi précitée.
[6]Paris, 2 février 1984, *B.R.D.A.*,1984, n°11, p.9 cité dans *Mémento Lefebvre*, 1995, n°1253.
[7]L. n°94-126 du 11 février 1994 modifiant l'article 142 alinéa 1 de la loi du 24 juillet 1966.
[8]Com. 16 mai 1995, *Bull. Joly* 1995, 757, §260 note Paul LE CANNU; Soc. 25 juin 1996, *D.*1997, 341, note Catherine PUIGELIER; *J.C.P. éd. E* 1996, I, 589, §12; Com. 26 janvier 1999, *J.C.P. éd.E*, 1999, *chron*. VIANDIER et CAUSSAIN, p.1239.
[9]art. 90-1 al.4, 92, 95 al.3, 97-4, 110-1, 111, 115-1, 120-1, 127, 129-1, 130, 136, 137-2, 252-10, 253-1.

TERRÉ et MABILAT, elle opère comme une "guillotine"[1] qui dépasse l'efficacité de la nullité.

Il y a également une réalité de fait, soit l'existence de droits acquis par les tiers sur les parties à l'acte qui justifient le maintien de la validité des décisions sociales. De même, les clauses statutaires ne sont pas opposables aux tiers de bonne foi.

La mise en jeu de la responsabilité civile ou pénale ou l'inopposabilité peuvent alors pallier l'effet trop radical de la nullité.

Afin de limiter les causes de nullité dans l'ordre juridique interne et externe, le législateur maintient la validité de l'acte qui découle d'une délibération même annulée[2]. De ce fait, ces cas de nullité ne portent pas atteinte à la volonté originaire des constituants ni au fonctionnement de la société. Ils ne revêtent donc pas un intérêt majeur pour notre étude. *A contrario*, dans le silence des textes, la sanction de nullité s'appliquerait par ricochet aux actes qui résultent de la délibération litigieuse. C'est encore une façon de réduire l'effet rétroactif de l'annulation[3] en refusant la cascade de nullités sur les décisions antérieures[4]. On vérifie ainsi que la maxime "*quod nullum est, nullum producit effectum*"[5] n'a pas une portée absolue en matière d'actes annulables[6]. Les effets de la nullité vont jouer davantage pour l'avenir que pour le passé.

Les effets de la nullité sont en revanche étendus dès lors que certaines formalités ne sont pas respectées.

2. Nullités expresses pour défaut de procédure régulière dans les décisions collectives

Le non-respect des conditions de forme ou de procédure entraîne le plus souvent la nullité des actes ou délibérations.

---

[1]Sociétés commerciales, *Dalloz* 1972, t.I, n°896, p.767.
[2]Articles 93, 94, 97-3 et 137.
[3]Cf. *infra*, seconde partie, Titre 1.
[4]L. GROSCLAUDE, *th. préc.*, p.148s.
[5]A. PIÉDELIÈVRE, "Quelques réflexions sur la maxime *quod nullum est, nullum producit effectum*", *Mélanges Voirin*, 1967, p. 638.
[6]Charles Bonaventure Marie TOULLIER, Droit civil français suivant l'ordre du Code, t.VII, 6ème éd. 1830-1843; n°5275; E. GAUDEMET, Théorie générale des obligations, *Sirey éd*. 1937, p. 141.

Ainsi, la méconnaissance des formalités particulières entourant la conclusion de certains contrats conclus entre la société et ses dirigeants relèvent de nullités textuelles[1]. Le cas du cautionnement, par exemple, qui est en principe pris par les dirigeants, au nom et pour le compte de la société, est plus litigieux. Ainsi, à défaut de nullité expresse, ce contrat pourrait entrer dans le champ d'application des articles relatifs aux nullités.

Toutefois, une jurisprudence constante a tranché pour la sanction de l'inopposabilité du cautionnement à la société et non plus la nullité relative[2], dès lors que le président a agi sans l'autorisation du conseil d'administration. Cette solution est contestable au regard des fonctions du président et elle n'est pas avantageuse, en définitive, pour les créanciers.

En pratique, l'inopposabilité opère en effet comme une sanction en trompe l'œil à l'égard des tiers car la solvabilité de la société est souvent bien plus importante que celle du dirigeant fautif. En outre, la solution de faire peser la garantie non autorisée sur le dirigeant l'ayant consentie n'a jamais été retenue en jurisprudence quoique certains auteurs le préconisaient[3].

D'une part, le cautionnement ne se présume pas[4]. Ainsi, ni la société, ni le dirigeant ne sont alors engagés vis-à-vis des créanciers ![5]

---

[1]Exemples : articles 101 à 105 et 143 à 147 de la loi du 24 juillet 1966 (qui développent les dispositions du célèbre article 40 de la loi du 24 juillet 1867).

[2]Cass. com. 11 juillet 1988, *Bull. Joly,* 666, note P. LE CANNU, *Petites Affiches*, 30 janvier 1989, note MORETTI; *Rev. fr. de comptabilité,* janv. 1989, 71, note P. REIGNE, *Rev. soc.* 1989, 53, note DIDIER; dans le même sens, les exemples sont légion, cf. notamment les trois arrêts rendus en la matière en 1998 : Com. 27 janvier 1998, *Dr. soc*. mars 1998, 13, obs. Dominique VIDAL, *D.* 1998, II, 605, note Deen GIBIRILA, *Bull. Joly* 1998, 535, note P.L.C., *Revue de jurisprudence de Droit des affaires*, avril 1998, 1008, note A.L., *J.C.P*. 1998, II, 10177, note Danièle OHL et *Ed.E* 1258, note Y.GUYON, *Rev. sov*. 1998, 767, note Bernard SAINTOURENS; *R.T.D.Com* 1998, 623; Com. 20 octobre 1998, *Dr. soc.* janv. 1999, n°3, note Th. BONNEAU; *R.J.D.Aff,* janv. 1999, p.54s., n°58; *J.C.P.* 1998, *Ed. E*, 2025, note Alain COURET, *Dalloz affaires*, 1999, 41, note V.A.-R; *Rev. soc.* 1999, p.111, note B.SAINTOURENS: le cautionnement consenti sans l'autorisation du conseil d'administration constitue une faute qui n'est pas détachable des fonctions de dirigeant social; Com. 8 déc. 1998, *R.T.D.Com.* 1999, p.445, chron. Yves REINHARD et Bruno PETIT; *J.C.P. Ed. E*, 1999, p.668, chron. VIANDIER et CAUSSAIN.

[3]note Paul DIDIER *précitée*; Y.GUYON, *op. cit*., t.1, n°344, p.359s.

[4]Com. 8 octobre 1991, *J.C.P.* 1992, II, 21877, note J.-F.BARBIÉRI, *Dr. soc.* 1992, n°29, note Henri LE NABASQUE; Com. 15 oct. 1991, *J.C.P.* 1992, I, 3583, obs. P. SIMLER; Com. 8 nov. 1988, *J.C.P.* 1989, II, 21230, note J.-F. BARBIERI; cf. également, Jean HONORAT, "Sociétés et cautionnement", *Defrénois*, 1982, 1569, n°23.

[5]Cass. soc. 14 janvier 1999, *J.C.P. éd. E,* 1999, Chron. VIANDIER et CAUSSAIN, p.1240; cf. également, Civ.3ème, 17 mars 1999, *Dr. soc.* Juin 1999, n°91, p.11, note Thierry BONNEAU; *R.J.D.Aff.* n°688, 1999, juin, p.542 : la responsabilité personnelle du gérant

D'autre part, à la différence de la violation des clauses statutaires qui est inopposable aux tiers, la nécessité d'une autorisation préalable est quant à elle opposable aux tiers : il en résulte du fait de la vérification obligatoire à laquelle doit se plier tout créancier, une insécurité juridique peu conforme à l'esprit de la loi.

D'un point de vue théorique, le choix de l'inopposabilité n'est ni exact, ni opportun. L'inopposabilité constitue en principe la sanction de la fraude ou du détournement de pouvoirs et non celle de l'absence ou du dépassement de pouvoirs qui sont sources de nullité relative[1]. De ce fait, la responsabilité de la société ne pourrait être engagée[2].

Ensuite, l'inopposabilité est imprescriptible et insusceptible de confirmation au point que certains auteurs l'ont assimilée à une "forme larvée d'inexistence"[3]. L'impossibilité de la couvrir s'oppose, en outre, à la régularisation prévue en droit des sociétés[4]. L'épée de Damoclès qui pèse ainsi indéfiniment sur les décisions de sociétés est contraire à l'esprit de la loi.

Paradoxalement, la nullité serait nettement moins dévastatrice que l'inopposabilité pour sanctionner la violation de l'article 98 alinéa 4 ou de l'article 128 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966.

L'inopposabilité correspond enfin à la thèse de la personne morale-fiction que nous rejetons[5] : la société représenterait, dans cette sanction, un tiers par rapport à ses dirigeants ! La conception organique de la société interdit, de surcroît, d'assimiler les dirigeants qui tirent leurs pouvoirs de la loi à des représentants conventionnels[6]. Le contrat est impropre à expliquer les mécanismes de fonctionnement des sociétés, seul l'acte collectif dont la nullité sanctionne les conditions de validité est approprié. La solution est plus juste et nettement plus simple que de faire appel à un système fictif de mandats successifs. La technique contractuelle trouve là encore ses limites. Le droit privé offre, il est vrai, d'autres pistes de réflexion.

---

d'une société civile immobilière ne peut être retenue que si celui-ci a commis des fautes séparables de ses fonctions et qui lui sont personnellement imputables.

[1]Cf. *infra*, Titre 2, chap.2, section1, §2, B. 2. b.; pour une étude d'ensemble, Muriel FALAISE, "La sanction de l'acte irrégulier, distinction entre nullité et inopposabilité", *P.A.* 27 août 1997, p.5, spéc. n°16s.

[2]*R.T.D.Com.* 1999, p.144, chron. REINHARD et PETIT précitée.

[3]Emmanuel GAILLARD, note sous A.P. 28 mai 1982, *D.*1983, 349.

[4]*Spéc*. M.FALAISE, article de droit des obligations *précité*, n°24.

[5]Cf. infra, Titre 2, Chapitre 1 : le domaine des nullités.

[6]Cf. *supra*, introduction générale, STORCK, *th. préc.*

Le droit civil admet en effet la responsabilité du préposé dès lorsqu'il agit sans autorisation à des fins étrangères à ses attributions en se plaçant hors des fonctions auxquelles il était employé[1]. Seule l'hypothèse de la faute lourde, reconnue en droit social, pourrait, selon un auteur, engager la responsabilité individuelle du dirigeant fautif[2].

Le droit administratif distingue de la même façon la faute de service, c'est-à-dire non détachable de l'exercice des fonctions et les fautes personnelles[3]. La société pourrait, selon nous, demeurer engagée à l'égard des créanciers, car le président n'a pas agi à des fins personnelles sans détenir de pouvoirs. Toutefois, de nombreuses décisions retiennent la responsabilité de dirigeants sociaux sans pour autant relater l'existence d'une faute personnelle détachable des fonctions[4].

L'inopposabilité n'est donc pas une sanction adéquate pour les tiers. La nullité sanctionnerait, à notre avis, à juste titre, des cocontractants négligents dans la conclusion d'un acte grave pour la société. Privilégier la société ou ses créanciers constitue une question de politique législative qui ne doit pas être soumise à l'aléa d'une décision de justice.

La régularité des décisions collectives suppose également la réunion de plusieurs conditions de forme et de procédure. La nullité est ainsi encourue si le commissaire aux comptes[5] ou la convocation[6] aux assemblées font défaut, et spécialement pour les sociétés anonymes, si l'ordre du jour, la tenue d'une feuille de présence ou l'information des

---

[1]A.P. 15 novembre 1985, *D.* 1986, 81, note AUBERT; *J.C.P.* 1986, II, 20568, note VINEY, *R.T.D.Civ*. 1986, 128, obs. J.HUET.

[2]Gilles AUZERO, articles de fond sur "L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé", *D. aff.* n°110, 26 mars 1998, p.502; P.L.C. "Responsabilité des dirigeants des sociétés envers les tiers : la faute séparable des fonctions et imputable personnellement", *Bull. Joly*, 1998, §173, p.536.

[3]Trib. Conflits. 30 juillet 1873, concl. David, *D.* 1874, 3, 5 : arrêt Pelletier, *G.A. de la jurisp. adm.*, n°2.

[4]Y.REINHARD et B.PETIT, cf. notamment *R.T.D.Com.* 1997, p.285; C.A. Lyon, 13 nov. 1996, *D.*1998, p.250 note Raphaëlle MICHA-GOUDET et Yves REINHARD; *R.T.D.Com*. 1998, p.176, chron. REINHARD et PETIT; pour une revue de jurisprudence détaillée et très critique de R.MICHA-GOUDET, "Inopposabilité des cautions, avals et garanties irrégulièrement donnés par le président du conseil d'administration : une sanction critiquable", *J.C.P. ed.E* 1998, p.840.

[5]art. 17-2 6° dernier alinéa dans les S.N.C., art. 65 dans les S.A.R.L, art. 222 dans les S.A. de la loi du 24 juillet 1966.

[6]art. 155 et 173 dans les S.A. et S.A.R.L.

actionnaires ne sont pas respectés[1]. De même, la nullité est édictée à propos des règles de compétence, de quorum et de majorité aux assemblées générales ordinaires[2].

Ces cas d'annulabilité expresse répondent à l'adage "pas de nullité sans texte"[3]. Ils sont en revanche inutiles si l'on considère que la nullité est la sanction de principe des vices de procédure dans la formation des actes juridiques collectifs[4], à défaut d'une autre sanction spécifique. Ils ne prévoient pas, en outre, la sanction de toutes les irrégularités de fonctionnement. Les nullités virtuelles conservent donc un domaine d'application important en cours de vie sociale.

§2 Nullités virtuelles et vices de fonctionnement

Les nullités virtuelles représentent la principale sanction en matière de vices de fonctionnement, par référence à une notion vaste et imprécise de "disposition impérative"[5] (B.). Seuls les actes pris par les institutions de la société sont susceptibles d'annulation en droit des sociétés (A.)

A. Les actes irréguliers conclus dans les assemblées délibérantes

Le législateur opère une distinction entre les actes pris par un organe de la société d'une part, et les délibérations d'autre part. Il convient donc préalablement de définir ces deux termes (1.). Les actes et délibérations exposés à la sanction de nullité émanent en principe des organes de la société. Toutefois, ce critère de détermination des causes virtuelles de nullité suscite quelques réserves (2.).

---

[1]Articles 160 et 173 al. 1, art. 168, 169 et 173 al. 2, 186, 219 à 222 cf. *supra*, modifications des statuts ; articles 251 sur renvoi et 306 pour les sociétés en commandite par actions; également articles 56 al. 2 et 57 al.5, 60-1, 65 6° *in fine* pour les S.A.R.L. et E.U.R.L.
[2]Articles 155 et 173
[3]J.-P. LEGROS, *chron. préc.*, n°11, p. 280.
[4]Cf. *infra*, Titre 2, Chap.2, section 2.
[5]Articles 1844-10 alinéa 3 du Code civil et 360 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966.

1. Notions d'acte et de délibération conclus par les organes de la société

Tous les actes juridiques irréguliers en cours de vie sociale ne sont pas susceptibles d'annulation au sens de l'article 1844-10 alinéa 3 du Code civil ou de l'article 360 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966. Le fait que l'auteur de l'acte agisse en qualité d'organe de la société constitue un critère d'application du régime des nullités prévu à cet effet en droit des sociétés : seuls les actes ou délibérations "des organes de la société" peuvent être entachés d'une cause de nullité. Échapperaient ainsi au régime des nullités en droit des sociétés tous les actes privés passés par les associés ou les dirigeants à titre individuel. Demeurent notamment dans le champ des nullités contractuelles de droit commun les conventions de vote, les protocoles d'accord et de manière générale tous les pactes d'actionnaires[1].

Quant à la notion de délibération, le qualificatif d'acte juridique collectif prend ici tout son sens. Elle embrasse "toutes les décisions collectives émanant soit d'un organe de gestion ou de surveillance, soit des actionnaires consultés par écrit ou réunis collégialement en assemblée délibérante"[2].

La nullité sanctionne les conditions de validité de formation de l'acte collectif qui lui a donné naissance, ainsi que les actes qui en découlent. Cependant, la loi fait une distinction entre la délibération elle-même et les actes juridiques qui en sont issus.

La distinction entre les actes et les délibérations apparaît non seulement dans la formulation[3], mais aussi dans le sort qui leur est réservé. Le législateur procède ainsi afin de limiter les causes de nullité, en particulier dans l'ordre juridique externe, en maintenant expressément la validité de l'acte qui découle d'une délibération même annulée (articles 93 et 97-3 de la loi du 24 juillet 1966).

---

[1]D.GRILLET-PONTON, "La méconnaissance d'une règle impérative de la loi, cause de nullité des actes et délibérations des organes de la société", *Rev. soc.* 1984, n°17, p. 273.
[2]*ibidem*, notamment note 54.
[3]Article 1844-10 alinéa 3 du Code civil et 360 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966.

2. Critique du critère organique

Néanmoins, l'exclusion des décisions prises hors des cadres institutionnels n'est explicite que depuis la loi du 4 janvier 1978, car l'article 360 alinéa 2 ne fait pas mention de ce critère organique. Or, c'est dans les sociétés commerciales que ce genre de conventions se rencontre le plus fréquemment. En outre, leur impact sur les modalités de fonctionnement de la société est certain et elles n'ont pour cause que l'existence même de la société.

C'est pourquoi la doctrine[1] et la jurisprudence[2], quoique peu développées en la matière, prennent en compte ces pactes d'ordre privé sur le terrain du droit des sociétés, dès lors notamment qu'ils peuvent porter atteinte aux règles communes à toutes les assemblées. Ainsi, la chambre commerciale de la Cour de cassation est venue appliquer la prescription abrégée de trois ans à une cession de parts sociales réalisée au mépris des formalités de l'article 45 de la loi du 24 juillet 1966[3]. C'est donc admettre le principe de la nullité spécifique de l'article 360 alinéa 2 de la loi précitée pour un acte d'ordre externe à la société. L'arrêt *Simart* innove en ce qu'il adopte une conception large de la notion d'acte collectif de société : il s'agit alors, *lato sensu*, de toute manifestation de volonté émanant d'une société, ou de ses représentants, destinée à produire des effets de droit. Une certaine

---

[1] Notamment, Gilles BEROLATTI, Le régime juridique des conventions sur le droit de vote dans les sociétés, Thèse Paris II, 1975; PENNEAU, "De l'irrégularité des conventions de vote dans les sociétés commerciales", *J.C.P.* 1975, *Ed. E*, 2, 2, 11776; VIANDIER, "Observations sur les conventions de vote", *J.C.P.* 1986, 1, 3253; STORCK, "La réglementation des conventions de vote", Journ. agréés, 1991, 97; MERCADAL, "Pour la validité des conventions de vote", *R.J.D.A.*, 1992, 727; Didier MARTIN et Laurent FAUGEROLAS, "Les pactes d'actionnaires", *J.C.P.* 1989, I, 3412; PARLÉANI, "Les pactes d'actionnaires", *Rev. soc.* 1991, 1; et tout spécialement, l'ouvrage de M.Y.GUYON, Traité des contrats, Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés, 3ème éd. 1997.

[2] La renonciation au droit et la cession du droit de vote à laquelle est assimilé le mandat irrévocable sont prohibées : Cass. com. 10 juin 1960, *Bull. civ.* II, n°227, *Rev. soc.* 1961, 34, note AUTESSERRE; Cass. civ. 7 avril 1932, *D.* 1933, 1, 153, note CORDONNIER, *S.* 1933, 1, 177, note H. ROUSSEAU; Cass. com. 17 juin 1974, *Rev. Dr. com.*, 1975, 534, obs. Houin, *Rev; soc.* 1977, 84, note RANDOUX.
Les conventions emportant engagement de vote sont simplement annulables : Cass. com. 14 mars 1950, S. 1950, I, 174, *J.C.P.* 1950, 2, 5694, note BASTIAN; Cass. com. 4 juin 1966, *Bull. civ.* 1966, III, n°284; Cass. com. 19 déc. 1983, *Rev. soc.* 1985, 105, note SCHMIDT; Cass. com. 2 juil.1985, *Grandes décisions*, p. 282, obs. CHARTIER et MESTRE et sur second pourvoi, Cass. com. 24 février 1987, *D.* 1987, 599, note Jean HONORAT, *Rev. soc.* 1988, 284, note GUYON.

[3] 9 Nov. 1993, *D.*1993, note D.VELARDOCCHIO, *Rev. soc.*, 1994, 472, note J.-P.LEGROS.

orthodoxie justifie d'étendre la notion d'"acte" à tous les actes juridiques liés au fonctionnement de la société même si la politique législative dans le sens d'une restriction du domaine des nullités doit en souffrir. Cette position de la Cour de cassation demeure toutefois isolée.

Encore faut-il prévoir la publicité de ces conventions collectives extra statutaires[1]. A défaut d'entrer officiellement dans le champ d'application des articles susmentionnés, les nullités de ces aménagements statutaires et conventions entre associés ne sont donc pas exclues de notre étude.

Déjà, le décret-loi du 31 août 1937[2] édictait expressément la nullité de toute "clause ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte au libre exercice du droit de vote dans les assemblées générales des sociétés commerciales". Cette cause de nullité a été abrogée tacitement par la loi du 24 juillet 1966, par simple inadvertance[3] ou silence prudent dicté par l'inutilité du texte[4].

Dans cet ordre d'idées, les actions de concert font aujourd'hui l'objet de dispositions spécifiques[5], mais la nullité prévue dans le projet initial de la loi du 2 août 1989[6] a disparu dans le texte définitif. Sont considérées comme "agissant de concert" les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote mais également en vue d'exercer des droits de vote pour mettre en oeuvre une politique commune vis-à-vis de la société[7]. L'ordre public sociétaire supplée alors l'absence de texte spécifique relatif à une sanction éventuelle. Des auteurs avaient déjà mis en exergue l'idée que l'action de concert comporte un but commun[8]. Le Conseil des marchés financiers vient de statuer sur cette question[9], conformément à la

---

[1]L. GROSCLAUDE, *th. préc.* p.462s.

[2]Article 4 de la loi du 13 novembre 1933; cf. André DALSACE, "Les modifications apportées au droit des sociétés par actions par le décret-loi du 31 août 1937, *Rev. soc.* 1937, p.297s.

[3]RIPERT et ROBLOT, *op. cit.* Tome 1, 15ème éd. 1993, n°1233, *spéc. réf. biblio.* p.931; n°1245, n°1246, n°1254 et n°1256 et n°1608 et s.

[4]HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, *op. cit.*, n°215.

[5]art. 356-1-4 de la loi du 24 juillet 1966

[6]23ème rapport de la C.O.B., 1990.

[7]Cf. jurisprudence abondante citée par RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, n°1608, p.1200 *in fine* et 1201.

[8]Y.GUYON, Traité des contrats, *op. cit.*, p.314s.; P.L.C., "L'action de concert, *Rev. soc.* 1991, 691, n°22; A.VIANDIER, O.P.A., O.P.E., garantie de cours, retrait O.P.V., Litec, 2ème éd., 1993, n°854, p.198; J.-J. DAIGRE, *J.C.P. Ed.E* 1999, p.660, *spéc.* p.661.

[9]13 novembre 1998, inf.déc. 1998, c/1041, 12050-PA02.

mission qui lui a été confiée par la loi du 2 juillet 1996. L'action de concert suppose pour sa validité une cohésion et une solidarité justifiées par leur intérêt commun. A ce titre, elles pourraient tomber sous le coup du régime des nullités en droit des sociétés[1].

L'interdiction pure et simple n'est en effet pas toujours une solution adéquate ou pragmatique pour permettre un fonctionnement harmonieux des sociétés. L'exercice du droit de vote s'opère au sein des organes de la société qui le réglementent.

La licéité de principe de ces conventions extra statutaires au plan civil, du fait de l'effet relatif des contrats, trouve alors ses limites dans l'ordre public sociétaire. Le droit positif consacre ainsi la notion de *droit-fonction* comme définition du vote, c'est-à-dire l'expression de la volonté des associés dans le sens de l'intérêt social. C'est reconnaître implicitement la validité des pactes d'actionnaires dès lors que les conditions de formation du vote, c'est-à-dire des actes juridiques collectifs auxquels ils donnent naissance, sont respectées[2].

L'atteinte au principe de liberté du droit de vote, comme attribut essentiel de l'action, demeure tout au moins dans certains cas une cause de nullité virtuelle par application des principes généraux du droit des sociétés commerciales[3]. Elle est par ailleurs sanctionnée pénalement[4].

Ainsi, en droit positif actuel, la notion d'acte susceptible d'annulation en droit des sociétés n'englobe pas tous les actes juridiques mais uniquement "toutes les résolutions, nominations, révocations décidées au cours d'une délibération, voire en aval de celle-ci les décisions ultérieures directement prises sur son fondement"[5].

Tous les actes juridiques irréguliers passés par les instances dirigeantes sont donc, en principe, annulables. Dans l'ordre juridique externe cependant, le législateur a étendu les pouvoirs des dirigeants dans les sociétés par actions. En revanche, la nullité s'étend aux tiers pour les actes irrégulièrement accomplis au nom d'une société civile ou d'une société de personnes. Cette distinction est logique dans la mesure

[1]L. GROSCLAUDE, *th. préc*., p.192.
[2]Cf. *infra*, Titre 2, Chap.2, les causes de nullité des actes juridiques collectifs relatifs aux sociétés.
[3] P. NOCQUET, Assemblées d'actionnaires, *Juris-classeur, Sociétés, Fasc.* 139-1, n°125.
[4]Article 440-3° de la loi du 24 juillet 1966.
[5]D. GRILLET-PONTON, *art. préc.*, n°10, p. 273-274.

où les engagements des associés ne sont pas limités à leurs apports dans le second cas[1].

Ces actes, à la différence de tous ceux pris en assemblées délibérantes[2], ne sont pas rigoureusement des actes juridiques collectifs puisqu'ils n'en sont que la résultante. Ils peuvent, en effet, être accomplis par un membre unique d'un organe de la société. Toutefois, l'aspect collégial des instances dirigeantes, et plus exactement le phénomène de la représentation qui caractérise le mode de fonctionnement des sociétés est l'expression de la volonté collective des associés ou actionnaires. Comme le représenté est l'être collectif, c'est la violation de sa volonté qui est sanctionnable, car l'acte juridique est toujours passé au nom et pour le compte des membres de la société pris collectivement. Tout se passe comme si la société avait elle-même passé l'acte juridique, quels que soient les pouvoirs propres reconnus à ses organes. Ainsi, l'incompétence, le défaut de pouvoirs, l'abus et le détournement de pouvoirs, le dépassement de pouvoirs peuvent être également considérés comme des causes de nullité d'actes juridiques collectifs.

Les conventions passées de manière irrégulière par les dirigeants peuvent donc être comprises, par extension, comme des "actes" au sens de l'article 1844-10 alinéa 3 du Code civil ou de l'article 360 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966. Elles appellent alors la nullité et non l'inopposabilité comme sanction[3], dès lors qu'elles violent une "disposition impérative" du "présent titre" ou de la "présente loi". Les articles 101 et suivants de la loi précitée apparaissent, dans cette configuration, quelque peu redondants.

B. La violation d'une disposition impérative

L'absence de définition du caractère impératif d'une règle constitue le corollaire de la nature virtuelle des nullités.

---

[1]NGUYEN XUAN CHANH, "Le sort des actes irrégulièrement accomplis au nom d'une société commerciale", *D.* 1978, I, 69 *spéc*. n°9, p.71.

[2]Assemblées générales ordinaire ou extraordinaire, conseil d'administration, conseil de surveillance et directoire.

[3]Cf. *supra*, nos remarques sur le cautionnement (§ sur la nullité expresse pour défaut de procédure régulière...) et cf. *infra*, notions d'excès et de détournement de pouvoirs (cf. Titre 2, section 1, *in fine*).

L'imprécision du concept de "disposition impérative" ne fonde en aucun cas une variante des nullités textuelles[1]. Loin de là ! Certes les articles 1844-10 alinéa 3 du Code civil et 360 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966 édictent expressément la sanction de nullité pour violation d'une loi à l'exclusion des textes réglementaires. Mais diminuer le champ d'application de la nullité, c'est encore consacrer indirectement le principe de cette sanction pour toute transgression des obligations légales. La négation employée par le législateur dans les articles précités est à cet égard tout à fait révélatrice ("la nullité ... ne peut résulter que de ...").

La définition de la nullité virtuelle, c'est-à-dire une règle impérative qui porte en elle la sanction de son inobservation, demeure toujours applicable en matière d'actes et délibérations. C'est donc sur la notion de disposition impérative que repose toute la spécificité de la sanction de nullité en matière d'irrégularités de fonctionnement. Le système des nullités virtuelles s'appuie sur les dispositions impératives (1.) qui résultent à la fois du contrat de société et du droit des contrats (2.).

1. Notion de disposition impérative

La loi et les travaux parlementaires sont muets sur la question de la notion de disposition impérative[2]. L'article 360 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966 repris dans le régime primaire par l'article 1844-10 alinéa 3 apparaît comme un texte de rattrapage[3]. Le projet comportait un seul article 313 ainsi libellé : "La nullité d'une société et d'actes et délibérations postérieures à la constitution ne peuvent résulter que de la disposition de la présente loi ou de celles qui régissent la nullité des contrats"[4]. Ce n'est qu'après modification par le Sénat[5] qu'un deuxième

[1]D. GRILLET-PONTON, *art. préc.* ,n°1 *in fine*, p. 261; *contra*, L. GROSCLAUDE, *th. préc.*, p.144.
[2]HÉMARD, TERRÉ, MABILAT, *op. cit.*, t. 1, liste des travaux parlementaires, n°22, p.24.
[3]J.-P. LEGROS, *chron. préc.*, n°28, p. 286.
[4]Assemblée nationale : projet de loi n°1003; équivalent de l'article 360 alinéa 1 de la loi du 24 juillet 1966.
[5]Sénat : projet de loi, modifié par le Sénat n°1812, rapport MOLLE, DAILLY, BELLEGOU n°81, tome 2, p.337 et adopté par l'Assemblée nationale le 10 juin 1966 : rapport de M. LE DOUAREC n°1886.

alinéa à l'article 313, devenu finalement l'article 360 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966, a été ajouté.

La doctrine définit une disposition impérative négativement comme une règle à laquelle on ne peut déroger[1] et positivement, comme une prescription qui "ordonne ou défend"[2]. Traditionnellement, celle-ci s'oppose aux dispositions supplétives de volonté[3]. Mais cette distinction est insuffisante. Il existe en effet de nombreuses dispositions supplétives en droit des sociétés, mais celles-ci revêtent un caractère impératif dès lors qu'aucune volonté contraire n'est exprimée. C'est le cas lorsque la loi prévoit expressément que les statuts peuvent y déroger[4] ou lorsqu'elle insère des "normes plancher"[5]. En outre, toutes les dispositions qui ne sont pas supplétives ou dispositives ne sont pas nécessairement sanctionnées par la nullité[6].

Il convient de recourir à la notion d'ordre public qui suppose la recherche d'un intérêt général. Mais les dispositions d'ordre public ne sont pas davantage définies. Divers critères permettent toutefois de qualifier un texte d'ordre public. Ainsi, lorsque le législateur utilise des procédés tels les commandements[7], les interdictions[8] ou en réputant non écrite toute clause contraire[9]. Dans un système éminemment virtuel, le juge joue alors un rôle prépondérant dans la détermination des causes de nullités. La notion de disposition impérative connaît une large acception. La sanction de nullité est virtuellement applicable à toute disposition à condition qu'elle apparaisse fondamentale aux yeux du juge. Son champ d'application est donc considérable.

Dans le silence de la loi, le juge fixe le caractère impératif d'une disposition. Ainsi en est-il de l'information des administrateurs dont le défaut est sanctionné par la nullité sur le fondement des articles 98 et 113 de la loi du 24 juillet 1966 relatifs aux pouvoirs du conseil d'administration et du président. La Cour de cassation énonce de

---

[1]F. TERRÉ, "Introduction générale au droit", *Précis Dalloz*, 1991, n°426,p. 354.
[2]HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, *op. cit.*, Tome 3, n°730.
[3]J. GHESTIN, Les obligations, *op. cit.*, n°93, p.66; F.TERRÉ, *op. cit*. n°425 b), p. 353.
[4]art. 1844 alinéa 4 du Code civil ou art. 100 alinéa 3 de la loi du 24 juillet 1966, par exemple.
[5]art. 153 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966, notamment.
[6]art. 5 de la loi du 24 juillet 1966 ou diverses dispositions pénales.
[7]art. 1861 alinéa 1 du Code civil et art. 14, 36-2, 64 alinéa 2, 100, *etc*. de la loi précitée
[8]art. 8, 42, 217, *etc*. de la loi précitée
[9]art. 16, 107, 153, etc. de la même loi

manière prétorienne que l'information préalable des organes délibérants est un principe fondamental du droit des sociétés[1].

Cependant, si toute disposition d'ordre public est impérative, toute disposition impérative n'est pas toujours considérée comme relevant de l'ordre public[2]. Certains auteurs citent l'exemple de la feuille de présence comme disposition impérative mais ne relevant pas de l'ordre public[3]. L'idée de protection est cependant contenue dans les deux notions, c'est pourquoi la protection de la société implique la nullité de des dispositions impératives qui ne sont pas considérées d'ordre public. Pour notre part, nous estimons qu'il s'agit, en fait, d'un ordre public de protection collective dont toutes les dispositions impératives en droit des sociétés relèvent.

D'autre part, une disposition pénalement sanctionnée n'est pas forcément assortie de la nullité. Plusieurs raisons peuvent être invoquées. La réforme de 1966 a multiplié les sanctions pénales pour compenser la réduction des causes de nullité[4] ou pour y suppléer[5]. Est-il encore besoin de rappeler l'autonomie du droit pénal et du civil ? En outre, le droit pénal s'attache aux agissements des personnes et non aux actes directement[6], à la différence de la sanction de nullité.

L'ordre public est au demeurant susceptible de gradations selon qu'il concerne le fonctionnement de l'institution sociétaire ou la protection des personnes qui y participent[7]. L'obligation liée à la règle n'est pas dépourvue de souplesse. L'idée de "norme-plancher"[8] évoque bien l'idée de degré d'ordre public. La formule "sauf disposition

---

[1] *Aff. Cointreau*, Cass. com., 2 juillet 1985, *J.C.P.* 1985, II, 20518, note VIANDIER, *D.S.* 1986, 351, note LOUSSOUARN, *Rev. soc.* 1986, 231, note LE CANNU, *Rép. Defrénois*, 1986, 600, note HONORAT, *Grandes décisions*, p. 170, note CHARTIER et MESTRE, sur renvoi, Paris, 22 juin 1988, *Bull. Joly*, 1988, 771, note LE CANNU et, sur second pourvoi, Cass. com. 24 avril 1990, *Bull. Joly*, 1990, 532, *R.T.D.Com.* 1990, 416, obs. REINHARD, *J.C.P.* 1991, éd. E, 122, note JEANTIN, *P.A.*, 28 décembre 1987, note MORETTI, *Rev. soc.* 1988, 237, note LE CANNU, *R.T.D.Com.* 1989, 80, obs. REINHARD.

[2] F. TERRÉ, *op. cit.* , n°426, p. 354.

[3] Jean HÉMARD, P. MABILAT et F. TERRÉ, *op. cit.*, t.III, n°731, p. 561.

[4] J.M., "Le droit nouveau de la constitution des sociétés commerciales et de leurs modifications statutaires", *Rev. soc.* 1966, n°114, p. 293; Jean HÉMARD, P.MABILAT et F. TERRÉ, *op. cit.* t.I, n°16, p. 16; G.RIPERT et R.ROBLOT, *op. cit.*, t. I, n°1132, p. 856.

[5] art. 423 et s. de la loi du 24 juillet 1966; notamment en cas de dépassement du délai de convocation des assemblées générales, Paris, 10 mai 1984, *Bull. Joly* 1984, 765, Rép. min. de la Justice du 25 juin 1987, *Bull. Joly*, 1987, 499.

[6] MERLE et VITU, Traité de droit criminel, t. I, n°2199.

[7] D.GRILLET-PONTON, n°12, p. 267.

[8] J.-P. LEGROS, *chron. préc.*, n°35 p. 289.

contraire des statuts" en est la marque. La protection des minoritaires est une autre façon de fixer un impératif minimum[1]. Seul le renforcement de la protection est possible.

Le critère d'impératif légal possède ainsi des contours très élastiques. En définitive, toute disposition en droit des sociétés est susceptible d'être entachée d'une cause de nullité selon l'interprétation des tribunaux. Mais encore faut-il qu'elle soit contenue dans certains textes de loi.

2. Sources des dispositions impératives sanctionnables par la nullité.

La nullité des actes et des délibérations ne peut être prononcée que s'il s'agit de la violation d'une disposition impérative de la "présente loi" (loi du 24 juillet 1966) ou du "présent titre" (Titre IX du Livre III du Code civil). Les rédacteurs de la loi n°78-9 du 4 janvier 1978 se sont inspirés de l'article 360 alinéa 2 quant à sa rédaction. Ils excluent la possibilité de frapper de nullité le manquement à certaines règles impératives ayant leur source hors de la loi du 24 juillet 1966 ou de celle du 4 janvier 1978. Ainsi échappent aux nullités en droit des sociétés les actes pris en violation de textes réglementaires ou extérieurs aux lois précitées (a.). Pourtant les dispositions relatives aux nullités pour vices de fonctionnement dans les sociétés n'épuisent pas le contentieux. Bon nombre de causes de nullité liées à la finalité sociale sont retenues (b.).

a. Textes extérieurs à la loi du 24 juillet 1966 et au Titre IX du Livre III du Code civil

La question se pose en effet lorsque la disposition méconnue figure dans un décret d'application ou dans une autre loi.

Il est des hypothèses où la nullité est envisagée en cas de violation des dispositions légales ou du décret[2]. Certaines clauses sont réputées non écrites lorsqu'elles sont contraires au décret[3]. Mais hormis ces quelques textes, l'énoncé des articles 360 alinéa 2 de la loi du 24

[1] Loi n°84-148 du 1er mars 1984 (art.226 et s. de la loi du 24 juillet 1966).
[2] Cf. notamment art. 16 al. 2, 56 al. 2 et 4, art. 103, art. 168, 169 et 173 al. 2, art. 186-4 de la loi du 24 juillet 1966.
[3] Cf. également art. 16 al. 3, 56 alinéa 3 de la même loi.

juillet 1966 et 1844-10 alinéa 3 du Code civil semble écarter la nullité pour violation du décret.

Cependant, la jurisprudence s'est assouplie en ce domaine. Elle rejette une lecture trop littérale de ces articles et admet la nullité dès lors que la loi renvoie au décret[1]. Les partisans[2] de l'application de la sanction de nullité pour violation du décret s'appuient à juste titre sur le rôle complémentaire et indissoluble du décret par rapport à la loi. L'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 ne réserve à la loi que la fixation des principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales. Le décret donne le détail sur les conditions d'application de ces principes. La jurisprudence étend alors la nullité aux dispositions du décret détachables formellement du texte même de la loi, dès lors que l'article du décret considéré est impératif et indissociable[3].

En revanche, les dispositions impératives qui ne sont pas issues du régime primaire des sociétés ou de la législation sur les sociétés commerciales n'entrent pas dans le champ d'application de la sanction de nullité en droit des sociétés. Ainsi en est-il, en principe, des dispositions en droit du travail : un arrêt postérieur à la réforme de 1966 conforte la position de la jurisprudence en la matière[4]. L'autonomie du droit du travail en l'espèce modifie le régime de l'action en nullité. Faut-il le regretter ?[5]

---

[1]Com. 15 avril 1982, *Bull. civ.* 1982, n°122; *Rev. soc.* 1983, 343, note J.H., Y. CHARTIER et J.MESTRE, *Grandes décisions*, Les Sociétés, *P.U.F.* 1988, p. 105; Com. 19 avril 1988, Bull. Joly 1988, 485, note P.L.C.; R.T.D.Com. chron. ALFANDARI et JEANTIN; Civ. 1ère, 4 oct. 1988, *Bull. Joly*, 1988, 935.

[2]Pour une étude complète de la controverse, *cf.* P.LE CANNU, *Rev. soc.* 1982, p. 291 et MESTRE et FLORES, *Lamy Sociétés*, 1993, n°2347

[3]Cass. com. 26 octobre 1981, *Bull. civ.* 1981, n°369, p. 293, Y. CHARTIER et J.MESTRE, *op. cit.* , p. 110; Versailles, 21 mai 1985, *Répertoire du notariat,* 1986, Art. 33713, p. 607 obs. J.HONORAT; Civ. 1ère, 4 oct. 1988, *Bull. civ.* n°271, p. 186, *Bull. Joly* 1988, 935, *R.TD.Com.* , 1988, n°1, p. 84s., *chron.* E. ALFANDARI et M.JEANTIN.

[4]Com. 17 février 1975, *Bull. Joly*, 1975, 257, *D.* 1975, 466, note J.-L. BOUSQUET, *Rev. soc.* 1975, 269, note F.T., *J.C.P.* 1975, II, 18105, note Jean SAVATIER : Si l'article 3 de l'ordonnance du 22 février 1945 accorde seulement aux délégués du comité d'entreprise une voix consultative, il n'en impose pas moins leur convocation, et s'ils y répondent, leur présence au conseil d'administration, quel qu'en soit leur objet, pour qu'ils puissent exprimer leur opinion et avoir éventuellement une influence sur le vote des membres délibérants. En conséquence, la partie de la délibération d'un conseil d'administration concernant la rémunération des membres du personnel, prise après le départ des membres du comité d'entreprise est entachée d'irrégularité et doit être déclarée nulle (article 432-4 alinéa avant-dernier du Code du travail).

[5]Bernard BOULOC, "Faut-il réformer le droit des sociétés ?", *Rev. Jur. comm.,* juin 1998, 209; Colloque du 30ème anniversaire de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, *Rev. soc.* 1996, p.431s, *spéc.* exposé de M.PARIENTE, p.465s.

La nullité est inadaptée en réalité : 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 purement interne. La nullité n'est plus en définitive qu'un cas de responsabilité des dirigeants sociaux envers la société. Sanctionner la violation du droit du travail, en ce cas, par le droit pénal est plus adéquat, le délit d'entrave étant constitué[1].

Toutefois, la question a rebondi récemment à propos d'une société à statut particulier régie par la loi du 24 juillet 1867. Une action en nullité fondée sur les articles 78 de cette loi a pu prospérer[2]. Il est à noter cependant que cet arrêt n'apporte pas de véritable dérogation au principe posé à l'alinéa 2 de l'article 360 de la loi du 24 juillet 1966, car l'article 72 alinéa 3 de la loi du 24 juillet 1867, relative aux sociétés anonymes à participation ouvrière, renvoie autant que de raison aux dispositions générales applicables aux sociétés par actions.

Plus révolutionnaire est la solution prétorienne retenue dans l'affaire Bendix. En 1990, la chambre sociale de la Haute juridiction a en effet reconnu la qualité à agir d'un comité de groupe, institution représentative du personnel, pour contester une mesure ayant pour objet de modifier la composition du groupe de sociétés constitué[3].

Certains critiquent le fait que la nullité dépende des hasards de la codification[4]. Pour notre part, les solutions catégoriques de la jurisprudence ne nous paraissent pas moins fondées. L'application stricte du principe de l'exclusion des textes extérieurs trouve son fondement dans la nature même de la nullité invoquée. Les articles 1844-10 du Code civil et suivants, ou 360 et suivants de la loi du 24 juillet 1966 n'ont pas effectivement pour vocation d'édicter un régime général des nullités, mais des règles spécifiques au droit des sociétés, c'est-à-dire ayant pour finalité la régularité de la constitution et le bon fonctionnement de la société. Les salariés ne sont guère compris dans la protection accordée par le droit des sociétés.

---

[1]art. L463-1 du Code du travail.
[2]*Aff. Nice-Matin*, Com. 19 avril 1988, *Bull. civ.* IV, n°135, p. 96, *P.A.* n°53 du 2 mai 1988, p. 4, chron. P. MORETTI, *Bull. Joly*, 1988, p. 485, note P. LE CANNU.
[3]*Rev. soc.*, 1990, 446.
[4]J.-P. LEGROS, *chron. préc.*, n°49 p. 304.

Cette dissociation dans la protection de deux ordres publics concurrents peut choquer : les sociétés ne sont qu'une coquille vide sans les salariés. L'intérêt collectif suppose une harmonie dans les aspirations divergentes des participants à la vie de la société : l'intérêt des salariés fait partie intégrante de l'intérêt social[1]. Néanmoins le droit de l'entreprise au sens large n'est pas encore né même si le projet Marini vise à faire que la société soit "une technique d'organisation juridique de l'entreprise"[2]. Les articles 1832 et 1833 du Code civil qui définissent la société ne mentionnent pas les salariés : le régime des nullités vise principalement la protection de la volonté collective des associés[3]; il est donc conforme aux prescriptions légales que le droit des sociétés offre une place marginale au droit social, son objectif étant différent. Il revient alors à la législation du travail de couvrir les salariés sauf au législateur d'étendre l'ordre public de protection collective à ces tiers-là. Mais il n'appartient pas au juge de modifier la politique législative en ce domaine[4].

Des remarques du même ordre peuvent être adressées au libellé restrictif des textes susceptibles de fonder une annulation en droit des sociétés relativement à la nouvelle réglementation boursière. Celle-ci protège l'intérêt général des épargnants et comme telle supplante largement les intérêts catégoriels répertoriés dans les sociétés commerciales. Cependant elle ne relève pas des textes applicables en ce domaine, d'autant plus que le droit boursier n'est pas exclusivement d'origine légale (les règlements du Comité de la réglementation bancaire ont tout au plus la force juridique d'un arrêté ministériel). Ensuite, les autorités boursières sont déjà dotées d'un pouvoir sanctionnateur propre. L'affaire Perrier a relancé le débat sans le clore, puisqu'une cession d'actions auto contrôle contrevenant à un règlement de la COB a été annulée sans indiquer le fondement de la sanction[5]. Les

---

[1]Notamment VIANDIER, *th. préc.*, n°139, dans le sillage de l'arrêt Fruehauf *précité*.

[2]Jean PAILLUSSEAU, "La modernisation du droit des sociétés, une reconception du droit des sociétés commerciales", *D.*1996, *chron.* 288, *spéc.* n°9 à n°12; même auteur : La société anonyme technique d'organisation de l'entreprise, thèse 1965, Sirey 1967; "Les fondements du droit moderne des sociétés, *J.C.P. ed. E*, 1984, II, n°14193; *J.C.P.* 1984, I,n°3148; *J.C.P.ed. N*, 1985, I, 263; "Le droit moderne de la personnalité morale", *R.T.D.Civ*. 1993, p.705.

[3]Évolution de cette conception, cf. *infra*, titulaires de l'action en nullité.

[4]L'interprétation extensive de l'article 122-12 du Code du travail est révélatrice de constructions prétoriennes excessives en ce domaine.

[5]T.C. Paris, 16 mars 1992, *Bull. Joly*, 1992, 527, note JEANTIN.

Hauts magistrats n'ont pas statué. Autant de questions en suspens pour éviter de faire "craquer"[1] le système actuel des nullités en droit des sociétés...

A l'inverse, les dispositions impératives du droit des contrats sont incluses dans le champ d'application des nullités en droit des sociétés. C'est reconnaître implicitement que, sauf dérogation, les nullités virtuelles sanctionnant la violation des règles du droit des obligations sont applicables au droit des sociétés. Les nullités expresses sont donc exceptionnelles, voire inutiles.

b. Causes extérieures à la loi du 24 juillet 1966 et au Titre IX du Livre III du Code civil

L'impératif légal comprend une référence implicite aux principes généraux du droit[2] ou plus exactement à tous les principes non-écrits applicables en la matière. La nullité peut ainsi sanctionner le principe de hiérarchie et de compétence des divers rouages institués par la loi[3] voire de collégialité[4].

D'autres principes fondamentaux du droit des sociétés peuvent être mentionnés. Le droit de vote a été érigé, telle "une vache sacrée"[5], par la doctrine[6] et une jurisprudence constantes[7], comme un attribut essentiel de l'action avant d'être consacré par l'article 1844 alinéa 1 du Code civil (loi n°78-9 du 4 janvier 1978). Récemment encore, un arrêt de

---

[1]GROSCLAUDE, *th. préc*., p.91.

[2]MARTIN de la MOUTTE, *op.cit*., n°210, p.198 estime que les principes généraux du droit s'appliquent à tous les actes et pas seulement pour les conventions, comm. sous Aix-en-Provence 22 déc. 1852, *D.*1854, 2, 121; *S.*1854, 2, 321; Marie-Christine MONSALLIER, L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme, préf. A.VIANDIER, *L.G.D.J.* 1998, n°878, p.361.

[3]Paris, 4 juin 1946, *J.C.P.* 1946, II, 3518, note D. BASTIAN (arrêt Motte).

[4]Affaire Cointreau *précitée*, notamment commentaires de CHARTIER et MESTRE, *op. cit*.

[5]A.VIANDIER, *obs*. sur les conventions de vote, *J.C.P. éd. E*, 1986, 15405, *spéc*.181

[6]même auteur, Recherche sur la notion d'associé en droit français des sociétés, Préf. F.TERRÉ, *Bibliothèque de Droit privé*, Tome CLVI, *L.G.D.J.* 1978, p.269; Y.CHARTIER, Droit des affaires, t.2, Sociétés commerciales, *P.U.F.* 3ème éd., 1992, n°53, p.120; Maurice COZIAN et Alain VIANDIER, Droit des sociétés, 11ème éd., 1998, *Litec*, n°382, p.147; Philippe MERLE, Droit commercial, Sociétés commerciales, 6ème éd., *Précis Dalloz*, coll. Droit privé, *Dalloz*, 1998, n°306, p.326; Yves CHAPUT, Droit des sociétés, Coll. Droit fondamental, Droit commercial, *P.U.F.*, 1993, n°381, p.179 : droit irréductible de l'actionnaire lié au principe de proportionnalité; Michel JEANTIN, Droit des sociétés, Coll. Domat droit privé, 3ème éd. *Montchrestien*, 1994, n°199s., p.104s.; Y.GUYON, *op.cit*., 10ème éd., n°307, p.310s.

[7]Cass. civ. 7 avril 1932, D.P., 1933, 1, 153, note CORDONNIER.

principe a réaffirmé la valeur supralégislative du droit de vote[1]. La Cour de cassation ne se borne pas à reprendre les termes de la loi selon lesquels "tout associé a le droit de participer aux décisions collectives", elle ajoute à l'alinéa précité, "et de voter". La distinction opérée par la doctrine) à la suite de l'arrêt De Gaste relatif à l'usufruit des parts sociales[2], entre l'intervention dans les affaires sociales et le vote est ainsi condamnée : les statuts ne peuvent priver les associés de leur prérogative essentielle de voter dans les assemblées sauf dans les hypothèses où la loi prévoit elle-même une telle suppression[3]. Le droit de vote fait partie du noyau dur de l'ordre public sociétaire[4].

La question de la nature de la sanction se pose également lorsqu'il y a violation d'une clause statutaire. Est-ce une nullité qui résulte des lois régissant les contrats, le contrat ayant force de loi[5]? Cette interprétation respecte la lettre des textes, mais elle est discutable car la référence à "une disposition impérative" ne concerne que la loi ou le règlement[6]. Un règlement intérieur, acte social infra-statutaire, a été annulé pour violation des statuts[7]. Un arrêt récent de la Chambre commerciale a tranché pour la nullité sans indiquer le fondement exact de cette sanction[8].

Un élément de réponse peut être fourni par la loi. L'article 262-15 nouveau de la loi du 24 juillet 1966[9] dispose en effet que l'inobservation d'une clause d'agrément statutaire entraîne la nullité de l'acte de

---

[1]Château D'Yquem, Com. 9 fév. 1999, *Dr.soc.*, mai 1999, n°67, p.9-10, comm. Th. BONNEAU; *J.C.P. Ed.E*, note Y. GUYON, p.724; *Rev. soc.* 1999, p.81, note P.L.C.

[2]Com. 4 janvier 1994, *Dr. soc.*, mars 1994, n°45, note Th. BONNEAU; *Rev. soc.* 1994, 278, note M. LECÈNE-MARÉNAUD; *Defrénois* 1994, art. 35786, n°2, obs. P.L.C.; *Quot. jur.* n°10, 3 fév. 1994, note P.M.; *Bull. Joly* 1994, §68, p.279; J.-J. DAIGRE, "Un arrêt de principe : le nu-propriétaire de droits sociaux ne peut être totalement privé de son droit de vote", *Bull. joly* 1994, §62, p.249; A.GUEUGANT, "L'attribution du droit de vote en cas de démembrement de la propriété d'actions et de parts sociales", *J.C.P. éd.E*, n°12, 24 mars 1994; F.ZÉNATI, *R.T.D.Civ.* 1994, chron. p.644s., n°4.

[3]Exemples : articles 101,103 ou 258 de la loi du 24 juillet 1966.

[4]M.-C. MONSALLIER, *th. préc.*, n°321s.

[5]Y. GUYON, *Rép. Sociétés Dalloz*, V° Assemblées d'actionnaires, n°292.

[6]J.-P. LEGROS, "La violation des statuts est-elle une cause de nullité ?", *Dr. soc.* , avril 1991, p.1.

[7] Cass. com. 2 juin 1987, *Rev. soc*; 1988, p.223, note MESTRE; *R.T.D.Com*. 1988, p.72, obs. REINHARD; Paris, 30 novembre 1993, *J.C.P.* Ed. E, 1994, 575, note T. BONNEAU.

[8]Cass. com. 20 nov. 1990, *Dr. sociétés,* janv. 1991, n°17; *D.* 1990, *I.R.* 150: *G.P.* 1991, 1, *pan.* 80; *J.C.P.* 1991, II, 195; mêmes remarques pour un arrêt plus ancien : Cass. com. 6 mai 1974, *D.* 1975, 102.

[9]Loi n°94-1 du 3 janvier 1994 sur la société par actions simplifiée

cession. Reprenant la même idée, la loi du 2 juillet 1998[1] complète l'article 274 de la loi du 24 juillet 1966 : "toute cession effectuée en violation d'une clause d'agrément figurant dans les statuts est nulle" et ce, ajoute l'article 10 alinéa 2 de la loi du 31 décembre 1990 sur les sociétés d'exercice libéral, "nonobstant toute disposition contraire législative ou statutaire". La nullité est, de ce fait, préconisée par le législateur en cas de violation des statuts[2].

Faut-il généraliser cette solution indépendamment de toute référence expresse ou bien se contenter d'un régime propre de responsabilité civile fondé sur l'article 244 de la loi du 24 juillet 1966 relatif à la sanction à apporter en cas de violation des statuts par les administrateurs ? La question risque de devenir d'une actualité brûlante si le projet Marini voit le jour. Celui-ci prévoit effectivement de rendre supplétives bon nombre de règles. Or, si une disposition n'est plus impérative, la nullité ne peut être encourue puisque l'article 360 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966 ou l'article 1844-10 alinéa 2 du Code civil exigent le rattachement à un texte d'ordre public pour mettre en oeuvre la sanction de nullité[3].

Plusieurs propositions contradictoires ont été avancées. La première, littérale, rejette l'hypothèse de l'annulation car elle serait contraire au texte de loi, réduisant le système restrictif des nullités[4]. La seconde, plus astucieuse, consiste à considérer que l'annulation est une forme de réparation en nature[5]. Plus probante est l'opinion donnée par M. le Professeur Y. GUYON : dans la lignée des deux décisions de la chambre commerciale précitées, celui-ci estime que la référence à des "dispositions qui régissent les contrats" s'entend également de la loi contractuelle au sens de l'article 1134 du Code civil[6]. Nous nous rallions volontiers à cette construction logique qui, à la différence des deux

---

[1]Loi n°98-546 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, *J.O.* 3 juillet 1998, p.10127, art. 30-5.

[2]Y. REINHARD et B. PETIT, *chron. R.T.D.Com*. 1999, p.141.

[3]L. GROSCLAUDE, *th. préc*., p.99.

[4]J.-P. LEGROS, "La prescription de l'action en nullité...", *art. préc*.,

[5]MERCADAL et JANIN, *op. cit*., n°3753; Laurent GODON, *in* Les obligations des associés, Préf. Y.GUYON, *Ed. Economica*, Coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 1999, n°172.

[6]Droit des affaires, *op.cit.*, n°441, p.467; M.GROSCLAUDE parvient à la même conclusion lorsqu'il étudie le cas de figure où aucun lien n'existe entre la clause statutaire violée et un support législatif quelconque, *th. préc*., p.98.

précédentes, n'élude pas le problème ou ne le résout point par une pirouette.

Il est également à noter que les articles relatifs à la sanction de nullité en droit de sociétés ne sont pas exclus en matière de S.A.S., en dépit de l'extraction exceptionnelle des articles 89 à 177-1 de la loi du 24 juillet 1966. Le régime primaire des sociétés et les articles 360 et suivants de loi du 24 juillet 1966 demeure donc applicable en tant que de raison. L'inverse serait irrationnel : la nullité pour violation des clauses statutaires serait exclue alors que l'article 1844-10 et suivants du Code civil s'appliqueraient aux sociétés en participation ! Le cadre juridique dans lequel évolue la S.A.S. est certes très allégé mais il ne peut être moindre que celui requis pour les sociétés créées de fait. En outre, l'article 262-6 dispose que "les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée". Une violation statutaire revient indirectement à méconnaître cet article.

La portée de ce texte est nécessairement générale puisque les règles relatives à la société par actions simplifiée ne sont pas à proprement parler dérogatoires : celles-ci fixent des normes plancher pour les sociétés par actions en dehors desquelles la société devient en quelque sorte hors la loi ou plus exactement dénuée de toute forme[1].

Nonobstant l'absence de texte général, la théorie des contrats reconnaît aussi l'annulation pour fraude[2]. On peut supposer, par application de la maxime *"fraus omnia corrumpit"*, que l'annulation s'impose logiquement aux tiers, puisque la nullité est déjà opposable aux tiers en cas de mauvaise foi[3]. Ainsi les tribunaux ont retenu l'existence d'une fraude possible à la clause d'agrément dans l'affaire célèbre Rivoire et Carret/Lustucru[4]. On peut considérer la sanction de la fraude comme un principe général du droit français[5]. Toutefois, selon la jurisprudence, si le tiers est de bonne foi, la nullité de la délibération pour fraude ne s'étend pas aux actes pris sur le fondement de la

---

[1]Cf. Titre 2, chapitre, le rôle de la forme sociale dans les statuts.

[2]Paris, 25 janvier 1972, *Rev. soc.* 1972, p. 688, note SCHMIDT; P.L.C. *chron. préc.* au *Bull. Joly* 1992, §274; Com. 6 juil.1983, Bull; civ. : élimination par ruse et artifice de certains actionnaires à l'assemblée litigieuse.

[3]art. 1844-16 du Code civil et art. 369 de la loi du 24 juillet 1966.

[4]Com. 27 juin 1989, *Rev.dr.bancair*e, 1989, 176, obs. JEANTIN et VIANDIER, *D.* 1990, 314, note J.BONNARD; plus récemment, Com. 21 janv. 1997, *Rev.soc.*, 1997, 349, note BUREAU, *Dr. soc.*, 1997, n°55, obs. Th. BONNEAU.

[5]Antoine JEAMMAUD, "Fraus omnia corrumpit", *D.* 1997, chron., 19.

délibération litigieuse, les article 1844-16 du Code civil ou 309 de la loi du 24 juillet 1966 étant interprétés restrictivement[1]. Ainsi, en l'absence de convocation en bonne et due forme, celle-ci ayant été envoyée intentionnellement à une adresse erronée, l'associé floué de sa participation aux assemblées pour fraude ne peut demander la nullité des actes obtenus sur le fondement de la délibération annulée[2]. Cette solution de principe est pour le moins choquante car elle est contraire à l'esprit de la loi, qui permet d'opposer une nullité aux tiers de bonne foi, en cas de simple erreur ou de dol. Plus la cause de nullité est grave, moins l'annulation par ricochet serait admise ! Le raisonnement *a fortiori* s'imposait en cette hypothèse, même si la volonté de diminuer l'étendue de la nullité est constante. En outre, les nullités pour vices de fonctionnement sont principalement virtuelles. Écarter la fraude comme cause de nullité en cours de vie sociale, parce qu'elle n'est pas expressément inscrite dans un texte de loi, serait quelque peu irrationnel.

Quant à l'abus de majorité, la nullité est admise depuis un arrêt de la chambre commerciale de 1961, dès lors que la résolution est "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"[3]. La loi ne mentionne pas l'abus de droit comme source de nullité[4]. Pourtant, il représente la principale cause d'annulation des actes et des délibérations à laquelle est assimilé le détournement de pouvoirs. Seuls les travaux parlementaires esquissent une reconnaissance légale de l'abus de droit afin d'éviter le "gouvernement des juges"[5].

C'est dire que le système des nullités virtuelles est consacré en la matière.

Les nullités tacites ne sont pas non plus étrangères à la constitution des sociétés qui pourtant appellent essentiellement des causes de nullité expresses.

---

[1]Civ. 3ème, 21 oct.1998, arrêt Girard, *Dalloz Aff*. 1988, note M.B., p.2023

[2]Comp. solution en cas de nullité d'une convocation par lettre simple, Com. 4 oct. 1988, *Rev. soc*. 1988, p.62, note Y. GUYON, (D. 3 juillet 1978, art.40).

[3]Cass. com., 18 avril 1961, *D.* 1962, p. 661, *J.C.P.* 1961, II, n°12164, note D.B.

[4]Jean HÉMARD, TERRÉ, et MABILAT, *op. cit*., t.II, n°334, t.III, n°646s.; Ph. MERLE, *op. cit.*, n°579, p.622-623.

[5]Amendement n°236 de M. PLEVEN à l'article 313 du projet de loi n°1003 : débats de l'assemblée nationale du 11 juin 1965.

Sous-section 2 : Nullités et vices de constitution

La plus grande partie des études portent sur les nullités de constitution des sociétés, car celles-ci comportent des conséquences graves pour les tiers et la société elle-même. Le législateur de 1966 s'y est intéressé, opérant une purge des vices de forme et une réduction des cas de nullité. Pour autant, de nombreuses causes de nullités subsistent en l'absence de contrôle préventif de constitution des sociétés. Si les nullités textuelles demeurent les principales causes de nullité (§1), les nullités virtuelles ne sont pas exclues en la matière (§2).

§1 Nullités textuelles et vices de constitution

Les nullités expresses de société sont prévues aux articles 1844-10 alinéa 1 du Code civil et 360 alinéa 1 de la loi du 24 juillet 1966, après modification par l'ordonnance du 20 décembre 1969. De la combinaison de ces textes se déduit la liste des nullités de société qui trouvent leur origine soit dans une disposition expresse de la loi (A.) soit dans une disposition régissant la nullité des contrats (B.).

A. cas de nullité résultant des dispositions expresses de la loi du 24 juillet 1966

Le seul texte édictant expressément une nullité de société est l'article 361. Ce cas exceptionnel de nullité de société pour vice de forme est considéré comme une inadvertance du législateur[1] qui est, en outre, de faible portée avec la faculté de régularisation ouverte par l'article 6 de la loi de 1966.

L'article 80 alinéa 4 de la même loi pose une hypothèse plus originale[2]. Sa rédaction permet de s'interroger sur la nature de la sanction : totale inexistence de la société ou nullité expresse pour vice de forme. C'est un cas d'absence de consentement fondé sur le droit

[1]Ou une "disposition rescapée", COZIAN et VIANDIER, *op. cit.*, n°215, 77; cf. *infra*, Titre 2, Chap.1, p.197s (dans § sur immatriculation-sanction).
[2]"A défaut d'approbation expresse des apporteurs et des bénéficiaires d'avantages particuliers, mentionnée au procès-verbal, la société n'est pas constituée".

commun des contrats[1]. Il entre en contradiction avec l'article 360 de la loi du 24 juillet 1966[2]. L'immatriculation ne saurait à elle seule donner une existence à ce qui, en réalité, n'a pas été voulu."[3] L'article 193 alinéa 4 a été assimilé à l'article 80 alinéa 4 dans la mesure où toute modification des statuts dans les sociétés commerciales connaîtrait un régime identique à celui de la constitution des sociétés. Cependant, l'article 193 alinéa 4 n'est pas un cas de nullité de société mais seulement une hypothèse de non-approbation expresse d'une augmentation de capital[4]. Il serait donc conforme à la directive 68/151 alors que l'article 80 alinéa 4, à moins de l'identifier à une caducité avant immatriculation, ne serait pas valable au regard du droit communautaire.

Quant à l'article 69 issue de la loi Madelin précitée, il dispose *in fine* que "toute transformation, effectuée en violation des règles du présent article, est nulle" : seule la décision de changement de forme de la société est annulable, la société originaire ne disparaît pas pour autant car la transformation même régulière n'emporte pas création d'un être moral nouveau[5]. C'est donc un cas de nullité d'une modification statutaire non exactement d'une société en elle-même.

Plus nombreux sont les cas de nullité résultant des dispositions qui régissent la nullité des contrats.

B. Causes de nullité résultant des dispositions qui régissent la nullité des contrats

La distinction entre les causes de nullité spécifiques au droit de sociétés et celles qui relèvent des dispositions relatives au contrat est surprenante : elle laisse entrevoir des nullités de type contractuel par opposition aux nullités d'origine légale. Or, la définition de la sanction de nullité suppose la violation de la loi. Considérer alors la nullité comme une sanction contractuelle, alors que sa source doit être exclusivement légale, relève du paradoxe. Il serait plus juste de

[1]Art. 1108 du Code civil; le défaut de consentement est assimilé au vice du consentement: Cass. com. 20 juin 1989, *Bull. civ.*V, 1989, n°198, *G.P.* 1989, *Somm*. 172; *P.A.* 18 avril 1990, p. 64; *Bull. Joly*, 1989, 716.
[2]A modifier selon B.LECOURT, *th. préc*., n°429, p.325.
[3]P.MACQUERON, *J.-Cl. Sociétés*, Traité Fasc. 32A, Nullités des sociétés, n°17.
[4]F.VITERBO, *th. préc.*, p.208s.
[5]Y. GUYON, *op. cit.*, n°563, p.590.

concevoir la nullité comme la sanction de l'inobservation d'une disposition impérative qu'elle soit textuelle ou virtuelle[1]. La référence au droit des contrats rend la détermination du champ d'application des nullités en droit des sociétés plus complexe, sans raison apparente.

Cette catégorie sur laquelle repose le droit positif actuellement comprend deux séries de causes de nullité particulières : celles résultant de la méconnaissance des règles générales de validité des contrats édictées par l'article 1108 et suivants du Code civil (1.) et celles provenant de la violation des dispositions particulières à la formation du contrat de société visées à l'article 1844-10 du Code civil (2.). Elle est cause d'erreurs ou d'imprécisions nombreuses du fait même que l'acte juridique dont les conditions de validité sont à apprécier est d'ordre collectif.

1. Règles générales de validité des contrats

Quatre conditions essentielles à la validité d'une convention sont exigées : le consentement, la capacité, l'objet et la cause. Encore faut-il que l'incapacité ou le vice du consentement atteigne tous les associés fondateurs pour les S.A.R.L. et les sociétés par actions[2].

Ces règles n'appellent pas de commentaire particulier. Elles sont identiques pour la formation de tout acte juridique. Plus intéressantes sont les règles relevant du droit des sociétés.

2. Règles spéciales de validité du contrat de société

Confortées par l'article 1844-10 du Code civil, certaines causes de nullité spécifiques au contrat de société sont expressément retenues. L'absence d'apport ou sa fictivité conduit à l'annulation de la société[3].

Quant à l'*affectio societatis*, sauf à lui donner pour fondement l'article 1833 du Code civil, il n'est pas une cause de nullité expresse. Néanmoins de nombreux auteurs lui confèrent un support légal[4]. La

---

[1]GROSCLAUDE, *th. préc.*, p.186.
[2]art. 360 alinéa 1 de la loi du 24 juillet 1966; Cass. com. 20 juin 1989, *précité*.
[3]Cass. com. 18 juin 1974, *Bull Joly*, 1974, p. 709; Com. 11 octobre 19888, *Bull. Joly* 1988, 939, note P.L.C.
[4]Deen GIBIRILA, Droit des sociétés, Coll. Universités, *Ed. Ellipses*, n°79, p.46; COZIAN et VIANDIER, *op. cit.*, n°217, p.78; GUYON, *op. cit.*, n°124, p.125s.

purge des nullités de sociétés quant au fond est loin d'être achevée. En l'absence de système cohérent établi, la sanction devient aléatoire[1]. Des nullités virtuelles sont donc également présentes.

§2 Nullités virtuelles et vices de constitution

Certains cas de nullités virtuelles peuvent être rattachés à la loi (A.), d'autres lui sont complètement extérieurs (B.).

A. Entre la nullité expresse et la nullité virtuelle

Traditionnellement la sanction est issue de l'autorité normative et elle est mise en oeuvre par l'autorité judiciaire. En matière de nullités s'opère un glissement vers un phénomène de judiciarisation du droit des sociétés. La contrainte légale est supplantée par un pouvoir sanctionnateur du juge en dépit de l'absence de toute référence formelle voire *contra legem*. Même si les nullités de constitution sont en principe purement textuelles, le juge en a découvert d'autres[2].

Ainsi, à défaut d'*affectio societatis*, la société est nulle[3], voire inexistante[4]. Il existe uniquement une apparence de société[5]. C'est que l'*affectio societatis* n'est pas un des éléments constitutifs d'un contrat[6], quel qu'il soit. C'est la volonté durable de collaboration sur un pied d'égalité pour la réalisation de l'oeuvre commune. En d'autres termes, c'est la définition de la volonté concordante dans l'acte juridique collectif.

C'est pourquoi la définition contractuelle de la société ne permet pas d'intégrer cette notion à la loi. Elle n'en demeure pas moins une cause de nullité virtuelle de société unanimement reconnue.

D'autres causes de nullité sont elles aussi extérieures à la loi du 24 juillet 1966 et au Titre IX du Code civil tout en étant, par la doctrine,

---

[1]Philippe BISSARA, "L'inadaptation du droit des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions", *Rev. soc.*, 1991, 553.
[2]L. GROSCLAUDE, *th. préc.*, p.73.
[3]Cass. civ. 3ème, 8 janv. 1975, *Bull. civ.* III, n°2, p.2; *Rev. soc.* 1976, p. 301, note BALENSI.
[4] Cass. civ. 22 juin 1976, *D.* 1977,619, DIENER.
[5]Michel DAGOT, La simulation en droit privé, Th. Toulouse, 1965, *L.G.D.J.*1967, n°93, p.84; même idée, F.VITERBO, *th. préc.*, p.284, n°297.
[6]Jean-Marie BERMOND DE VAULX, "Le spectre de l'*affectio societatis*", *J.C.P. Ed. E*, 1994, 346.

rattachées à la théorie contractuelle : ainsi en est-il de l'abus de droit[1] et de la fraude. Leur rattachement à la loi est alors encore plus lointain.

B. Nullités pour vices de constitution, purement virtuelles

Bien qu'il ne soit pas expressément visé par la loi de 1966, l'abus de majorité est considéré par la doctrine unanime[2] comme permettant l'annulation d'un acte modifiant les statuts en application des lois régissant la nullité des contrats[3]. La jurisprudence admet l'abus de majorité[4] sans pour autant rattacher la reconnaissance de l'abus de droit en matière de délibération d'assemblée générale extraordinaire à la thèse contractuelle. Elle annule la délibération sur le fondement de l'intérêt social qui n'a pas été préservé par la majorité au détriment de la minorité. Il est en effet paradoxal de lier le contrat, qui suppose l'unanimité, à la loi de la majorité. La délibération de fusion, en l'espèce, est bien davantage considérée comme un acte juridique collectif. La nullité pour abus de droit demeure donc bien une nullité virtuelle, car elle procède de l'esprit de la loi et non de la lettre.

Les sociétés fictives qui peuvent dissimuler une fraude sont également annulables sur le fondement d'articles relatifs aux nullités en droit des sociétés[5]. Pourtant, la nullité pour fraude n'est pas souvent textuelle. La fraude faisant exception à toutes les règles, l'action en nullité se prescrit alors par trente ans[6]. Certains y ont vu un nouveau

---

[1]Exemple, Com. 24 janv. 1995, comm. par B.LECOURT, *th. préc.* n°440, p.334 : en l'espèce, les actionnaires majoritaires d'une société anonyme avaient cédé leur patrimoine constitué par l'actif de cette dernière à une société en commandite par actions qu'ils avaient créé à cet effet. Cette manœuvre juridique avait eu pour conséquence de faire chuter considérablement le chiffre d'affaires de la société d'origine et donc de nuire aux actionnaires minoritaires.

[2]Notamment Jean HÉMARD, F. TERRÉ et P. MABILAT, t. 2, *op. cit.*, n°389, G.RIPERT et R.ROBLOT, n°1230, p. 928.

[3]Y.GUYON, Droit des affaires, *op. cit.*, n°455, p.481.

[4]Cass. com. 7 juillet 1980, Bull. IV, n°287, p. 234 (à propos d'une résolution d'apport-fusion).

[5]MERCADAL et JANIN, Mémento Francis Lefebvre, *Sociétés commerciales*, 1995, n°120; P.L.C., note *précitée* sous Com. 11 oct. 1988 ou art. au *Bull. Joly*, 1992, §274; thèse récente, Ch. CUTAJAR-RIVIERE, La société écran, Préf. P.DIENER, *L.GD.J.* 1998.

[6]VIANDIER, "Réforme du droit des sociétés commerciales, *J.C.P. Ed. E*, 1988, II, 15106, §8.

cas d'inexistence. D'autres tout simplement ont considéré qu'il s'agissait d'une hypothèse de nullité renforcée[1].

Dans le cas d'un apport fictif ou frauduleux, seul l'acte d'apport, c'est-à-dire la souscription ou les versements fictifs, peuvent être annulés. "La nullité de la société est une chose, l'annulation de la souscription en est une autre"[2]. L'inexistence d'apport est alors assimilée à un défaut de consentement. La souscription fictive est le type même de cas de simulation d'un acte collectif[3]. Ce sont des cas de simulation absolue[4].

Indépendamment de son étendue, la nature même de la sanction s'est posée, car dans la théorie de la simulation, la réalité s'oppose à l'apparence[5]. M. Jean ABEILLE distingue alors trois types de simulation: la fiction, la dissimulation et le déguisement[6]. La fraude diffère alors de la simulation en ce qu'elle est une atteinte au droit[7]. Les deux s'entremêlent souvent dès l'instant que la simulation devient un procédé au service de la fraude. Plus simplement pour M. Michel DAGOT, la simulation se définit comme la "création volontaire d'une apparence trompeuse"[8].

Certes, la simulation n'est pas en elle-même une cause de nullité[9]; l'action en déclaration de simulation est une action autonome qui vise à maintenir l'efficacité de l'acte réel par déclaration de l'inexistence ou de la fictivité de l'acte apparent[10]. Le formalisme dresse un obstacle sérieux à l'emploi de la simulation, car l'acte apparent produit inflexiblement ses effets à partir du moment où les formalités solennelles sont accomplies. La forme supplante le fond. Pour autant,

---

[1]L. GROSCLAUDE, *th. préc*., p.123.
[2]Note SORTAIS, sous Com. 18 juin 1973, *Rev. soc*. 682, spéc. p.687.
[3]M. DAGOT, *th. préc*., n°227s., p.228s.
[4]M.DAGOT, *th. préc*., p.61s. : société fictive (p.64), souscription fictive (p.76), apport fictif (p.81).
[5]Jean ABEILLE, "La simulation dans la vie juridique et particulièrement dans le droit des sociétés", thèse Aix, 1938, p.45
[6]*ibidem*, *spéc.* p. 75; MM. COZIAN et VIANDIER distinguent, quant à eux, la simulation portant sur l'existence du contrat, l'autre sur la validité du contrat et la dernière sur la personne de l'associé, *op. cit*., n°144, p.59.
[7]MALAURIE et AYNÈS, *op. cit.*, n°532, p.310.
[8]*th. préc*., p.9.
[9]Pascale ROUAST-BERTIER, "Société fictive et simulation", *Rev.soc.*, 1993, 726.
[10]J. ABEILLE, *th. préc.*, p. 100-104.

les cas de simulation étaient fréquents même avant la loi du 24 juillet 1966 où le formalisme était de rigueur[1].

C'est dire qu'au-delà de la forme, la nullité doit sanctionner l'acte de volonté invalide en dépit des apparences. L'article 1156 du Code civil permet de requalifier l'objet social par le biais du mécanisme de la simulation[2]. A propos des nullités de fond, l'action en déclaration de simulation permettrait la continuation de la société conformément à l'objet statutaire en annulant uniquement l'activité sociale illicite. Mais si l'objet social est fictif, seule la nullité peut être invoquée. Cette solution a le mérite de coïncider avec l'interprétation objective de la directive de la Cour de Justice de la Communauté européenne pour les sociétés par actions. En pratique, c'est par la voie de l'action en nullité que la simulation est constatée[3]. Mais sanctionner l'objet social réel illicite revient à faire peu de cas de la personnalité morale[4]. Toutefois, M. VITERBO propose des palliatifs pour rendre la sanction de la fraude compatible avec le droit communautaire. Il suffit de se fonder sur l'article 11 de la directive communautaire précitée qui exige deux associés au moins pour constituer une société et la souscription d'un capital minimum[5]. Rien n'empêche néanmoins de trouver des hommes de paille et d'indiquer un capital fictif : le nombre d'associés est laissé à l'appréciation de chaque État membre selon sa législation et seule l'absence de mention sur le montant du capital est véritablement sanctionnée ; le contrôle *a posteriori* demeure purement formel. Le droit français ne s'en contente pas.

Si le caractère institutionnel prend le pas sur l'élément subjectif, justifiant un net recul de la sanction de nullité dans les sociétés de capitaux, il ne faut pas se méprendre sur la nature véritable des sociétés en général. Quel que soit le degré de personnification de la société, en cas d'objet fictif, la nullité est donc prononcée selon la conception française de l'acte juridique, frauduleux ou illicite, car il ne peut exister d'acte de volonté sans objet licite. La société n'est pas assimilable à une institution. Le retour à la contractualisation des sociétés montre

---

[1] *ibidem*, p. 51; Jurisprudence citée par P.PIC, dans *chron. précitée*, 1933.
[2]F.VITERBO, *th. préc.*, p.185.
[3]Cass. com., 19 janv.1970, *D.*1970, 479, note Guy POULAIN.
[4]F.VITERBO, *th. préc.* ,n°233.
[5] Cf. *infra*, section2, §1; en outre, la société qui ne contient plus qu'un seul associé n'est plus annulable.

l'importance de l'élément subjectif en la matière[1]. Pourtant le droit communautaire privilégie une définition institutionnelle de la société qui se répercute sur le champ d'application de la sanction de nullité en matière de sociétés par actions.

La conception européenne de la société dénature il est vrai la sanction de nullité au point de réserver l'annulation à des cas trop objectifs, dénués de tout lien avec l'acte de volonté initial. Le droit français s'avère alors en porte à faux avec les dispositions communautaires.

SECTION 2 : Cas d'annulabilité en droit communautaire

Selon l'article 189 alinéa 3 du Traité de Rome, "la directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances la compétence quant à la forme et aux moyens". La directive est donc incontestablement un acte de portée obligatoire même si elle ne lie en principe que les destinataires qu'elle désigne, c'est-à-dire les États membres auxquels elle s'adresse : elle n'est pas directement applicable. Par essence, la directive suppose l'intervention des autorités nationales en vue de leur faire produire des effets juridiques dans les droits internes. Elle crée à la charge de l'État destinataire une obligation de prendre les mesures nécessaires à son application effective dans l'ordre juridique national. Il en résulte que la situation normale correspond à l'adoption par les autorités nationales compétentes d'un acte de transposition de la directive communautaire[2].

A cet égard, l'ordonnance n°69-1176 du 20 décembre 1969 complétée par le décret n°69-1177 du 23 mars 1969 a intégré la directive 68/151 du 9 mars 1968 tendant à coordonner pour les rendre

---

[1]Cf. notamment, Y. GUYON, Société par actions simplifiée, Présentation générale, *Rev. soc.* 1994, 207; Y.REINHARD, *R.T.D.Com.*,1994, 300; M.JEANTIN, *Rev. soc.*, n°spécial, 1994, 207; M.GERMAIN, *J.C.P.*1994, *Ed.E*, n°11, 1994, I, 341; et plus particulièrement tous les écrits à propos de la consécration légale de la S.A.S., cf. bibliographie sous-section XI de la loi du 24 juillet 1966 du Titre 1, chapitre IV et note n°1, p.206 dans la thèse précitée de Benoît LECOURT; La société anonyme et la société par actions simplifiée, ouvrage collectif, groupe fiduciaire, Guide de l'entreprise, R .F. mai1999...

[2]Denys SIMON, Connaissance du droit, Droit public, La directive européenne, *D.*1997, p.1 à 4 et p.33.

équivalentes les garanties qui sont exigées dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58, 2ème alinéa du Traité[1], pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers[2]. Toutefois, la transposition n'a pas été fidèle, notamment quant à l'énoncé des causes de nullité. Il n'existe pas d'harmonisation avec la directive[3].

A la différence de l'article 11 de la directive, le nouvel article 360 alinéa 1er n'énumère pas les causes de nullité pouvant atteindre les sociétés, mais au contraire celles qui sont exclues, méthode critiquable en raison de l'incertitude qui en résulte quant aux causes de nullités qui subsistent[4] (§1).

Les mesures prises par l'État français étant inadéquates pour que le résultat visé par la directive soit atteint, la question est ouverte de savoir si la directive peut être le cas échéant appliquée par les juridictions nationales, de manière que soient garanties à la fois l'application effective de la règle communautaire et la protection efficace des droits créés par la directive dans le chef des justiciables. Comme le précise itérativement le juge communautaire, "l'obligation des États membres, découlant d'une directive, d'atteindre le résultat prévu par celle-ci, ainsi que leur devoir, en vertu de l'article 5 du Traité de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation, s'impose à toutes les autorités des États membres ... dans le cadre de leurs compétences"[5]. Sont donc tenus directement au respect des obligations inscrites dans les directives, dans la sphère de leur compétence respective, les titulaires du pouvoir exécutif, du pouvoir législatif ainsi que les instances juridictionnelles. En vertu du principe général de primauté, le législateur est obligé d'abroger les dispositions contraires, le gouvernement de cesser de les exécuter et le juge de les considérer comme applicables. Dans cette situation pathologique, l'hypothèse de l'effet direct des directives se pose. Compte tenu de l'interprétation donnée des directives par la jurisprudence communautaire actuelle nous nous interrogerons sur la

[1]C'est-à-dire les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée.
[2]*J.O.C.E.* L65, 14 mars 1968, p.8.
[3]M. HAGÈGE, *th. préc.*, p.228; B. LECOURT, *th. préc.*, n°414s., p.316s.
[4] Jean HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, "La douzième réforme du droit des sociétés commerciales", *Rev. soc.* 1970, 221; cf. également, Bilan de l'unification du droit des sociétés dans la C.E.E., thèse Paris II, Sophie VICHATZKY, 3 tomes, 1990.
[5]CJCE, 8 oct.1987, *procédure pénale c/ Kolpinghuis Nijmegen BV*, aff. 80/86, *Rec.* p.3969.

possibilité d'appliquer directement la directive 68/151 en droit interne français (§2).

§1 Divergences dans l'énoncé des causes de nullité entre l'article 11 de la directive et l'article 360 alinéa 1 de la loi du 24 juillet 1966.

L'article 11 de la directive 68/151 reconnaît les seuls cas suivants dans lesquels la nullité peut être prononcée : a) le défaut d'acte constitutif ou l'inobservation, soit des formalités de contrôle préventif, soit de la forme authentique; b) le caractère illicite ou contraire à l'ordre public de l'objet de la société; c) l'absence, dans l'acte constitutif ou dans les statuts, de toute indication au sujet, soit de la dénomination de la société, soit des apports, soit du montant du capital souscrit, soit de l'objet social; d) l'inobservation des dispositions de la législation nationale relative à la libération minimale du capital social; e) l'incapacité de tous les associés fondateurs; f) le fait que contrairement à la législation nationale régissant la société, le nombre des associés fondateurs est inférieur à deux. Il convient de distinguer les causes expressément prévues ou exclues par la législation française (A.) et les causes dont on ignore si elles sont maintenues malgré la directive (B.).

A. Causes de nullité prévues ou exclues dans la loi du 24 juillet 1966

L'article 11 énonce divers cas de nullité. Certains ont retenu l'attention du législateur français (1.), d'autres sont restés lettre morte (2.).

1. Transposition fidèle de la directive pour certains cas de nullité.

La législation française admet ainsi comme cause de nullité le caractère illicite ou contraire à l'ordre public de l'objet de la société visé incidemment par l'article 362 de la loi du 24 juillet 1966.

En application de la directive, l'article 360 exclut comme causes de nullité les vices du consentement et l'incapacité, à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs, ainsi que les clauses léonines.

2. Énoncé des causes de nullité dans la directive dont l'ordonnance du 20 décembre 1969 ne fait pas mention.

Puisque l'article 360 alinéa 1 procède par exclusion et non par énumération, on doit se demander si tous les cas de nullité figurant dans l'article 11 sont implicitement admis en droit français ou si, au contraire, le silence gardé en ce qui concerne certains, aboutit à leur rejet.

Ainsi en est-il du défaut d'acte constitutif, de l'inobservation des formalités du contrôle préventif ou de l'absence de certaines indications dans l'acte constitutif ou les statuts qui empêchent seulement, en droit français, l'immatriculation, l'écrit n'étant exigé qu'*ad probationem*. Quant au défaut de libération du montant minimal exigé pour les parts et les actions, il n'entraîne plus, faute d'être mentionné dans la loi de 1966, la nullité mais des sanctions pénales[1] ou des responsabilités civiles.

Mais il reste un nombre non négligeable de causes de nullité admises en droit français sans être reconnues par la directive.

B. Causes maintenues dans le droit interne français malgré le texte de la directive

L'article 11 *in fine* dispose en effet, qu'"en dehors de ces cas de nullité, les sociétés ne sont soumises à aucune cause d'inexistence, de nullité absolue, de nullité relative ou d'annulabilité." En procédant par exclusion, force est d'admettre que le droit français connaît un champ d'application des nullités plus vaste que celui de la directive.

L'article 360 a une large portée puisqu'il prévoit que la nullité d'une société peut résulter des dispositions qui régissent la nullité des contrats, c'est-à-dire tant des contrats en général que du contrat de société. Ainsi une société peut être annulée pour défaut d'objet,

[1] Articles 423, 432,433 et 449 de la loi du 24 juillet 1966.

autrement dit pour absence d'apports ou objet irréalisable[1]. Elle peut l'être aussi pour manque d'*affectio societatis*, fraude ou abus de droit.

La contradiction avec l'article 11 est patente, puisqu'en dehors des cas de nullité qu'il énumère, aucun autre n'est reconnu. L'ordonnance de 1969 n'était conçue que comme une première étape vers l'harmonisation, l'article 360 devant être modifié dans un sens encore plus restrictif[2]. Mais aucun texte de droit interne n'a poursuivi l'intégration de la directive communautaire dans notre législation. Or, le juge national ne connaît pas *a priori* le texte même de la directive: il se contente d'appliquer les dispositions transposées dans notre droit interne. L'arrêt *Marleasing*, en estimant que "le juge d'un État membre est tenu d'interpréter son droit à la lumière du texte et de la finalité de la directive 68/151/CEE en vue d'empêcher la déclaration de nullité d'une société anonyme pour une cause autre que celles énumérées dans son article 11", représente véritablement une "bombe à retardement"[3]. L'application médiate de la directive est alors passée sous silence ; l'esprit du texte communautaire prime sur la lettre des dispositions transposées en droit national. Cette jurisprudence repose implicitement sur l'idée que la directive communautaire ne tient pas à être considérée comme un "non-être juridique du point de vue interne" selon la formule significative du juge PESCATORE[4]. Cette remarque vaut en cas d'absence d'harmonisation des textes communautaires avec le droit national. Telle était la situation à laquelle était confronté le juge ibérique dans l'affaire *Marleasing.* Mais le juge français ne peut s'affranchir totalement d'une telle jurisprudence, une transposition non conforme de la directive présentant une certaine analogie.

Autrement dit, une transposition non conforme ne peut faire écran contre l'application de la directive. Toute incompatibilité entre un texte de droit interne et une disposition communautaire doit être résolue dans le sens de la primauté à conférer au droit européen. La question reste ouverte devant les juges nationaux de savoir quel texte est alors applicable.

---

[1]Joseph HÉMARD, *op. cit.*, n°25 s.
[2]Réponse ministérielle n°7439, *J.O. débats Ass. nat.* 31 octobre 1969, p.3157.
[3]Cité dans l'introduction générale de la thèse.
[4]"L'effet direct des directives communautaires : essai de démythification", *D.*1980, chron. p.171.

§2 L'applicabilité des directives communautaires

La norme communautaire s'est le plus souvent fondue dans la loi du 24 juillet 1966, de telle sorte que sa spécificité s'est dissoute dans le droit français. Par conséquent, les juges français ne posent que rarement des questions préjudicielles à la Cour de justice des Communautés européennes en la matière[1]. Pourtant, pour résoudre un conflit de normes éventuel, la voie préjudicielle est fréquente et opportune[2].

C'est en effet à travers les recours préjudiciels devant la Cour de Justice des Communautés Européennes que la question de l'application des directives dans le cadre du droit interne s'est posée pour la première fois. Prévu à l'article 177 du Traité[3], le renvoi préjudiciel en interprétation ou en validité ne peut être opéré que par une juridiction[4]. Selon sa finalité, les conditions divergent (1.), mais la portée est identique (2.).

1. Conditions du renvoi préjudiciel

Il convient de distinguer les questions préjudicielles en interprétation de celles en validité des directives communautaires.

Le recours en interprétation est facultatif pour éviter une jurisprudence contraire au droit communautaire, mais il est obligatoire s'il n'existe pas de recours juridictionnel de droit interne[5].

En outre, les juridictions sont exemptées du renvoi lorsqu'elles estiment que la question n'est pas pertinente ou a été déjà soulevée dans un cas similaire devant la Cour du Kirchberg[6]. Le Conseil d'État

---

[1]Yves GUYON, "La coordination communautaire du droit français des sociétés", *R.T.D.europ.* 1990, p.242, *spéc.* note 4.

[2]N.B. Lorsque la transposition est opérée par voie réglementaire (article 37 de la Constitution de 1958), le décret national peut être contesté devant le juge administratif pour non-conformité à la directive. Les choses sont souvent clarifiées plus vite que lorsque la transposition est législative.

[3]Dont le champ d'application a été étendu avec le Traité de Maastricht.

[4]Jean BOULOUIS, Droit institutionnel des communautés européennes, Droit public, *Précis Domat*, 3è éd., *Montchrestien*, 1991, p. 261.

[5]*ibidem*, p.263- 264.

[6]*ibidem*, p.265-266; Christian GAVALDA et Gilbert PARLÉANI, Traité de Droit communautaire des affaires, 2ème éd. *Litec* 1992, n°169, p. 186.

français a fait alors un usage abusif de la théorie très subjective de "l'acte clair" suivant l'adage *"in claris non fit interpretatio"*[1]. Le contraste avec l'esprit de "coopération judiciaire"[2] de la Cour de cassation française est ici notoire[3].

Le renvoi en appréciation de validité est en principe obligatoire pour les juridictions suprêmes. Mais les juges nationaux sont libres, sur le fondement d'une présomption de légalité des actes institutionnels de la Communauté européenne. Le juge national est le juge de droit commun du droit communautaire[4].

C'est dire que la règle de l'épuisement des voies de recours de droit interne pour le contrôle juridictionnel indirect est laissée le plus souvent à l'appréciation souveraine des juges du fond.

2. Portée du renvoi préjudiciel

Le recours en interprétation semble ajouter pour l'avenir un "chapeau" à la règle de droit, alors que la question de la validité impose une réponse confirmative ou infirmative qui maintient tel quel l'acte institutionnel, ou le fait disparaître rétroactivement pour illégalité. Mais cette opposition demeure formelle.

Dans tous les cas, les décisions préjudicielles de la Cour de Justice des Communautés européennes ont un effet *"erga omnes"* déclaratoire, dont la rétroactivité est limitée par le principe de l'autorité de la chose jugée[5]. La Cour du Kirchberg a introduit le dispositif en des termes significatifs : "La Cour dit pour *droit*", ce qui énonce solennellement un principe juridique. Une telle décision dépasse largement la solution d'espèce et donne l'interprétation qui s'applique le mieux à un acte qui est expression d'hétéronomie[6].

---

[1]Alfred RIEG, Rapport français, "L'interprétation par le juge des règles écrites", *Travaux de l'Association CAPITANT*, Tome XXIX, 1978, p.71 et s., *spéc.*p.75 à 78.

[2]G. ISAAC, Droit communautaire général, *Ed. Masson*, 1990, p.297.

[3]Entretiens de Nanterre (15-16 mars 1991), La Cour de cassation et la Cour de justice des Communautés Européennes : complémentarité et conflit ? *J.C.P. Ed. E*, 1991, *suppl.* n°5.

[4]Gabriel MONTAGNIER, "Droit communautaire et procédure civile", *Répertoire Dalloz, Procédure civile*, 1993.

[5]Alberto TRABUCCHI, "L'effet *"erga omnes"* des décisions préjudicielles rendues par la Cour de justice des Communautés européennes", *R.T.D. Europ.* 1974, p.56 s., *spéc.* p. 62-63.

[6]*ibidem*, p.61 *in fine* et p.62.

Mais l'autorité du précédent ne signifie pas l'immutabilité de la jurisprudence[1]. En outre, les décisions demeurent toujours abstraites[2] car la Cour de justice des Communautés européennes ne connaît que le droit communautaire[3], à l'exclusion du droit interne. Le juge national est alors libre de statuer sur le fond de la décision.

Cependant, dès lors qu'un problème de compatibilité se pose, la Cour du Kirchberg peut modifier la formulation de la question préjudicielle et passer d'un recours en interprétation à une interrogation en validité[4]. L'invalidité rétroagit à la date de l'acte jugé invalide. Mais il existe des exceptions dans chaque arrêt, afin de ne pas remettre en cause les mesures nationales d'exécution de l'acte communautaire anéanti[5].

La quintessence des créations prétoriennes de la Cour du Kirchberg à travers les recours préjudiciels mérite par conséquent d'être mise en exergue afin de dégager la norme relative à notre sujet. La procrastination des États membres à intégrer le système communautaire a, en effet, été largement compensée par la hardiesse de la Cour de justice des Communautés européennes en matière d'invocabilité des directives.

Définie en des termes sibyllins par l'article 189, la directive, source principale du droit communautaire dérivé[6], fait l'objet d'une herméneutique infinie. De la théorie de l'effet direct (A.) à l'interprétation conforme des directives (B.), la voie vers une multiplicité d'actions s'est ouverte[7], dont la finalité est exprimée par une complétude d'arguments éloquents telles "l'unité", "l'uniformisation", "l'effectivité", ou "l'efficacité"[8] d'un droit dérivé "supraconstitutionnel".

---

[1] *ibidem*, p. 65.
[2] C.GAVALDA et G. PARLÉANI, *op. cit.* n°175, p.189.
[3] *Société ENKA BV* c/ *Inspecteur der Invoerrechten en Accijzen*, 23 novembre 1977, 38/77, *Rec.* p.2203, concl. Warner J. BOULOUIS, *op. cit.*, p. 272.
[4] *ibidem*, p. 273.
[5] *ibidem*, p. 279.
[6] Ph.MANIN, "L'invocabilité des directives : Quelques interrogations", *R.T.D.Europ.*. 1990, p. 669.
[7] Ph. MANIN, "De l'utilisation des directives communautaires par les personnes physiques ou morales", *A.J.D.A.*, 1994, *doctr.* p. 259.s.
[8] Florence ZAMPINI, "La responsabilité de l'État du fait du droit communautaire", thèse Lyon III, 1992, p. 362.

A. La théorie de l'effet direct des directives

La complexité et le prononcé récent d'arrêts importants justifient une nouvelle tentative de "démythification"[1], puisque le glas de cette théorie n'a pas encore sonné. Tout en posant un certain nombre de limites (b.) à l'invocabilité des directives dans le cadre de l'effet direct, le principe en a été retenu très tôt (a.).

a. Principe de l'effet direct des directives

La directive, "technique de législation médiate"[2], n'impose selon la formule de G. ISAAC, qu'une "obligation de résultat"[3]. Le concept même de directive semble *a priori* exclure qu'un tel acte soit apte à produire un effet direct dans l'ordre interne des États membres. Il n'existe donc pas de possibilité d'invoquer la directive devant les autorités nationales - et notamment devant le juge.

Mais la précision dans la rédaction des directives supprime parfois toute marge d'appréciation aux États membres[4] quant à leurs modalités de transposition. Ainsi, l'article 11 *in fine* de la directive 68/151, qui exclut tout cas d'annulabilité non édicté expressément par celui-ci, en donne une illustration parfaite. La non-conformité entre les dispositions internes françaises et le droit communautaire dérivé se révèle alors inévitable à partir du moment où l'article 360 alinéa 1 de la loi du 24 juillet 1966 ne reproduit pas fidèlement l'article précité.

En outre, l'objectif de la Cour de Justice consiste à conférer un effet utile à la directive, afin d'en faire un instrument efficace de la construction européenne. Dans le but de corriger les effets de la méconnaissance par l'État de ses obligations communautaires, la procédure en manquement contre l'État défaillant n'apportant qu'une sanction par équivalent, une véritable invocabilité de "substitution"[5]

---

[1]P. PESCATORE, *chron.préc.* p.171s.
[2]Ph. MANIN, *chron. préc.*, p.259.
[3]G. ISAAC, *op. cit.*, p.124.
[4]Thierry DAL FERRA, "L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité", *R.T.D.Europ.*, 1992, p.642.
[5]*ibidem*, p. 640; expression utilisée par Yves GALMOT et Jean-Claude BONICHOT, dans "La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national", *R.F.D.A.*, 1988, p.2 et spéc. p. 10 à 20.

s'est développée, corrélative ou non d'une invocabilité "d'exclusion"[1]. Dès lors qu'une exception d'illégalité est soulevée contre une mesure nationale de transposition, l'application de la norme communautaire peut, en effet, être demandée à titre principal ou subsidiaire.

Ainsi, pour la première fois, la Cour de justice des Communautés européennes l'a admis en 1974 dans l'arrêt *Van Duyn*, dans lequel un particulier a pu invoquer une directive afin de mettre en cause la légalité d'un acte individuel lui faisant grief[2].

Elle a ensuite été amenée à préciser dans quelles circonstances et pour quels buts cette invocabilité pouvait être utilisée.

Selon une formule constamment reprise, le principe de l'effet direct permet d'invoquer les dispositions de la directive "à défaut de mesures d'application prises dans les délais, à l'encontre de toute disposition nationale non conforme à la directive, ou encore en tant qu'elles sont de nature à définir des droits que les particuliers sont en droit de faire valoir à l'égard de l'État"[3]. La directive peut aussi être invoquée lorsque les mesures d'application ont été prises dans les délais et que ces mesures ne sont pas conformes[4]. L'État ne peut donc "opposer aux particuliers le non-accomplissement des obligations que la directive comporte"[5].

En matière de sociétés, par exemple, la Cour de Justice des Communautés européennes a statué sur l'incompatibilité d'une réglementation nationale, dérogeant au principe posé par la deuxième directive communautaire selon lequel l'assemblée générale est seule compétente pour décider des augmentations de capital[6].

Mais si la directive est obligatoire, les conditions posées à son applicabilité limitent singulièrement le rapprochement opéré avec le règlement dans le cadre de l'effet direct.

---

[1]Ph. MANIN, *chron. préc.*, p.260.

[2]CJCE, *Van Duyn c/ Home Office*, 4 décembre 1974, n°41/174, Rec. p.13; annoncé par l'arrêt *F.Grad c/ Finanzamt Transtein*, 6 oct. 1970, n°9/70, Rec. p.825-G.A., T.1, n°10.

[3]CJCE, 19 janvier 1982, *U.Becker c/ Finanzamt Münster-Innensatdt*,, n°8/81, *Rec.* p.53; SACE, 17 déc; 1970, 33/70, Rec. 1213.

[4]28-10-1975, 36/75, *Rutili c/Ministre de l'intérieur*, p.1219, *G.A.*, T.2, n°10.

[5]*Tullio Ratti*, 5 avril 1979, 148/78, p.1629; *Moormann*, 20 sept. 1988, aff. 190/87, *Rec.* p. 4689.

[6]CJCE Plén., 30 mai 1991, *aff. C. 19/90 et C.20/90*, questions préjudicielles posées par le Conseil d'État hellénique dans les litiges opposant Marina Karellas et Nicolaos Karellas au Ministère de l'Industrie, de l'Énergie et de la Technologie de Grèce à l'organisme pour la restructuration des entreprises "OAE", *Petites affiches*, 14 août 1991, p.16; *Dr. soc.*, oct.1991, n°378.

b. Limites à l'effet direct des directives

La conditionnalité de l'application des directives dans le cadre de la théorie de l'effet direct exclut une substitution générale de la directive à la norme interne comme base légale du litige.

Seules les dispositions précises et inconditionnelles de la directive sont invocables[1] et peuvent s'intégrer en tant que telles dans l'ordonnancement juridique interne. Tel est le cas de l'article 11 de la directive 68/151. Pour autant, les juridictions françaises ne se sont pas prononcées, à ce jour, sur le caractère inconditionnel et suffisamment précis des cas d'annulabilité de société, malgré une liste pléthorique d'arrêts sur les causes d'annulation des actes constitutifs. Cette formule laisse donc entier le pouvoir d'appréciation du juge, sans pouvoir présager de l'effet direct de la directive en ce domaine. Après quelques réticences, les juridictions judiciaires françaises ont reconnu un effet direct vertical aux directives (relations personnes privées/puissance publique)[2].

Outre les délais dans lesquels la directive peut être invoquée[3], celle-ci n'est invocable qu'à l'encontre de son destinataire, c'est-à-dire l'État, voire toutes les autorités publiques[4] et tous les démembrements de l'État[5]. Malgré cette conception extensive de l'État destinataire, la directive n'est invocable ni à l'encontre des particuliers, ni entre les particuliers[6]. Le refus de conférer un effet horizontal aux directives a

[1]Arrêts *Van Duyn* et *Tullio Ratti* précités.

[2]Civ. 1ère, 11 décembre 1984, Bureau central français c/Fonds de garantie automobile et a., *Bull. civ.* I, p.281; Ass. 16 mars 1990, Didier appart. et a., *Bull. civ.*, n°2, p.8; Com. 5 février 1991, SARL Loisirs Amusement c/DGI, *J.C.P., éd. G.*, IV, p.12; Crim. 21 mai 1992, Direction générale des Douanes et DGI c/Lesieubre, *Bull. crim.* n°202 : arrêts cités par Joël RIDEAU, "Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes", *L.G.D.J.* 1994, p. 814-815.

[3]Cf. *supra*, a.

[4]Aff. 14/83, *Sabine von Colson et Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*, Rec. 1984, p 1891s., *spéc.* p.1909.

[5]CJCE 12 juillet 1990, *Foster et autres c/British Gas plc*, aff. C 188/89, Rec. p.3313 (ancienne entreprise publique).

[6]CJCE, 26 février 1986, *Marshall c/Southamton an South West Hampshire Area Health Autority*, aff. 152/84, *Rec.* p. 723.

été réitéré dans un arrêt récent[1], malgré les nombreuses controverses à ce sujet[2].

Compte tenu des conditions posées à l'invocabilité des directives dans le cadre de l'effet direct, la probabilité de la résolution d'un litige sur l'admission d'un cas de nullité, non retenu par la directive, par le truchement de cette théorie, est réduite car les parties au procès en ce domaine opposent rarement un particulier (associé ou tiers) à une société de droit public (les entreprises publiques étant assimilées par la jurisprudence communautaire à un démembrement de l'État).

L'impératif de sécurité juridique allégué est opposé au respect de la primauté du droit communautaire. Mais, ce principe général du droit peut être diversement interprété dans le cadre de notre étude.

Certes, les ressortissants des États membres ne sont pas tenus de connaître le contenu des directives, qui ne les lient pas : celles-ci ne créent en leur chef aucune obligation ni ne leur accorde le bénéfice d'aucun droit directement. Le principe d'*estoppel*[3] appliqué par certains auteurs[4], en la matière, limiterait la *ratio legis* de l'effet direct aux seuls États. La nécessité de mesures nationales de transposition constitue alors un écran juridique derrière lequel s'abritent les justiciables[5].

Mais, le traité de Maastricht lui-même vient d'apporter un argument supplémentaire à l'abandon de cette protection juridique factice. Le nouvel article 191 indique que les directives sont désormais adressées aux États membres par voie de publication au *Journal officiel* dans les mêmes conditions qu'un règlement. Dès lors disparaît l'argument tiré de ce qu'un acte simplement notifié, n'est pas obligatoire [6].

---

[1]*Paola Faccini Dori c/Recreb Srl,* 14 juillet 1994, aff. C-91/92, *Rec.* p. 3325.

[2]Outre les différentes chroniques précitées sur l'invocabilité des directives, R. KOVAR, "Observations sur l'intensité normative des directives dans *Mélanges Pescatore*, 1987, p.425; Frank EMMERT et Monique PEREIRA DE AZEVEDO, "L'effet horizontal des directives, La jurisprudence de la CJCE : un bateau ivre ?", *R.T.D. Europ.*, 1993, p.504.

[3]Ou adage *venire contra factum proprium* ou encore *nemo auditur.*

[4]P. PESCATORE, *chron. préc.* p.177; repris par GALMOT et BONICHOT, *chron. préc.* p.19.

[5]Robert KOVAR, "Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation du droit communautaire" *in* Les recours des individus en cas de violation du droit européen, *Bruxelles*, 1978, p. 253s.

[6]Ph. MANIN, *chron. préc.*, p. 263; F. EMMERT et M. PEREIRA DE AZEVEDO, *chron. préc.*, p.518.

La vénérable maxime *nemo censetur ignorare legem*[1] trouve alors ici son fondement et ses limites. Comme le dit le proverbe anglais : *you can't flog a dead horse*[2]. Le nouveau Code de procédure civile française prend ainsi acte de la carence des parties au procès dans la connaissance des règles de droit applicables[3]. Or, la primauté du droit communautaire interdit au justiciable de se retrancher derrière la barrière du droit national par ignorance. Ce principe proligère explique le pouvoir indispensable de suppléance du juge, *a fortiori*, en ce domaine.

Les particuliers ont le droit de s'opposer judiciairement à l'application de dispositions nationales contraires à une directive ou encore le droit d'exiger de l'État qu'il conforme son action aux obligations que lui imposent les directives émanant de la Communauté". Soulever une exception d'illégalité ou astreindre un État au respect de ses obligations découlant du droit dérivé, sont également des applications du principe de sécurité juridique[4].

Quant au fond, la directive 68/151 a pour objectif, afin "d'assurer la sécurité juridique dans les rapports entre la société et les tiers ainsi qu'entre les associés, de limiter les cas de nullité"[5]. Nul doute que sur ce fondement, les textes nationaux puissent être mis à l'écart pour assurer un effet utile à la directive. L'impératif de sécurité juridique pourrait donc justifier inversement le recours à l'invocabilité directe de la directive dans le cadre de l'effet horizontal direct.

Il est en outre choquant que la limitation des cas de nullité fondée sur le principe de sécurité juridique soit réservée au seul bénéfice des associés et des cocontractants des entreprises publiques dans le cadre de l'effet direct des directives, alors que la directive 68/151 ne distingue pas entre sociétés de droit privé et les autres.

Cette solution confirmée par une jurisprudence constante mérite pourtant d'être nuancée à la lecture approfondie de l'arrêt *Marleasing*

---

[1]F. TERRÉ, "Le rôle actuel de la maxime *Nul n'est censé ignorer la loi*", *Trav. et recherches de l'Institut de Droit comparé*, t. XXX, 1966, p. 91s.

[2]Inutile de fouetter un cheval mort, cité par Denis TALLON, *D.* 1992, I, p.70.

[3]Article 12 alinéa 1 du N.P.C.P. : "Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables."

[4]Cf. également, J. BOULOUIS, *Mélanges Pescatore*, p. 53s. cité par Fl. ZAMPINI, *th. préc.*, p.615.

[5]6ème "Considérant".

lui-même. Si les directives ne peuvent être invoquées directement[1] à l'encontre d'une personne de droit privé, à défaut de transposition, "la juridiction nationale est toutefois tenue, lorsqu'elle applique les dispositions de droit national antérieures comme postérieures à la directive, de les interpréter dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive"[2].

Les prémisses de la théorie de l'interprétation conforme peuvent alors apporter des solutions radicalement opposées.

B. Théorie de l'interprétation conforme des directives

Son objet est d'habiliter toute personne à exiger de ceux qui mettent en oeuvre le droit d'un État qu'ils appliquent celui-ci conformément au droit communautaire[3]. Posé comme règle concernant l'ensemble du droit communautaire dans l'arrêt *Murphy*[4], le principe de l'interprétation conforme a été dégagé par la Cour du Kirchberg à propos des directives. La distinction de régime entre règlement et directive s'estompe alors encore davantage dans une approche téléologique des textes qui tend ainsi à restreindre la latitude des États membres pour les modalités d'application des directives.

L'effet de "transfusion"[5] qu'il induit n'implique, en effet, aucune condition restrictive tenant soit à la nature du litige, soit à la nature des dispositions communautaires invoquées, soit au délai de mise en oeuvre de la directive, à la différence de la théorie ésotérique de l'application des directives dans le cadre de l'effet direct. Plus souple, cette méthode permet de "compléter" une directive en précisant sa signification[6].

---

[1]*Paola Faccini Dori*, 14 juillet 1994, C91/92, Rec. 1-3349; *R.T.D.Europ.* sept 1994, p.498 à 502: protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux; invocabilité des directives dans les litiges opposant des personnes privées. Cet arrêt confirme avec autorité le respect de la Cour d'accepter l'effet direct horizontal des directives.

[2]§30 dans l'arrêt *Marleasing* précité.

[3]Ph. MANIN, *chron. préc.*, p. 265; Th. DAL FARRA, *chron. préc.*, p.647; Y. GALMOT et J.-C. BONICHOT, *chron. préc.*, p.2 et *spéc.* p. 20 à 22.

[4]CJCE, 4 février 1988, n°157/86, *Rec.* p.673.

[5]Expression employée par Y.GALMOT et J.-C. BONICHOT, dans l'*art. préc.*, signifiant que le droit national reçoit l'interprétation correspondante à celle de la directive.

[6]CJCE, 20 septembre 1988, *Beentjes*, n°31/87, *Rec;* p. 4653.

Toutefois, le droit de demander au juge l'interprétation d'une norme nationale en vigueur conformément à une directive reste lettre morte dès lors que toute marge d'interprétation du texte national disparaît. On aboutit alors à ce paradoxe que la mauvaise exécution d'une directive peut, dans une certaine mesure, être corrigée par le juge national, alors que celui-ci ne peut rien contre une violation dépourvue de toute ambiguïté[1]. Si l'interprétation conforme n'est pas possible, le juge interne ne pourrait qu'appliquer son droit national[2].

Or, la rédaction stratifiée, et par là même complexe, de l'article 360 alinéa 1 de la loi du 24 juillet 1966 laisse aux tribunaux une marge d'appréciation suffisante. De surcroît, le déclin de la théorie contractuelle de la société permet une meilleure harmonisation du droit interne des sociétés avec la directive 68/151, par une réduction notable des cas de nullité[3].

Malgré une kyrielle d'arrêts de la Cour de justice des communautés européennes, la question de l'autonomie des institutions nationales n'est pas pour autant résolue[4]. L'affirmation de compétences liées ne suffit pas. Le nouveau code de procédure civile française est d'ailleurs muet sur ce point. Toutefois l'aporie n'est qu'apparente face à "une exploitation intensive des virtualités procédurales du droit national"[5].

A "l'utilité"[6] s'est jointe une "obligation d'interprétation conforme" qui existe dans le chef de chaque juge interne "dans toute la mesure où une marge d'appréciation lui est accordée par son droit national"[7] ou plus généralement "dans toute la mesure du possible"[8].

---

[1]Y. GALMOT et J.-C. BONICHOT, *chron. précit.*, p.22.

[2]Aff. 152/84, *M.H. Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, *Rec.* 1986, p.723.

[3]Cf. *infra*, Les causes de nullité des actes juridiques collectifs (notamment à propos des vices du consentement).

[4]Georges LE TALLEC, "La Cour de cassation et le droit communautaire", *Mélanges Boulouis*, Ed. *Dalloz* 1991, L'Europe et le Droit, p.363, *spéc.* p.369.

[5]Denys SIMON, "Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ?", *ibidem*, p.481, *spéc.* p.485.

[6]CJCE, 20 mai 1976, *Mazzalai*, n°111/75, *Rec.* p.657.

[7]CJCE 10 avril 1984, *Von Colson et Kamman* précité.

[8]Aff. C-106/89, *Marleasing SA c. Comercial International de Alimentacion SA*, 13 novembre 1990, *J.C.P.*1991, *Ed E*, II,156; *Bull Joly* 1991, §59 et cf. le présent *Bulletin*, Doctr., p.123, §41 par B.SAINTOURENS; *Rev. soc.* 1991, note Y.CHAPUT.

L'autonomie procédurale du juge national est quelque peu restreinte[1], quelle que soit d'ailleurs la norme communautaire envisagée.

Au nom de la primauté, les juridictions nationales doivent faire prévaloir les dispositions communautaires sur toute norme interne[2]. Dans son arrêt *Costa c. ENEL*[3], la Cour a considéré que, compte tenu de sa spécificité, le droit communautaire ne peut se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit. Les sujets en sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants[4]. La primauté du droit communautaire se dégage alors comme règle de conflit de normes. Il appartient au juge national[5] en tant qu'ultime arbitre[6], de sa propre autorité, d'écarter toute disposition nationale contraire, nonobstant tout obstacle de nature législative, administrative ou judiciaire qui s'y opposerait[7]. Au premier chef, le juge compétent pour appliquer le droit communautaire est le juge du fond. A cet égard, l'arrêt *Simmenthal* demeure le confluent le plus illustratif des derniers prolongements et implications du principe de primauté du droit communautaire[8]. La solution va au-delà de l'inapplicabilité judiciaire des règles nationales incompatibles avec le traité[9]. Dans un arrêt *Commission c. Italie*, on peut lire que "la primauté et l'effet direct des dispositions du droit communautaire ne dispensent pas les États membres d'éliminer de leur ordre juridique interne les dispositions incompatibles avec le droit communautaire"[10]. *A fortiori* en est-il de même lorsqu'une action en manquement contre l'État membre considéré est engagée.

---

[1]Cf. bibliographie de Fl. ZAMPINI, *th. préc.*, p.691s.

[2]A. BARAV, "La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire", L'Europe et le Droit, *Mélanges en hommage à Jean Boulouis,* Ed. *Dalloz* 1991, p. 1s.

[3]Aff. 6/64, *Flaminio Costa c. ENEL*, 15 juillet 1964, *Rec.* 1964, p.1141.

[4]Aff. 26/62*Van Gen en Loos*, 5 janv. 1963, Rec. p.3., Grands arrêts de la CJCE, Boulouis et Chevalier, *Dalloz,* T.1, n°29; B. LECOURT, "Quel eut été le droit des communautés sans les arrêts de 1963 et 1964 (précités)?", L'Europe et le Droit, *Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Ed. *Dalloz*, 1991, p.349.

[5]Michel RAYNAUD, concl. Application du Droit communautaire par les juridictions nationales, sous Cass. com. 20 oct. 1998, R.J.D.Aff. 3/99 n°16968, spéc; n°5, p.213.

[6]Fernand GREVISSE et J.-C. BONICHOT, "Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres", *ibidem*, p; 297, *spec.* p. 302.

[7]Aff. 106/77, *Simmenthal, Rec.* 1978, p.629, *spéc.* p. 644.

[8]Ami BARAV, *article préc.*, p. 2.

[9]*Contra*, Ch. GAVALDA et G. PARLÉANI, *op.cit.*,p. 206.

[10]Aff. 104/86, *Rec.* 1988, p. 1799, *spéc.* p.1817.

La Cour de justice des Communautés européennes pousse le raisonnement à son paroxysme dans son arrêt *Verholen* où elle autorise les juridictions nationales à appliquer directement les dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, quand bien même le justiciable ne les aurait pas invoquées[1]. C'est la mission même du juge d'appliquer la loi, qui lui interdit de fonder ses décisions sur des normes qui ne sont pas légales[2]. La Haute juridiction française judiciaire a alors regardé le conflit normatif opposant le droit communautaire au droit interne comme de nature à fonder "un pourvoi dans l'intérêt de la loi"[3].

[1]Aff. jointes C-87/90, C-88/90 et C-89/90, *A.Verholen e.a. contre Sociale Verzekeringsbank*, 11 juillet 1991, *Rec.* 3757, §14; R.T.D. europ. 1992, p.405, note Xavier PRETOT.

[2]Marie-Dominique HAGELSTEEN, "Le juge doit-il soulever d'office l'incompatibilité d'un texte avec une directive communautaire ?", Concl. sur C.E., Sect. 11/1/1991, *SA Morgane*, *R.F.D.A.* 1991, p.652, *spéc.* p.654, extraits de la *R.J.F.* n°2,1991.

[3]Cass. Ass. Plén., 16 mars 1990 (3 arrêts), notamment, *Dr. soc.*, 1990, p.239

CONCLUSION

Il en résulte, pour la directive qui nous intéresse, que les juges français pourront exclure d'office[1], si le moyen est de pur droit[2], les cas d'annulabilité non retenus par la directive pour assurer une protection renforcée des tiers. L'abrogation formelle incombe certes au législateur, l'inapplicabilité judiciaire n'étant qu'un remède partiel et provisoire. Mais à défaut, toutes les conditions de la mise en oeuvre de la responsabilité de l'État sont alors remplies[3].

La complexité des institutions communautaires rend en effet impossible, du moins improbable la modification d'une directive, considérée par les autorités communautaires comme aussi "intouchable qu'une vache sacrée"[4]. Pourtant, l'existence d'une norme figée est source de blocages et peut ainsi porter atteinte au principe général du droit communautaire de sécurité juridique.

C'est pourquoi la "faculté" que s'est arrogée le juge français de soulever d'office une incompatibilité avec le droit communautaire et l'obligation d'interpréter son droit national à la lumière des directives existantes "dans toute la mesure du possible"[5], marquent également, selon nous, une restriction aux développements du pouvoir du juge national comme juge de droit commun du droit communautaire.

L'énoncé exhaustif de cas d'annulabilité suppose en effet la perfection de la norme[6]. Tel n'est sûrement pas le cas de l'article 11 de la directive 68/151. Il est des causes de nullité fréquentes en pratique, telle la fraude, qu'il paraît difficile d'exclure du champ d'application des nullités pour des motifs de sécurité juridique bien compréhensibles,

---

[1]André PERDRIAU, "Ce que la Cour de cassation relève d'office", *J.CP.* 1996, I, n°3911; pour une étude d'ensemble, Bernadette FERRARÈSE-LEBAUT, La communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres, th. Lyon III, 1996 : II) "Un interstice d'autonomie processuelle étonnamment préservé : le relevé d'office des incompatibilités entre le droit interne et le droit communautaire", p.690s.

[2]Civ. 1ère, 16 fév. 1994, *Bull. civ.*, I, n°68.

[3]Louis DUBOUIS, "La responsabilité de l'État pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire" (décision de la C.J.C.E. du 19 novembre 1991, *Francovich* et *Bonifaci*, aff. jointes C-6/90 et C-9/90), *R.F.D.A.*, 1992, p. 1s.; Fl. ZAMPINI, *th. préc.*, p. 90 s.

[4]Y. GUYON, *art. préc.*, p.248.

[5]Expression utilisée pour la première fois dans l'arrêt *Marleasing* précité.

[6]J.-P. LEGROS, *chron. préc.*, n°2,p.276.

même si la fraude n'est pas reconnue comme un principe général du droit communautaire[1].

Certes, la sanction traditionnelle de la fraude est le plus souvent l'inopposabilité[2], mais le principe de sécurité juridique appelle, de manière plus adéquate, la nullité en ce qui concerne les sociétés frauduleuses ou sociétés dites de façade. La bonne foi, qui constitue un des quatre autres grands principes généraux du droit communautaire[3], ne suffit pas à justifier l'annulation d'une société frauduleuse, car la fraude est une notion plus large que la mauvaise foi[4]. Certes, l'action paulienne[5] peut pallier l'absence d'action en nullité, mais ses effets sont différents. Il appartient au législateur et non au juge de considérer cette action comme suffisamment protectrice des intérêts des créanciers sociaux.

En outre, il est difficile d'imaginer qu'un contrôle préventif des sociétés plus étendu, nonobstant l'entrée en vigueur de la loi du 3 janvier 1983, qui a supprimé la nécessité de recourir à un notaire en cas de constitution de sociétés anonymes[6], puisse éluder toutes les hypothèses de fraude. *A fortiori*, dans le cas du droit français où le contrôle préalable est quasi inexistant, le maintien de certaines causes de nullité représente une mesure de protection juridique efficace et nécessaire.

Plus qu'une limite procédurale, l'expression "dans toute la mesure du possible" dessine une sphère destinée à empêcher les juridictions nationales de rompre la cohésion d'un système des nullités de sociétés bâties sur des règles de fond. A la question "Que reste-t-il

---

[1]Denys SIMON, "Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ?", *Droits, Revue française de théorie juridique*, l'Europe et le Droit n°14, P.U.F. 1991, p. 73s; R. KOVAR, *Juris-Classeurs Europe*, 1990, Ordre juridique communautaire, (sources non écrites), Fasc. 411; cf. C.J.C.E. aff. 81/87 The queen Daily Mail, Rec. 5483, spéc. 5502 : silence conservé par la Cour sur la question de la fraude.

[2]José VIDAL, "Théorie générale de la fraude en droit français", le principe *"fraus omnia corrumpit"*, thèse Toulouse, 1956, notamment p. 237 et p.371; L.GROSCLAUDE, *th. préc.*, p.133; M.FALAISE, *art. préc.*, n°6, p.6; LAURENT et BOYER, Adages du droit français, 7è ed. 1992, p.296; MARTY et RAYNAUD, Droit civil, Les obligations, t.1, Les sources, 2ème éd. 1988, *Sirey*, n°412; *contra*, MAZEAUD et CHABAS, *op. cit.*, p.286 : selon ces auteurs, la fraude est sanctionnée par une nullité absolue.

[3]BOULOUIS et CHEVALLIER, "Les grands arrêts de la CJCE", p.78 s.

[4]Louis JOSSERAND : "La mauvaise foi est le genre. La fraude n'est qu'une des espèces qui y ressortissent.", dans "Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé", 1928, n°175, cité par J. VIDAL, *th. préc.*, dans la 1ère partie sur la notion de fraude, p.57s. repris p. 125.

[5]art. 1167 du Code civil

[6]Y.GUYON, Droit des affaires, *op. cit.*, n°147, 148, p.150.

des nullités en droit français après l'arrêt *Marleasing*?"[1], nous pouvons répondre que cette sanction conserve globalement toute son intégrité dans le cadre de la théorie de l'interprétation conforme des directives.

La Cour suprême s'est ainsi conformée à l'esprit de la législation communautaire en assimilant expressément le défaut de consentement à un vice du consentement[2]. La recevabilité d'une action en nullité d'une société à responsabilité limitée a été écartée sur le fondement de l'article 360 alinéa 1 de la loi du 24 juillet 1966, tel qu'il a été modifié pour transposer la première directive européenne[3].

Mais peu après, la Cour de cassation n'a d'ailleurs pas repris à son compte tout l'arsenal juridique que la jurisprudence communautaire lui offrait pour refuser d'annuler une société accusée d'être constituée en fraude des droits d'un conjoint marié sous le régime de la communauté[4]. De même l'annulation d'une société de façade pour cause illicite a été admise trente ans après la transposition de la directive[5]. L'exigence de l'*affectio societatis* est également toujours posée dans les prétoires[6].

La première chambre civile considère en outre que le moyen du pourvoi fondé sur le droit européen est irrecevable lorsqu'il est soulevé pour la première fois devant la Haute juridiction[7]. La chambre commerciale lui a emboîté le pas en estimant qu'un moyen mélangé de droit et de fait à la différence d'un moyen de pur droit oblige les parties à soumettre aux juges du fond[8]. Récemment encore, alors même que le requérant faisait expressément référence à l'incompatibilité de la loi

---

[1]Frédéric LECLERC, *art. préc*., *R.J.Comm*., 1992, p.321.

[2]Déjà les classiques procédaient à cette assimilation, cf. Charles-Bonaventure-Marie TOULLIER, Le droit civil français suivant l'ordre du Code, 1830, t.1, §501 à 504.

[3]Com. 20 juin 1989, *précité* : rejet du pourvoi ainsi rédigé : ..."que notamment, le défaut de consentement est une cause de nullité absolue; que si dans les sociétés à responsabilité limitée, la nullité ne peut résulter ni d'un vice du consentement, ni de l'incapacité, à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés, cette restriction laisse subsister *a contrario* toutes les autres causes de nullité et notamment celles du droit commun"...; contre l'annulation, FALQUE, *th. préc*., p.199; LEGALL, *art. préc*., n°34, p.4

[4]26 janvier 1992, *Bull. civ;* IV, n°36, p.29; *Bull. Joly* 1992, §133, p.419, note LE CANNU; *J.C.P.* 1992, I, p. 258, obs. A.VIANDIER et CAUSSAIN. Arrêt cassant Besançon, 16 mai 1990, *J.C.P.* 1991, II, 21756, note A.TISSERAND; *D*.1993, 23 note Jeanne PAGÈS; arrêt plus ancien, Civ. 3ème 4 mars 1971, *Bull. civ*. IV, comm. F.VITERBO, *th. préc*., p.200s.

[5]Com. 24 janv. 1989, arrêt non publié au *Bull. Civ*., pourvoi n°87-14-382, *Lamyline*, arrêt n°154.

[6]C.A.Paris , 7 juillet 1995, *Dr. soc*., 96, n°26, note Th. BONNEAU.

[7]Civ. 1ère, 17 juillet 1990, *Bull. civ*. I, 199.

[8]Com. 23 nov. 1993, *R.J.F*. 94, n°159; J.P.BERTREL, "Liberté contractuelle et sociétés. Essai d'une théorie du "juste milieu" en droit des sociétés", *R.T.D.Com*. 1996, 595.

française avec les articles 30 et 40 du Traité de Rome, elle a rejeté le pourvoi au motif qu'il n'est pas précisé quelles dispositions de la loi mise en cause violent les normes communautaires. C'est dire qu'elle ne se sent pas tenue de relever la contrariété entre les deux ordres de juridiques[1]. La C.J.C.E. elle-même ne tranche pas la question fondamentale de savoir si le juge national a l'obligation de relever d'office dans tout litige porté devant lui tout moyen tiré de la violation du droit communautaire. L'arrêt *Verholen* précité avait statué dans le sens d'une faculté. Dans l'affaire *Peterbroeck*, le juge national cherchait à savoir si le droit procédural belge pouvait s'opposer à l'application du droit communautaire en l'absence d'invocation de la norme européenne pertinente dans un délai donné. La C.J.C.E. répond par la négative[2]. A l'inverse dans l'affaire *Von Schijndel*, le juge néerlandais n'a pas à sortir de ses compétences pour appliquer le droit communautaire. En l'espèce, la Cour de justice estimait qu'il n'avait pas l'obligation de soulever d'office un moyen tiré de la violation des dispositions communautaires si les parties intéressées ne l'ont pas invoquée[3]. Avec les mêmes prémisses les conclusions divergent dans deux arrêts rendus pourtant le même jour.

Dans le principe général du droit français "*fraus omnia corrumpit*", la Cour de cassation a ainsi puisé des éléments de résistance aux assauts d'un droit communautaire qui, à force de réduire les cas de nullités de sociétés risque de transformer celles-ci en forteresses à l'abri desquelles les comportements frauduleux peuvent prospérer[4]. Ou lorsque ce n'est pas la fraude elle-même qui est retenue comme cause de nullité, c'est le défaut d'*affectio societatis* qui permet l'annulation d'une société commerciale alors que la directive communautaire ne le mentionne pas[5]. Le juge doit s'évader des contraintes jurisprudentielles

[1]Com. 30 oct. 1995, *Jurisclasseur Europe*, Fasc. 490 mars 1996, *Bull. civ*. IV, n°8, p.264; comm. Denys SIMON, *op. cit.*, p.85

[2]aff. 312/95, 14 déc. 1995, *Jurisclasseur Europe*, fév. 1996, Fasc. 360, 431

[3]Même date, aff. C 430 et 431/93, mêmes références que dans la note précédente.

[4]Mohamed Mahmoud MOHAMED SALAH, "La place des principes et techniques civilistes dans le droit des affaires", *R.J.Com.* fév. 1998, n°20, p.4s.; B. LECOURT, *th. préc.*, n°435, p.329.

[5]Com. 21 janv. 1997, p.465, *Bull. Joly*, note P.L.C.

européennes s'il ne veut pas avoir "une vision formelle et desséchée" de l'ordre public sociétaire[1].

La liberté d'interprétation laissée aux juges nationaux par la Cour de justice des Communautés européennes dans la rédaction de ses arrêts préjudiciels eu égard à leur portée, constitue une véritable "soupape de sécurité" indispensable pour assurer une bonne cohérence au système des nullités en droit français des sociétés. Certaines divergences sont donc de bon aloi.

D'autres distinctions inconnues du droit communautaire, telle la distinction entre nullités relatives et nullités absolues, semblent inutiles voire dépassées en droit des sociétés.

[1]Michel JEANTIN, "Le rôle du juge en droit des sociétés", *in* Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger PERROT, *Dalloz* 1996, p.149, spéc., p.155s. avec un commentaire très critique de l'arrêt *Marleasing précité*.

CHAPITRE 2 : NULLITÉS ABSOLUES ET NULLITÉS RELATIVES

"Fondamentalement qu'est-ce qu'une nullité que le droit ne reconnaît pas jusqu'à ce qu'on l'ait fait valoir par une action, sinon une annulabilité?"[1]

Les Romains distinguaient la sanction qui atteignait un acte auquel manquait un élément de formation[2] et la protection que le prêteur accordait[3] aux mineurs et aux contractants dont le consentement aurait été vicié[4]. Dans un cas, l'acte était considéré comme nul de plein droit, dans l'autre, l'acte relevait seulement de l'annulabilité. Les inefficacités du *jus civile* reposaient sur un dualisme civilo-prétorien[5]: les nullités *ab initio* issues de la constitution de l'Empereur Théodose avaient pour source la loi et les bonnes mœurs[6];

[1]WINDSCHEID, *Zur Lehre des Code Napoléon von der Ungültigkeit des Rechtsgeschäfte*, Düsseldorf, 1847, p.41, note 28 (trad.), tiré de Daniel GUGGENHEIM, "L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé, Essai d'une théorie générale", *L.G.D.J.* 1970, Tome CXV, 207p., p.88.

[2]ou nullité de plein droit *(nullum est negotium; nulla obligatio; nihil agitur; res pro infecta habetur)*.

[3]Ou annulabilité *(restitutio in integrum)*.

[4]Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, François CHABAS, *Leçons de droit civil*, "Obligations, théorie générale", T2, 1er vol., 8ème éd., *Montchrestien*,1991, 14ème leçon, p.277.

[5]G. LUTZESCO, "Essai sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial", Thèse Paris, *Sirey* 1938, p.51.

[6]*ibidem*, p.85 : *Pacta quae contra leges constitutionnes ques, vel contra bono mores, fiunt, nullam vim habere indubitati juris est*.

la *restitutio in integrum* couvrait un intérêt privé[1]. Ces principes fondamentaux ont traversé les époques sans modification. Mais le droit romain ne les avait pas généralisés en englobant toutes les hypothèses[2].

La classification actuelle entre nullités absolues et nullités relatives[3] a pour origine directe la jurisprudence des Parlements de l'Ancien Régime[4]. Les premières sanctionnent des irrégularités très graves qui privent le contrat d'éléments essentiels ou portent atteinte à l'intérêt général ; les secondes sont destinées à assurer la protection d'un contractant en lui permettant de se délier d'un contrat irrégulier à son égard[5]. Les unes assurent le maintien de l'ordre public juridique. Les autres protègent les intérêts privés.

De ce fait, le droit de provoquer la nullité est ouvert respectivement à tout intéressé ou à l'un exclusivement des contractants. Or, cette différence de régime sous-tend l'idée que certains vices entachent l'acte de manière indélébile, tandis que d'autres causes de nullité sont exposées à disparaître par confirmation ou prescription. La diversité des sanctions est rattachée, dans cette conception, à l'opposition rationnelle des conditions d'existence et des conditions de validité des actes juridiques[6].

La théorie classique exposée au XIXème siècle[7] compare en effet le contrat à un organisme vivant. La nullité serait un état particulier de l'être qui en est affecté et sa nature dépendrait de la gravité du vice. Dans la nullité absolue ou nullité de plein droit, l'acte serait mort-né. L'acte malade ou guérissable appellerait la nullité relative[8] ou annulabilité.

Cette solution est artificielle. Il existe de nombreux cas de nullités dites absolues où la nullité ne peut être admise qu'en vertu

---

[1]*ibidem*, p. 65.
[2]J.GAUDEMET et H.DESBOIS, Théorie générale des obligations, *Sirey*, Ed. 1965, p. 146.
[3]Sur cette doctrine, cf. GHESTIN, Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, *op. cit.*, n°731s.
[4]Boris STARCK, Henri ROLAND et Laurent BOYER, "Obligations", T2, 5ème éd., *Litec*, 1995, n°878, p.370.
[5]G. GOUBEAUX et P.VOIRIN, Droit civil, *L.G.D.J.* 1989, p.348.
[6]Jean CHEVALLIER,"Inexistence, nullité et annulabilité en droit civil", *Travaux de l'association Capitant,* t.XIV, 1961-1962, Rapport général p.513.
[7]*ibidem*, rapports, p.513s. et p.611s. respectivement.
[8]R.JAPIOT, *th. préc.*, p.271s.

d'une sentence judiciaire[1]. L'apparence ne peut être détruite que par une action en justice. "Les actes entachés de nullité restent donc efficaces tant que l'annulation n'en a point été prononcée par le juge"[2]. La distinction purement verbale entre la *constatation* de la nullité (absolue), comme préexistante au jugement, et le *prononcé* de la nullité (relative)[3] ne repose donc sur aucun fondement. Elle s'explique par le fait que la plupart des auteurs classiques assimilaient l'inexistence à la nullité absolue[4]. En outre, "n'oublions pas qu'en général, dans le Code, les mots nuls et nullité signifient annulable, annulation, annulabilité"[5].

Doit-on en effet admettre une troisième sanction si l'un des éléments de formation des actes juridiques est totalement absent ? La réponse est éminemment négative. La nullité nécessite toujours une proclamation judiciaire, alors que l'inexistence est une situation de fait qui ne requiert aucune action pour se faire admettre comme telle[6]. "On n'annule pas le néant"[7]. L'inexistence ne sanctionne donc pas les irrégularités des actes juridiques. La jurisprudence[8] et la doctrine abondent aujourd'hui en ce sens[9] : une société inexistante est une société nulle. Ce principe valable pour les sociétés commerciales soumises à la directive communautaire est également valable pour tout

---

[1]Ph. MERLE, *op. cit*., n°332, p.175.

[2]AUBRY et RAU, Cours de droit civil, 4ème éd., t. 1, §37.

[3]J.FLOUR et J-L.AUBERT, Droit civil, *Les obligations*, Tome 1, L'acte juridique, Coll. U, *Ed. Armand Colin*, 6ème éd., 1994, n°334, p.240

[4]*ibidem*, p. 240 *in fine*.

[5]Victor Napoléon MARCADÉ, Explication théorique et pratique du Code Napoléon, tome 1, Chap. IV, Des demandes de nullité en mariage, *Ed. Delamotte Paris*, 1869, §625, p.434, *spéc.* p.426s.

[6]B.STARCK, H.ROLAND et L.BOYER, *op. cit*., n°879, p.370-371.

[7]BEUDANT, Contrats et obligations, p.162 ; JAPIOT, *th. préc.* ,p. 131; Req. 5 mai 1879, *D.*1880, I,145; DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon, t. I , Traité du mariage, n°240; F. DROGOUL, "Théorie générale des nullités, thèse Aix, *L.G.D.J.* 1902, p.11.

[8]A propos d'une société fictive : Cass. com., 16 juin 1992, *Dr. des soc*., 1992, n°178, *obs*. BONNEAU; *Bull. Joly*, 1992, 875 et 960, note P.LE CANNU, *R.J.D.A.* 1992, 40; malgré les résistances d'une jurisprudence traditionnelle : *cf.* nombreux arrêts cités par RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, t.1, n°723; cf. également, CA Paris 1er déc. 1992, *Dr. des soc*., mars 1993, *Bull. Joly* 1993, 323, note B.SAINTOURENS, qui rejette la thèse de l'inexistence en matière de sociétés civiles alors que celles-ci ne sont pas concernées par la directive communautaire sur les nullités de sociétés; plus récemment encore, Com. 22 juin 1999, *Bull. Joly* , §229, note Alain COURET; P.A. 22 juillet 1999, p.7, *Dalloz Aff*., 1999, p.1336, note M.B. : société mère dont le coassocié est un prête-nom dans une filiale considérée comme fictive donc nulle et non pas inexistante.

[9]Contre la théorie de l'inexistence : cf. synthèse de J. FLOUR et Jean-Luc AUBERT, *op. cit.*, n°334, p.241; cf. également, Marie-Antoinette GUERRIERO, L'acte juridique solennel, préf. J.VIDAL, *L.G.D.J.* 1975, p.375s.; X.BARRE, "Nullité et inexistence ou les bégaiements de la technique juridique", *P.A.*, 30 juillet 1993, p.7

type de société puisqu'un arrêt de principe récent l'applique à une société civile immobilière[1]. L'inexistence ne peut donc servir comme naguère à pallier l'interdiction de prononcer une nullité sans texte[2] ou à justifier l'imprescriptibilité de l'action en nullité[3] en vertu de l'adage *"quod nullum est nullo lapsu temporis convalescere potest"*[4].

Aussi, la nullité absolue comprend-t-elle l'absence de consentement[5], le défaut d'objet, l'objet illicite ou indéterminé, la cause illicite et l'absence de solennité dans certains cas. La nullité relative correspond à l'incapacité d'exercice ou les vices du consentement[6].

Appliquée au droit des sociétés, cette classification bipartite pourrait permettre de distinguer selon la gravité des vices qui entachent la constitution ou le fonctionnement des sociétés et les conditions d'exercice des deux sortes de nullité. Mais la loi du 24 juillet 1966 est muette sur cette distinction[7].

Les postulats de la doctrine classique ont été rejetés par quasiment tous les auteurs[8]. Depuis François DROGOUL ou René JAPIOT et plus tard Eugène GAUDEMET, ce n'est plus "l'état de l'acte" qui commande le régime de la nullité mais le but de la règle violée et le milieu dans lequel elle intervient[9]. Les nullités sont désormais classées d'après la nature des intérêts qu'elles protègent et non plus d'après la gravité du vice dont l'acte est affecté. Déjà, dans le droit romain et l'ancien droit, le jeu des nullités a toujours été en relation directe avec le but que le législateur s'est proposé d'atteindre[10].

Or, en matière de sociétés, les intérêts à protéger divergent et les règles d'ordre public se multiplient. Le fondement de la règle

---

[1]Com. 16 juin 1992, arrêt Lumale, comm. COZIAN et VIANDIER, *op. cit*., n°219, p.79; art. P.L.C. "Inexistence ou nullité des sociétés fictives", *Bull. Joly*, 1992, p.875.
[2]Cf. *supra*, Chap. 1, Nullités textuelles et virtuelles.
[3]Com. 28 avril 1987, *D.* 1987, *I.R.*119; *R.T.D.Civ.* 1987, 746, note MESTRE; Civ. 22 juin 1976, *D.*1977, 619, note DIENER.
[4]Ce qui est nul ne peut être validé par aucun laps de temps, ROLAND et BOYER, Adages, n°366.
[5]Cass. com. 20 juin 1989, *Bull. civ.* V, 1989, n°198; *G.P.* 1989, *Somm*. 172, *P.A.* 18 avril 1990, p.64; *Bull. Joly*, 1989, p.716 *précité*.
[6]G. GOUBEAUX et P.VOIRIN, *op. cit.*, p.349.
[7]J.-P. LEGROS, *chron. précit.*, n°77, p.316.
[8]Sauf M. HÉBRAUD ; cf. position plus nuancée dans la préface de la thèse de M. DUPEYRON, p.XX et XXI.
[9]F. DROGOUL, *th. préc.* , p. 209, 224 notamment; R. JAPIOT, *th. préc.*, p.13.
[10]G. LUTZESCO, *th. préc.*, p. 263.

transgressée est alors difficile à définir. La nullité absolue serait protectrice de l'intérêt général. Elle correspondrait à l'ordre public économique de direction. La nullité relative protégerait les intérêts privés. L'ordre public économique de protection lui est rattaché.

Mais les nullités en droit des sociétés se prêtent mal à une répartition rigoureuse entre nullités absolues et relatives[1], car l'ordre public est omniprésent et multiforme. Les intérêts privés ne sont pas pris en considération en tant que tels. Le droit des sociétés n'a pas non plus pour objectif la protection de l'intérêt public. Seuls deux articles de la loi de 1966 se réfèrent ainsi implicitement à deux catégories d'intérêts particuliers pour définir les attributaires de l'action en nullité[2]. Mais, en aucun cas, le législateur ne lie l'intérêt à agir à la nature de la nullité bien qu'une partie de la doctrine estime que la distinction entre nullités absolues et relatives s'applique également au droit des sociétés[3].

L'état de la jurisprudence est plus complexe : si la Cour de cassation ne transpose pas expressément la classification traditionnelle des nullités au droit des sociétés[4], certains arrêts reconnaissent néanmoins de nombreux cas de nullité absolue, dès l'instant où la règle de droit est qualifiée d'ordre public[5]. La division classique entre nullités absolues et relatives s'obscurcit en effet très souvent par l'intrusion dans le débat d'une idée qui est tout à fait parasitaire et qui est celle de la nullité d'ordre public[6]. Cette tendance fait fi de la nature de la sanction de l'ordre public de protection et cherche principalement à éluder le régime spécifique des nullités en droit des sociétés.

En réalité, l'ordre public sociétaire fondé sur la notion d'intérêt collectif dépasse largement le cadre binaire de l'ordre public économique. La différence entre l'ordre public de direction et l'ordre

---

[1]HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, *op. cit.*, T1, n°612, p. 472-473.

[2]Les obligataires dans l'article 301 et les tiers dans l'article 361.

[3]B.MERCADAL et Ph.JANIN, *op.cit.*, n°3761; J.-P.LEGROS, *chron. préc.*, n°77, p.316; P.DIDIER, Droit commercial, tome 2, Les entreprises en société, *P.U.F.* 1993, p.400; RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, t.1, 7ème éd., 1998, par Michel GERMAIN et Louis VOGEL, n°1588, p.1168..

[4]Cass. com. 17 janvier 1989, *Bull. Joly*, 1989, 247, note LE CANNU, *Rép. Defrénois*, 1989, 1268, note HONORAT.

[5]Exemples : T.C. Lille, 3 déc. 1923, *Journ. soc.* 1926, 217, annoté par HOUPIN et BOSVIEUX, *spéc.* p.225; Chambéry, 22 nov. 1976, *J.C.P.*, 1979, II,19067, obs. Nicole BERNARD; *Rev. soc.* 77, 259, note Monique GUILBERTEAU; Ch. soc., 7 juin 1974, *Rev. soc.* 1975, 91, note Yves CHARTIER (nullité absolue par ellipse).

[6]COPPER ROYER, Traité des sociétés anonymes, tome 1, 1931, 4ème éd. p.687.

public de protection dont la sanction corrélative repose sur la distinction classique des nullités absolue et relative s'avère sans utilité aucune, car elle ne permet pas de mettre en évidence la spécificité des causes de nullité en droit des sociétés et le régime unique de l'action en nullité qui en découle. L'acte collectif et ses conséquences sur les tiers renvoient nécessairement au concept d'annulabilité. La sanction de nullité n'est pas un droit absolu qui est accordé sans considération du milieu dans lequel elle intervient. Les limitations des causes de nullités vont de pair avec le développement de nombreuses fins de non-recevoir.

Ainsi, grâce au critère de l'intérêt collectif, peut-on brosser un tableau plus conforme à la réalité des titulaires de l'action en nullité (section 1)[1], et expliquer l'application générale et uniforme des modes d'extinction des causes d'annulabilité en droit des sociétés (section 2)[2].

SECTION 1 : Les titulaires de l'action en nullité

L'exigence d'un intérêt est traditionnelle : "pas d'intérêt, pas d'action". Cet intérêt peut être pécuniaire ou moral. Il doit en outre être légitime, né et actuel, personnel et direct[3].

La nullité de droit commun est une sanction radicale. Son recul en matière de sociétés s'explique aisément du fait de cet enjeu stratégique, qui repose sur la satisfaction d'intérêts divergents mais concomitants. Connaître, dans ces conditions, les personnes que la loi entend protéger et mesurer la légitimité de leur action relèvent d'une étude préalable fondamentale laissée à l'appréciation du juge pour déterminer l'intérêt à agir. C'est tout le problème des règles à finalités multiples[4]. L'esprit de la matière conduit ainsi, tout à la fois, à limiter les possibilités d'annulation des sociétés et des actes qui en émanent par des restrictions au droit d'agir, et à mettre en oeuvre les droits collectifs

[1]Erwan LE GALL, Nullités, *Rép. Dalloz, Sociétés*, 1971, n°45.
[2]J.CHEVALLIER, *rapport précit.*, p. 515-518.
[3]Gérard COUCHEZ, "Procédure civile", Coll. Cours élémentaire-droit-économie, *Ed. Sirey*, 7ème éd., 1992, n°151, p.108.
[4]G. FARJAT, *th. précit.*, n°153, p.117.

de la société par des extensions de celui-ci[1]. La protection simultanée des associés et des tiers implique soit une adaptation de la sanction, soit une modification de l'étendue de la nullité. Le droit des sociétés fait appel aux deux solutions. La nullité en droit des sociétés est l'expression d'une transaction entre des forces sociales antagonistes. Le but et le domaine de la règle de droit demeurent toujours les supports essentiels de son régime technique. Il convient, dans ces conditions, de déterminer les personnes à qui sont attribuées le droit d'invoquer la nullité ou "droit de critique" suivant l'expression de René JAPIOT[2].

L'articulation de l'intérêt à agir avec la qualité à agir est fixée par l'article 31 du N.C.P.C[3]. Il faudrait dissocier les deux notions. Mais toutes les interrogations sur les titulaires de l'action en nullité ont porté principalement sur la notion d'intérêt à agir : la question de savoir si la qualité d'associé était nécessaire et/ou suffisante était déplacée ou imbriquée dans la première. Pour respecter cet ordre des choses, nos commentaires sur la recevabilité de l'action en nullité seront groupés sous ces deux angles confondus.

La distinction entre nullité relative et nullité absolue est alors inopérante pour définir l'intérêt à agir en matière de nullité en droit des sociétés (§1). C'est à la notion d'ordre public sociétaire qu'il faut se référer (§2).

§1 Notion d'intérêt à agir

La distinction traditionnelle entre nullité absolue et nullité relative (A.), liée à la dualité d'ordre public économique (B.), ne permet pas de déterminer les détenteurs du droit de critique.

---

[1]Charley HANNOUN, "L'action en nullité et le droit des sociétés" (Réflexions sur les sources procédurales du droit de critique et leurs fonctions), *R.T.D.Com.* 1993, 227, *spéc.* 230s.

[2]R.JAPIOT, *th. préc.*, p.285s.

[3]"L'action est ouverte à tous ceux 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."

A. Nullité absolue et nullité relative du point de vue des détenteurs du droit de critique

La détermination de l'intérêt à agir ne dépend pas toujours de la nature absolue ou relative conférée à la nullité (1.). Seul celui qui invoque un intérêt légitime est titulaire de l'action en nullité en droit des sociétés (2.).

1. Intérêt à agir et nature de la nullité

En principe, la nullité absolue peut être invoquée par tout intéressé[1] (a.); la nullité relative ne peut être soulevée que par la personne que la règle violée entend protéger (b.).

a. Intérêt à agir et nullité absolue

Ainsi, le ministère public doit pouvoir invoquer une nullité absolue, car il peut relever toute irrégularité touchant à l'ordre public[2]. Les tribunaux de commerce sont en effet pourvus d'un parquet. Mais si la loi n°70-613 du 10 juillet 1970 autorise le procureur de la République à exercer le ministère public devant toutes les juridictions du premier degré établies dans son ressort, seuls les associés et les tiers informés des vices des actes constitutifs ou de fonctionnement peuvent demander la nullité[3]. Le caractère absolu de la nullité demeure donc très théorique. Les articles 58 à 89 du décret du 30 mai 1983 limitent les actions en cas de non-inscription au R.C.S. ou de modification au même registre. *Quid* en cas d'objet illicite ? La même limite processuelle peut être constatée en matière de pouvoirs du juge.

Le juge pourrait en effet relever d'office toute nullité qui présente un caractère absolu et ce, jusqu'en cassation, dès lors qu'il s'agit d'un moyen de pur droit, si les plaideurs omettaient de l'invoquer. Ce

[1]P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, p.323, n°562.
[2]Article 43 du N.C.P.C. : "le ministère public peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci".
[3]F.VITERBO, *th. préc.*, note n°323, p.187.

pouvoir est, semble-t-il, inclus dans la mission que l'article 12 alinéa 1er du N.C.P.C. assigne au juge de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables[1]. Encore faut-il, en outre, que la règle violée soit d'intérêt public. En effet le juge ne peut agir contre des irrégularités que dans la mesure où l'intérêt en cause est protégé par le droit, car "les actions en justice sanctionnent des droits et non de simples intérêts"[2]. Or, bien des dispositions en droit des sociétés ne présentent pas avec certitude ce caractère. L'expression "nullité d'ordre public" est aussi générale qu'imprécise[3]. La recevabilité de l'action en nullité conférée au juge est toutefois conditionnée par cette qualification. En outre, ce pouvoir de relever une nullité d'office peut paraître difficile à concilier avec l'un des principes fondamentaux de la procédure : le principe d'immutabilité du litige[4].

En revanche, si les nullités absolues peuvent être demandées par tout intéressé, elles ne peuvent être invoquées à l'encontre d'un tiers de bonne foi[5]. Ainsi même la nullité pour société illicite ne peut être invoquée contre les tiers[6]. Mais ce propos doit être nuancé immédiatement, dans la mesure où l'option offerte aux tiers de tenir la société pour valable a disparu dès lors que la nullité opère sans rétroactivité[7]. Les tiers de bonne foi, à égalité, peuvent seulement exiger désormais que la société soit liquidée selon la forme sous laquelle celle-ci s'est révélée à eux en raison du comportement des associés, indépendamment des stipulations statutaires[8].

En outre, le droit des sociétés cherchant à réduire autant que faire ce peut les causes de nullité, il est rare que tout intéressé puisse agir en nullité : le caractère absolu de la nullité se rencontre en effet peu fréquemment, malgré la prolifération de règles d'ordre public en ce domaine. Ce qui conduit à transférer le problème, car il faut derechef opérer une distinction selon la nature de l'ordre public invoqué.

---

[1]Il s'agit d'une faculté, Civ. 1ère, 22 fév. 1978, *Bull. civ.* I, n°76, p. 63.
[2]P.RAYNAUD, *note sous* Trib. civ. de la Seine, 19 juin 1957, *D.* 1958, 67, *spéc.* p. 70.
[3]P.KAYSER, "Nullités d'ordre public", *R.T.D.Civ.* 1933, p. 1115-1116.
[4]Articles 4 et 5 du N.C.P.C.
[5]Article 369 alinéa 1 de la loi du 24 juillet 1966.
[6]Max RICHIER, *th. préc.*, p.79s.
[7]Articles 1844-15 du Code civil et 369 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966.
[8]RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, n°755 1, p.620-621.

La qualification de nullité absolue repose alors sur des considérations plus subjectives tenant à la gravité du vice[1] ou à la forme prohibitive de la règle de droit[2], bien que ces critères traditionnels aient été battus en brèche au début de ce siècle par René JAPIOT ou Eugène GAUDEMET. Certaines thèses ont la vie dure !

Parfois, c'est le caractère obligatoire de la nullité qui sert de fondement au prononcé de nullités absolues. Mais, ce critère souffre de nombreuses critiques dans la mesure où les nullités en droit des sociétés constituent toutes des annulabilités[3]. Le droit processuel imprime en effet un caractère facultatif à toutes les causes de nullité, y compris les cas d'inexistence. En outre, les nullités absolues devraient être exceptionnelles, car le droit français des sociétés comporte peu de règles de portée générale ou relevant de l'ordre public de direction.

Mais, à l'inverse, la nature relative de la nullité ne permet pas de déceler précisément les titulaires de l'action en nullité suivant le critère de l'intérêt à agir, car celui-ci se révèle alors trop restrictif.

b. Intérêt à agir et nullité relative

Les incapacités de protection sont, en principe, sanctionnées par la nullité relative[4]. Les vices du consentement sont également classés comme une cause de nullité relative car normalement seule la personne dont le consentement est vicié peut demander l'annulation de l'acte. La jurisprudence applique aussi aux irrégularités des délibérations d'assemblées, la distinction du droit commun entre nullité absolue et nullité relative[5]. Le régime de l'action en nullité est équivalent[6]. Mais, ces qualifications n'emportent pas l'adhésion de toute la doctrine[7]. Car curieusement, ces cas de nullité relative s'imposent même aux tiers (art.

[1]Com. 6 juillet 1983, *Rev. soc.* 1984, 77, note Yves GUYON; Com 7 mai 1974, *Rev. soc*. 1974, 534, note Monique GUILBERTEAU.
[2]Exemple : art. 106 L.1966.
[3]Cf. *infra*, §2, B.2.
[4]HAMEL et LAGARDE, *op. cit*., T1, n°456; RIPERT et ROBLOT, *op. cit*., T1, n°755 et 755 -1.
[5]Cass.civ. 4 juin 1946, *J.C.P.* 1947, 2, 3518.
[6]RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, T1, n°1222.
[7]*Contra*, ESCARRA et RAULT, *op. cit*., T1, n°161; Joseph HÉMARD, *th. préc.*, n°110.

369 de la loi du 24 juillet 1966)[1]. Par un juste parallélisme des formes, la doctrine admet que les tiers puissent arguer de ces causes de nullité, contenues dans les actes qu'ils ont passés avec la société, pour refuser d'exécuter les obligations qui en découlent[2].

D'autres nullités sont qualifiées de relatives, car seuls les tiers disposent de l'action en nullité, mais l'annulation qui peut en résulter s'applique *erga omnes*. Ainsi en était-il de la nullité pour souscription des actions en dessous du minimum légal dans la loi du 24 juillet 1867[3]. Il en est de même des sanctions pour défaut de publicité[4]. Pour autant, en l'espèce, ce n'est pas une partie à l'acte qui peut invoquer la nullité (comme pour toute nullité relative en principe), mais les tiers. Ainsi, un gérant peut demander la nullité d'une convention litigieuse pour abus de majorité sur le fondement des articles 49 alinéa 5 et 50 de la loi du 24 juillet 1966 alors qu'il n'est pas "un minoritaire". Mais il agissait en tant que représentant légal au nom de la société dans son intérêt collectif[5]. L'intérêt légitime confère la qualité pour agir.

En pratique, seule une approche casuistique de toutes les nullités en matière de sociétés permettrait de déterminer les personnes habilitées à en demander la nullité. Telle nullité est qualifiée par la jurisprudence de relative, telle autre reçoit la qualification contraire. Ce n'est qu'*a posteriori* que la volonté du législateur est mise à nue sauf le cas de l'objet social illicite qui semble constituer une cause expresse de nullité absolue, même si le terme n'est pas utilisé dans le texte de loi[6]. Quelquefois même, la nullité n'est pas précisément qualifiée par la jurisprudence de nullité absolue nonobstant le fait que le cercle des personnes susceptibles d'exercer son droit de critique se soit considérablement étendu. La première chambre civile de la Cour de cassation vient par un arrêt en date du 7 octobre 1998 d'opérer un revirement d'une jurisprudence centenaire. La Haute juridiction décide qu'un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale, même

---

[1]RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, n°755 -1, p. 620.

[2]NGUYEN XUAN CHANH, *chron. préc.*, n°51 et 54, p.37-38.

[3]Article 7 ; le législateur actuel lui a préféré une sanction pénale : cf. Article 433 de la loi du 24 juillet 1966.

[4]Article 361 de la loi du 24 juillet 1966.

[5]Com. 21 janv. 1997 *précité D. aff.* 1997, p.292 obs., *Rev. soc.*1997, p.527 note Bernard SAINTOURENS; J.-J.DAIGRE, *J.C.P. Ed. E* 1997, II, 965; P. LE CANNU, *Bull. Joly* 1997, 314; J.P.BERTREL, *Droit et patrimoine*, avril 1997, p.76.

[6]Article 362 de la loi du 24 juillet 1966.

lorsque l'une des parties n'a pas eu connaissance du caractère illicite ou immoral du motif déterminant de la conclusion[1]. Auparavant, une jurisprudence constante estimait que la nullité pourtant d'intérêt général ne pouvait être prononcée sur la demande du cocontractant de bonne foi, afin, paradoxalement, de le protéger de l'annulation ! Cette injustice flagrante était dénoncée par une doctrine unanime[2]. Une fois la nullité admise, la protection du cocontractant de bonne foi peut être assurée, comme l'a proposée le Doyen WEILL, sur le terrain de la responsabilité et/ou par l'absence de restitution vis-à-vis de la partie fautive[3].

La classification bipartite se trouve affaiblie car le droit contemporain fait apparaître des nullités de protection invocables par les tiers. L'exemple topique est celui de la société par actions simplifiée : les nullités y afférentes sont de nature relative et pourtant invocables par les tiers. A la faveur de la réforme des sociétés commerciales, le législateur a également élargi aux autorités institutionnelles le cercle des personnes habilitées à dénoncer les illicéités : commissaire aux comptes, Commission des opérations de bourse, Ministère public, comité d'entreprise voire associations d'épargnants[4]. L'article 200 du décret du 23 mars 1967 détermine alors le cadre des actions collectives exercées *ut singuli*.

La variété des intérêts qui méritent protection ne permet donc pas de ramener à deux types seulement les nullités sous le rapport de la désignation des personnes autorisées à s'en prévaloir[5]. Le droit des sociétés requiert un intérêt spécifique pour la recevabilité de l'action en nullité.

---

[1]J.F. obs. sous Civ. 1ère, 7 oct. 1998, *précité*, *Dalloz aff*. n°137, 1998, p.1772; Olivier TOURNAFOND, "L'influence du motif illicite ou immoral sur la validité du contrat", *D*. 1999, I, 237.

[2]J.GHESTIN, *op. cit*., *L.G.D.J.* 3ème éd., n°895; F.TERRÉ, P.SIMLER et Y.LEQUETTE, Les obligations, *Dalloz*, Coll. Précis Dalloz, 6ème éd., n°895; MAZEAUD et CHABAS, *op. cit*., 8ème éd. *Montchrestien*,, n°269.

[3]Mélanges Marty 1978, p.1165s.; cf.*infra*, deuxième partie, Chap. 2, La responsabilité du fait de l'annulation.

[4]Cf. arguments textuels développés par Laurent GROSCLAUDE, *th. préc*., spéc. p.427 à 433.

[5]J.CHEVALLIER, *rapport précité*, p.515.

En effet, ce qui est original et qui rapproche les nullités relatives des nullités absolues, c'est que le titulaire du droit d'invoquer la nullité n'est pas le seul à pouvoir déclencher le processus qui aboutira peut-être à l'annulation[1]. Selon l'article 365 de la loi du 24 juillet 1966 ou l'article 1844-12 du Code civil, toute personne qui y a intérêt peut mettre le titulaire de l'action en demeure d'agir. Ainsi tout associé peut se prévaloir de l'absence de convocation d'un autre associé à l'assemblée générale et demander à ce titre la nullité des délibérations prises par celle-ci. Le droit de voter les décisions collectives est une prescription d'ordre public, le grief personnel n'est ni nécessaire, ni suffisant. Sans être général, l'intérêt en cause est collectif : tous les associés peuvent donc arguer de la nullité de la délibération à laquelle l'un d'entre eux n'a pu participer à défaut de convocation[2]. Chaque partie à l'acte collectif est effectivement un membre d'une collectivité : elle a donc qualité pour exercer toute action contre les atteintes portées à la personne juridique ou à l'un de ses organes.

La plupart du temps, en ce qui concerne les vices de fonctionnement, la jurisprudence considère que la nullité pour méconnaissance des prescriptions légales est d'ordre public, en sorte que l'action en nullité appartient à toute personne justifiant d'un intérêt légitime[3]. C'est reconnaître qu'un groupe d'individus peut invoquer une cause d'annulation. Exiger la preuve d'un intérêt légitime, c'est en quelque sorte imposer aux parties un seuil de recevabilité en dessous duquel l'action n'est pas recevable.

La Cour de cassation trace alors les contours d'une catégorie intermédiaire de détenteurs du droit de critique dépassant le cadre des

[1]E. LE GALL, *op. cit.*, n°46 et 63.

[2]Civ.3ème, 21 octobre 1998, *J.C.P. Ed. E*, 1998, pan. p.1753; *Dr. soc.* janv. 1999, note Th. BONNEAU; *D. aff.* n°143, janv. 1999, obs. M.B.; *R.J.D.Aff.* déc. 1998, rapport Catherine DAUM, Études et doctrines, p.993 et p.987s., *chron*. P.L.C., "Nullité et participation des associés aux décisions collectives".

[3]Cass. com. 17 janvier 1989 *précité* : "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 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 que la loi assure la protection."; cf. dans le même sens : Montpellier, 7 janv. 1980, *Rev. soc*. 1980, 737, note Ch. MOULY.

nullités relatives et absolues[1]. Les intéressés sont alors des personnes privées en relation directe avec la société. L'intérêt à agir devient collectif. Il n'est alors ni général, ni particulier.

La présence du ministère public habilité à régulariser ou à agir en nullité ne s'explique alors que par le fait que l'intérêt à protéger ne se trouve pas dans un véritable droit subjectif mais dans la règle de droit objectif même qui a été méconnue. C'est la justification de l'action du Parquet en sauvegarde de l'ordre public[2]. La violation de l'ordre public n'appelle donc pas nécessairement la nullité absolue[3]. Les pouvoirs d'office du juge en la matière reposent sur des fondements identiques.

La qualité d'associé n'est donc ni nécessaire, ni suffisante. L'intérêt à agir dépend de l'objectif de protection de la société. L'action individuelle de l'associé[4] devient avant tout sociale[5]. L'associé n'a plus un droit propre à exercer la nullité. La qualité ne fait plus présumer l'intérêt à agir[6]. La retentissante affaire LVMH a clairement montré à ce propos que la qualité d'associé minoritaire n'exclut pas la démonstration de l'existence d'un intérêt légitime à agir en nullité[7] : il résulte de l'article 194-8 de la loi du 24 juillet 1966 invoqué, que la violation des règles relatives à la souscription des O.B.S.A. entraîne la nullité des décisions prises à cet effet. S'agissant, en l'espèce, d'une délibération du conseil d'administration, le caractère impératif de la disposition légale méconnue suffirait par application de l'article 360 de la même loi, à en faire prononcer la nullité. Toutefois, la cour d'appel a recherché si le succès de la prétention des actionnaires minoritaires pouvait procurer à eux-mêmes ou à la société des avantages matériels ou moraux et s'est déterminée à partir des éléments invoqués par eux, en ce sens; elle a relevé que les actionnaires minoritaires excluaient eux-

---

[1]B. LECOURT, *th. préc.*, n°445, p.337s.

[2] Article 423 du N.C.P.C.

[3]J.-L. AUBERT, "Le droit pour le créancier d'agir en nullité", *R.T.D.Civ.* 1967, p.701s., *spéc.* n°15.

[4]Cass.req. 5 juillet 1933, *S.*1935, I, 89, note ROUSSEAU.

[5]Y. GUYON, note sous Angeli, Civ. 3ème, 21 oct. 1998, *précité*, *J.C.P. Ed. E* 1999, p.86.

[6]Ch. HANNOUN, *chron. préc.*, n°12, p.235; Paris 1ère ch; civ. 2 nov. 1989, *J.C.P. Ed. E*, 1990, II, 15863, obs. Hervé CAUSSE.

[7]Paris, 1ère ch. A, 26 avril 1990, *Rev. soc.* 1990, 425, note P. LE CANNU, *Bull. Joly*, 1990, 537, note M. JEANTIN; rejet du pourvoi, Com. 15 juill. 1992, *J.C.P.* 1992, *Ed.* E, 172, n°11 obs. VIANDIER et J.J. CAUSSAIN; *Rev. dr. banc*. 1992, p. 248, obs. M. GERMAIN et M.-A. FRISON-ROCHE; *Bull. Joly*, 1992, p.1202, note J.-F. BARBIERI; *Rev. soc*. 1992, 757, note P. LE CANNU.

mêmes[1] avoir l'intérêt matériel résultant de la perte de chance d'une plus-value sur leur droit de souscription; elle a retenu que n'étaient établies ni la plausibilité de quelconques bénéfices financiers envisagés par eux pour le cas d'annulation de l'émission litigieuse, ni l'atteinte prétendue au crédit de la société, excluant par la même en l'absence de toute autre obligation précise sur ce point l'existence d'un intérêt moral. C'est la première fois à notre connaissance que la Cour de cassation entre aussi complètement dans le débat de l'intérêt à agir. Elle condamne ainsi la thèse qui voudrait que tout actionnaire ait par nature le droit de rechercher l'annulation de décisions sociales irrégulières et qu'il puisse être en toute occurrence le gardien de la conformité des actes et des opérations de la société. Pour la Cour suprême, la qualité d'actionnaire ne suppose pas indissolublement l'intérêt à ester en justice.

L'action en nullité devient l'expression d'un droit collectif, car elle peut même être exercée par une personne qui n'était pas encore actionnaire à l'époque où la décision litigieuse a été prise[2]. Ainsi, l'actionnaire cédant a été admis à exercer l'action en nullité contre le cessionnaire[3]. Un arrêt récent a toutefois bien distingué la notion de qualité à agir de celle de l'intérêt à agir[4]. Un cessionnaire de titres bénéficie d'une clause de garantie de passif qu'il souhaite mettre en oeuvre alors qu'il perd sa qualité d'associé en cours d'instance. Les Hauts magistrats refusent. Il est à noter toutefois que le litige ne portait pas exactement sur une question de recevabilité de l'action en nullité, qui, quant à elle, dépend davantage de la date où le vice a été introduit. La réponse de la Cour suprême aurait alors pu être différente.

Mais l'élargissement du droit d'agir en nullité est un nouveau facteur d'incertitude, car les personnes habilitées par la loi à soulever une cause de nullité selon le critère de l'intérêt collectif ne sont pas définies. Tout organe de la société est recevable à agir en nullité dans

---

[1]En se référant à l'arrêt du 2 novembre 1989 *précité*.

[2]Cass. com. 4 juillet 1995, *Quot. jur.* 27 juillet 1995, p.4 note P.M.; Deen GIBIRILA, "Recevabilité de l'action en nullité de l'article 360 de la loi du 24 juillet 1966", *Les Petites Affiches*, 26 janv.1996, chron. 18; Rev.soc., 1995, note P.L.C.

[3]Paris, 15 mars 1985, *Dr. soc.* 1985, n°417; *contra* : Com. 26 janv. 1970, *J.C.P.* 1970, II, 16385, note Y.GUYON; Paris, 26 avril 1990, *Bull. Joly*, 1990, p.537, note précitée JEANTIN, *Rev. soc.*, 1990, p.425 (aff. LVMH); T.C. Paris, 16 mars 1992, *Bull. Joly* 1992, ,p.527, §172, note JEANTIN.

[4]Com. 4 juin 1996, *R.T.D.Com*. 1996, 111, Note Bruno PETIT et Yves REINHARD.

l'intérêt collectif de la société. Une jurisprudence ancienne admet ainsi l'exercice de l'action par les dirigeants et le liquidateur de société[1]. Le juge exerce en la matière son pouvoir souverain d'appréciation. L'arrêt du 17 janvier 1989 de la Cour de cassation précité n'exclut pas la possibilité d'accorder cette action au commissaire aux comptes. La société (personne morale), malgré de nombreuses controverses à ce sujet, peut également être titulaire de l'action en nullité par application du critère de l'intérêt légitime[2]. Mais l'action sociale a été refusée dans un groupe de sociétés ; M. le Professeur Yves REINHARD le déplore : "il fustige le refus persistant d'instituer en France un droit des groupes cohérent, efficace, juste et équilibré"[3].

L'intervention des créanciers sociaux, voire des tiers, c'est-à-dire de "toutes les personnes qui entrent en rapport juridique avec la société"[4], semble admise par les tribunaux[5] et la doctrine[6], malgré les conditions très strictes de recevabilité de l'action en nullité de sociétés posées par l'ordonnance du 20 décembre 1969. Elle est refusée pour les décisions sociales [7], car les rapports entretenus avec les sociétés et les tiers relèvent en principe du droit commun des obligations. Pourtant la distinction entre le fonctionnement interne et les relations externes est souvent d'une application délicate, notamment dans le cadre de groupe de sociétés[8]. Il paraît bien malaisé de diviser un acte juridique en son aspect interne et son aspect externe, et de juger les éléments originaux du premier d'après les références du second[9]. Ainsi, la délibération relève exclusivement du droit des sociétés, alors que le contrat qui en

---

[1]Cf. Arrêts cités par Ch. HANNOUN, *chron. préc.*, p. 229, notes 9 et 11; cf .également, P.MACQUERON, *th. préc.*, notes de jurisprudence, p.220-221.

[2]Cass. com. 20 nov. 1990, *Rev. soc.* 1991, p. 521, note M.PARIENTE; HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, *op. cit*., t.3, n°685; *cf.* Joseph HÉMARD, *th. préc.*, n°583; *contra*: J.STOUFFLET et S. BETANT, *Juriscl. Soc. com*., Actions judiciaires, 1986, *Fasc.* 149, n°52 et 53 pour les décisions sociales; cf. *spéc.* difficulté de qualification entre l'action sociale et l'action individuelle.

[3]C.A. Lyon, 31 mars 1996, *R.T.Com*. 1997, 107

[4]Paris, 9 déc. 1932, *D.P.* 1934, II, 19, note P.PIC.

[5]Cf. *supra*, références jurisprudentielles ci-dessus.

[6]J. STOUFFLET et S. BETANT, *art. préc.*, n°18s., Joseph HÉMARD, *th. préc.*, n°452.

[7]J. STOUFFLET et S. BETANT, *ibidem,* n°54s.

[8]Michel GERMAIN, "De quelques limites à la nullité des décisions sociales prévue par l'article 360 de la loi de 1966", *Bull. Joly*, 1992, §159, p. 491, *spéc.* p.495s.

[9]Cf. *supra*, Chap. 1 (§ sur critique du critère organique), nos réserves sur l'exclusion des contrats passés entre les organes de la société et les tiers du domaine d'application de l'article 360 de la loi du 24 juillet 1966.

résulte y échappe[1]. Cette conception paraît d'autant plus critiquable que l'article 369 de la loi du 24 juillet 1966 impose l'inopposabilité de la nullité aux tiers de bonne foi. C'est reconnaître implicitement que les nullités en droit des sociétés peuvent avoir des effets sur les tiers et qu'il conviendrait en conséquence de leur appliquer le régime spécifique dont elles relèvent.

L'effet régularisateur de la qualité pour agir ne joue quasiment pas en ce domaine[2].

En résumé, nous pouvons dire que la réponse est claire pour l'action individuelle : elle peut être exercée indépendamment de la qualité d'associé. En revanche, pour l'action sociale exercée *ut singuli* l'intérêt à agir est lié à la qualité d'associé au moment du fait générateur de la responsabilité et de l'exercice de l'action[3].

Ces considérations dépassent largement la distinction fondamentale évoquée en matière de nullités à propos de l'ordre public économique et social.

B. L'intérêt à agir en fonction de la dualité de l'ordre public économique

En effet, on oppose souvent l'ordre public de direction et l'ordre public de protection ; le premier est sanctionné par la nullité absolue, le second par la nullité relative (1.). Or, en matière de sociétés, les nullités sont gouvernées par le principe de sécurité juridique : elles sanctionnent les irrégularités dans la formation de la volonté des associés, sans qu'il soit permis de porter atteinte aux droits des tiers (2.).

---

[1]Chambéry, 22 novembre 1976, *précité*; sur pourvoi, Cass. ch. mixte, 10 juillet 1981, (1er arrêt) *D.* 1981, 637, concl. CABANNES; *Rev. soc.* 1982, 84, note C. MOULY.

[2]Cf. PL.C. note sous Paris 7 nov. 1990, *Bull. Joly*, §91, p.62 cession d'un bloc d'autocontrôle en période d'offre publique : l'action en nullité exercée trois jours après par le nouvel actionnaire est considérée comme irrecevable pour intransmissibilité, *contra*, Y. GUYON, note sous Com. 4 juillet 1995, *J.C.P.* 1995, *Ed. E,* II, 750.

[3]L.GROSCLAUDE, *th. préc.*, p.451, cf. interprétation de l'article 200 du décret du 23 mars 1967.

1. Nullités en matière d'ordres publics de direction et de protection

Pour M. Jacques FLOUR, on peut distinguer un ordre public économique qui a pour but de rétablir dans le contrat l'égalité d'avantages et de sacrifices que n'assurait pas le régime de la liberté et un autre qui comprend des mesures édictées dans l'intérêt général, dans l'intérêt commun de la collectivité, pour une meilleure organisation de l'économie. Même si le contrat satisfait les deux parties, il peut nuire aux intérêts de la collectivité[1].

Le Doyen CARBONNIER, à qui nous empruntons la terminologie d'ordre public économique de direction et d'ordre public économique de protection, considère également que l'intervention n'a pas toujours le même sens et distingue "deux nappes successives" dans l'ordre public économique : l'ordre public de protection (qui se ressent encore de l'individualisme) n'a d'autre but que de protéger dans certains contrats la partie économiquement la plus faible et l'ordre public de direction se propose de concourir à une certaine direction de l'économie nationale, en éliminant des contrats privés tout ce qui pourrait contrarier cette direction[2].

Pour M. Gérard FARJAT, l'ordre public économique de protection est relatif à "l'économie interne du contrat" sans recherche d'un équilibre contractuel bien mouvant[3]. Il comporte un aspect individuel et une certaine liberté offerte aux protégés de refuser la protection accordée[4]. Quant à l'ordre public économique de direction, son caractère exceptionnel et impératif lui confère une source exclusivement légale[5].

L'adoption de ce critère de qualification permet de déterminer la nullité concernée. Des mesures relatives aux contrats où il existe une inégalité marquée de puissance économique entre les parties tendent à protéger le contractant le plus faible ; elles sont prises au profit d'un

[1]G. FARJAT, *th. préc.*, n°156, p.118.
[2]*ibidem*, p.119.
[3]*ibidem*, n°157, p.119.
[4]*ibidem*, n°162, p.122.
[5]*ibidem*, notamment n°173, p. 134; P. MALAURIE, *th. préc.* , p.57.

intérêt particulier qui risquerait d'être lésé sous un régime de liberté contractuelle contre un autre intérêt individuel. Les nullités exclusivement protectrices de l'une des parties sont de beaucoup les principales : ce sont les nullités relatives[1]. L'exercice de l'action est réservé au seul contractant dont la nullité tend à protéger les intérêts.

La généralisation du droit de critique, qui est le propre de la nullité absolue, coïncide avec l'idée d'une dénonciation de l'illicite[2], la plus large possible, dans le cadre de l'ordre public économique de direction. Il faut créer l'insécurité pour les contractants. Au surplus, la règle étant d'intérêt général, ne visant pas tel individu, mais théoriquement l'ensemble de la collectivité, "la nullité comporte naturellement attribution directe du droit de critique à tout intéressé"[3].

Mais la détermination du but de la règle violée est loin d'être toujours aisée. On assiste en France à une véritable segmentation de l'ordre public : chaque institution fondamentale est sauvegardée par son corps de règles spécifiques et d'ordre public[4]. Il existe parfois des règles qui ressortissent à la fois de l'ordre public de direction et de l'ordre public de protection. Certaines dispositions protègent un des contractants et revêtent pourtant un caractère social et intéressent de ce fait l'intérêt général[5]. Tel est le cas en droit des sociétés dont les intérêts à protéger sont à la fois ceux des associés, de la société et des tiers.

2. Intérêts concurrents, sécurité juridique et droit d'agir en nullité

Du point de vue des détenteurs du droit de critique, la distinction entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection ne donne donc pas une vision exacte des conditions d'exercice de l'action en nullité en droit des sociétés. Car l'intérêt à protéger est complexe : c'est l'intérêt collectif de la société dans son aspect interne et externe. La notion d'ordre public que protège la nullité

[1]J.FLOUR et J.-L. AUBERT, *op. cit.*, n°347, p.255.
[2]G.FARJAT, *th. préc.*, n°389s., p.318.
[3]*ibidem*, n°392, p.320; JAPIOT, *op. cit.*, p.587.
[4]L.BAUDOUIN, rapport général sur la "Notion d'ordre public et des bonnes mœurs en droit privé", *Travaux de l'Association Capitant*, T.VII, 1956, p.723s. *spéc.*, p. 725.
[5]On cite souvent le cas des mesures protectrices des incapables.

n'est pas une mais multiple et relative. Il faut adapter les nullités aux intérêts qu'elle protège[1].

Certes, l'ordre public est variable, en adaptation constante à la conjoncture[2]. Les incertitudes de la science économique le rendent essentiellement expérimental, empirique et opportuniste[3]. La notion d'intérêt légitime par opposition à l'idée d'un droit de critique comme fondement de l'action en nullité est sujette à des fluctuations corrélatives. Elle permet ainsi, par sa plus grande souplesse, de mieux appréhender les contraintes du milieu dans lequel intervient la sanction de nullité et de dégager la finalité de la règle de droit. Face à la juxtaposition de dispositions d'ordre public, la jurisprudence tranche en faveur de celui qui invoque non seulement un préjudice d'ordre juridique, mais encore un intérêt légitime. Ainsi, la violation des dispositions de droit du travail n'est pas reconnue comme une cause de nullité en droit des sociétés qui limite les cas d'ouverture de l'action en nullité dans un souci de préserver les droits des tiers[4]. De même, une irrégularité, dans les convocations adressées, peut être régularisée dans la mesure où tous les associés sont présents ou représentés[5] et que le procès-verbal de l'assemblée a été signé sans protestation ne retenue[6].

Le non-respect de règles même impératives n'emporte pas nécessairement un droit à agir en nullité. La nullité est expressément écartée ou considérée comme alternative par rapport à des sanctions pénales ou en responsabilité civile. Aussi, le terme de droit de critique est-il impropre, de même que l'action en nullité érigée en droit subjectif en tant qu'action en justice[7] donne-t-elle une vue inexacte des personnes habilitées à agir en nullité. La quête des objectifs du législateur en droit des sociétés et, plus précisément, la prégnance du

---

[1]JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, "L'ordre public en droit privé interne", *Études Capitant*, Tome VII, p.381.

[2]J.GHESTIN, *op. cit.*, p. 108, n°128.

[3]R.SAVATIER, "L'ordre public économique", *D.* 1975, *chron.* p.37 qui définit celui-ci comme "les contraintes imposées à la liberté contractuelle par la doctrine économique du pouvoir".

[4]Ch.HANNOUN, *art. préc.*, p. 253; *cf.* décisions précitées.

[5]Article 57 de la loi du 24 juillet 1966.

[6]Pour un exemple récent, CA Metz 19 janvier 1999, *Dr. soc*. juillet 1999, p.20, n°119, T. BONNEAU.

[7]Henri MOTULSKY, "Principes d'une réalisation méthodique du droit privé" (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs), Thèse Lyon, *Recueil Sirey*, 1948, 183p., *spéc.* p.35.

milieu, confèrent une certaine élasticité au cercle des titulaires de l'action en nullité. Elles reflètent ainsi toute l'ambivalence de l'ordre public sociétaire.

De la planification à l'économie libérale, l'ordre public de direction a évolué d'une opposition à la liberté contractuelle à un bon usage de celle-ci[1]. Mais la sanction de nullité ne relève en aucun cas d'un ordre public interventionniste telles que la réglementation des prix ou la libre concurrence. En revanche, elle est plus proche de l'ordre public économique et social de protection.

Le législateur a en effet cherché à limiter les abus flagrants dans les contrats d'adhésion[2]. Or, la formation et le fonctionnement des sociétés ressortissent de toute évidence du phénomène de l'adhésion. La renaissance du formalisme qui en est le corollaire se retrouve également dans les sociétés, qu'il s'agisse de la constitution ou de la réunion des organes de décision des sociétés.

Toutefois, l'ordre public de protection ne joue en principe qu'au profit de la personne protégée. Ainsi, les salariés sont les grands bénéficiaires du droit du travail et des conventions collectives, ordre public social par excellence.

La solution est beaucoup moins nette en droit des sociétés car les associés et les tiers tout à la fois, influencent le régime actuel des nullités. La nullité qui sanctionne l'ordre public sociétaire est autre : elle n'est ni absolue, ni relative, car elle ne vise ni la sauvegarde de l'intérêt général, ni celle d'une personne en particulier. C'est ainsi que l'on découvre un ordre de protection collective qui appelle une sanction de nullité très spécifique.

§2 Notion d'ordre public sociétaire[3]

L'ordre public est contingence pure. Dans sa mise en oeuvre, il passe du droit au fait. Cette transformation se manifeste dans sa fonction comme dans sa structure. Pour pouvoir s'appliquer, l'ordre

[1]J. GHESTIN, *op. cit.*, n°134, p.112.
[2]*ibidem*, n°136, p.115.
[3]Plus particulièrement, cf. thèse de M.-C. MONSALLIER, *op.cit*., p.355s; également, M. JEANTIN, "Le rôle du juge en droit de sociétés, *Mélanges Perrot* précités, p.150s.

public trop général et abstrait, devient particulier et concret. Dans sa structure, l'ordre public n'est plus constant, mais actuel. Il a la complexité du réel[1]. Il est difficile à discerner[2] surtout en l'absence de nullités textuelles[3]. Une grande nébuleuse entoure la nature de la nullité correspondante. Toute approche n'est pas vaine : il faut prendre le risque de se confronter directement avec la matière, d'appréhender un ordre nouveau et mouvant[4].

La distinction entre nullité absolue et nullité relative paraît alors s'estomper (B.) devant l'émergence d'un ordre public de protection collective (A.).

A. Ordre public de protection collective

La sanction de l'ordre public sociétaire présente quelques points communs avec la nullité relative généralisée et la nullité d'intérêt privé général (1.). Mais l'existence de la société appelle une sanction de nullité autre (2.).

1. Entre la nullité relative généralisée et la nullité d'intérêt privé général

La doctrine classique ignorait certaines causes de nullité qui sont transversales par rapport à la distinction entre nullités relatives et nullités absolues. Les nullités relatives généralisées sont des nullités imposées par une idée de protection qui cependant peuvent être invoquées par tout intéressé, comme si elles étaient absolues. Il semble qu'il y ait alors contradiction entre le but de la nullité et son organisation. Mais cela s'explique par la considération du milieu[5].

---

[1]P.MALAURIE, *th. préc*. p.69.
[2]HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, *op. cit*., Tome 3, n°731.
[3]Rapport des sénateurs MOLLE, DAILLY, LE BELLEGOU, *J.O. Sénat*, Rapport n°81, p.357, 1966.
[4]G.COUTURIER, "L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve", Études Flour, *Defrénois*, Paris 1979, p.95s.
[5]E. GAUDEMET, *op. cit*., p. 167.

Les nullités d'intérêt privé général se rencontrent lorsque l'intérêt social supérieur[1] n'est pas engagé, mais que tous les particuliers sont intéressés en tant qu'individus au respect de la règle violée ; il en est ainsi de l'inobservation de la plupart des formes requises *ad solemnitatem*[2]. Ce sont des "règles destinées à protéger tous les individus, mais dans l'intérêt privé de chacun d'eux"[3].

La purge des nullités de forme par la réforme des sociétés commerciales de 1966 fait douter de l'appartenance des nullités en droit des sociétés à cette seconde catégorie. Au surplus, l'unique cas de nullité pour vice de forme de la loi du 24 juillet 1966 qui subsiste concerne les sociétés de personnes. L'inaccomplissement des formalités de publicité est inopposable aux tiers et cette nullité est facultative. Si la nullité était d'intérêt général, le droit de critique ne devrait connaître aucun sujet passif[4] contre lequel on ne puisse l'exercer et le juge devrait la prononcer.

Il semble que les nullités relatives généralisées rendent mieux compte de la réalité. Les dispositions du droit des sociétés révèlent davantage une idée de protection généralisée. La société comprend en effet des associés ou actionnaires, des administrateurs et des créanciers. La société ne peut exister ou fonctionner qu'avec l'assurance de l'efficacité des actes juridiques passés par ces différents partenaires. La nullité recouvre nécessairement un caractère général, car elle concerne toutes les personnes intéressées énumérées. Mais à la différence des nullités relatives généralisées où le droit de critique appartient à tous ces intéressés, le droit des sociétés n'attribue pas, sauf exception[5], l'action en nullité aux tiers ; ceux-ci ne représentent jamais les sujets actifs du droit de critique. La protection de la société implique des solutions plus adaptées.

---

[1]Au sens de JAPIOT, c'est-à-dire l'ordre public classique, politique, par opposition à l'ordre public économique.

[2]E. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 168.

[3]JAPIOT, *th. préc.*, p.612.

[4]En l'espèce la société car seuls les tiers peuvent l'invoquer, cf. P. MACQUERON, *Juris-classeur-sociétés, Fasc. 32-B*, 1983, Régime de l'action en nullité, n°18.

[5]Sauf pour illicéité de l'objet social puisqu'elle est considérée comme une nullité absolue; on peut aussi y adjoindre la fraude dans certains cas.

2. Spécificité des nullités en droit des sociétés

Déjà, JAPIOT avait pressenti que l'intérêt individuel pouvait être érigé en intérêt social[1]. Les difficultés tiennent essentiellement à la pluralité des intérêts que peuvent cristalliser les groupements de personnes : leur intérêt propre, l'intérêt personnel de ses membres et l'intérêt supérieur que le groupement entend représenter, ou l'intérêt collectif[2], c'est-à-dire de la personne morale et des associés qui la composent. Les sociétés civiles ou commerciales ne font pas exception à la règle.

Considérer l'ordre public sociétaire comme un ordre de protection collective permet alors de mieux appréhender la sanction de nullité en droit des sociétés, même si celle-ci présente quelques différences avec la définition donnée par M. FARJAT[3]. L'ordre public a deux finalités : la protection des associés et celle des tiers. D'un ordre public absolu, on a évolué davantage vers un ordre public relatif[4].

Certes, l'ordre public de protection collective prévaut essentiellement en droit du travail, en matière de syndicats et d'associations de défense d'intérêts spécifiques. Les sociétés civiles ou commerciales ne sont pas comprises dans cette liste, dans la mesure où elles ne représentent pas un intérêt social caractérisé : pour bon nombre d'auteurs, elles ne manifestent que la somme d'intérêts particuliers et matériels et refusent de ce fait d'intégrer les dispositions du droit des sociétés dans l'ordre public de protection collective. Ce sont ces mêmes arguments qui permettaient à la doctrine de nier l'existence de la personnalité morale aux sociétés[5].

Or, au-delà de l'acquisition de la personnalité morale, la reconnaissance d'une volonté collective par la loi du 24 juillet 1867, dont l'article 21 dispose : "à l'avenir les sociétés anonymes pourront se former sans autorisation du gouvernement", a marqué une étape dans

---

[1]R. JAPIOT, *th. préc.*, p. 315; note L. GROSCLAUDE, *aff. Masson-Daum préc.*, Civ.3ème, 21 oct.1998, *Bull. Joly*, §24, p.111.

[2]Loïc CADIET, "Droit judiciaire privé", Ed. *Litec*, 1992, 860 p, n°726, p.376.

[3]G. FARJAT, *th. précit.*, n°164s. et n°403, p.327

[4] M.-C. MONSALLIER, *th. préc.*, n°884s., p.364s., *spéc.* n°890-891, p.367s.

[5]Cf. *infra*, Titre 2, chap. 1, section 2, et RIPERT, "Les aspects juridiques du capitalisme moderne", *op. cit.*, p.53s., n°22s.

la création d'un ordre économique collectif[1]. Le droit collectif s'est développé au sein des sociétés face à la dictature de la majorité. Dans le même temps, la notion d'intérêt social se dégage avec netteté. A l'autonomie de la volonté exprimée par la majorité, on oppose les droits intangibles des actionnaires, notamment le droit d'agir en justice pour obtenir le respect de l'intérêt commun et interdire le détournement individuel de puissance acquise par le groupement. La personne morale n'est plus alors comparable à un individu : elle est l'organe d'expression des droits collectifs[2].

C'est pourquoi, d'une part, les règles d'ordre public sont fréquentes en matière de sociétés, et d'autre part, l'intérêt social dépasse largement la satisfaction de l'intérêt individuel des associés. Entre les deux ordres de protection économique, une différence importante se fait jour : l'un est "imposé", l'autre est "proposé"[3]. Il en résulte, que dans le cadre de l'ordre public de protection collective, le juge est lié, toute renonciation est impossible[4], le ministère public peut agir comme partie principale et la nullité peut être relevée d'office par le juge. Ces dispositions impératives ne portent pas, de ce fait, la marque d'un ordre de protection simple.

C'est en effet toujours la protection de cet ordre collectif qui est retenu comme critère pour accorder ou non le droit d'agir en nullité. Les personnes pouvant agir en nullité en droit des sociétés ont des intérêts certes divergents. Mais leur action touche à l'intérêt collectif de la société.

L'intérêt propre de celle-ci ne se confond pas effectivement avec la somme des intérêts individuels des associés[5]. L'existence de la personnalité morale est une considération indifférente, car elle ne fonde pas l'intérêt à agir. Elle ne constitue que le support procédural de

---

[1]Rapport d'Ed. BERTRAND, "De l'ordre économique à l'ordre collectif", *in Travaux de l'Association Capitant, Dalloz* 1948, Tome III, p. 160s., *spéc.* p.163; (*ibidem, in Le droit privé français au milieu du XXème siècle*, Études dédiées à Georges RIPERT, t.1, *L.G.D.J.* Paris 1950, p. 179s).

[2]*ibidem*, p.164-165.

[3]*ididem,* n°409,p.397.

[4]*ibidem*, n°616, p.499

[5]Hervé CROZE et Christian MOREL, Procédure civile, *Droit juridictionnel*, Coll. Fondamental, *Ed. P.U.F.* 1988, n°153, p.154 ou L.CADIET, *op. cit.*, n°726, p.376, qui estiment toutefois que la personnalité morale est indispensable à l'existence d'un intérêt collectif.

l'action en nullité. Ainsi est-il acquis que la défenderesse à l'action en nullité est la société si elle est immatriculée, sinon les défendeurs sont les associés eux-mêmes[1]. Mais sur le terrain substantiel, toutes les sociétés, dotées ou non de la personnalité morale, connaissent un régime de l'action en nullité équivalent, car l'exercice du droit critique ne porte que sur les actes constitutifs de la société ou de fonctionnement, non sur l'existence de la personne morale directement[2].

Si l'intérêt de chacun des attributaires du droit de dénoncer l'illicite ne coïncide pas toujours directement et personnellement avec celui de la société, l'action en nullité n'est pas recevable. Si la nullité est contraire à l'intérêt de la société, elle ne peut être prononcée[3]. L'action en nullité en matière d'ordre public de protection collective est alors ouverte à plusieurs protégés directs : elle se distingue alors en cela de la nullité pour violation de l'ordre public de protection simple et, par ailleurs, ne pourrait agir celui contre qui en tout cas elle est dirigée, se différenciant, par-là, de l'ordre public de direction[4].

Aussi pour la sécurité des transactions, la loi du 24 juillet 1966, modifiée par l'ordonnance du 20 décembre 1969, interdit-elle l'annulation d'une société anonyme ou à responsabilité limitée pour un vice du consentement ou une incapacité qui n'atteindraient pas tous les associés fondateurs.

D'une manière plus subtile, la jurisprudence conteste la recevabilité d'une action en nullité, dès lors que la cause de nullité n'a pu porter atteinte à la constitution ou au fonctionnement de la société. Ainsi, la nullité d'une délibération pour convocation irrégulière de l'assemblée n'est pas prononcée si l'irrégularité est sans influence sur la décision adoptée[5]. De même, les conséquences dommageables pour la société constituent une condition suffisante pour annuler une

[1]P.MACQUERON, *Juris-classeur-sociétés*, Régime de l'action en nullité, *Fasc. 32-B*, n°31s.
[2]Cf. *infra*, Titre 2, chap. 1.
[3]Cf. expressément : article 105 de la loi du 24 juillet 1966.
[4]G.FARJAT, *op. cit.*, n°403, p. 327.
[5] Exs: Cass. com. 21 juillet 1969, *D.S.*, 1970, 88; 23 octobre 1979, *Bull. civ.*, 1979, IV, n°265; *contra*, Paris, 9 nov. 1983, *B.R.D.A.* 1984/1, p.12.

convention sans qu'il soit nécessaire d'apprécier la validité de celle-ci au regard des principes généraux du droit des contrats[1].

Au-delà de l'adage "pas de nullité sans texte", c'est le principe énoncé en procédure civile "pas de nullité sans grief"[2] qui est donc retenu en matière de fonctionnement des sociétés. Ni les associés, ni les tiers ne peuvent agir pour eux-mêmes. L'article 31 du nouveau Code de procédure civile exige que l'intérêt soit légitime, reprenant ainsi la condition jurisprudentielle aux termes de laquelle l'action nécessite un "intérêt légitime juridiquement protégé"[3]. Mais il ne s'agit plus alors d'une condition de recevabilité de l'action, mais bien plutôt d'un élément nécessaire au fondement des prétentions. On ne peut savoir si l'intérêt est légitime qu'après avoir tranché sur le fond[4]. La réponse se situe déjà sur le terrain du droit substantiel[5]. L'action en nullité serait ainsi recevable mais mal fondée.

C'est pourquoi, par extension, les tiers ne détiennent plus d'option entre la validité ou la nullité de la société[6]: ils ne sont plus désormais que les sujets passifs de la dénonciation de l'illicite, dès lors que l'annulation de la société est prononcée.

La sécurité juridique impose d'écarter les nullités sans aucun intérêt ou dilatoires. C'est ainsi que la jurisprudence tranche la question en droit des sociétés indépendamment de toute référence à la distinction de nullité absolue ou relative.

B. Dépassement de la distinction entre nullités absolues et nullités relatives

L'impératif de protection collective confère à la nullité une nature hybride (1.) Seule la notion d'annulabilité a un sens (2.).

---

[1]Com. 19 mai 1998, *R.J.D.Aff*. 1998, p.996.
[2]tiré de l'article 31 du N.C.P.C.
[3] H.CROZE et C.MOREL, *op. cit.*, n°129, p.132.
[4]R.PERROT et H.SOLUS, Droit judiciaire privé, Introduction, Notions fondamentales, Organisation judiciaire, T.1, 1961, p.77.
[5]G.COUCHEZ, *op. cit.* , n°152, p.108; André PERDRIAU, "Une action en justice peut-elle être déclarée à la fois irrecevable et mal fondée?", *J.C.P.* 1998, I, Procédure civile, p.1579.
[6]RIPERT et ROBLOT, *op. cit.* , T1, n°755-1, p.621.

1. Nullités hybrides

Les nullités en droit des sociétés relèvent de toute évidence d'une catégorie *sui generis* car, sauf exception, elles ne sanctionnent pas la violation d'une règle de portée générale et l'intérêt collectif de chaque société n'est pas d'ordre privé[1].

Il est tout à fait symptomatique que la jurisprudence exige désormais un intérêt légitime. Certains auteurs préfèrent distinguer l'intérêt purement matériel de l'intérêt d'ordre juridique, ce dernier étant le seul qui justifie la recevabilité de l'action[2]. Mais ces deux critères ne sont pas équivalents. L'intérêt légitime renvoie à la finalité de la loi et par conséquent, selon la doctrine, aux nullités relatives, alors que l'intérêt d'ordre juridique fait référence aux droits lésés par l'acte litigieux et appelle davantage la nullité absolue[3]. A notre sens, l'intérêt légitime comprend les intérêts catégoriels. Ce critère est donc plus approprié pour déterminer les titulaires de l'action en nullité, car les règles impératives du droit des sociétés revêtent rarement un caractère absolu.

Pour autant, la jurisprudence ne reconnaît pas spécifiquement l'existence de l'ordre de protection collective et de la sanction afférente en matière de sociétés. Elle oscille selon les hypothèses entre la qualification de nullité absolue ou de nullité relative. Très souvent, le régime souhaité de la nullité commande la nature de la nullité alors que le raisonnement devrait être inverse. Ainsi, certaines nullités sont qualifiées d'absolue pour contourner la prescription abrégée de trois ans[4]. D'autres sont considérées comme relatives pour permettre une régularisation ou empêcher certaines personnes de les soulever. Ainsi a-t-il a été jugé "qu'un administrateur en fonction ne peut obtenir un contrat de travail dans la société ; que ce contrat est nul comme résultant d'une décision prise en violation d'une disposition impérative

---

[1]GHESTIN *op. cit.*, n°744; GROSCLAUDE, *th. préc.*, p.393.

[2]P.MACQUERON, *th. préc.*, p.224; cf. *spéc.* toutes les références de jurisprudence ancienne citées p.218-219.

[3]Monique BANDRAC, La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile, Thèse Paris II, *Coll.* Droit civil, Série *Études et recherches*, Ed. *Economica*, 1986, n°157, p.159.

[4]Articles 1844-14 du Code civil et 367 de la loi du 24 juillet 1966.

de la loi et que cet acte nul de nullité absolue ne peut être rétroactivement confirmé"[1]. Est visée avant tout l'interdiction de confirmer l'irrégularité du cumul du mandat d'administrateur avec un contrat de travail. Les notions d'ordre public et de nullité absolue sont là encore confondues. Parfois même, le régime de la sanction n'implique pas un choix explicite du caractère de la nullité invoquée.

Ces incertitudes jurisprudentielles vont à l'encontre du principe de sécurité juridique, voire des termes de la loi. Le législateur en matière de sociétés n'a pas établi de distinction dans la nature des nullités en droit des sociétés sauf pour l'illicéité de l'objet social. Que les nullités soient virtuelles ou textuelles ne modifie en rien leur caractère absolu ou relatif. Le régime applicable est en outre unique, quelle que soit la nullité invoquée. L'existence de la personnalité morale est sans influence.

Le renvoi au droit des contrats ne concerne que les causes, non le régime des nullités. Celui-ci demeure identique quelle que soit la nullité encourue. Il ne laisse aucune place pour une distinction entre nullité absolue et relative. A l'inverse, il met en relief la notion unitaire d'annulabilité.

2. L'annulabilité en droit des sociétés

Absolue ou relative, la nullité en droit français doit être constatée judiciairement[2]. L'idée d'une déclaration de nullité, notamment pour les cas d'inexistence, a fait long feu. Ainsi, même les clauses réputées non écrites devront faire l'objet d'une appréciation par le juge. La nécessité d'une décision judiciaire ne cède même pas lorsqu'il arrive souvent, la nullité est expressément fulminée de droit par le législateur[3], ce qui est encore le cas en droit des sociétés[4]. La directive communautaire 68/151 relative aux constitutions de sociétés réitère cette obligation[5].

---

[1]Com. 26 janvier 1999, *J.C.P. Ed. E*, 1999, p.1239, §6.
[2]Jacques DELGA, Le droit des sociétés, *Dalloz*, 1998, p.139; GROSCLAUDE, *th. préc.*, p.81; B. LECOURT, *th. préc.*, n°443, p.336.
[3]J. CHEVALLIER, *Rapport précité*, p.515.
[4]Exemples donnés par B. MERCADAL et Ph. JANIN, *op. cit.*, n°3769.
[5]Article 11- 1.

De surcroît, le juge commercial est tenu de respecter un délai appréciable avant le prononcé de la nullité, afin de favoriser une régularisation de l'acte irrégulier[1].

C'est dire que la nullité est avant tout une sanction, et non un état de l'acte qui ne satisfait pas aux conditions fixées par la loi et qui s'imposerait au juge comme toute situation légale[2].

Certains auteurs ne s'y trompent pas et n'hésitent pas à employer le terme générique d'annulabilité quelle que soit la qualification employée par le législateur, en vertu du principe que nul ne peut se faire justice à soi-même[3]. Les travaux de Daniel GUGGENHEIM sont à cet égard très éclairants sur la terminologie variée utilisée pour qualifier l'invalidité des actes juridiques selon les pays. Celle-ci diffère quant aux conséquences juridiques, puisque la Commission des Communautés européennes n'hésite pas à citer tous les termes voisins de la nullité entraînant l'anéantissement des sociétés afin d'éviter toute interprétation divergente de la directive 68/151[4].

L'acte nul ne se confond pas avec l'acte annulable. Si celui-là ne produit pas d'effet, celui-ci connaît une validité provisoire[5] et conserve ses effets en tout ou partie même après annulation. Telle est la distinction opérée par les jurisconsultes du Moyen-Âge[6]. La règle de procédure supplante alors la règle de fond : si un acte nul est considéré comme déployant néanmoins des effets juridiques, c'est qu'il existe une apparence de validité de l'acte et que celle-ci doit être protégée par l'ordre juridique. Or, l'état du droit positif indique que l'annulation des sociétés ne présente aucun caractère rétroactif[7] et la nullité des

---

[1]Articles 363 et 364 de la loi du 24 juillet 1966.

[2]M. HAGÈGE, *th. préc.*, n°314, p.236.

[3]Notamment COLIN et CAPITANT, Traité de Droit civil, Paris, 1959, t2, n°784, p.442; PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de Droit civil français, t.6, *Les obligations*, Paris, 1952, 2è éd. revue par ESMEIN, n°282, p.359s.; Cl. RENARD et E.VIEUJEAN, "Rapport sur la nullité, l'inexistence et l'annulabilité en droit civil belge", *Travaux de l'Association Capitant*, Paris, 1965, p.521s.; plus récemment en droit des sociétés, HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, *op. cit.*, t.2, n°23; B.MERCADAL et Ph.JANIN, *op. cit., spéc.*, n°3736,3746; Y.CHARTIER, à propos de l'article 159 de la loi du 24 juillet 1966, note sous Com. 18 nov. 1974, *Rev. soc.* 1975; Ivan BALENSI, note sous C.Cass., 10 juillet 1978, *Rev. soc* 1979, p.848.

[4]Article 11 *in fine* : "En dehors de ces cas de nullité, les sociétés ne sont soumises à aucune cause d'*inexistence*, de *nullité absolue*, de *nullité relative* ou d'*annulabilité*".

[5]D.GUGGENHEIM, *th. préc., spéc.* p.43.

[6]*ibidem*, p. 1 à 4.

[7]Articles 1844-15 du Code civil.

décisions sociales n'emporte pas toujours celle des actes ou délibérations subséquentes[1]. Les effets de l'acte invalidé sont donc maintenus dans un souci de protection des tiers, quelle que soit d'ailleurs la bonne ou mauvaise foi de ces derniers[2].

C'est pourquoi l'expression d'annulabilité apparaît d'emblée plus juste même si le droit français ne l'a pas retenue au profit de la nullité relative[3]. Or, ces deux expressions ne sont pas équivalentes. Dans la mesure où le droit des sociétés n'a pas pour vocation la protection de l'ordre social en général, mais l'intérêt collectif de la société, l'annulabilité ne peut être que relative, sauf la réserve émise en cas d'illicéité de l'objet social[4] qui appelle la qualification d'annulabilité absolue.

Car ce ne sont pas les intérêts en présence qui séparent les notions de nullité et d'annulabilité, mais le rôle conféré au juge, l'effet plus ou moins rétroactif de l'annulation[5], la possibilité ou non de confirmation ou de validation et la prescriptibilité de l'action. L'acte nul, en principe, ne devient jamais valable après coup ; aussi, même si la cause de nullité disparaît, l'acte ne peut être ni validé, ni confirmé. L'écoulement du temps ne conduit pas non plus à reconnaître la validité de l'acte[6]. Pourtant, le droit français admet depuis longtemps la confirmation des nullités relatives[7] et la prescription générale de toutes les nullités[8].

Mais c'est en droit des sociétés que le concept d'annulabilité reçoit une véritable consécration législative avec l'émergence de la notion de nullité facultative. Divers textes[9] prévoient, en effet, l'annulabilité, c'est-à-dire que l'annulation est laissée à l'entière

---

[1]Cf. *articles cités*, Titre 1, Chap.1, B. cas d'annulabilité exceptionnellement prévus par le législateur en cours de vie sociale.

[2]C'est là une différence notable avec le droit civil qui ne consolide quelquefois les effets de l'acte annulé que dans le cas de bonne foi des tiers, sinon la rétroactivité de la sanction s'applique avec une logique implacable.

[3]G.DURRY, *rapport précité*, p.614.

[4]Cf. *infra*, validation des nullités absolues.

[5]Cf. *infra*, Deuxième partie : Les effets de la nullité.

[6]D.GUGGENHEIM, *th. préc.*, p.100s.

[7]B.STARCK, L.BOYER et H.ROLAND, *op. cit.*, n°909, p382.

[8]Article 2262 du Code civil.

[9]Article 361 (pour les nullités de sociétés), articles 57, 60-1, 159, 168, 169, 173 alinéa 2 (pour les nullités de décisions sociales), et 101 (pour les conventions passées entre un dirigeant et la société)...

appréciation des juges du fond, pour des irrégularités qui ont trait à des règles de procédure[1] voire de fond : la sanction est alors avant tout virtuelle, c'est-à-dire que son champ d'application n'est pas fixé par le législateur mais par le juge : l'autorité judiciaire peut ne pas mettre en oeuvre la sanction de nullité alors que les conditions en sont réunies[2]. Celle-ci n'est jamais l'oeuvre des parties[3]. C'est justement là que le bât blesse car l'extrême rigidité du domaine des nullités contraste singulièrement avec la liberté dont jouit le juge dans la mise en oeuvre de la sanction.

En outre, les actes collectifs annulables mais non annulés peuvent être confirmés ou régularisés : cela représente même l'hypothèse la plus fréquente. Aussi les modes d'extinction volontaires ou involontaires de l'action en nullité sont-ils autant d'obstacles élevés contre l'efficacité de la nullité qui ajoutent également au caractère aléatoire du prononcé de la nullité. L'admission de ces fins de non-recevoir génère invariablement des causes d'annulabilité puisque la sanction devient éventuelle.

SECTION 2 : Les modes d'extinction des nullités en droit des sociétés

Il convient de limiter strictement, de proportionner exactement les nullités au but pour lequel elles ont été organisées et de les faire fonctionner autant que les intérêts qu'elles entendent préserver restent en jeu. Or, il y a des circonstances où l'ordre social cesse d'être atteint par l'acte vicié, d'autres même où il serait atteint précisément par l'exercice de l'action en nullité. Alors, l'obstacle artificiel s'étant évanoui, les volontés ne seront plus considérées comme impuissantes, l'acte

[1]J.-P. LEGROS, *chron. préc.*, n°89, p.324.
[2]L.GROSCLAUDE, *th. préc.*, p.140 et p.446..
[3]*Contra* JAPIOT, *th. préc.*, p.396 : seule l'action en restitution corrélative doit faire l'objet d'une instance alors que le droit de critique appartient aux parties en dehors de tout procès. La question, au demeurant, ne se pose pas dans la mesure où ces actions ne sont pas autonomes : cf. *infra*, Deuxième partie, Titre 1, introduction.

produira ses effets juridiques : autant de restrictions que subira la nullité même d'ordre public[1].

En principe, les conditions de validité d'un acte doivent être réunies au moment où l'acte est passé et la réparation du vice n'est pas une cause générale d'extinction des nullités. Toutefois, en matière de sociétés, celle-ci est couramment utilisée afin de ne pas porter atteinte à l'acte ou l'être collectif qui est né. C'est encore l'aspect collectif qui prévaut dès lors qu'une société est constituée. Toutes les sociétés sont donc soumises au même régime qui s'applique de manière identique quelle que soit la nature de la nullité envisagée. Le droit des sociétés connaît ainsi un mode d'extinction volontaire de l'action en nullité spécifique par rapport à la confirmation : la régularisation (§1). Dérogatoire au droit commun des nullités, la prescription abrégée de trois ans est, quant à elle, le mode d'extinction involontaire de l'action en nullité (§2).

§1 La régularisation

La distinction entre la confirmation et la régularisation expliquent la différence de domaine entre ces deux modes volontaires d'extinction de l'action en nullité (A.). Mais, sauf exception, la régularisation ou la confirmation sont en effet concevables quelle que soit la nullité encourue (B.).

A. Distinction entre la confirmation et la régularisation

La régularisation comme la confirmation éteignent l'action en nullité. Mais le rôle de la volonté dans ces deux modes d'extinction de l'action en nullité (1.) leur confère un champ d'application parfois un peu différent (2.).

[1]G.COHENDY, "Les intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité d'ordre public", *R.T.D.Civ.* 1914, p.33s.

1. Rôle de la volonté dans la confirmation et la régularisation

La confirmation expurge l'acte de sa nullité originaire. Elle rend ainsi valable l'acte irrégulier ; l'effet en est rétroactif au jour de la conclusion de l'acte entre les parties, mais pas à l'égard des tiers[1]. La nullité disparaît en cas de régularisation : après sa conclusion est apporté à l'acte l'élément qui manquait à sa validité[2]. La confusion est fréquente.

M. Gérard COUTURIER[3] a pourtant critiqué l'assimilation de la confirmation et de la régularisation[4]. Selon cet auteur, la confirmation s'entend uniquement d'une renonciation à exercer le droit de critiquer un acte nul[5]. Mais cette analyse proposée naguère n'a suscité l'adhésion que d'une partie de la doctrine[6]. L'intention de réparer est toujours exigée dans le droit positif pour confirmer[7]. L'opposition entre la confirmation et la régularisation s'estompe alors singulièrement. Seules les conditions de mise en oeuvre de la régularisation se distinguent de celle de la confirmation.

La régularisation est en effet également considérée comme une validation[8]: elle suppose un acte vicié et nécessite une correction[9]. Ainsi en est-il du rachat des titres sociaux de l'incapable[10]: il s'agit d'une régularisation, c'est-à-dire d'une réparation ou d'une disparition du vice[11]. De manière positive, c'est à ceux qui ont introduit un vice dans la formation des actes juridiques collectifs qu'il appartient de le réparer,

---

[1]P.MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, n°563, p. 324.
[2]*ibidem*, p.305;
[3]G.COUTURIER, La confirmation des actes nuls, *Thèse Paris, L.G.D.J.* 1972, *spéc.* n°13, p.11.
[4]Par exemple, G.FARJAT qui analyse la confirmation comme une réparation et une renonciation, *op. cit.*, p.418.
[5]G.COUTURIER, *op. cit.*, n°7, p.7.
[6]J.FLOUR et J.-L. AUBERT, *op. cit.*, n°349, p.258; H. et L.MAZEAUD, J.MAZEAUD et Fr.CHABAS, *op. cit.*, n°309, p.289; B.STARCK, L.BOYER et H.ROLAND, Obligations, Tome 2, Contrat, 5è éd., *Litec,* 1995, n°908, p.381; *contra* P.HÉBRAUD, *préf.* à la thèse de C.DUPEYRON, La régularisation des actes nuls, Toulouse, *L.G.D.J.*, 1973, p. XVII suivi par P.MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, p.325.
[7]Civ.1ère, 11 fév. 1981, *Bull. civ.* I, n°53; Com. 29 mars 1994, *D.* 1994, *I.R.*, 109.
[8]C.DUPEYRON, *op. cit.*, p.9s. et n°42, p.25.
[9]*ibidem*, p.15s.
[10]Art. 365 de la loi du 24 juillet 1966.
[11]C.DUPEYRON, *op. cit.*, n°270s., p.189.

mais tout intéressé peut demander que la régularisation soit ordonnée sous la menace d'une astreinte[1]. Mais la régularisation peut aussi être réalisée par un tiers, à la différence de la confirmation qui est un acte unilatéral émanant uniquement de la partie qui aurait pu soulever la nullité.

C'est donc une validation objective[2], alors que la confirmation peut être définie comme une manifestation de volonté ayant pour résultat de consolider un acte qui révèle son aspect subjectif. "La confirmation peut être définie comme une manifestation de volonté ayant pour résultat de consolider un acte. Elle peut être analysée en une renonciation au droit de critique ou en une réitération de la volonté originelle. Elle se caractérise toujours par son aspect volontaire, donc subjectif". (...) "Dans la régularisation, la volonté n'est que la force créatrice de la réparation du vice qui est seule source de validation"[3].

C'est l'opposition entre la subjectivité de la confirmation et l'objectivité de la régularisation qui explique la différence de domaine d'application. Pour autant, cette distinction n'en demeure pas moins subtile car le rôle de la volonté collective et des intérêts qu'elle suscite n'est pas suffisamment mis en exergue par la doctrine.

2. Champs d'application de la confirmation et de la régularisation

La confirmation ne connaît pas, en principe, un domaine d'application aussi étendu (a.) que celui de la régularisation (b.) qui dépasse, par son adéquation au droit des sociétés, la distinction traditionnelle entre les nullités absolues et relatives.

a. Champ d'application restreint de la confirmation

La disparition d'une cause de nullité peut résulter d'un renoncement au droit de critique par ses détenteurs. Aux termes des

[1]RIPERT et ROBLOT, *op. cit.* n°757, p.622.
[2]C.DUPEYRON, *op. cit.*, n°53, p.35.
[3]*ibidem*, n°54.

articles 1844-11 du Code civil et 362 de la loi du 24 juillet 1966, l'action en nullité est alors éteinte. Selon la Cour de cassation, "pour être efficace, la ratification tacite doit résulter d'actes d'exécution intervenus en pleine connaissance de cause et caractérisant clairement l'approbation de la convention nulle"[1]. Les nullités relatives ont toujours été susceptibles de confirmation.

Le droit civil refuse en revanche le bénéfice de la confirmation aux nullités absolues[2]. Mais la gravité du vice qui entache l'acte juridique n'est pas l'unique raison de cette fin de non-recevoir. C'est pourquoi de nombreux auteurs ont admis la confirmation des nullités absolues[3]. La difficulté de mise en oeuvre de la confirmation en est la principale cause[4]. En effet, il faudrait que toutes les personnes qualifiées pour agir en nullité ratifient l'acte litigieux[5]. Sachant que l'énumération des détenteurs du droit de critique est impossible lorsque l'intérêt général est concerné, l'action en nullité ne peut donc s'éteindre par la volonté d'une multitude indéterminable. C'est pourquoi la nullité absolue n'est pas confirmable.

Mais l'ordre public sociétaire a une finalité plus circonscrite. Il n'existe pas à proprement parler de nullité absolue[6] en matière de droit des sociétés, car ce n'est jamais l'intérêt général dans son entier qui est visé. Le domaine de la confirmation devrait donc être beaucoup plus vaste. Pour autant, la confirmation est souvent refusée en matière de sociétés sous couvert d'une disposition d'ordre public qui révèle en fait la protection d'intérêts privés.

Ainsi, la nullité du contrat de travail consenti à un administrateur présente un caractère absolu selon une jurisprudence constante depuis un arrêt de la Cour de cassation de 1974[7]. C'est mettre

---

[1]Cass. req. 25 mai 1886, *S.*1887, 1, 268.

[2]J. TRIFONESCU, "De la confirmation des actes nuls", thèse Paris, *Jouve et Cie éditeurs*, 1911, p.32.

[3]MERLIN, TOULLIER, LAROMBIÈRE et FLANDIN, AUBRY et RAU et plus spécialement JAPIOT, cités par J.TRIFONESCU, p. 22-23 et p.25.

[4]E. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 172-173.

[5]Cass. civ. 27 oct. 1975, *Bull. civ.*, III, n°310.

[6] c'est-à-dire par opposition aux nullités de protection d'intérêts privés au sens de G.COUTURIER, p.166s.

[7]Cass. soc. 7 juin 1974, *Rev. soc.* 1975, note Y.CHARTIER; *Rev. trim. dr. com.* 1975, 117, *obs.* HOUIN; 7 et 21 nov. 1974, *Journ. agréés*, 1975, 335, *obs.* CHARTIER; *Rev. trim. dr. com.* 1975, 543, *obs.* HOUIN;.17 nov. 1976, *J.C.P.* 1977,2,18672, note CHARTIER; Paris, 3 mars 1991, *Rev. soc.* 1991, 354; Com. 16 mai 1995, *Bull. Joly* 1995, 757, §260, note

l'intérêt de la société sur le même plan que l'intérêt général, d'autant plus que les tiers ne sont pas affectés par la nullité du contrat de travail, dans la mesure où elle n'entraîne pas celle des délibérations auxquelles a participé l'administrateur nommé irrégulièrement[1].

D'autres fois, la solution est plus hésitante. Ainsi, la jurisprudence est divisée quant aux emprunts, découverts, avals ou garanties irrégulièrement contractés par les dirigeants : tantôt la nullité est qualifiée d'absolue, tantôt de relative[2], quand ce n'est pas la sanction de l'inopposabilité qui est retenue[3]. C'est reconnaître les limites de la distinction entre nullités absolues et relatives en ce domaine. L'ordre public de direction décelé dans la notion de conventions interdites[4] appelle en effet quelques réserves. D'une part, il n'est pas certain que la transgression de l'obligation de ne pas faire mérite une sanction plus dure que celle de l'obligation de faire. D'autre part, les conventions réglementées ont une portée quelque peu similaire et c'est une nullité relative qui est édictée[5] : l'annulation n'est possible que si les conséquences sont dommageables pour la société. Seul l'ordre public sociétaire est en cause. Le fondement de l'interdiction posée à l'article 106 de la loi du 24 juillet 1966 n'est guère différent. Le principe de spécialité, invoqué pour exclure toute action d'un dirigeant qui dépasserait l'objet social[6], n'est autre qu'une consécration d'une nullité édictée dans l'intérêt strict de la société ; en outre, hormis le cas d'extranéité patente, la preuve est difficile à rapporter. Un autre critère fondé sur le droit pénal a été utilisé pour dégager les conséquences civiles de l'abus du crédit de la société, mais l'incrimination[7] recouvre

---

P.L.C.; Soc. 25 juin 1996, *D.*1997, 341, note Catherine PUIGELIER, *J.C.P. Ed. E*, 1996, I, 589, §12, *chron*. VIANDIER et CAUSSAIN; RIPERT et ROBLOT, *op. cit*., 17ème éd. 1998, n°1645; exemple récent, Com. 26 janvier 1999, *J.C.P. Ed. E*, p.1239, §6, qui rappelle le principe dans toute sa rigueur.

[1]Article 93 alinéa 1 de la loi du 24 juillet 1966.

[2]Cf. note de jurisprudence détaillée de Christian MOULY, sous Montpellier, 7 juin 1980, *Rev. soc.* 1980, n°12, p.747; Chambéry, 22 nov. 1976, *Rev. soc.* 1977, 259, note M.GUILBERTEAU *préc.* , et sur pourvoi, ch. mixte, 10 juillet 1981, *D.* 1981, 637.

[3]Cf. *supra*, l'inopposabilité est la sanction retenue de nos jours par le droit positif.

[4]L'article 106 (art. 51 pour les S.A.R.L.) n'a pas seulement pour objectif de protéger les intérêts des actionnaires et des créanciers mais également de "moraliser l'administration des sociétés par l'interdiction de pratiques risquant de nuire d'une manière générale au crédit de celle-ci et aux rapports commerciaux" (cf. arrêts cités ci-dessus).

[5]Article 105 de la loi du 24 juillet 1966.

[6]J.HÉMARD, F.TERRÉ et P.MABILAT, t.1, n°461.

[7]Article 437 alinéa 3 de loi du 24 juillet 1966.

un objectif de protection d'intérêt général tout autant que d'intérêts particuliers[1] : la conséquence d'une infraction peut donc être la nullité relative[2]. Elle pourrait dans ces conditions être couverte.

Le domaine de la confirmation devrait donc être plus étendu si une qualification plus juste des nullités était donnée.

La confirmation conserve toutefois un certain empire en droit des sociétés, en dépit des nombreuses dispositions consacrées à la régularisation. L'article 362 de la loi du 24 juillet 1966, par son caractère général[3], semble admettre la résurrection de la confirmation comme mode de réitération saine de la volonté originelle pour réparer efficacement des vices en matière de sociétés commerciales.

Ainsi, M. Christian DUPEYRON relève diverses hypothèses où seule la notion de confirmation est adéquate. Cet auteur dénonce même une erreur du législateur : la prétendue régularisation de l'article 365[4] de la loi précitée n'est autre qu'une confirmation[5]. Si l'incapacité ou le vice, sources de nullité, altère le consentement, la validation objective de l'acte hors de toute manifestation de volonté du contractant (ou de son représentant en matière d'incapacité) victime du vice ou de l'incapacité est inconcevable : seule la confirmation est alors possible[6]. En effet, un vice subjectif interdit logiquement la régularisation qui se définit comme une réparation objective[7]. Certes, pour des raisons de sécurité juridique, l'ordre public sociétaire exige que les actions en nullité ne restent pas en suspens. Mais, en aucun cas, la confirmation n'est obligatoire. L'article 365 alinéa 1 offre une alternative : celui qui est mis en demeure peut préférer agir en nullité. Les nullités naturelles (vices du consentement, incapacités) appellent donc nécessairement une nouvelle manifestation de volonté, même si celle-ci est provoquée.

---

[1]Note MOULY *précitée*, n°20, p.750.

[2]*Contra* MOULY, note *précitée*, n°14, p.748.

[3] "L'action en nullité est éteinte lorsque la cause de nullité a cessé d'exister...", formulation reprise en outre par l'article 1844-11 du Code civil pour l'ensemble des sociétés.

[4]Seul l'alinéa 1 nous semble concerné par cette critique car l'alinéa 2 opère une validation objective, en dépit de toute volonté contraire.

[5]C.DUPEYRON, *th. préc.*, n°175, p.123.

[6]*ibidem*, n°154, p.113; P.MACQUERON, *Juris-classeur, Sociétés commerciales, Fasc. 32-B*, "Régime de l'action en nullité", n°66.

[7]C.DUPEYRON, *th. préc.*, n°145, p.109.

En revanche, l'article 365 alinéa 2 qui prévoit le rachat des droits sociaux pour éliminer un associé agissant en nullité contre la société ne peut être qu'une mesure de régularisation, car la volonté est ici complètement occultée au nom de la sauvegarde de la société[1]. C'est une régularisation forcée à la suite d'une mise en demeure.

Cependant, tous les vices ne sont pas totalement subjectifs. Une régularisation partielle est alors indispensable pour que la confirmation soit efficace[2]. Ainsi, lors de la constitution de la société, l'approbation unanime exigée par les apporteurs de la réduction de la valeur attribuée aux apports en nature s'analyse comme une renonciation à invoquer la nullité de l'article 80 de la loi du 24 juillet 1966 pour défaut de souscription intégrale du capital. En revanche, l'apport supplémentaire de telle sorte que le capital soit totalement souscrit apparaît comme une régularisation[3]. Les mécanismes de validation sont ici parallèles.

Il en est de même dans les cas de nullité des délibérations pour inobservation des formalités viciant directement ou indirectement le consentement[4] ou pour composition irrégulière de l'assemblée[5].

La frontière entre la confirmation et la régularisation est mince, à telle enseigne que la régularisation n'a été saisie ni par la doctrine ni par le législateur comme un système global de validation. Un regard critique sur la terminologie est alors essentiel. Peut-être, la distinction opérée par M. DUPEYRON entre vices objectifs et vices subjectifs n'est-elle pas la plus performante pour définir les domaines respectifs de la régularisation et de la confirmation. Cette dernière revêt un aspect individuel que la régularisation ne connaît pas. La raison essentielle ne tient pas à l'existence d'un vice subjectif ou objectif, car toutes les causes de nullité retenues par le législateur sont constitutives d'un non-respect du droit objectif. La différence porte précisément sur la nature des droits auxquels ces causes de nullité portent atteinte. Ainsi, la confirmation ne peut s'appliquer qu'à des vices de portée purement

[1]J.-P. STORCK,"La continuation d'une société par l'élimination d'un associé", *Rev. soc.* 1982, 233.
[2]C.DUPEYRON, *th. préc.*, n°163, p.117.
[3]*ibidem*, n°161, p.116-117.
[4]Articles 65, 222 et 497, 173 et 160, 57 et 159 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966.
[5]Articles 153, 155, 156 (comb.173) de la loi précitée.

individuelle, alors que la régularisation valide des actes viciés qui affectent des droits collectifs. Aussi, dans le premier cas, une seule personne est habilitée à agir, alors que dans le second cas, il existe plusieurs intéressés à la défense d'un droit subjectif d'intérêt collectif[1].

La spécificité de la régularisation est bien réelle : elle se concrétise par un champ d'application plus étendu et plus adapté au droit des sociétés, dépassant ainsi la distinction traditionnelle entre nullités absolues et nullités relatives.

b. Champ d'application de la régularisation

A l'exception des cas d'extinction de l'action en nullité constitutifs d'hypothèses de confirmation, la régularisation reçoit sa consécration en droit des sociétés. Tout est mis en oeuvre pour anéantir les causes de nullités, même en l'absence de manifestation de volonté. Ainsi, à l'inverse de la confirmation, la régularisation ne peut réparer que des vices objectifs[2]. C'est pourquoi la régularisation est ouverte à tout intéressé. Elle peut en conséquence couvrir les nullités absolues. En droit des sociétés, elle prend même un caractère obligatoire[3], car elle repose sur l'idée fondamentale de protection de la société, quelle que soit la nature de la nullité.

L'évolution législative montre que son domaine s'est étendu depuis plus d'un siècle au cours de différentes phases. La loi du 1er août 1893[4] disposait que l'action en nullité n'était plus recevable lorsque, avant l'introduction de la demande, la cause de nullité a cessé d'exister. Le décret-loi du 30 octobre 1935[5] et la loi du 7 mars 1925 ajoutent que l'action en nullité de la société ou des actes postérieurs à sa constitution est éteinte lorsque la cause de nullité a cessé d'exister... en

---

[1]Cf. également, sur ce point, L.GROSCLAUDE, *th. préc.*, p.439.

[2] D.FALQUE, Les nullités de constitution des sociétés commerciales dans la loi du 24 juillet 1966, Thèse Paris II, 1970, p.288; H.TEMPLE, n°410s, *spéc.* note 7, p.248 - *Contra* : B.MERCADAL et P.JANIN, *op. cit.*, n°3764s; R.ROBLOT, *op. cit.*, t.I, n°757, p.622; D.BASTIAN, *chron. préc.*, *J.C.P.* 1967, I, 2121, n°170; NGUYEN XUAN CHANH, *chron. préc.*, n°44; R.SINAY, "Le droit nouveau de la constitution des sociétés commerciales et de leurs modifications statutaires", *Rev. soc.*1966, n°87, p. 246s.

[3]Articles 3 et 4 du décret du 23 mars 1967 et 5 du décret du 3 juillet 1978, astreinte prévue sur ordonnance du tribunal.

[4]Article 8 de la loi du 24 juillet 1867.

[5]Modifiant les articles 8 et 58 de la loi du 24 juillet 1867.

tout cas au jour où le tribunal statue sur le fond en première instance. Le tribunal peut même d'office fixer un délai pour couvrir la nullité. Le terme de régularisation est utilisé pour la première fois. Il sera développé considérablement par le législateur de 1966 qui consacre à la régularisation trois textes essentiels : les articles 6[1], 362 et 365 alinéa 2. Dans l'article 6, l'esprit de la loi du 24 juillet 1966 peut se traduire ainsi : "Régularisation obligatoire sans nullité" et les articles 360 et suivants répondent davantage à la formule : "Nullité sauf régularisation"[2]. La loi du 4 janvier 1978 a étendu ces dispositions à toutes les sociétés afin de réduire les sources d'annulation[3].

Dans les articles 1844-11 du Code civil et 362 de la loi du 24 juillet 1966, c'est l'idée générale de disparition de la cause de nullité qui ouvre la possibilité de régulariser. Or, la cause de nullité ne peut cesser d'exister le jour où le tribunal statue, puisqu'elle est concomitante de la constitution de la société ou de la délibération. Il faut donc reconnaître que la sanction de la violation des règles de formation des sociétés ou des actes des organes de la société peut devenir sans objet par l'effet d'une réparation : soit la confirmation, soit la régularisation. Les articles 1844-12 du Code civil et l'article 365 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966 offrent un exemple particulier de cette validation postérieure à la constitution de société. La régularisation revêt alors un caractère exceptionnel de contrainte, car elle est facultative quand il s'agit de vices substantiels. L'esprit de la législation est très différent en matière de vices formels.

Les articles 1839 du Code civil et 6 de la loi du 24 juillet 1966[4] représentent le pendant de la purge des nullités de forme. En effet, les articles 1844-10 du Code civil et 360 de la loi du 24 juillet 1966 excluent la nullité comme sanction des omissions éventuelles d'énonciations dans les statuts ou des irrégularités dans l'accomplissement des formalités lors de la constitution de société. Toutes les énonciations et

[1]A compléter par les articles 3, 4 et 283 du décret 67-236 du 23 mars 1967.
[2]C.DUPEYRON, *th. préc.*, n°139, p.106.
[3]Articles 1839, 1844-11 et 1844-12 du Code civil.
[4]Classés hors du champ des régularisations des causes de nullité pour certains (HÉMARD , TERRÉ et MABILAT, t.1, n°213, p.189).

les formalités[1] exigées par le législateur, lors de la constitution des sociétés ou de la modification des statuts, sont considérées comme des mesures de publicité qui ne peuvent donc être sanctionnées par la nullité de la violation des conditions de validité. On comprend alors aisément l'idée d'une régularisation forcée et le développement des responsabilités civiles corrélatives[2].

Toutefois, dès qu'il s'agit d'irrégularité et non plus d'omission dans les énonciations des statuts, la nullité recouvre son empire. L'article 1844-10 alinéa 2 du Code civil édicte dans cette hypothèse la nullité partielle[3]. La nullité apparaît même irréductible en cas d'illicéité de l'objet social ou d'exclusion d'un associé.

B. Obstacles à la régularisation ou à la confirmation

Les entraves à la régularisation ou à la confirmation se rencontrent tout autant à la constitution de sociétés (1.) qu'en cours de vie sociale (2.), sous couvert de nullités absolues qui cachent en fait un fondement purement contractuel de la société.

1. Validation de sociétés atteintes de nullité absolue

Le bénéfice de la régularisation ou de la confirmation est refusé à l'objet social illicite[4] et à la cause illicite dans la mesure où le droit français s'attache à l'objet social réel et non statutaire, malgré les prescriptions communautaires[5]. Cette nullité est qualifiée d'absolue. Mais cette dérogation souffre quelques critiques.

Certaines expressions éveillent, même dans un esprit averti, des idées ou images fausses. Les termes nullités absolues, nullités relatives, masquent la réalité : la nullité absolue n'est pas plus grave, plus

[1]Exception prévue à l'article 361 de la loi du 24 juillet 1966 pour les sociétés en nom en collectif et les sociétés en commandite simple : cf. nos réserves sur cette cause de nullité, *supra*, chap. 1 et cf. *infra*, Titre 2, chap. 1.
[2]Articles 1840 du Code civil et 7 de la loi du 24 juillet 1966.
[3]Là encore la régularisation n'est pas exclue, cf. nos remarques sur les clauses réputées non écrites, Deuxième partie, Titre 2, Chap. 1.
[4]Articles 1844-11 *in fine* du Code civil et 362 *in fine* de la loi du 24 juillet 1966.
[5]Cf. *supra*, Chap. 1, section 2.

radicale que la nullité relative ; leurs effets sont identiques[1]; cependant, chaque fois que le manquement à une condition légale est grave, c'est la nullité absolue qui est requise[2]. Or, il ne faut pas décider de la nature de la nullité d'après l'importance de la règle violée et de la gravité du vice, mais uniquement en fonction du but de la loi transgressée ou des personnes que le législateur a entendu protéger. Ainsi, la nécessité du consentement, de l'objet ou de la cause n'a pour objectif que la protection des contractants ; leur absence devrait donc être sanctionnée par la nullité relative.

Cette restriction à la régularisation paraît en outre procéder d'une interprétation erronée de la première directive du Conseil des Communautés européennes[3]. L'article 10-2 b) prévoit la nullité pour une société dont l'objet est illicite ou contraire à l'ordre public, mais il n'interdit en aucun cas la réparation du vice[4]. Elle n'est donc pas considérée par le droit communautaire comme une cause de nullité absolue. L'autonomie de la volonté implique une sanction aussi drastique.

On peut être sceptique quant à l'efficacité de l'action en régularisation. Une astreinte ne suffit pas toujours à vaincre le mauvais vouloir de ceux, parfois nombreux, à qui la régularisation est imposée[5]. Car c'est toujours le caractère éminemment contractuel de la société qui justifie l'absence de régularisation ou de confirmation possible : l'objet d'exploitation est la marque du consentement des parties[6]. De surcroît, le droit français accorde une part importante aux mobiles des parties : la recherche de l'intention des parties passe alors par l'examen de l'objet et de la cause[7]. Il faut que l'objet[8] et la cause[9] soient licites. Mais l'ordre public sociétaire oblige à plus de réalisme.

Il n'est pas impératif en effet que la régularisation ne puisse être effectuée. Ce qui importe, c'est qu'une société dont l'objet est illicite ou

---

[1]Cf. *infra*, Deuxième partie.
[2]H. et L.MAZEAUD, J.MAZEAUD, et F.CHABAS, *op. cit.*, n°315, p.292.
[3]R. SINAY, *chron. préc.*, n°88.
[4]HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, *op. cit.*, p. 519, n°692.
[5]Y.GUYON, *op. cit.*, n°161, p.165.
[6]G.COUTURIER, *th. préc.*, n°195, p.136.
[7]J.GHESTIN, *op. cit.*, p.821s.
[8]Article 1128 du Code civil.
[9]Article 1133 du Code civil.

contraire à l'ordre public soit empêchée de perdurer. Dès lors que la cause de nullité disparaît, l'intérêt des tiers est préservé et la volonté des associés peut devenir conforme à l'ordre public sociétaire. L'ordre public n'est pas une entrave permanente.

Et quand bien même la cause de nullité demeurerait, la question est alors de savoir si l'apparence prévaut alors sur la réalité. Faut-il privilégier l'objet social statutaire ou l'activité réelle de la société ? La directive 68/151, selon l'interprétation donnée par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt *Marleasing*, s'attache uniquement à l'apparence : il suffit que l'objet social statutaire soit rédigé conformément aux règles d'ordre public pour que la société soit valablement constituée[1]. La protection des tiers prévaut sur l'intérêt général dans le système des nullités en droit des sociétés. Peu importe dans ces conditions la nature de la nullité. Le droit communautaire réalise une validation objective.

Cependant, en réalité, il est fort peu probable que les rédacteurs des statuts inscrivent textuellement un objet social contraire à loi[2]. La cause d'annulation prévue par la directive communautaire représente alors une hypothèse d'école.

En outre, une telle conception aussi réductrice de l'objet social est quelque peu négatrice de la sécurité des tiers, car les tiers sont trompés par l'apparence. Ils n'ont pas nécessairement intérêt au maintien d'un simulacre de validité.

Les sanctions de la simulation souffrent alors moins de rigidité en distinguant selon les tiers. Les simulations sont en effet très fréquentes dans les actes de société sans réparation du vice admissible[3]. Ostensible ou occulte, la société n'est annulée que si son activité réelle est illégale[4]. Mais une option est en principe offerte aux tiers. L'article 1321 du Code civil dispose que les contre-lettres "n'ont point d'effet contre les tiers". Les tiers ont donc la faculté de se prévaloir soit de l'acte apparent, soit de l'acte secret. Ainsi, en procédure, ceux qui

[1]§11 de l'arrêt *Marleasing* précité.
[2]Y.CHAPUT, note sous l'arrêt *Marleasing* précité, *Rev. sov.* 91, p. 536; même auteur, *Droit des sociétés*, Coll. Droit fondamental, *Droit commercial*, 1993, n°186, p.97.
[3]P.PIC, "De la simulation, dans les actes de société", *D. H.* 1935, *chron*. p. 33s., *spéc.* p. 35: sociétés fictive, simulée ou de façade; p. 36: simulation portant sur le type légal de société envisagée.
[4]Tiré de la généralisation de l'article 911 du Code civil.

entendent se fonder sur l'objet social statutaire n'ont rien à prouver. Par voie d'exception, ils peuvent soulever l'exception de nullité de l'objet social réel pour éventuellement écarter les conséquences que les parties ou d'autres tiers peuvent tirer de l'acte secret à leur détriment. Le conflit est toujours tranché en faveur des tiers qui invoquent l'acte ostensible[1]. C'est dire que la nullité pour objet social (réel) illicite n'est pas absolue. A l'inverse, la faculté de se prévaloir de l'activité sociale réelle n'est pas possible si celle-ci est nulle ; l'acte secret ne peut produire plus d'effet à l'égard des tiers, qu'à l'égard des parties[2]. Une telle illicéité a toujours conduit notre droit français à admettre l'action en déclaration de simulation[3]. La nullité constitue alors une conséquence inévitable de la déclaration d'inexistence[4]. Mais, la nuance apportée par de nombreux auteurs à la fin du siècle dernier entre la notion d'inexistence et d'invalidité n'a plus cours aujourd'hui et le droit communautaire assimile l'inexistence à la nullité. Il ne paraît donc guère possible d'admettre, par voie d'action, une déclaration de la fictivité de l'objet social statutaire.

Mais, si la nullité n'est ni satisfaisante, ni envisageable, compte tenu du droit positif actuel, des sanctions pénales peuvent sanctionner les membres de toute société commerciale qui ont "affirmé des faits matériellement faux "..."pour la constitution de société"[5]. Appropriées au type d'illicéité, elles semblent suffisamment assurer la protection de l'intérêt général, qui veut avant tout que les sociétés ne puissent être annulées.

Dès l'instant où la société a pu fonctionner, en donnant toute garantie aux tiers, elle devrait toujours pouvoir être régularisée, même *in extremis*[6]. En outre, il peut paraître quelque peu contradictoire de

---

[1]J. FLOUR, J.-L. AUBERT, *op. cit.*, n°400, p. 298.

[2]B. STARCK, L. BOYER et H. ROLAND, *op. cit.*, n°978, p. 410-411.

[3]Jean ABEILLE, La simulation dans la vie juridique et particulièrement dans le droit des sociétés, Thèse Aix-Marseille, 1938, p.289; le mécanisme de la simulation se rattacherait à une conception contractuelle de la société alors que la notion de société fictive ferait davantage appel à la théorie de l'institution (Pascale ROUAST-BERTIER, *art. préc.*, p.725). La société est issue d'un acte collectif, la thèse de l'institution ne pouvant prospérer, l'idée d'une action en déclaration de simulation notamment en cas de simulation frauduleuse devrait, selon nous, pouvoir être exercée. Mais le droit communautaire rejette (à tort ?) toutes les causes de nullité subjectives.

[4]Orléans, 18 juillet 1928, *D.P.* 1929, 2, 65, note P.PIC.

[5]Art. 480 de la loi du 24 juillet 1966.

[6]P. MACQUERON, *Juris-classeur, Sociétés, Fasc. 32B, art. préc.*, 1985, n°70.

refuser une quelconque régularisation tout en admettant l'absence d'effet rétroactif pour nullité de l'objet ou de la cause illicite[1], c'est-à-dire la validité d'opérations illicites.

Indépendamment de la contrariété au regard de la jurisprudence communautaire, c'est donc avant tout une question de politique législative. Admettre comme cause d'annulabilité absolue de société l'existence d'un objet illicite, c'est tout d'abord présumer que l'illicéité entraîne la violation d'un intérêt public, puis opérer une gradation dans les matières d'ordre public. En effet, c'est rejeter les motifs impérieux de sécurité juridique derrière l'ordre public classique et les bonnes mœurs, l'intérêt général primant sur l'intérêt personnel ou collectif des tiers.

Ainsi, le droit français préfère envisager la réfection de l'acte, dont la notion est pourtant très proche de la régularisation quand elle est l'oeuvre des parties elles-mêmes[2]: que l'on corrige un acte initial ou qu'on lui substitue un accord de volonté nouveau pour le rendre valable, la manifestation de volonté a effectivement un objet identique[3].

Sous cette réserve, toutes les nullités peuvent être régularisées, les nullités virtuelles comme les nullités expresses[4].

Des remarques similaires peuvent être adressées aux cas de nullité absolue retenus par le droit positif français en matière d'actes ou de délibérations. La régularisation devrait également pouvoir s'imposer pour des motifs de sécurité juridique.

2. Validation des actes et délibérations atteints de nullité absolue

Ainsi, la nullité de la délibération pour absence de *quorum*, qualifiée d'ordre public, peut être invoquée par les actionnaires alors même qu'ils ont participé à cette violation[5]. Mais en aucun cas, les

[1]HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, *op. cit.*, t.III, n°711; *contra* RIPERT et ROBLOT, t.I, *op.cit*., n°724.
[2]P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.* , p. 325, n°563 *in fine*.
[3]J. FLOUR, J.-L. AUBERT, *op. cit.*, n°349, p.258.
[4]A propos d'une transformation irrégulière, Grenoble, 31 mai 1983, *J.C.P.*1984, II, 20177, note Y. REINHARD; *Rev. jurispr. com.*, note J. MESTRE.
[5]Cass. req., 4 juillet 1934, *D. H.* 1934, 426; *S.* 1934,I, 339, note H.ROUSSEAU : art. 31 loi du 24 juillet 1867.

actionnaires ne peuvent approuver cette délibération. La confirmation tout comme la régularisation sont interdites. Certes la nature de la nullité pourrait commander une telle solution. Mais, il n'est pas certain qu'il s'agisse d'une nullité absolue, c'est-à-dire d'intérêt général. Le terme d'ordre public utilisé par la jurisprudence prête à confusion.

La nullité absolue ne sanctionne pas toutes les hypothèses de violation de l'ordre public. Les critères se sont affinés avec le temps. Actuellement, seule l'exclusion illégitime d'un actionnaire appelle, selon les tribunaux, le qualificatif "absolu" apposé à la nullité[1] sans avoir à rechercher les incidences sur la majorité requise. Pourtant, la nullité est édictée en vue d'intérêts particuliers et collectifs, puisque le vote constitue à la fois un droit personnel de chaque associé et un rouage essentiel dans le fonctionnement des sociétés. Elle est donc relative. C'est pourquoi certains arrêts admettent la renonciation tacite d'un actionnaire à exercer l'action en nullité d'une assemblée générale qui s'était tenue hors de sa présence par ruse et artifice[2].

La nullité absolue ne peut, selon nous, sanctionner les règles impératives du droit des sociétés, car celles-ci ne relèvent que d'un ordre de protection collective. La distinction entre nullités absolues et relatives fondée sur le caractère d'ordre public des prescriptions légales relatives à la composition des assemblées est donc fort maladroite. Elle conduit à une confusion fâcheuse sur la nature des intérêts à protéger et le régime des nullités applicable. L'interdiction de régularisation ou de confirmation peut, de surcroît, être contraire à l'intérêt collectif de la société.

Les décisions sociales ne sont pas le fruit d'un contrat, mais d'un acte collectif qui ne requiert nullement l'unanimité des associés pour sa validité. La motivation des tribunaux repose toujours sur l'idée de ce contrat originel fondant la société et les actes qui en émanent. Le retour fréquent à l'application du droit commun des contrats en est la preuve. L'examen des conditions de validité de la société et des actes ou délibérations passés par les dirigeants ou les actionnaires suffit bien

---

[1]Civ.3ème, 22 février 1989, *Bull. civ.* 1989, n°47, p.26, *D.* 1990, *I.R.*87; Paris, 26 mars 1986, *Bull. Joly*, 1986, 619, *Rev. juris. com*. 1986, p.332, note J.-J. DAIGRE, *Rép. Defrénois*, 1987, p.616, note J. HONORAT; *cf.* autres références, P.MACQUERON, *Juris-classeur*, Soc. comm., *Fasc.* 136, 1990, *Ass. d'act*. n°172.

[2]Cass. com. 19 nov. 1991, *Dr. soc.* janv.1992, 15, p.30.

souvent à la jurisprudence pour accorder ou non l'annulation sans considération aucune pour l'aspect collectif interne ou externe de la société. C'est méconnaître le système des nullités en droit des sociétés fondé sur la notion d'ordre public de protection collective. La violation des règles de droit des sociétés ne peut entraîner la nullité absolue car, bien que d'ordre public, celles-ci ne visent pas l'intérêt général. La nature de la nullité est donc uniforme : d'essence relative sauf exception, elle implique un recours systématique à la régularisation, contrairement au droit commun des contrats. Tel est le sens des dispositions sur la régularisation, notamment des commandements faits au juge dès qu'une action en nullité en droit des sociétés est déclenchée[1].

De la même façon, la prescription unique des actions en nullité édictée par le législateur en droit des sociétés s'oppose à un quelconque rattachement aux nullités selon une classification bipartite.

§2 La prescription

Le besoin de sécurité juridique commande l'abréviation du délai de droit commun. En effet, l'extension du droit d'agir en nullité dans l'intérêt collectif de la société peut inquiéter certains tiers et de même que la régularisation est favorisée, la prescription est accélérée. Le droit des sociétés offre l'exemple type de nullités dont la prescription est abrégée précisément parce qu'elles sont ouvertes à tous[2]. Le législateur n'a pas cessé de réduire le temps de la prescription de l'action en nullité[3] : d'abord fixé à dix ans[4], ce délai a été ramené à cinq ans par le décret-loi du 30 octobre 1935[5], puis à trois ans[6], par la loi du 24 juillet 1966[7], voire à six mois dans les opérations de fusion ou de scission de

[1]Article 1844-13 du Code civil et article 363 de la loi du 24 juillet 1966.
[2]J.CHEVALLIER, *rapport précité*, p.520.
[3]pour un historique détaillé sur la durée et le domaine de la prescription abrégée, *cf.* HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, *op. cit.*, t.1, n°699, p.538-539.
[4]Article 8 de la loi du 24 juillet 1867 pour les sociétés par actions (loi du 1er août 1893) et pour les S.A.R.L. (loi du 7 mars 1925).
[5]Même article.
[6]Sous réserve du délai de forclusion de l'article 365 de la loi du 24 juillet 1966.
[7]Article 367 alinéa 1 de la même loi.

sociétés commerciales, par la loi du 5 janvier 1988[1]. Cependant, ce n'est qu'en 1978 que la prescription triennale a été étendue à toutes les sociétés[2]. Ce régime général s'étend également aux nullités des actes et délibérations de sociétés[3], y compris aux conventions réglementées[4], depuis la loi du 24 juillet 1966.

Face à un délai unique de prescription de l'action, la distinction de régime entre nullités relative et absolue aurait dû disparaître, emportant celle de la classification elle-même. Mais la doctrine et la jurisprudence en ont décidé autrement. La prescription abrégée édictée par le législateur est considérée comme dérogatoire au droit commun. Dès lors, la prescription trentenaire à laquelle sont attachées les nullités absolues permet encore d'échapper à la courte prescription extinctive dont le champ d'application est confiné aux nullités qualifiées de relatives[5]. La double prescription fondée entièrement sur la distinction des nullités absolues et relatives, telle que la loi du 24 juillet 1867 la connaissait, renaissait alors immédiatement des cendres. Or, selon la doctrine classique, la prescription abrégée corollaire de la nullité relative repose sur l'idée d'une confirmation tacite ou présumée. Un tel fondement ne pouvait s'accorder avec la consécration de la régularisation comme mode d'extinction objectif de l'action en nullité.

Certains auteurs ont alors cherché à imposer la qualification de délai préfix. Cette analyse a longtemps prévalu[6]. Elle se fondait sur le principe de sécurité juridique poussé à l'extrême[7]. Un revirement de jurisprudence a mis fin à cette conception[8]. Elle impliquait surtout l'absence de droits prescriptibles en matière de nullité. Toutefois, les critiques adressées à la doctrine classique ont permis de mettre en exergue l'unité de la prescription autour de la notion de société.

---

[1]*ibidem*, alinéa 2; N.B. Ce délai super abrégé est entendu très strictement : les apports partiels d'actif n'y sont pas soumis, CA Paris, 14 avril 1999, aff. Idéal Standard, *Bull. Joly*, 1999, p.869, §205, note PLC.

[2]Article 1844-14 du Code civil.

[3]Article 367 de la loi du 24 juillet 1966.

[4]Article 105 de la loi du 24 juillet 1966.

[5]Beaucoup trop d'arrêts font bon marché de la prescription abrégée *a priori* unitaire, cf. GROSCLAUDE, *th. préc.*, p.454-455.

[6]Cf. références doctrinales citées par P.MACQUERON, *Juriscl. Soc.com,* Fasc. 32-B, *art. préc.*, n°60.

[7]FLOUR et AUBERT, *op. cit.*, n°360, p.266.

[8]Com. 24 fév. 1976, *Rev. soc.* 1977, 89, *1ère esp.*, note Y. CHARTIER; *J.C.P.* 1976, II, 18506, *1ère esp.*, note C.LUCAS de LEYSSAC.

C'est là encore le principe de protection de la société dans son aspect collectif interne et externe qui domine dans la détermination du fondement de la prescription et de sa nature. La société confère des droits et des obligations. Certains sont sanctionnés par la nullité. Le régime de la prescription de l'action en nullité en droit des sociétés obéit aux règles relatives à la possession[1], comme pour toutes les prescriptions des obligations. Sans examiner plus avant le fondement de cette action, la jurisprudence tranche actuellement pour la qualification de prescription.

La personnalité morale modifie certes le contenu des droits des associés, voire leur nature, mais l'émergence de devoirs et de droits collectifs ne supplante pas complètement l'existence de droits individuels. Les droits subjectifs des associés dans les sociétés non immatriculées sont seulement tempérés par la notion d'intérêt collectif.

Le régime de la prescription de l'action en nullité est donc invariable, quel que soit le degré d'élaboration de l'être collectif.

Ainsi, d'une part, la nature de ce mode involontaire d'extinction de l'action en nullité appelle la qualification de prescription (A.). D'autre part, l'idée d'une prescription unique quelle que soit la cause de nullité envisagée, doit s'imposer en droit des sociétés (B.).

A. Nature du délai édicté par les articles 1844-14 du Code civil, 105 et 367 de la loi du 24 juillet 1966.

Liée à la notion de possession, la qualification de prescription de l'action en nullité (1.) implique un régime spécifique (2.).

1. Prescription de l'action en nullité en droit des sociétés

Un courant majoritaire s'est développé autour de la notion de prescription et non de délai préfix (a.). Le seul fondement de cette prescription extinctive de l'action en nullité repose sur l'idée émise par

[1]Articles 2219 et suivants du Code civil.

Joseph HÉMARD de "possession d'état de société sérieuse et régulière"[1] (b.).

a. Rejet de la thèse du délai préfix

Les délais préfix font figure dans notre droit de véritable "boîte de Pandore"[2]. La nature du délai ne peut être en effet décelée dans la définition de l'épithète "préfix". Celui-ci signifie, d'après le Littré, "fixé à l'avance, déterminé". Or, d'un point de vue général, tout délai, y compris de prescription, entre dans le cadre de cette définition.

Les partisans de l'idée du délai préfix[3] prétextaient de la brièveté[4] ou de la rigueur[5] du délai, fixé par le législateur en droit des sociétés pour rendre celui-ci insusceptible de suspension ou d'interruption. Mais la prescription abrégée répond au même critère tout en connaissant un régime autre. La durée ne représente qu'une différence de degré[6].

Puis, c'est le caractère d'ordre public des délais préfix qui a été invoqué. Louis JOSSERAND considérait ces délais comme des mesures de "police juridique"[7]. Mais cette analyse conduit à déplacer le problème car, pour déterminer la nature du délai, il faut se livrer à une recherche souvent divinatoire de l'intention du législateur.

---

[1]*th. préc.*, n°518, repris par LEBLOND, "Les actions en nullité en droit des sociétés", *G.P.*1976, 1, 79 qui, quant à lui, en déduit l'idée d'un délai préfix.

[2]Stéphanie FOURNIER, Essai sur la notion de prescription en matière civile, Thèse Grenoble, 1992, n°242, p.308.

[3]Joseph HÉMARD *th. préc.* n°518, p.674; C.HOUPIN et H. BOSVIEUX, Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations, t.1, 7ème éd., *Sirey*, 1935, n°796; Ch. LYON-CAEN, L.RENAULT et A.AMIAUD, *L.G.D.J.*, t.2, 2ème partie, 1929, n°785; P.PIC, Des sociétés commerciales *in* Traité général théorique et pratique de droit commercial de E.THALLER, 1925, t.2, n°995; J.RAULT, Les sociétés commerciales *in* Traité théorique et pratique de droit commercial de J.ESCARRA, E.ESCARRA, J. RAULT, *Sirey*, 1951, t.2, n°839 et 847; COPPER-ROYER, Traité des sociétés anonymes, t. 1, 4ème éd., *Dalloz* 1931, n°141.

[4]G.RIPERT et J.BOULANGER, Traité de droit civil d'après le traité de PLANIOL, t. II, Obligations, droits réels, *L.G.D.J.*, 1957, n°732.

[5]M.VASSEUR, "Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure", *R.T.D.Civ.* 1950, p.443.

[6]J.CARBONNIER, "Notes sur la prescription extinctive", *R. T.D.Civ.* 1952, p.178.

[7]*Cours de droit civil positif français*, t. 2, 3ème éd., 1939, n°1006; ou VOIRIN, note sous Trib. civ. Senlis, 26 juin 1946, *D.* 1948, 76.

L'association des délais de forclusion à la notion d'ordre public est au demeurant très contestée[1].

En outre, l'ordre public intéresse également la prescription. Or, il peut paraître quelque peu paradoxal de reconnaître simultanément qu'un délai d'ordre public éteint l'action en nullité et que l'ordre public appelle inversement l'imprescriptibilité de l'action en nullité pour illicéité de l'objet social notamment. De plus, la prescription pourrait alors être soulevée d'office par le juge.

Un autre argument est tiré de l'objectif de sécurité juridique visé par le législateur. La prescription extinctive serait la sanction de la négligence du créancier[2]; elle équivaudrait à une présomption de paiement[3]. Or, l'écoulement d'un délai préfix condamnerait tout autant l'inertie du titulaire de l'action en nullité. D'une façon générale, c'est la protection des tiers qui est visée. Les délais de forclusion répondraient mieux à cet objectif compte tenu de leur régime. Telle est la position de certains auteurs[4]. Mais la loi du 24 juillet 1966 appréhende le droit des sociétés de manière plus globale. Tout est mis en oeuvre pour assurer un subtil équilibre entre la protection des associés et celle des tiers. L'extinction de l'action en nullité en ce domaine n'y échappe pas[5]. La directive communautaire 68/151 relative aux nullités de constitution de sociétés répond à cette double finalité, sans imposer pour autant de délai préfix. C'est donc toujours l'intérêt collectif qui doit être pris en considération.

Pourtant, la jurisprudence actuelle se contente d'un raisonnement purement exégétique pour écarter la thèse du délai préfix: outre le fait que les articles 1844-14 du Code civil, 105 et 367 de la loi du 24 juillet 1966 emploient tous le terme de "prescription", la Cour de cassation a affirmé à diverses reprises qu'un délai de prescription ne pourrait être insusceptible d'interruption ou de suspension qu'en vertu d'une disposition expresse dérogatoire au droit

---

[1]M.VASSEUR, *chron. préc.*, p.446.
[2]H. et L.MAZEAUD, J.MAZEAUD, Fr. CHABAS, *op. cit.*, n°1166, p.1206.
[3] *ibidem*, n°1167s., p.1207.
[4]LEBLOND, *art. préc.*; Cl. LUCAS DE LEYSSAC, note sous Aix-en-Provence, 10 avril 1974, *J.C.P.* 1976, II, 18274 à l'exception de l'article 105 de la loi du 24 juillet 1966 qui retarde la computation du délai au jour de la révélation de la convention.
[5]J.HÉMARD,F.TERRÉ et P.MABILAT, *op. cit.*, t. III, n°702; B.MERCADAL et Ph. JANIN, *op. cit.*, n°3763; G.RIPERT et R.ROBLOT, *op. cit.*, t.1, n°758.

commun relatif au régime de la prescription édicté par les articles 2242 et suivants du Code civil[1]. Les dispositions spéciales relatives à l'action en nullité en droit des sociétés ne font pas exception à la règle, sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux[2].

Il peut paraître quelque peu curieux de déterminer la nature du délai en fonction de son régime, d'autant plus qu'aucune disposition d'ensemble relative aux caractéristiques des délais préfix ou de forclusion n'existe depuis la loi du 16-24 août 1790, qui les consacre pour la première fois[3]. En dépit d'une tendance jurisprudentielle manifeste au rapprochement de leur régime respectif[4], le principe de la distinction entre la prescription abrégée et les délais préfix reste néanmoins acquis en doctrine[5].

L'appétence de qualification se heurte aux difficultés de systématiser selon chaque catégorie de délai. Mais l'état du droit positif ne peut se satisfaire que dans la mesure où il prend assise sur un véritable fondement juridique.

Une thèse récente a alors proposé comme critère de distinction entre ces différents délais, l'existence ou l'absence de possession[6]; elle rejoindrait ainsi l'idée, émise naguère par Joseph HÉMARD, qu'une possession d'état de société réelle et sérieuse peut être efficacement opposée contre l'exercice de l'action en nullité de la société. L'extinction de l'action en nullité va de pair avec l'acquisition par la société d'un titre (acte constitutif) conforme à son état de société valide à l'image des personnes physiques. Cette conception de la prescription liée au mécanisme de la possession peut alors, selon nous, être généralisée comme fondement de tous les délais pour agir en nullité en droit des sociétés quel que soit l'acte juridique envisagé.

---

[1]A propos de l'article 105 de la loi du 24 juillet 1966 : Cass. com. 24 fév. 1976 *précité*, Cass. com. 13 déc. 1976, *D.S.* 1977, 375, note M. JEANTIN; Cass. com. 10 juillet 1978, *Bull. civ.* IV, n°195; en matière de droit aérien, malgré le terme de "déchéance" utilisé par l'article 332-3 du Code de l'aviation civile: A.P. 14 janv. 1977, *Bull. Ass. plén.* n°1; *D.* 1977, 89, concl. R.SCHMELK.

[2]Réponse ministérielle, *J.O.* déb. Ass. nat. 26 janv. 1981, p.373; *Rev. soc.* 1981, 206.

[3]M.VASSEUR, *chron. préc.*, p. 441-442.

[4]H.et L.MAZEAUD, J.MAZEAUD, Fr. CHABAS, *op. cit.*, n°1170, p.1209.

[5]M.BANDRAC, *op. cit.*, n°174, p.173.

[6]S. FOURNIER, *th. préc.*, notamment n°244, p.314.

b. Fondement de la prescription extinctive de l'action en nullité : la possession d'un droit

Selon le doyen CARBONNIER, "les délais préfix ont pour objet propre des actions que le législateur n'a admises qu'à titre exceptionnel et comme à regret, tandis que ce sont des droits bienvenus et pleinement épanouis qui se prescrivent"[1].

Cette déduction empirique n'énonce certes pas un fondement juridique, mais met en lumière la nature réelle du délai édicté par le législateur en matière de sociétés. Déjà, Pierre VOIRIN énonçait qu'un délai de prescription est fonction directe de l'existence d'un véritable droit[2]. La différence entre délai de forclusion et délai de prescription serait ainsi fondée sur la possession d'un droit et non d'une simple action. Cette distinction aurait fait long feu selon M. VASSEUR[3]. Rien n'est moins sûr[4].

René JAPIOT, dans une optique processualiste, avait déjà pressenti l'obligation de dissocier l'action du droit dont elle est l'accessoire. Il avait alors proposé de distinguer le droit de critique de l'action en nullité. Toutefois, M. VASSEUR avait remarqué, à juste titre, qu'une telle assertion relève de la plus pure phraséologie car l'action en nullité et le droit de critique s'apparenteraient tous deux à une logique processualiste sans dégager le droit substantiel y afférent[5]; accorder une action ou un droit d'agir, c'est formuler un truisme[6]. C'est en ce sens qu'il faut comprendre l'assimilation de l'action au droit d'être entendu de l'article 30 du N.C.P.C.[7]

Aussi, le Doyen ROUBIER a cru pouvoir affirmer que l'action en nullité est indépendante de tout droit subjectif préexistant : celle-ci est accordée par le droit objectif à toute personne sur la base d'un intérêt

---

[1] *R.T.D.Civ.* 1952, *chron. précitée,* p. 178.
[2] à la différence des délais préfix qui seraient prescrits "en haine du droit qu'il concerne": note au *D.* 1934, 2, 33, col. 2.
[3] *chron. préc.,* p. 448.
[4] S. FOURNIER, *th.préc.* , n°244, p.314.
[5] *chron. préc.*, n°11, p. 450.
[6] P. ROUBIER, *op. cit.*, p.56.
[7] "L'*action est le droit*, pour l'auteur d'une prétention, *d'être entendu* sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée."

légitime[1] pour réagir contre une situation juridique[2]. L'action en nullité n'est que la sanction d'un devoir de vérifier les conditions de validité prescrites par loi pour la confection d'un acte juridique[3]. Placer ainsi l'action en justice sous le régime de la légalité[4] comporte deux avantages : cette thèse marque, d'une part, l'autonomie de l'action par rapport au droit, d'autre part, les limites de la théorie processualiste qui considère l'action en justice comme un droit subjectif à part entière. Le droit en effet ne se dissout pas dans l'action, tel un "droit sur pied de guerre", selon la conception romaine[5]. A l'inverse, l'action n'absorbe pas toute la notion de droit subjectif, conçu alors *techniquement* comme *la faculté pour l'individu de déclencher l'impératif contenu dans la règle de* Droit[6]. L'action n'est que "l'enveloppe protectrice du droit"[7]. Comment expliquer autrement la survie de l'exception de nullité, si la prescription atteint à la fois l'action et le droit ?

Cependant, la thèse de Paul ROUBIER, à trop définir les situations juridiques, réduit le domaine des droits subjectifs à une peau de chagrin[8] sans tirer pour autant d'argument utile de l'opposition. "Les actions en justice sanctionnent normalement des droits et non de simples intérêts"[9]. L'intérêt à agir seul est insusceptible de possession et par conséquent de prescription. L'objet de la prescription extinctive en matière de nullité des actes juridiques est resté longtemps obscur en raison d'une confusion de l'action et du droit inhérente aux différentes théories des nullités elles-mêmes.

La difficulté pour caractériser le fondement de certaines actions ne doit pas inexorablement conduire à la négation du droit subjectif qui les sous-tend. Au risque d'entrer en contradiction avec le droit positif, un auteur récent a ainsi écarté l'idée d'une prescription substantielle de

---

[1]*ibidem*, p.60.
[2]*ibidem*, p.75.
[3]*ibidem*, p.59.
[4]*ibidem*, p.56.
[5]*ibidem*, p. 54.
[6]H. MOTULSKY, *op. cit.*, p.29.
[7]IHERING, *L'esprit du droit romain*, traduction de Meulenaere, 3ème éd., t.IV, §70, p.327-328, cité par Jean DABIN, Le droit subjectif, *Dalloz*, 1952, p.65.
[8]Avec certes moins d'ardeur que dans l'exposé de L. DUGUIT, Traité de Droit constitutionnel, t1, 3ème éd., Paris 1927, *spéc.* p.15s., 217s., 275s., 307s., 431s., repris et critiqué par H. MOTULSKY, *op. cit.*, n°24, p.27s. et n°79, p.76s.
[9]Paul RAYNAUD, note sous Trib. civ. Seine, 19 juin 1957, *D.* 1958, 67, notamment p.70, col.2.

l'action en nullité par application des principes dégagés par ROUBIER[1]. Cette thèse, curieusement, admet la prescription extinctive de l'action en nullité en matière processuelle tout en reconnaissant son incompatibilité avec l'application pourtant constante de la règle *quae temporalia*.... Mais concéder l'aptitude du droit de critique à la prescription, c'est logiquement rejeter les prémisses sur lesquelles se fonde la théorie de ROUBIER, pour affirmer que l'action en nullité naît d'une situation juridique réactionnelle et objective[2].

Les classiques concevaient la nullité comme un état pathologique de l'acte. Les actes mort-nés ne nécessitaient qu'un constat par le juge par opposition aux actes invalides appelant une véritable action en nullité. Dans tous les cas, la situation substantielle décrite ne laissait aucune place à la notion de droit subjectif.

Au vingtième siècle, René JAPIOT et plus tard Eugène GAUDEMET, analysent la nullité comme une sanction. De ce fait, ils attribuent à certaines personnes un droit de critique, conçu comme un "droit subjectif à la légalité"[3]. D'autres travaux plus récents restaurent l'assise substantielle objective de la nullité en dégageant toutes les conséquences de la violation de la loi[4] ou démontrent l'autonomie de l'action en nullité[5]. Néanmoins ces diverses théories ne distinguent pas véritablement l'action en nullité proprement dite du droit subjectif substantiel sous-jacent.

De même, poursuivant dans la dichotomie du droit subjectif et de l'action, Monique BANDRAC développe, de nos jours, l'idée d'une prescription extinctive processuelle de l'action en nullité[6] fondée sur l'article 30 du nouveau Code de procédure civile. Mais renonçant à la découverte d'un quelconque droit subjectif, cet auteur parvient à la même conclusion que Paul ROUBIER à savoir que la nullité substantielle est inapte à subir la prescription[7]. La recherche a avorté

---

[1]M.BANDRAC, *op. cit.*, p.143s., *spéc.* p.154s.
[2]*Op. cit.*, p.74s.
[3]Les guillemets mettent l'accent sur le caractère antinomique de l'expression qui nous est personnelle.
[4]DUPEYRON, *th. préc.* : réparation du vice de l'acte par la régularisation, cf. *supra* , §1
[5]G. COUTURIER, *th. préc.* : étude de la confirmation définie comme une renonciation à cette action, cf. *supra*, §1.
[6]*Thèse préc.*, p.144s.
[7]Paul ROUBIER, "Droits subjectifs et situations juridiques", *Dalloz*, 1963, p.74-75.

malgré une tentative méritante pour soumettre à nouveau l'action en nullité à la prescription. Or, il faut trancher : ou bien les nullités représentent une matière imprescriptible, ou bien elles appellent une prescription éventuelle, et il faut alors creuser pour mettre à nu le ou les droits qui sous-tendent l'action.

Certes, la prescription extinctive de l'action en nullité ne correspond jamais à l'effacement substantiel de l'acte et donc du droit. Mais tel n'est pas l'objet de la prescription, qui ne prétend pas réparer l'acte mais éteindre l'intérêt à agir en nullité. Il n'y a pas donc pas d'incohérence à concevoir la nullité comme la sanction des effets d'un acte juridique irrégulier, et la prescription, à l'inverse, comme la consolidation de ceux-ci. En maintenant le *statu quo*, les effets de l'acte sont conservés. Les actions en restitution sont paralysées. La prescription permet ainsi une adéquation du droit au fait. La possession en est l'outil. Toute autre solution briserait les efforts réalisés au début de ce siècle par René JAPIOT et Eugène GAUDEMET, en ressuscitant la conception classique des nullités où l'état de l'acte seul, comme situation objective et intangible, est à prendre en considération[1].

Paradoxalement, Paul ROUBIER reconnaît que l'action en nullité peut faire l'objet d'une renonciation[2]. C'est dire que celle-là porte sur un droit subjectif, mais elle ne puise pas ses racines dans une situation, même subjective. L'action en nullité trouve sa source dans le droit objectif, mais avant toute violation de celui-ci ; elle préexiste et ne constitue donc pas non plus une situation *ex post*, même si l'acte générateur de droits et d'obligations ne peut être anéanti qu'*a posteriori* par la mise en oeuvre de l'action en nullité par son titulaire. Il ne faut pas confondre alors la cause de l'action qui réside dans la violation du droit objectif ou le vice qui atteint l'acte avec l'intérêt à agir dont le droit subjectif est le support[3].

La démonstration d'un intérêt à agir n'est pas exclusive de la notion de droit subjectif. Même les plus fervents partisans de la thèse

---

[1]*Contra* Pierre RAYNAUD, Préface à la thèse de M.BANDRAC, *préc.*, p.7.
[2]*ibidem*, p. 75a) *in fine*.
[3]Jean -Luc AUBERT, "Le droit pour le créancier d'agir en nullité des actes passés par son débiteur", (Un aspect particulier de la théorie générale des nullités), *R.T.D.Civ.* 1969, n°14, p.702.

processualiste estiment que l'existence d'un droit subjectif ne dispense pas de justifier d'un intérêt légitime, c'est-à-dire un motif digne d'être pris en considération par l'ordre juridique. A défaut, il convient de mettre en oeuvre la théorie de l'abus de *droit*[1]. C'est dire que les droits subjectifs n'ont pas un caractère absolu. Des intérêts supérieurs peuvent en limiter la portée. L'impératif de sécurité juridique qui commande par exemple la réduction des causes de nullités en droit des sociétés, tempère la plénitude des droits accordés aux associés pour protéger l'intégrité de leur volonté. C'est pourquoi la jurisprudence exige sous peine d'irrecevabilité de la demande en nullité la preuve d'un intérêt d'ordre juridique[2]. Mais l'intérêt collectif considéré est toujours rattaché à l'existence d'un droit subjectif, ou qu'il le modère ou qu'il le relie à l'exercice d'une fonction au sein de la société. L'intérêt légitime requis au sein des groupements n'est alors plus seulement appréhendé comme une borne du droit subjectif mais comme un moyen efficace de réaliser celui-ci[3].

Le concept de droit subjectif, quelle qu'en soit la définition[4] est alors indissociable de celui de sujet de droit. Mais l'exigence d'un intérêt légitime ainsi défini ne s'oppose pas à la notion de titularité. L'intérêt collectif est la mesure du droit d'agir en nullité : toute personne susceptible de protéger la volonté créatrice des associés, dispose d'une action. Il marque une limite aux pouvoirs des détenteurs du droit de critique et justifie en même temps une extension du droit d'agir dans l'intérêt de la société. Il ne fait que trancher la question de la recevabilité. Dans tous les cas, ce sont les droits subjectifs des fondateurs et des membres de la société qui sous-tendent une telle action. Même passés au prisme déformant de la personnalité morale, c'est toujours leur effectivité qui est visée. La "socialisation" des droits

---

[1]H. MOTULSKY, *op. cit.*, n°41, p.41.

[2]Cf. *supra*, la notion d'intérêt légitime ; Ch. HANNOUN, "L'action en nullité et le droit des sociétés", *art. préc.* , n°6, p.231s.

[3]Jean-Pierre GASTAUD, "Personnalité morale et droit subjectif, Essai sur l'influence du principe de personnalité morale sur la nature et le contenu des droits des membres des groupements personnifiés", *L.G.D.J.* 1977, Tome CXLIX, *spéc.* p.4 et 15.

[4]Qu'il s'agisse d'un pouvoir de volonté selon WINDSCHEID, *Pandektenrecht*, t.1, 8ème éd; par Kipp, Francfort, 1900, cité par DABIN, p. 56s., ou d'un intérêt juridiquement protégé selon IHERING, *op. cit.*, cité par DABIN, *op. cit.*, p.65s.ou bien encore d'une combinaison de ces deux éléments selon JELLINEK, MICHOUD, FERRARA, SALEILLES, cités par DABIN, *op. cit.*, p.72s. voire d'un signe d'appartenance-maîtrise selon DABIN, *op. cit.* , p.80s.

subjectifs[1] dans un groupement imprime à l'action en nullité un caractère collectif qui n'est nullement contradictoire avec l'idée de droit subjectif. Car subjectif n'est pas synonyme d'individuel.

Les titulaires de l'action en nullité sont toujours déterminés en fonction d'un droit subjectif préexistant dont on souhaite assurer la protection. Si la constitution ou les actes délibératifs de société ne produisent aucun effet, il n'existe alors aucun intérêt à agir en nullité : ce n'est pas la volonté en tant que telle qui est protégée, mais son résultat.

L'obligation de conformité aux règles de validité des actes juridiques et aux dispositions de l'ordre public sociétaire ne doit pas masquer l'importance de la volonté comme mode de création et d'accomplissement de droits subjectifs dans une organisation collective, dont la protection est le seul fondement du droit objectif[2].

Tout repose sur la définition que l'on donne de la nullité. Certes, l'assise substantielle objective de la nullité réside dans la violation de la loi. Mais l'annulation ne se borne pas à la déclaration de l'invalidité de l'acte, autrement dit à sa non-conformité au droit objectif. Subjectivement la nullité est une sanction. Celle-ci consiste dans la suppression des effets de l'acte. L'action en nullité n'est à ce titre pas autonome des actions corrélatives, telle la demande de liquidation ou des actions en revendication ou restitution[3]. On n'imagine guère une action en nullité qui ne soit pas assortie d'une demande de restitution[4]. Ce sont toujours leurs droits nés de l'acte que les parties à l'instance font valoir en justice ; rétablir la légalité n'est qu'un moyen. La prescription de l'action en restitution se moule alors sur celle de l'action en nullité[5]. Sont restitués des biens ou des droits. Ce sont ces droits, conséquences de l'acte juridique qui sont annulés et soumis ainsi à l'objet de la prescription. En aucun cas, le droit subjectif ne naît de la situation illicite : l'action en nullité n'est pas le droit subjectif attaché à

---

[1]G. RIPERT, "Aspects juridiques du capitalisme moderne", *op. cit.*, n°126, p.273; Ed. BERTRAND, "De l'ordre économique à l'ordre collectif", *chron. préc.*, *spéc.* p.178 et 189.

[2] HEGEL, "Principe de la philosophie du Droit", *Ed.* GALLIMARD, 1940, Coll. Idée: "Le droit a pour essence la volonté de l'homme et pour fin sa liberté".

[3]*Contra*, BANDRAC, *th. préc.*, p.148.

[4]Cf. *infra*, deuxième partie, introduction.

[5]PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. IV, n°314 : "La prescription de l'article 1304 ne s'applique pas aux actions en répétition de l'indu lorsqu'elles ne supposent pas préalablement l'annulation de l'acte en vertu duquel a eu lieu le paiement".

une situation irrégulière[1]. Les voies de droit sont ouvertes dans la mesure où l'acte juridique est protégé par la norme.

Les actes collectifs de société font naître le droit d'associé avec ses attributs ou divers autres droits de créance. Ces droits subjectifs sont soumis à la prescription substantielle. L'action en nullité instituée au profit des associés n'est pas une fonction conférée à ceux-ci pour la défense de la loi mais pour leur faire respecter leurs droits ou plus exactement ceux de la société personne morale dont ils sont membres[2]. L'inefficacité d'un acte vicié porte atteinte à des droits subjectifs de manière indirecte[3]. Dès lors, l'action n'est pas le droit subjectif lui-même, elle se rattache à un droit subjectif préexistant[4].

La question peut en effet se poser dans la mesure où l'action en nullité évolue vers une action sociale : les détenteurs du droit de critique ne sont pas nécessairement parties à l'acte et l'associé doit parfois démontrer un intérêt légitime à exercer son action[5]. Néanmoins considérée comme attachée, soit aux droits subjectifs de l'associé ou aux droits-fonctions des organes de la société, soit aux droits de créance de toute personne en relation juridique avec la société ou un de ses membres, l'action en nullité peut se prescrire. La survivance du droit rend rationnelle l'application constante de la règle "*quae temporalia*"[6].

Ainsi, toute l'ambiguïté du système des nullités en droit des sociétés repose sur l'existence de droits subjectifs de l'associé, à la fois comme principe du droit objectif à la légalité et comme limite à celui-ci en vue de la réalisation de l'objet social[7]. Le postulat selon lequel l'action en nullité ne repose sur aucun droit est ainsi réfuté. La prescription de l'action en nullité n'est donc justifiée que par l'existence de ces droits subjectifs exercés dans l'intérêt collectif. La personne morale les exerce par le biais de ses organes.

---

[1]L.DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, Paris Cujas, 1979, tome 1, §22, p.243; §29, p.248 et p.259.

[2]*Contra* BANDRAC, *th. préc.*, spéc. n°157, p.157.

[3]GROSCLAUDE, *th. préc.*, p17s.

[4]*Contra* DABIN, *op. cit.*, p.23 : la voie de droit est constitutive d'un droit subjectif.

[5]Cf. *supra*, les titulaires de l'action en nullité.

[6]*Contra* BANDRAC, *th. préc.*, spéc. n°162s.

[7]J. DABIN, *op. cit.*, p.22 : "...il n'en reste pas moins, cette fois encore, que le droit objectif est, d'une certaine manière, dépassé et primé par le droit subjectif : dans le cas précédent, le subjectif était au *principe* de l'objectif puisqu'il créait la norme; dans le cas présent, le subjectif est au *terme* de l'objectif, puisque le sujet est admis à faire état de la norme comme de son propre bien".

Dès lors, la thèse processualiste[1] qui analyse la prescription extinctive uniquement comme une fin de non-recevoir, selon les termes de l'article 122 du N.C.P.C., est à rejeter, car elle nie les droits subjectifs des associés qui fondent l'action en nullité. La prescription de l'action en nullité ne se confond pas avec un simple délai de forclusion. A l'inverse, la thèse substantialiste[2] qui repose sur l'idée que la prescription éteint à la fois le droit et l'action, selon une conception unitaire de la prescription et de l'usucapion, est trop dogmatique pour prétendre expliquer la survie de l'exception de nullité, nécessairement fondée sur l'idée d'un droit subjectif atteint d'une cause de nullité.

La prescription extinctive n'est donc pas totalement étrangère au droit substantiel, car elle consacre l'impuissance du droit subjectif ou collectif en l'occurrence par l'absence de consommation de l'action en nullité. Elle est la conséquence d'un défaut d'exercice, donc de possession, du droit. C'est en effet la possession qui permet d'acquérir, et non le simple écoulement du temps. Toute prescription consacre nécessairement la possession prolongée d'une chose ou d'un droit[3]. Dès lors, l'extinction de l'action en nullité, conformément à l'article 2262 du Code civil, n'a de sens que si la société acquiert dans le même temps une chose ou un droit par application des articles 2228 et 2229 du Code civil. La dualité de fonction des deux prescriptions se dilue dans l'identité du mécanisme qui les anime quel qu'en soit l'objet. Mais, seule la thèse substantialiste dualiste[4], fondée sur l'idée de possession, rend compte à la fois de l'échec de l'action face à l'acquisition d'un droit fragile du fait de la survie du droit originaire.

Ainsi, l'idée d'une possession d'état de société réelle et sérieuse fait obstacle à l'action en nullité exercée contre une société. Les droits subjectifs issus de tout acte collectif constitutif ou réalisé en cours de vie sociale sont acquis définitivement à leur titulaire : leur possession pendant une durée de trois ans les rend inattaquables pour cause de

---

[1]POTHIER, Traité des obligations, TII, 1774, n°641 (1ère étude), "De la prescription qui résulte de la possession", (2ème étude), cité par M.BANDRAC, *op. cit.*, p.12.

[2]DOMAT, "Les lois civiles dans l'ordre naturel", Paris 1767, p.272, cité par M.BANDRAC, *op. cit.*, p.12.

[3]F.ZÉNATI, "Les biens", Coll. Droit fondamental, Ed.*P.U.F.*, 1988, n°315-316, p.323s.

[4]S.FOURNIER, *th. préc.*, n°302s., p.392, reconnaît ce dualisme dans le droit positif par une extinction non absolue du droit, bien qu'elle soutienne l'idée d'une conception unitaire; même dépassement de la controverse dans un essai de construction d'un système dualiste par M.BANDRAC, *op. cit.*, p. 52 s., n°38s.

nullité. Seule l'exception de nullité peut remettre en cause l'efficacité de ces droits, mais non leur existence.

La possession comme fondement de la prescription extinctive de l'action en nullité se concilie alors parfaitement avec la notion d'annulabilité, car l'acte annulable est considéré comme valable tant qu'il n'est pas annulé par jugement. La prescription met un terme à la validité provisoire de l'acte : la nullité ne peut plus être invoquée par voie d'action. Le caractère rétroactif de l'effet acquisitif de la possession ne s'oppose pas non plus à la survie de l'exception de nullité. En effet, le droit qu'avait celui contre qui la prescription a été acquise demeure seulement privé de son action ; le seul droit efficace est celui qui bénéficie de la possession.

La prescription de l'action en nullité n'est pas assimilable à une renonciation, puisque le droit subsiste ; elle ne suit donc pas le régime de la confirmation même tacite[1]. Le titulaire du droit atteint par la prescription n'a pas consenti à l'extinction de son droit au profit de la constitution de celui bénéficiaire de la prescription acquisitive.

Il existe alors deux droits concurrents, car la prescription est un mode originaire d'acquisition de droits subjectifs. L'extinction de l'action en nullité qui assortissait le droit n'est pas la résultante d'un transfert de droits, mais de la confusion, c'est-à-dire d'un cumul faisant suite à l'acquisition des qualités de sujet passif et de sujet actif d'un même droit.

L'extinction du droit par confusion, qui n'est ni absolue, ni définitive, permet ainsi d'expliquer la survie de l'exception de nullité[2]. C'est pourquoi la règle "*quae temporalia...*" ne s'applique pas aux délais préfix qui sont étrangers à la possession et reposent sur un mécanisme d'extinction pure et simple[3]. Ainsi la possession confère aux délais des articles 1844-14 du Code civil, 105 et 367 de la loi du 24 juillet 1966 leur nature juridique véritable. Elle détermine également leur régime.

---

[1] *Contra*, H. et L. MAZEAUD, J.MAZEAUD et Fr. CHABAS, *op. cit.*, n°320s., p.300s.
[2] S.FOURNIER, *th. préc.*, n°306, p. 398.
[3] *ibidem*, n°308, p. 405s, *spéc.* p; 407.

2. Régime de la prescription de l'action en nullité

La thèse du délai de prescription étant retenue, toutes les conséquences attachées à la notion de possession trouvent matière à s'appliquer. Ainsi en est-il du point de départ, des causes de suspension et d'interruption du délai (a.). De même peut s'expliquer l'exception de nullité dans le cadre de la prescription extinctive (b.).

a. Point de départ, causes de suspension et d'interruption du délai de prescription extinctive de l'action en nullité

Le point de départ du délai de prescription extinctive prend naturellement effet le jour où commence la possession. Le délai court ainsi dès la constitution de société, c'est-à-dire lorsque la nullité est encourue[1]. Pour chaque convention, acte ou délibération de la société, s'attache un délai de prescription qui commence à courir dès leur conclusion. Si le point de départ du délai était fixé indépendamment de l'entrée en possession, seule la qualification de délai préfix pourrait être retenue[2]. C'est pourquoi le choix de l'immatriculation comme point de départ du délai fixé par l'article 367 de la loi du 24 juillet 1966 nous semble contestable, car la société n'est pas définitivement constituée à compter de la reconnaissance de la personnalité morale. Dans une telle acception, qui s'expliquait là encore par opposition au régime ancien des sociétés en participation, la doctrine pouvait soutenir avec raison la thèse du délai préfix. Mais cette conception restrictive de la société a été dépassée par l'établissement du régime primaire des sociétés. Toutes les causes de nullité, y compris celles de l'article 360 de la loi du 24 juillet 1966, sont encourues dès la conclusion de l'acte de société[3]. Il est logique que le droit d'agir en nullité prenne naissance dès la constitution de la société[4], car la source de la nullité réside dans l'acte

[1]Articles 1844-14 du Code civil et 367 de la loi du 24 juillet 1966.
[2]*ibidem*, n°244, p.316.
[3]Cf. *infra,* Titre 2, chapitre 1.
[4]HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, t.3, n°700, p.539.

collectif, même si le sujet passif de l'action en nullité diffère selon que la société est dotée ou non de la personnalité morale.

Mais l'exercice de ce droit peut être empêché, d'où un point de départ différé. L'imprescriptibilité de l'action en nullité pour illicéité de l'objet social peut ainsi être justifiée par l'article 2226 du Code civil, qui écarte du domaine de la possession les choses hors du commerce. Pourtant, la généralité des termes de l'article 367[1] de la loi du 24 juillet 1966 pousse certains auteurs à appliquer la prescription triennale à l'action en nullité pour objet social illicite[2]. Une solution médiane peut être trouvée en dissociant l'ouverture de l'action en nullité du point de départ de la prescription. Si des raisons impérieuses d'ordre public interdisent toute activité illicite ou immorale, l'application stricte du régime de la possession à la prescription de l'action en nullité conduit à des conséquences identiques à celles de la reconnaissance de l'imprescriptibilité, puisque l'objet social représente en droit français l'activité réelle de la société, le vice ne s'éteint pas, le point de départ de la possession est donc reporté indéfiniment[3]. Le même raisonnement peut être appliqué aux conventions interdites de l'article 101 de la loi du 24 juillet 1966.

Un auteur préfère alors employer l'expression d'irrégularité continue[4] : le caractère continu de l'irrégularité influe sur le point de départ de la prescription en le retardant jusqu'à ce que le vice ait pris fin, selon les termes de l'article 1304-2 du Code civil[5]. Aussi, les clauses réputées non écrites peuvent-elles relever de ce régime[6]. Le législateur n'exclut pas les clauses réputées non écrites de la prescription simplement en les dissociant des clauses nulles ; on peut effectivement concevoir que la distinction porte sur le point de départ de la

[1]A la différence de l'article 362 de la même loi qui exclut l'objet social illicite du domaine de la régularisation.

[2]MERCADAL et JANIN, *op. cit.*, n°3763

[3]PLANIOL et RIPERT, Obligations, par P.ESMEIN, *op. cit.*, n°310, p.394 : l'action renaît contre chaque acte d'exécution successive constituant une activité illicite.

[4]Ch.HANNOUN, "Remarques sur la prescription de l'action en nullité en droit des sociétés", *chron. préc.*, n°10s., p.53s.

[5]Cf. arrêt *précité* de la Cour d'appel de Paris du 1er décembre 1992: Mais il est quelque peu curieux, en l'espèce, que le défaut d'apport ou l'absence d'*affectio societatis* soient qualifiés d'irrégularités continues. L'existence de l'apport ou de l'*affectio societatis* s'apprécie au moment de la conclusion du contrat de société. Les associés peuvent difficilement invoquer en la matière leur ignorance pour éviter la prescription de l'action en nullité.

[6]Ch.HANNOUN, *chron. préc.*, n°9, p.52; cf. *infra*, Deuxième partie, Titre 2, Chapitre 1.

prescription, l'article 367 étant d'application générale. Mais cette extension du domaine de la prescription aux irrégularités continues ne se justifie que dans la mesure où celles-ci constituent un vice de la possession, c'est-à-dire qu'elles portent atteinte à un droit subjectif. Tel est bien le cas des clauses réputées non écrites, puisqu'elles représentent une violation des statuts, autrement dit de la charte des droits collectifs des associés. C'est dire que l'extinction de l'action en nullité par prescription suppose que la société possède de manière utile; si la possession n'existe pas ou ne se manifeste point par des actes matériels, de manière non équivoque, continue, publique et paisible, elle ne produit aucun effet[1].

La prescription extinctive exige en effet une possession exempte de vices. C'est pourquoi, l'allongement du délai de l'action en nullité en cas de fraude ne se justifie que dans la mesure où la fraude était ignorée de celui qui en est victime. De même, en cas de nullité pour vice du consentement, la prescription ne commence à courir que du jour où le vice a été découvert. Encore a-t-il été nécessaire que la Haute juridiction précise la notion de dissimulation et, par voie de conséquence, de révélation. A l'occasion d'une action en nullité de deux conventions conclues par le président du conseil d'administration sans autorisation de ce dernier, la cour d'appel avait, pour retenir la prescription, énoncé que la société ne rapportait pas la preuve que ces conventions lui avaient été dissimulées, l'une ayant été discutée avec le président du groupe, l'autre ayant été exécutée. La Cour de cassation a cassé l'arrêt rendus par les juges du fond au motif qu'il ne résulte pas des constatations que les conventions aient été portées à la connaissance du conseil d'administration[2]. Il faut en déduire qu'*a fortiori* l'assemblée générale n'a pu être informée : le défaut d'information du conseil d'administration est donc une condition suffisante de la non-révélation à l'assemblée générale[3].

Un raisonnement similaire pouvait être appliqué aux sociétés en participation ; l'action en nullité est imprescriptible tant que le vice de clandestinité empêchait les sociétés en participation de devenir

[1]art. 2229 du Code civil.
[2]Com. 12 janv. 1999, *Bull. Joly*, 1999, §96, p.464, note Bruno PETIT et p.476, note P.L.C.
[3]Même idée déjà émise par P.L.C. sous Soc. 12 fév. 1987, *Bull. Joly*, 1987, p.384, §179.

ostensibles. Tout est une question de preuve[1]. Ainsi s'explique la position de la jurisprudence et de la doctrine, qui excluaient traditionnellement du domaine de la prescription les sociétés en participation occultes : les tiers étant dans l'ignorance de la société, ils ne peuvent donc logiquement arguer d'une quelconque cause de nullité à son encontre[2].

La solution retenue pour les sociétés en participation ostensibles est le fruit d'une démonstration bien différente : l'intérêt des tiers étant préservé, la prescription abrégée ne trouverait pas matière à s'appliquer car rien ne s'opposerait aux pleins effets de la nullité entre participants ; l'application de la prescription du droit commun des obligations serait de rigueur ![3]. C'est oublier que le régime primaire de sociétés est transposable à toute société en participation en tant que de raison[4] : l'extinction, la régularisation ou la prescription de l'action en nullité concernent tout autant la sécurité juridique des associés que celle des tiers. Le droit des sociétés ne privilégie nullement les uns par rapport aux autres. Le délai unique de prescription n'est pas dicté par le législateur dans cette logique distributive. Tous les auteurs s'accordent, en outre, pour reconnaître l'absence de rétroactivité de l'annulation de la société personnalisée ou non, quelle qu'en soit sa forme et son objet, à l'égard des tiers comme des associés : pourquoi alors ne pas calquer le régime des sociétés en participation sur les dispositions du droit commun des sociétés en matière de prescription; le syllogisme devrait être identique : il ne faut pas distinguer là où la loi ne distingue pas. La question du point de départ de la prescription demeure donc la même pour toutes les sociétés.

Ainsi, lorsque la cause de nullité réside dans une irrégularité continue, la prescription de l'action ne devrait commencer que lorsque celle-ci a pris fin. Cette doctrine imprégnée du droit pénal[5] est de plus

[1]Cf. *infra,* Titre 2, chapitre 1 (dans le § sur les critères objectifs de la personnalité morale).
[2]MERCADAL et JANIN, *op. cit*., n°3927.
[3]Com. 19 janvier 1981, *J.C.P.* 1982, II, 19816, Y.CHARTIER.
[4]Jean DERRUPPÉ, *Jurisclasseur Sociétés commerciales, Fasc. 44B*, 1990, "Les sociétés en participation ; constitution", n°61 (arg. article 1871-1 du Code civil).
[5]Ch. HANNOUN, *chron. préc*., note 56, p.55.

en plus souvent admise par la Cour d'appel de Paris[1]. L'argumentation quelque peu spécieuse des juges du fait est la suivante : si l'action en nullité de la société se prescrit selon l'article 1844-14 du Code civil par trois ans à compter du jour où la nullité est encourue, déclarer l'action en nullité prescrite trois après la perte de tout *affectio societatis* reviendrait à valider au-delà une société qui demeurerait nulle, faute d'un de ses éléments essentiels; la prescription de l'action en nullité ne peut donc courir en cette hypothèse qu'à compter de la disparition de la cause permanente de la nullité, c'est-à-dire de la reconstitution d'un *affectio societatis* qui a pour conséquence que la nullité cesse d'être encourue mais aussi selon l'article 1844-11 que l'action en nullité se trouve éteinte. Soutenir une telle argumentation est irrationnel ! Aucun texte ne peut être sérieusement interprété dans le sens d'une imprescriptibilité de l'action en nullité contre toute activité illicite.

Si retarder le point de départ de la prescription de l'action en nullité se conçoit aisément lorsque l'acte est vicié par la violence ou la clandestinité, car le défendeur n'est alors pas en mesure de réagir, sa généralisation soulève des objections fondamentales. L'action en nullité est ainsi rendue, dans une certaine mesure, imprescriptible puisque, lorsque la prescription peut débuter, la nullité ne peut plus être prononcée ! Les attendus sur lesquels se fondent les juges du fond pour refuser la prescription de l'action en nullité sont effectivement peu conformes aux dispositions de l'article 1844-14 du Code civil, qui fait courir la prescription, non pas du jour où le vice a disparu, mais du jour où la nullité est "encourue" autrement dit du jour où le vice est apparu.

Une telle jurisprudence conduit à nier l'existence même de la prescription de l'action en nullité pour irrégularité continue. Or, lorsque le vice disparaît, doit être appliqué l'article 1844-11 du Code civil selon lequel l'action en nullité est éteinte lorsque la nullité a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance, sauf si cette nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet social (ce qui signifie, dans cette dernière hypothèse, qu'il n'existe pas de cause d'interruption du délai de prescription mais la prescriptibilité de l'action n'est pas pour autant remise en cause). Les courtes

[1]5 juillet 1988, *Bull. Joly*, §222, p.674 à propos de l'illicéité de l'activité sociale ; 7 juillet 1995, *Dr. soc*. fév. 1996, comm. n°26, Th. BONNEAU et 28 janvier 1999, *Dr. soc*. juin 1999, n°90, p.10-11, comm. Th.BONNEAU pour défaut d'*affectio societatis*.

prescriptions, garantes d'une certaine sécurité juridique, sont escamotées sans autre forme de procès. Une intervention de la Cour de cassation serait la bienvenue pour mettre un terme à cette évolution dangereuse à la fois quant à la logique juridique qui sous-tend le raisonnement et quant à la pratique du droit des sociétés.

Les causes de suspension et d'interruption de la prescription extinctive de l'action en nullité en droit des sociétés sont également identiques à celles de la prescription civile[1], à la différence des délais de forclusion qui échoient toujours aux termes fixés par la loi, quelles que soient les circonstances dans lesquelles ils se sont déroulés[2]. C'est là encore une conséquence du fait que ces derniers ne sont liés à aucun droit susceptible de faire l'objet d'une possession quelconque. C'est pourquoi, également, l'exception de nullité fondée sur la survivance d'un droit ne peut compenser la rigueur des délais préfix, alors qu'elle reçoit application en matière de prescription de l'action en nullité en droit des sociétés.

b. L'exception de nullité en droit des sociétés

L'action en nullité accordée à titre principal est une manière de faire valoir ses droits. L'exception de nullité, quant à elle, permet de s'opposer à la demande d'exécution d'un acte juridique comportant une cause de nullité[3], le droit n'étant pas éteint par l'effet de la prescription de l'action. Le défendeur invoque l'existence d'une cause de nullité pour obtenir, non pas l'anéantissement d'un acte juridique ou du droit qui en découle, mais leur inefficacité[4].

En droit des sociétés, les droits en cause sont essentiellement des droits de créance. Ils perdurent même entachés d'une cause de nullité

[1]*Contra* Y.GUYON, n°156, p.159, du fait de la permanence de la personnalité morale. Mais dès lors que la nullité porte sur l'acte juridique collectif et non sur la personne morale directement, retenir les causes d'interruption et de suspension de la prescription ne paraît pas irrationnel; c'est également dans cet esprit qu'il faut interpréter les délais fixés par le législateur au juge voire que ce dernier impose aux parties avant de pouvoir statuer sur le bien-fondé d'une action en nullité.

[2]HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, *op. cit.*, t.3, n°702; Réponse ministérielle *J.O. Déb. A.N.* 26 janv. 1981, *précitée*.

[3]M.-L. IZORCHE, *th. préc.*, n°383, p.249: L'exception de nullité se rencontre alors fréquemment, car elle joue le rôle d'une exception d'inexécution.

[4]M.STORCK, "L'exception de nullité en droit privé", *D.*1987, *chron.*, p.67s.

toute la durée de la société. A ce titre, on peut s'en prévaloir même si l'action en nullité est prescrite. Cependant, les droits de créance perdent toute utilité si dans le même temps le débiteur acquiert le droit de ne pas exécuter le contrat pour cause de nullité. Celui-ci n'est pas pour autant libéré de sa dette, car tout paiement de sa part au-delà du délai de prescription reste valable. L'effet libératoire est limité puisqu'une obligation naturelle subsiste[1].

L'application de la maxime "*quae temporalia sunt agendum, perpetua sunt ad excipiendum*" suppose donc bien l'autonomie de l'action par rapport au droit subjectif dont elle permet l'effectivité. La prescription participe de cette dissociation, alors que les délais préfix s'analysent comme un délai de grâce pour réagir contre une situation objective. Tel est le sens de l'article 365 alinéa 1 *in fine* de la loi du 24 juillet 1966, qui exige, à peine de forclusion, l'exercice de l'action en régularisation dans un délai de six mois pour éteindre le droit d'agir en nullité.

Bien que contestée, la perpétuité de l'exception de nullité en matière de sociétés[2] ne heurte pas le principe de sécurité juridique selon une jurisprudence constante[3]. Mais l'exception de nullité connaît certaines limites temporelles. Saisie de la question de la durée pendant laquelle l'exception de nullité d'une convention non autorisée et exécutée peut être invoquée, la première chambre civile a rappelé le principe suivant : la nullité d'une convention, intervenant entre une société et l'un de ses administrateurs, ne peut être couverte que par le vote de l'assemblée générale des actionnaires sur le rapport spécial des commissaires aux comptes, selon les termes de l'article 105 de la loi du 24 juillet 1966 exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie[4]. En résumé, l'exception de nullité peut être invoquée aussi longtemps que l'assemblée générale n'a pas eu connaissance de la convention litigieuse par le rapport du

---

[1]F.ZÉNATI, *op. cit.*, n°323; G.RIPERT, préfère l'idée d'un devoir de conscience liée à une extinction provisoire du droit, dans La règle morale dans les obligations civiles, 4è ed, *L.G.D.J.* 1949, n°186s, *spéc.* n°197; quant à M.VASSEUR, il n'admet que l'existence d'une obligation civile, *chron. préc.*, n°9.

[2]Com. 27 juin 1995, *Dr. soc.*, 1995, n°220, obs. VIDAL.

[3]Com. 13 déc. 1976, *D.*1977, 375, note M.JEANTIN; Com. 10 juillet 1978, *Rev. soc.* 1979, 848, note I.BALENSI.

[4]Civ. 1ère, 6 oct. 1998, *R.J.D.Aff.* 4/99, n°431, p.342; Civ. 3ème, 2 déc. 1998, n°431, *R.J.D.Aff.* 4/99, p.342; D.Aff. p.1821, note M.B.

commissaire aux comptes. Un arrêt de la Cour de cassation vient même d'admettre dans le cadre d'une convention exécutée que l'exception pouvait conduire à une remise en état[1]. La solution est contestable car l'exception de nullité soulevée par le défendeur permet de refuser d'exécuter une convention illégale non de permettre par un biais détourné d'agir en nullité, c'est-à-dire de déjouer la prescription de l'action en nullité pour revenir au *statu quo ante* et obtenir éventuellement des restitutions[2]. Car si la prescription ne purge pas l'acte du vice originaire, l'exception de nullité a également le souci de maintenir le *statu quo*, sans remise en cause d'une exécution même partielle de l'acte. Le délai de prescription de l'action en nullité doit demeurer intangible.

Aussi l'unité de la prescription de l'action en nullité dans son fondement est-elle préservée.

B. Unité de la prescription extinctive de l'action en nullité en droit des sociétés

L'article 1844-14 du Code civil et l'article 367 de la loi du 24 juillet 1966 n'établissent aucune distinction suivant les causes de nullités. Toutes les actions en nullité de la société ou d'actes et délibérations postérieurs à sa constitution se prescrivent donc par trois ans. La prescription triennale a une vocation générale. Est-ce la preuve que la classification bipartite des nullités est inadéquate au droit des sociétés ? Ou bien faut-il considérer que le régime primaire des sociétés et *a fortiori* les dispositions relatives aux sociétés commerciales ne sont qu'une dérogation par rapport au droit commun des contrats, qui continue à s'appliquer à défaut (en dépit ?) de mesures spécifiques contraires ? Quel que soit le point de vue que l'on adopte, il nous semble qu'une réponse affirmative conduit à la reconnaissance d'une prescription extinctive unique (2.). Pourtant, la seconde branche de l'alternative a permis à la jurisprudence et la doctrine de justifier l'application de la prescription de droit commun aux nullités

[1]Civ. 1ère, 16 juillet 1998, *D.Aff.* 1998, p.1707, obs. M.B.

[2]La solution est différente lorsque la convention n'a pas été exécutée : l'exception de nullité est alors perpétuelle : Com. 10 juillet 1978, *Bull. civ.* IV, n°195, Rev. soc. 1979, p.848, note I.BALENSI.

considérées comme absolues, la prescription abrégée ne pouvant concerner que les nullités relatives (1.).

1. Application de la distinction des nullités absolues et relatives à la prescription de l'action en nullité.

Pour échapper à la courte prescription des articles 1844-14 du Code civil, 105 et 367 de la loi du 24 juillet 1966, la jurisprudence qualifie la nullité d'absolue ou d'ordre public. De ce fait, la prescription trentenaire trouve matière à s'appliquer. Or, la notion d'ordre public n'est pas exclusive de l'idée de prescription[1]; toutes les nullités en matière de société relèvent d'un ordre de protection collective. La distinction entre nullité absolue et relative s'applique alors très difficilement, les annulabilités ayant toutes un caractère essentiellement relatif en droit des sociétés.

Quelquefois, c'est l'impossibilité de régularisation qui conduit à écarter la prescription abrégée. Le lien avec les conditions de la régularisation n'est qu'apparent, même s'il a été jugé que la prescription abrégée ne s'appliquait qu'aux actes "susceptibles de régularisation" et non aux actes "formellement interdits"[2], car l'article 367 de la loi du 24 juillet 1966 ne distingue pas selon les actions en nullité. D'autre part, l'assimilation des conditions de la prescription à celles de la régularisation est très discutable, la prescription n'étant pas considérée comme une renonciation tacite.

Parfois même, la jurisprudence fait appel à la théorie de l'inexistence pour justifier l'imprescriptibilité de l'action en nullité[3]. Mais cette conception a été à juste titre rejetée à la fois par la jurisprudence et la doctrine[4]. Mais le juge ne peut suppléer d'office le moyen résultant de la prescription en matière civile[5].

---

[1]S.FOURNIER, *th. préc.*, p.321.
[2]Chambéry, 22 nov. 1976, *préc.*
[3]Civ. 1ère, 22 juin 1976, *préc.*, et plus récemment, Com. 4 juillet 1995, *Rev. soc.* 1995, 504, note P.L.C., *précité.*
[4]Cf. *supra*, introduction de ce chapitre
[5]Même en matière d'ordre public : F.ZÉNATI, *op. cit.*, n°324; Gérard LANDRAUD, La prescription extinctive et l'ordre public, th. Lyon, 1971, n°275; Civ.1ère, 9 déc. 1986 (2 arrêts), *G.P.* 1987, 1, 187, note MAYEL Michel et PINON René; *R.T.D.Civ.* 1987, 763, obs. Jacques MESTRE.

Au demeurant, la prescription abrégée a été édictée par le législateur dans un souci de sécurité juridique : les délais courts s'imposent en ce domaine[1]. Renouer avec la classification traditionnelle des nullités absolues et relatives s'oppose à l'esprit des lois en matière de sociétés qui ont pour objectif d'enfermer l'action en nullité dans des conditions strictes et ne pas confier à l'arbitraire du juge le soin de déterminer la nature de la nullité et le régime de la prescription qui en découle.

En effet, la qualification des nullités est loin de faire l'unanimité. La Cour de cassation elle-même ne tranche pas la question. Ainsi en commentant l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867, un jugement penche en faveur du caractère relatif de la nullité[2]. D'autres décisions, suivies par une partie de la doctrine, statuent en faveur de la nullité absolue[3]. Selon les commentateurs, l'interrogation demeure avec l'article 106 de la loi du 24 juillet 1966[4]. D'autres considèrent la classification pour le moins floue[5].

La distinction traditionnelle entre les nullités absolues et relatives représente donc une source de complications inutiles et d'absurdités. Son rejet conduit à reconnaître l'existence d'une prescription extinctive unique de l'action en matière de sociétés.

2. La prescription de droit commun de l'action en nullité en matière de sociétés.

Encore faut-il démontrer la généralité de la prescription triennale de l'action en nullité en matière de sociétés. Des objections ont en effet été soulevées quant à la durée de cette prescription et à l'autonomie du droit des sociétés. Ainsi, la prescription extinctive de l'action en nullité en droit des sociétés serait dérogatoire à un double titre. D'une part, toute prescription abrégée quelle qu'elle soit est une exception par

---

[1]G.FARJAT, *op. cit.*, n°523, p.418.
[2]T.G.I. Seine, 27 nov. 1962, *J.C.P.* 1963, II, 13305, note A.RIEG; *D.* 64, note critique DALSACE.
[3]notamment CA paris, 26 mars 1966, *G.P.* 1966, 1, 400; Paris, 19 nov. 1974, G.P. 1975, 1, 286, note A.P.S.; BOSVIEUX, *Journ.* soc. 1943, 42; RAULT, obs. *R.T.D.Com.* 1960, 107.
[4]notes sous Chambéry, 22 nov. 1976, *préc.*
[5]RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, t.1, n°1284; MERCADAL et JANIN, *op. cit.*, n°1382.

rapport au droit commun, même si le droit positif connaît, à l'heure actuelle, une prolifération de délais raccourcis. D'autre part, le droit des sociétés ne serait qu'une branche du droit civil.

Ainsi, le droit commun des nullités recouvrerait son empire parce que le droit des sociétés ne s'y oppose pas. A défaut de dispositions contraires en droit des sociétés, la jurisprudence applique même le régime de la prescription abrégée des nullités en matière civile[1]. Or, toute référence à l'article 1304 pour fixer le point de départ de la prescription triennale en matière de nullités en droit des sociétés est contestable, car ce texte déroge lui-même au droit commun de la prescription et n'édicte pas de régime général applicable à tous les délais de prescription abrégée.

En outre, les justiciables ne sauraient quelle prescription invoquer (trentenaire, quinquennale ou triennale).

Enfin, l'autonomie du droit des sociétés par rapport au droit civil[2] ne permet plus de considérer globalement celui-là comme une exception aux principes dégagés par celui-ci.

De plus, le régime primaire des sociétés, quoiqu'édicté postérieurement aux dispositions spéciales relatives à chaque société adopte un même délai unique de prescription. L'article 367 de la loi du 24 juillet 1966 repris par l'article 1844-14 du Code civil ne distinguent pas selon les causes de nullité. Toutes les actions en nullité de sociétés, d'actes ou de délibérations[3] d'assemblées et de conseils d'administration se prescrivent par trois ans. Afin d'étendre le plus possible le champ d'application de cette courte prescription, le législateur prend même le soin d'y adjoindre les conventions passées avec la société[4]. La jurisprudence y ajoute les cas d'inexistence[5].

La prescription en droit des sociétés, quelle que soit la nature ou la forme de la société, est désormais unique[6] : elle représente donc la prescription de droit commun de l'action en nullité fondée sur la

---

[1]Cf. *supra*, arrêt de la CA Paris *précité* de ce chapitre.
[2]Cf. *supra*, introduction de la thèse.
[3]Excepté le délai réduit à six mois pour les actions en nullité des fusions et des scissions de société.
[4]Article 105 de la loi du 24 juillet 1966.
[5]Cass. civ. 5 juillet 1989, *Bull. civ.* III, n°160, p.88.
[6]Ch.HANNOUN, *chron. préc.* , n°1, p. 46.

possession, dont le régime est identique à celui de la prescription de droit commun en matière civile.

CONCLUSION

Les méandres de la codification peuvent masquer la direction empruntée par certaines lois. Pourtant, le droit des sociétés poursuit toujours un objectif de sécurité juridique qui mérite d'être mis en relief. Tout le régime de l'action en nullité en porte la trace. Les remises en cause générales et tardives sont contraires à l'esprit de la loi. La distinction traditionnelle entre nullités absolues et relatives doit être rejetée car elle porte atteinte à l'unité et à l'abréviation du délai de la prescription extinctive en ce domaine, de même qu'au principe général de la régularisation.

Les titulaires de l'action en nullité ne sont recevables à agir qu'en fonction de considérations liées au milieu dans lequel intervient leur demande, c'est-à-dire de la collectivisation de leurs droits subjectifs[1]. L'intérêt collectif des associés et la protection de la personne morale dominent en effet tout le système des nullités en droit des sociétés. M.SOUSI définit l'intérêt social comme l'intérêt constitutif de la personne morale[2]. Cet intérêt ne correspond pas à l'intérêt de l'entreprise au sens large mais seulement à l'intérêt de l'"entreprise commune" des associés selon les termes de l'article 1832 du Code civil qui définit la société. Il s'entend alors d'un intérêt social fonctionnel à finalité économique[3].

Une véritable classification des causes de nullités selon ces nouveaux critères juridiques peut maintenant être établie.

---

[1]Puisque la société est une collectivité, l'associé ne dispose pas que de droits individuels (notion de droits collectifs), Y.GUYON, *op. cit.*, n°234s., p.242; GIBIRILA, *op. cit.*, n°347s., p.165s.

[2]L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales, th. Lyon, 1974, p.194; cf. déjà MICHOUD, *th. préc.*, p.116.

[3]M.-C. MONSALLIER, *th. préc.*, n°791, p.328.

TITRE 2 : NOUVEAUX CRITÈRES DE CLASSIFICATION

Le Droit, règle édictée par l'Autorité ? (...) La cohésion nécessaire de la Société ne peut être procurée par le seul Pouvoir. Il a besoin qu'existe une profonde communauté de sentiments enracinés dans une foi commune, se traduisant dans une morale incontestée, soutenant un Droit inviolable."[1]

Le droit de l'entreprise est en cours d'élaboration[2]. Pour l'instant, il est formé d'emprunts au droit commun des contrats et d'une législation fragmentaire sur les rapports de l'entrepreneur avec les détenteurs de capital et les salariés[3]. Les techniques juridiques s'affinent. Le droit civil ne connaît que le propriétaire ; le droit des sociétés se concentre sur la notion d'associé. Néanmoins, le droit des sociétés révèle une cristallisation de l'économie autour de la notion d'"entreprise commune", selon les termes de l'article 1832 du Code civil, même s'il n'appréhende pas tous les protagonistes.

Cette dernière branche du droit introduit ainsi la dimension collective de la société en prenant en considération non seulement les associés et la personne morale qui a pu prendre naissance, mais également les tiers. Les nullités en droit des sociétés portent la trace de

---

[1]Bertrand de JOUVENEL, "Du pouvoir", *Coll. Pluriel, Ed. Hachette*, 1972, Chap. XVI, Le Pouvoir et le Droit, p.489s., *spéc.*, p.491 et 498s.

[2]M.DESPAX, L'entreprise et le droit, thèse, *L.G.D.J.*, 1957; G. LAMBERT, Le droit de l'entreprise et le contentieux des affaires, *Presses universitaires d'Aix-Marseille*, 1983; J.PAILLUSSEAU, *th. préc.*; même auteur, "L'E.U.R.L. ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle, *J.C.P.* 1986, I, 3242; A.SAYAG, "De nouvelles structures pour l'entreprise ", *J.C.P.* 1985, I, 3217. LYON-CAEN et A.LYON-CAEN, "La doctrine de l'entreprise", *in* Dix ans de droit de l'entreprise, *Biblio. de droit de l'entreprise,* t.7, *Litec*, 1978, p.601s.; Paul DIDIER, Droit commercial, T1, 1992, *P.U.F. Thémis*, Droit privé, Introduction, l'entreprise, entreprise individuelle, 2ème éd., mise à jour, *spéc.* p.113s.; et plus particulièrement, T2, L'entreprise en société, 2ème éd., refondue, 1997.

[3]G.RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne, *L.G.D.J.* 1951, n°111.

cette collectivisation des droits subjectifs des associés, dont la personnalité morale est l'expression la plus élaborée, et de leurs conséquences sur l'ensemble des tiers. Ainsi s'explique la distinction avec les nullités en droit civil.

Certes, la sanction de nullité constitue toujours quel qu'en soit son domaine "l'invalidité ou l'inefficacité dont un acte est frappé comme contrevenant à un commandement ou à une défense à la loi"[1]. Cette définition consacre la théorie d'AUBRY et RAU sur la distinction des nullités virtuelles et textuelles. Mais l'impératif légal n'absorbe pas toutes les causes de nullité. Il s'en faut de beaucoup ! Le champ d'application des nullités virtuelles est encore très étendu, que ce soit en matière de constitution de société ou en cours de vie sociale. En outre, toute sanction civile ou pénale répond à cette définition. La spécificité des nullités en droit des sociétés se situe donc ailleurs.

L'enjeu collectif des nullités en matière de sociétés explique son particularisme. C'est dans la nature même de l'acte vicié qu'il réside ; les actes de société sont en effet collectifs dans leur formation et leurs conséquences juridiques. C'est ainsi que la dynamique du système des nullités en droit des sociétés, quel que soit l'acte collectif envisagé repose sur un rejet de la théorie contractuelle de la société fondée sur des échanges exclusivement réciproques et non communs.

Les causes de nullité sont réduites pour restreindre leur application *erga omnes* au point de devenir des cas d'annulabilité parfois limitativement énumérés[2]. Il n'existe plus un droit exclusif et absolu à agir en nullité[3]. La nullité n'est pas comme en droit civil une sanction automatique dès lors qu'une violation d'une règle impérative est constatée. Certaines conditions supplémentaires sont requises pour qu'un acte contraire à la loi soit atteint d'une cause de nullité. Sauf preuve du contraire, cet acte est valable : il est donc simplement annulable.

Malgré les intérêts contradictoires qu'il recouvre, l'ordre public sociétaire[4] confère à cette sanction une certaine cohérence dans un

[1]F. DROGOUL, Cours de droit civil, 4ème éd., t. 1, §37, p.27.
[2]Mémento pratique Francis Lefebvre, *Sociétés commerciales*, 1996, n°3720.
[3]Cf. *supra,* Titre 1, Chap. 2, section 1, a.
[4]RIPERT et ROBLOT, *op. cit*., t.1, n°74, p.45 constatent un développement de l'ordre public en la matière.

objectif de protection collective. Les nullités revêtent, en effet, un double aspect selon que l'on s'intéresse aux associés ou aux tiers. Longtemps, l'aspect externe des nullités a primé sur l'aspect interne. Or, la réduction globale des causes de nullité protège tout à la fois les différents partenaires sociaux et le groupement, immatriculé ou non. Ainsi en est-il de la purge des nullités de forme pour la constitution des sociétés. A l'inverse, certaines causes de nullité ne concernent que l'existence et le mode de fonctionnement interne de la société. Ainsi en est-il des nullités pour vice de compétence ou de procédure, inconnues ou presque du droit civil, qui n'ont pour dessein que la protection de la volonté collective des associés.

Déjà, THALLER avait introduit la notion de personnalité morale interne[1], où la société, conçue comme un organisme vivant pouvant se mouvoir par elle-même, s'oppose à la personnalité morale externe, c'est-à-dire celle perçue par les tiers. Il en tirait des conséquences notables sur la nature des actes juridiques passés par les associés. Les questions de leur validité et de la recevabilité de la sanction de nullité corrélative se posaient alors nécessairement dans un cadre non contractuel car l'actionnaire était conçu comme "un facteur intégrant d'une volonté supérieure à la sienne".

L'impact certain de l'état de groupement sur les droits subjectifs des associés est consacré par une jurisprudence abondante et de nombreuses études dont la thèse récente de Jean-Pierre GASTAUD[2] se fait en partie l'écho. La théorie de la réalité de la personnalité morale refait surface inexorablement. Sa portée reste certes limitée au sein même de la société. Mais elle ne peut être évacuée par l'immatriculation. La preuve de l'existence de la société suffit alors à justifier l'application du régime spécifique des nullités des actes collectifs. La personnalité morale interne renforcée par la personnalité morale externe justifie la notion d'annulabilité en droit des sociétés.

L'annulabilité des actes collectifs de société (Chapitre 2) trouve ainsi sa source dans le domaine attribué à cette sanction (Chapitre 1).

---

[1]Note au Dalloz, 1893, I, 105s.
[2]*thèse précitée*.

CHAPITRE 1 : LE DOMAINE DES NULLITÉS

"C'est dans la notion juridique de collectivité, elle-même fondée sur la nécessité que nous découvrirons un criterium satisfaisant"..."La personne morale peut être une forme que revêt la collectivité, elle n'en est jamais l'essence."[1]

La loi du 24 juillet 1966[2] semblait avoir éteint la controverse sur le domaine des nullités, le chapitre VI du titre Ier de la loi du 24 juillet 1966 étant consacré aux "sociétés dotées de la personnalité morale". Du fait de cet emplacement, on est tenté de conclure que la société visée par les articles 360 et suivants relatifs aux nullités de sociétés est nécessairement l'être moral. `

En étendant les dispositions relatives aux sociétés commerciales à toutes les sociétés, la réforme du 4 janvier 1978[3] fait resurgir la question. Faut-il désormais privilégier la volonté du législateur d'unifier le régime des nullités en droit des sociétés indépendamment de toute acquisition de la personnalité morale ou, au contraire, distinguer plusieurs régimes selon l'état d'avancement de la procédure constitutive voire en fonction des types particuliers de sociétés ? Doit-on considérer un ou plusieurs droits communs des nullités en droit des sociétés ou bien alors divers régimes dérogatoires des nullités ?

Imbrication ou chevauchement, il nous faut trouver nécessairement une trame pour démêler cet imbroglio et découvrir

[1]André ROUAST, Essai sur la notion de contrat collectif, thèse Lyon, 1909, n°5, p.10 et n°41, p.91.
[2] Loi n°66-537 relative aux sociétés commerciales
[3] Loi n° 78-9 modifiant le titre IX du livre III du Code civil

quelle place occupe, en droit des sociétés, cette sanction classique du droit civil. "Cette tâche rejoint en vérité la démarche de toute recherche de la nature juridique d'une institution. Une telle recherche consiste à faire entrer une catégorie juridique incertaine dans le champ sémantique d'une autre catégorie juridique dont les contours sont plus larges et la signification éprouvée, mais cette opération n'est en effet possible qu'à partir d'un examen minutieux de la première"[1]. Notre regard sur le droit positif ne doit pas se borner à une étude purement temporelle, factuelle et contingente.

La spécificité des nullités en droit français des sociétés trouverait, selon une partie de la doctrine[2], son fondement dans la création d'une personne morale. Pourtant de nombreux auteurs considèrent que ces textes sont applicables aux sociétés même simplement constituées[3].

L'opposition est toutefois plus apparente que réelle. En effet, selon que l'on attribue l'existence de la personnalité morale à la loi ou à une réalité irréductible à toute source formelle, l'interprétation des règles de droit en la matière, en particulier quant à leur domaine d'application est variable. Fiction ou réalité ? Qu'on le veuille ou non, le débat sur la notion de personnalité morale[4], lié à celui sur la nature juridique des sociétés, constitue un point de passage obligé de l'itinéraire de toute étude approfondie sur un aspect du droit des sociétés[5]. Le thème des nullités en droit des sociétés n'y échappe pas.

"Ici interviennent les conceptions et constructions juridiques. On laisse en arrière le but rationnel et pratique des institutions pour n'en retenir qu'un élément idéal (...) Dépourvues de valeur objective, ces opérations d'une logique transcendante n'ont, en soi, qu'un mérite

---

[1] F. ZÉNATI, Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif, Thèse Lyon, Tome 2, 1981, p. 409, n°308

[2] Joseph HÉMARD, Théorie et pratique des sociétés de fait, 1926 *th. préc.*, n°18, p.27-28: le domaine des sociétés de fait sont les personnes morales atteintes d'une cause de nullité; P.MACQUERON, *op. cit.* p.18; B. MERCADAL et Ph. JANIN, *op. cit.*, n°306.

[3] G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, notamment n°759, p. 631 et n°941, p. 739; G. LAGARDE, *D. Répertoire des sociétés*, V° Sociétés de fait, n°61; NGUYEN XUAN CHANH, "La nullité des sociétés commerciales dans la loi du 24 juillet 1966", *D.S.* 1966, I, *chron.* 27s., n° 30.

[4]Pour une interrogation récente, Dominique VIDAL, "La personnalité morale des sociétés entre réalité et fictivité", *Rev. huissiers*, 1993, 137s.

[5]Chantal CUTAJAR-RIVIÈRE, La société écran, Essai sur sa notion et son régime, Préf. Pascal DIENER, *L.G.D.J.* 1998, *Bibliothèque de droit privé*, n°292, n°76s., p.45s.

purement théorique"[1]. Alors que, "dans la sphère de libre recherche, où nous l'envisageons maintenant, la méthode juridique doit avoir pour préoccupation dominante, de découvrir elle-même, à défaut du secours des sources formelles, les *éléments objectifs*, qui déterminent toutes solutions requises par le droit positif"[2]. (...)"En définitive, la raison pratique doit rester, pour nous, le complément de la raison pure"[3].

Forts de cet enseignement, nous tâcherons par l'application des principes de la libre recherche scientifique d'atteindre dans notre essai de construction juridique ce qu'on a appelé la "réalisabilité formelle du Droit"[4].

Selon que l'on considère que, par l'immatriculation, le législateur fonde entièrement la personnalité morale, ou bien qu'il consacre uniquement son existence, le régime des nullités est alors respectivement multiple (SECTION 1) ou bien unique (SECTION 2).

SECTION 1 : Fondement légal de la personnalité morale et multiplicité des régimes des nullités en droit des sociétés

Certains auteurs en effet dont Patrice MACQUERON[5] soutiennent que les articles 360 et suivants de la loi du 24 juillet 1966 ainsi que 1844-10 et suivants du Code civil ne s'appliquent qu'aux sociétés immatriculées. Selon eux, même après la réforme du 4 janvier 1978, la loi distingue entre les sociétés dotées de la personnalité morale et celles qui ne sont qu'un pacte social, qu'elles n'aient pu ou qu'elles n'aient pas voulu dépasser ce stade. Dans le premier cas, il s'agit d'anéantir une personne juridique, dans le second, d'annuler un contrat.

---

[1] François GÉNY, *th. préc.*, n°81, p. 172 ainsi que n°60-82
[2] *ibidem*, n°156, p. 461 ainsi que 158-159, p. 462 et s.
[3] *ibidem*, p. 479.
[4] *ibidem*, n°81, p. 172, tiré de IHERING, Geist des römischen Rechts, §§4 et 38, Ertster Teil, 5 Aufl., p 48-58, Zweiter Teil, zweite Abteilung, 4 Aufl., p. 322-333; 3ème éd. française de Meulenaere, §§4 et 43, t. I, p. 48-58, t. III, p. 16-26.
[5] *Op. cit.* p. 1 et s. *spéc.*p. 18, *Juris-classeur*,1992, Fasc. 32-A, n°9 à 12, *spéc.* n°12, p.5.

Or, tout est mis en oeuvre par le législateur pour rapprocher le régime des sociétés simplement constituées de celui des sociétés personnes morales et pour concilier les textes spéciaux avec le droit commun des nullités en droit des sociétés.

Les lois du 24 juillet 1966 et du 4 janvier 1978 ont assurément une vocation codificatrice. Nier cette dimension du droit des sociétés contredit toute logique d'interprétation d'ensemble. Il est vrai que certaines maladresses de rédaction, la superposition de nombreux textes et la méthode peu rationnelle de codification utilisée (reproduction des dispositions spéciales relatives aux sociétés commerciales pour élaborer le régime primaire des sociétés) laissent une impression de stratification plus que de réelle codification[1].

Face à l'atomisation du droit des sociétés, due à une prolifération de textes, et génératrice de véritables conflits de normes, un auteur préconise même en la matière une "décodification"[2] . L'idée procède de plusieurs réflexions majeures dont la question des nullités de sociétés forme le nœud gordien. Il apparaît opportun, dans ces conditions, de retranscrire l'essentiel de la démonstration de celui-ci.

Bruno OPPETIT constate tout d'abord la difficulté sérieuse rencontrée par l'usager du droit de déterminer avec certitude la règle applicable, toutes les fois qu'il y a lieu de combiner les dispositions de plusieurs textes. Il dénonce à ce propos le nombre excessif de types particuliers de sociétés dotées d'un statut spécial qui ne prévoit pas toujours expressément dans quelle mesure ils dérogent au droit commun.

Au problème de l'articulation de ces textes succède alors celui, plus grave, de l'unité voire de l'essence même du droit commun. "Il est permis de se demander s'il n'existe pas désormais non plus un droit commun, mais bien plusieurs droits communs : un droit commun des sociétés en général (article 1834 nouveau C. civ.), un droit commun des sociétés civiles (article 1845 nouveau C. civ.), un droit commun des

---

[1] Gilles GOUBEAUX, "Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens", *Études dédiées à René Roblot*, Aspect actuel du droit commercial français, *L.G.D.J.*, 1984, 574p., p. 199 et s., notamment p. 200.

[2] Bruno OPPETIT, "La décodification du droit commercial français", *Études offertes à René Rodière,* 1981, p. 197 et s., en particulier, p. 203-204.

sociétés commerciales, un droit commun des sociétés dotées de la personnalité morale..."[1].

Eu égard à l'identité de nature et l'égalité de valeur de ces normes, il convient, à ce stade, d'opérer un classement en fonction de leur portée et de l'objectif recherché par le législateur pour une application distributive et harmonieuse de ces divers droits communs.

Or, l'auteur remarque que les avis divergent sur ce point parmi les spécialistes[2] , la réforme du titre IX du livre III du Code civil, effectuée par la loi du 4 janvier 1978, n'ayant pas clarifié la question.

D'une part, ce droit commun civiliste destiné à gouverner toutes les sociétés apparaît à maints égards résiduel : édicté postérieurement aux règles spéciales relatives aux sociétés commerciales, il ne s'applique que "s'il n'en est disposé autrement par la loi en raison de leur forme ou de leur objet" (article 1834 nouveau C. civ.) et aux sociétés civiles qu'à la condition "qu'il n'y soit dérogé par le statut légal particulier auquel certaines d'entre elles sont assujetties" (article 1845 nouveau C. civ.).

D'autre part, le fait de calquer le droit commun des sociétés commerciales pour bâtir le droit commun des sociétés en général, outre la critique qu'appelle une telle méthode[3], rend inutile le doublet[4] par la répétition de la même règle dans le texte général et le texte spécial. Il laisse surtout perplexe lorsqu'existent entre eux des disparités certaines; ainsi en est-il dans le régime des nullités de sociétés entre les articles 1844-10, al. 1er du Code civil et 360 de la loi du 24 juillet 1966, 1844-15 et 369, ou encore de l'incidence d'une clause léonine sur la validité d'une société[5].

Cette distinction entre les textes généraux et spéciaux à propos des nullités en droit des sociétés trouverait son prétendu fondement dans l'article 1842 alinéa 2 du Code civil qui dispose que "jusqu'à l'immatriculation, les rapports entre associés sont régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicables aux contrats et

---

[1] *ibidem*, p. 203

[2] Y. CHARTIER, "La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978", *J.C.P.* 1978. I. 2917, n° 8 et s.; M. GERMAIN, "La loi du 4 janvier 1978 en ses dispositions générales concernant les sociétés commerciales", *J.C.P.*,1979, Ed. C.I., II, 13095.

[3] Jean FOYER, "La réforme du titre IX du livre III du Code civil", *Rev. soc.*, 1978, p. 1 et s., *spéc.*p. 5.

[4] Y. CHARTIER, *art. préc.*, n° 8; COZIAN et VIANDIER, *op. cit.*, Litec, 1998, n°22, p.77.

[5] B. OPPETIT, *art. préc.*, n°7, p. 204.

obligations", l'immatriculation conférant aux sociétés la personnalité morale (article 1842 alinéa 1 combiné avec l'article 5 de la loi du 24 juillet 1966).

Or, cette interprétation littérale n'est pas exempte de critiques. L'exégèse de ces textes permet seulement d'affirmer qu'à partir du moment où la société est immatriculée, les règles liées à l'existence de la personnalité morale peuvent s'appliquer. Entre associés, il est toujours possible, à l'inverse, que les dispositions relatives au contrat de société s'appliquent. La loi générale n'est écartée que dans la mesure où des dispositions spéciales y dérogent. Aussi n'est-il pas interdit que les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations puissent recevoir application même après immatriculation.

La preuve en est que l'article 360 de la loi du 24 juillet 1966 relatif aux sociétés commerciales fait référence, quant au fond, aux dispositions expresses (alinéa 1) et impératives (alinéa 2) relatives à la nullité des contrats. Ce n'est là qu'une consécration du principe gouvernant le régime des nullités, quel que soit son domaine d'application (civil ou commercial), selon lequel "pas de nullité sans texte"[1].

Force est d'admettre que l'emplacement des dispositions légales sur les nullités dans la loi de 1966 ne modifie pas la portée de ce texte, sur ce point, puisqu'il ne déroge pas au droit commun des sociétés du fait de l'absence ou de l'existence de la personnalité morale.

Les articles 1844-10 et suivants du Code civil procèdent de ce même principe général du droit gouvernant l'interprétation des textes sur les nullités. Compris dans un chapitre premier consacré aux dispositions générales, ils ne distinguent pas entre les sociétés simplement constituées et les autres : ces articles forment donc bien le fonds commun des sociétés en la matière. Quoique proches dans leur contenu des articles 360 et suivants de la loi du 24 juillet 1966, ceux-ci ne sont donc pas destinés à éclairer les dispositions relatives aux nullités placées dans le chapitre sur les sociétés personnes-morales[2],

[1] Excepté les nullités virtuelles pour cause de violation de l'ordre public.

[2] *Contra* P. MACQUERON, *Juris-classeur*, Sociétés commerciales, *Fasc.* 32-A, 1983, *spéc.* n°12; curieusement, cet auteur qui se fonde sur la méthode d'interprétation littérale des textes pour restreindre le domaine d'application de l'article 360 et suivants aux sociétés immatriculées, utilise une méthode différente, et du reste, purement

mais bien plus à créer un régime primaire des nullités en droit des sociétés.

La date d'immatriculation des sociétés semble alors indifférente pour déterminer le champ d'application de l'article 1842 alinéa 2 du Code civil, et plus généralement du régime commun des nullités en droit des sociétés édicté depuis la réforme du 4 janvier 1978. Cette distinction entre les sociétés simplement constituées et celles qui ont acquis la personnalité morale repose sur le rôle prétendu de l'immatriculation (§1) qui nierait l'influence de la forme sociale (§2).

§ 1 Rôle de l'immatriculation

Ce n'est pas l'immatriculation qui commande un régime spécifique des nullités. Deux autres arguments de fond confortent cette idée. Si les articles 1844-10 et suivants du Code civil ainsi que l'article 360 de la loi du 24 juillet 1966, restreignant les cas d'annulabilité, ne s'appliquaient qu'aux personnes morales, il suffirait d'immatriculer une société pour couvrir un vice de constitution non sanctionné par ces articles (A.). Ou, à l'inverse, M. RIVES signalait, lorsque la loi du 4 janvier 1978 n'était pas encore en vigueur, que "le défaut d'immatriculation serait un moyen d'échapper à l'annulation"[1] (B.) dans la mesure où les articles 360 et suivants de la loi précitée concernaient uniquement les sociétés dotées de la personnalité morale et représentaient alors les seuls textes relatifs aux nullités de sociétés.

A. Immatriculation-régularisation

La jurisprudence et la doctrine majoritaire estiment que l'exercice de l'action en nullité est paralysé du fait de l'immatriculation dans une volonté de protection des tiers, la société ne devant fonctionner qu'à dater de l'acquisition de la personnalité morale. Le maintien des causes générales d'annulation du droit des obligations devrait dissuader les

interprétative, pour justifier l'application des articles 1844-10 et suivants au même domaine.

[1] Georges RIVES, "Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales", *R.T.D.Com.* 1969, p. 407 et s., *spéc.* p. 415

tiers de contracter avec une société non dotée de la personnalité morale.

Ainsi, "l'annulation résultant des vices de fond du contrat peut être demandée avant toute immatriculation : il est possible de saisir le tribunal à partir de la date de la connaissance de l'erreur ou du dol, de la cessation de la violence ou de la fin de l'incapacité, moment qui n'est pas nécessairement postérieur à celui de l'inscription de la société au registre du commerce"[1]. C'est faire peu de cas de la société en formation.

Ce but dissuasif rend alors inutilement complexe le régime des nullités en droit des sociétés, discriminant entre les tiers de la société en formation et ceux postérieurs à l'immatriculation, ce qui peut nuire au bon déroulement de la vie sociale sans apporter nécessairement une sécurité juridique plus importante.

Or, si l'immatriculation confère la jouissance de la personnalité morale, la société existe bien légalement, en tant que telle, dès sa constitution[2], autrement dit, antérieurement.

D'aucuns[3] ont alors estimé, depuis la réforme du 4 janvier 1978, qu'il était loisible d'intenter une action en nullité fondée sur le droit des contrats[4] pour des vices constitutifs apparus et dénoncés avant l'immatriculation car la réduction des causes de nullité imposée par la directive 68/181 du Conseil des Communautés européennes, dont l'ordonnance 69-1176 du 20 décembre 1969 se fait en partie l'écho, n'aurait pour objectif que l'anéantissement de l'être moral.

Pourtant, l'éventualité d'une action en nullité fondée sur le droit commun des contrats est à rejeter. S'il suffisait à tout intéressé de dénoncer les vices de constitution avant immatriculation pour écarter l'application de l'article 360, par exemple, ce dernier serait vidé de sa substance.

---

[1] *ibidem*

[2] Article 1842 alinéa 2 du Code civil *précité* et article 5 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966 : "la société, après avoir été régulièrement *constituée* et *immatriculée* "...

[3] B.MERCADAL et Ph.JANIN, *op. cit.*,n°306; Jean HÉMARD, F.TERRÉ et P.MABILAT, *op.cit.*, 1978, Tome III, n°623.

[4] Droit commun des obligations et sur les articles 1832 et suivants du Code civil relatif au contrat de société, non compris les articles 1844-10 et suivants.

En outre, les nullités en droit des sociétés ne peuvent guère être qualifiées de nullités temporaires[1]; la confirmation comme conséquence de l'immatriculation notamment, est un non-sens, dans la mesure où la personnalité morale n'a aucune influence sur l'existence ou la disparition d'un vice constitutif. Seule la sécurité des tiers impose que les causes de nullité entachant les actes juridiques collectifs, lors de la constitution de la société de même qu'en cours de vie sociale, ne soient pas soulevées.

C'est oublier également que, "dans les affaires, l'action économique précède souvent la formation juridique"[2]; la pratique du droit des sociétés enseigne que le fonctionnement des sociétés est souvent antérieur à leur immatriculation, voire indépendant de l'acquisition de la personnalité morale[3]. L'instauration d'un droit de reprise pour la société une fois immatriculée est la reconnaissance implicite d'une activité sociale préexistante, la plupart du temps inévitable.

Il ne serait guère admissible, dans ces conditions, qu'une action en nullité soit ouverte sous condition résolutoire que la société, dont le vice constitutif est dénoncé sur le fondement du droit commun des contrats, ne soit pas immatriculée !

Bien plus, si une telle action aboutissait à l'annulation du pacte social, l'absence de remise en cause de la personne morale (sous prétexte que la nullité des personnes morales s'appuie sur un fondement différent qui retient, en outre, moins de causes d'annulation) acquise postérieurement à la demande d'annulation serait une hérésie !

Cette distinction entre les causes de nullités de sociétés purement contractuelles et celles des sociétés personnes morales, aussi séduisante soit-elle, ne peut recueillir notre approbation, la personnalité morale n'ayant pas une autonomie totale par rapport à l'acte constitutif de société[4]. Il paraît en effet difficilement concevable de faire

---

[1]P. MALAURIE et L.AYNÈS, *Droit civil*, "Les obligations", 10ème éd. 1999/2000, *Ed.Cujas,* n°564, p. 326.

[2] E. PAILLET, "L'activité de la société en formation", *Rev. soc.* 1980, p. 427, *obs. crit.* Jacques RICHARD sous Paris, 3 juin 1981 : *Dr. sociétés*, juillet 1981, n°163.

[3] M. GERMAIN, *chron.* "Société en formation et société créée de fait", *Dr. et soc.* 1982, p.2 s.

[4] RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, n°759, p. 632.

disparaître l'être moral en conservant intact le pacte social. Quand une société est annulée, la personne morale disparaît pour l'avenir tout autant que le contrat de société qui lui a donné naissance[1]. Car la dégénérescence de personnalité morale dans les sociétés de fait *stricto sensu*, c'est-à-dire devenues "de fait" pour cause de nullité ou "sociétés putatives", par opposition aux sociétés *créées de fait*[2] et aux sociétés en participation, sont la marque d'un vice indélébile dans la procédure constitutive de ces sociétés[3].

L'action en nullité est donc recevable à compter de la réalisation du vice, c'est-à-dire antérieurement à l'immatriculation sur le fondement de l'article 360 de la loi de 1966 ou de l'article 1844-10 du Code civil[4], visant à réduire les cas de nullité pour assurer la sécurité juridique dans les rapports entre la société et les tiers. L'immatriculation ne peut donc avoir pour objet l'extinction ou l'irrecevabilité d'une action en nullité. Elle ne fait pas écran. L'idée d'une immatriculation-purge des nullités de fond fait également naufrage pour les raisons susmentionnées[5].

L'immatriculation n'apporte en effet aucun élément nécessaire à la validité d'un acte infecté d'un vice originaire. En ce sens, elle ne fait pas office de régularisation[6]. Elle ne peut non plus être assimilée à la confirmation d'un acte nul qui suppose, selon l'article 1338 du Code civil, "à la fois la connaissance de ce vice affectant l'obligation, et l'intention de le réparer"[7]. La confirmation n'est pas seulement une renonciation au droit de critiquer l'acte nul, telle qu'une analyse le proposait naguère[8], sans pour autant avoir suscité l'adhésion[9]. Sinon,

---

[1] La personnalité morale ne subsiste que pour les besoins de la liquidation de la société, cf. *infra*, Deuxième partie, Titre 1, Chapitre 2.

[2] C. CHAMPAUD, "rapport sur les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit français", *Trav. Assoc. H. Capitant*, Tome XXI, Dalloz 1969, *spéc.* p. 130.

[3] Joseph HÉMARD, *op. cit.* n°4, p. 6, définissait ainsi la société nulle : *"Constituée sans l'observation des dispositions légales, elle était viciée dans son principe, elle était atteinte dès sa naissance d'un germe susceptible d'entraîner sa disparition"*. Le fait que l'acquisition de la personnalité morale ne coïncide pas de nos jours avec la constitution de la société est donc sans influence sur l'origine des causes de nullité dans les sociétés.

[4] qui n'exige pas l'acquisition de la personnalité morale

[5] DUPEYRON, *th. préc.*, p.105

[6] P. MALAURIE et L.AYNÈS, *op. cit.* n°563, p. 325.

[7] Civ. 1ère, 11 fév. 1981, *Bull. civ.* I, n°53.

[8] G. COUTURIER, La confirmation des actes nuls, Thèse Paris II, *L.G.D.J*, 1972.

[9] HÉBRAUD, *préf.* à la thèse de C. DUPEYRON, La régularisation des actes nuls, Toulouse, *L.G.D.J.*, 1973, p. XVII.

l'immatriculation tardive au R.C.S. ouvrirait la voie à des fraudes faciles à imaginer. Ainsi la reprise automatique des engagements pris au nom de la société peut parfois favoriser une insolvabilité collective là où il n'y a pas d'insolvabilité individuelle. Les tribunaux ont coupé court à ces manœuvres traduisant un usage abusif de la personnalité morale dans un domaine autre que les nullités[1]. C'est dire que l'immatriculation ne constitue pas toujours le critère de distinction entre une société en participation ou créée de fait et une société en formation.

C'est pourquoi, de même que l'inscription au R.C.S. ne couvre pas les nullités de fond du contrat de société, le parallélisme des formes implique que son omission volontaire ou involontaire ne représente pas non plus un moyen d'échapper aux éventuelles causes spécifiques des nullités des sociétés dotées de la personnalité morale.

B. Immatriculation-sanction

Il résulte du rôle nouveau attribué à l'immatriculation que si la société n'est pas inscrite au R.C.S., celle-ci n'est pas nulle ni inexistante pour autant[2]. Elle est simplement dénuée de la personnalité morale. L'inscription n'a qu'un effet déclaratif lorsque le greffier constate simplement l'existence d'une situation juridique déterminée ou un certain rapport de droit qui ont pris naissance indépendamment de toute démarche auprès des autorités au R.C.S. La personne morale naît alors lorsque les conditions matérielles de sa création sont réalisées, la publicité au registre du commerce n'ayant pour incidence que de permettre au public de se renseigner facilement[3]. L'immatriculation ne fait donc pas partie des formalités constitutives[4]. Elle revêt un caractère

---

[1]C.A. Paris, 22 novembre 1988, *R.T.D.Com.* 1989, 241, obs Cl. CHAMPAUD et P.LE FLOCH; Com. 26 nov.1996, *Rev. soc.* 1997, 357, note François PASQUALINI et Valeria PASQUALINI-SALERNO

[2] Cass. com., 4 mai 1981, *Bull. civ.* IV, n°203; *D.* 1982, 482, note DAIGRE, *Rev. soc.* 277, note PHILIPPE; RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, Tome 1, n°1133, p. 861.

[3]M.HAGÈGE, *th. préc.*, n°194, p.148.

[4]*Contra*, Y.GUYON, *op. cit.*, n°,148, p.151; BASTIAN, *chron. préc., J.C.P.* 1967, I, 2121.

de publicité[1]. Les causes de nullité de sociétés sont donc maintenues en dépit de l'inscription au R.C.S.[2].

La nullité pour absence de publicité des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite simple prévue à l'article 361 de la loi du 24 juillet 1966, seul cas d'annulabilité subsistant après la purge des nullités de forme opérée par la réforme du 24 juillet 1966, apparaît comme une exception. Ce qui est visé par ce texte, c'est l'insertion d'un avis dans un journal d'annonces légales "lorsque les autres formalités de constitution sont achevées"[3]. C'est dire que cette obligation incombe aux associés *avant* l'inscription au RC.S. Mais la régularisation étant possible avant l'immatriculation voire au-delà, cette dernière constitue alors, par exception, le moment où cette nullité est encourue. Aussi cette hypothèse est-elle très théorique. Outre le fait que cette nullité est facultative pour le juge sauf fraude, il semble peu réaliste que le greffier ne s'aperçoive pas du manquement à cette obligation et ne demande pas une régularisation. Tous les commentateurs de la loi du 24 juillet 1966 s'accordent à penser qu'il s'agit là d'un "vestige oublié" de la loi du 24 juillet 1867 (article 58)[4], voire d'un anachronisme[5].

Les causes de nullité de sociétés-personnes morales ne sont jamais que des vices de constitution de société[6]. Il n'existe donc pas dans l'énoncé des articles 1844-10 et 360 et suivants des vices de fond propres à la création de la personne morale, indépendamment de l'acte de volonté originaire des associés ou actionnaires. L'*affectio societatis*, exigé à la fois pour la formation de la personne morale et en cours de vie sociale, est l'exemple topique de ce lien étroit entre la personnalité juridique et l'acte de volonté créateur. L'annulation de la personne morale n'est donc autre que l'anéantissement de l'acte juridique collectif qui lui a donné naissance : elle entraîne alors nécessairement la dissolution de la société. La nullité des sociétés personnes morales est

[1]Cf. circulaire du 23 mars 1967 relative au R.C.S. ; M. HAGÈGE *th. préc.*, n°232, p.174.
[2]M. HAGÈGE, *ibidem*, n°200, p.152.
[3] Article 285 du décret n°67-236 du 23 mars 1967, modifié par les décrets du 2 janvier 1968 et 22 avril 1988.
[4] H. TEMPLE, *Les sociétés de fait*, 1975, n°371, (Préface de J. CALAIS-AULOY).
[5] Jean HÉMARD, F. TERRÉ, P. MABILAT, *op. cit.* Tome II, n°1119, 1974.
[6]Sauf le cas de nullité résiduel pour défaut de publicité de l'article 361 de la loi du 24 juillet 1966.

donc un abus de terminologie juridique. Seule la nullité des actes constitutifs de société a un sens.

Excepté ce vice de forme sans intérêt, le défaut d'immatriculation n'est donc pas un moyen d'échapper à la nullité de la société, puisque la personnalité morale est l'émanation de l'acte de volonté seul susceptible d'être entaché d'une cause de nullité. L'argument reposant sur l'article 368, lequel renvoie aux articles 391 et suivants de la même loi, relatifs à la liquidation de la personne morale, pour refuser l'application du chapitre entier aux sociétés non immatriculées n'est pas très convaincant. C'est par un raisonnement similaire que ces auteurs dissociaient l'article 1844-10 du Code civil des règles relatives au contrat de société. Selon eux, du fait que la personnalité morale "subsiste "pour les besoins de la liquidation, l'application littérale de ces articles aboutirait à reconnaître à une société, en raison de son annulation, la personnalité morale que l'article 5 de la loi du 24 juillet 1966 lui dénie[1].

Or, les dispositions invoquées, loin de s'opposer aux règles relatives à la société en formation ou aux sociétés en participation, semblent au contraire les compléter et les préciser[2], dans la logique de codification utilisée par le législateur de 1978. Il ne s'agit pas de conférer *a posteriori* la personnalité morale à des sociétés pour les liquider comme telles ; cette interprétation[3] *contra legem* est excessive. Comme l'a fait très justement remarquer un auteur, la personnalité morale "ne peut subsister qu'autant qu'elle a existé"[4]. L'idée de ceux qui souhaitaient appliquer l'article 368 et suivants de la loi du 24 juillet 1966 aux sociétés annulées quelles qu'elles soient, avaient bien avant tout pour objectif la dissolution admise aujourd'hui comme un principe général des nullités de sociétés[5].

---

[1] Jean HÉMARD, F. TERRÉ, P. MABILAT, *op. cit.*, Tome 3, 1978, *spéc.* n°358 et n°619 à 623; P.MACQUERON, *Juris-classeur, op. cit.*, n°12.

[2] Cf. argument tiré de l'article 1844-15 *précité*.

[3] G. RIVES, *art. préc.*, n°18, p. 426; au moins pour la liquidation à l'égard des tiers, cf. TEMPLE, *op. cit.* p. 588.

[4] NGUYEN XUAN CHANH, *art. préc.*, n° 29.

[5] RIPERT et ROBLOT, *op.cit.*, n°724 et 759, C. CHAMPAUD, *rapport précit. spéc.* p. 131.

La position inverse conduisait, avant 1978, à faire échec aux conséquences de l'annulation de la société[1], celle-ci étant considérée alors comme un simple contrat auquel il fallait alors appliquer le droit commun des obligations.

La protection des tiers ne commence pas seulement à la reconnaissance de la personnalité morale : ce serait ôter toute spécificité au droit des sociétés. Et comment justifier dans le cas contraire les différences de régime entre les articles 1843 et article 1872-1 sur la responsabilité des acteurs et des associés de la société ?

L'esprit général, l'unité et l'efficacité du régime des nullités en droit des sociétés impliquent donc une conception élargie de son champ d'application, qui ne doit pas être tributaire du délai d'acquisition de la personnalité morale. La loi de 1966 et l'ordonnance de 1969 auraient manqué leur objectif si le régime des nullités applicable aux sociétés en formation était différent de celui des sociétés-personnes morales.

L'intitulé du chapitre VI du titre 1 consacré aux "sociétés dotées de la personnalité morale" s'expliquait, selon Georges RIVES[2], par opposition avec le chapitre suivant[3] aux sociétés en participation. Il était dans la lignée du titre préliminaire, concernant les dispositions générales à toutes les sociétés hormis les sociétés en participation[4]. La loi du 4 janvier 1978 n'a fait que confirmer l'interprétation de ce précurseur sur le domaine des nullités en droit des sociétés.

Le critère formel de distinction réside donc davantage dans le choix de société que dans la fiction de la personnalité morale.

---

[1] Cass. com., 16 déc. 1975, *Bull. civ.* IV, 255, *D.* 1976, *Somm.* 24, *Rev. soc.* 1976, 502, note J. HONORAT; Paris , 25 février 1972, *D.* 1972, 255, note CALAIS-AULOY, *Rev. soc.* 1972,471.

[2] G. RIVES, *art. précit.*, p. 415.

[3] Cf. art. L 419 al. 2 ancien, abrogé par la loi du 4 janvier 1978.

[4] D'autres auteurs pressentaient aussi dès la réforme du 24 juillet 1966 que "les problèmes de nullité *auraient* pu figurer dans les dispositions générales", le chapitre VI supposant "connu le fonctionnement des divers types de sociétés" tout en estimant, avec réticence il est vrai, que "les simples sociétés créées de fait ne peuvent en bénéficier" (D. BASTIAN, "La réforme du droit des sociétés commerciales, *J.C.P.* 1967, éd. G, I, 2121, *spéc.* n°94 et 139).

§ 2 Influence de la forme sociale

A. Fondements

La réduction des cas d'annulabilité et de l'étendue de la nullité en droit des sociétés n'intéresse, en effet, que certains types de sociétés[1]. La loi du 4 janvier 1978 (1.) et l'existence d'un contrat de société (2.) confortent l'idée que le choix de la structure sociale est essentiel dans la détermination du régime des nullités applicable.

1. Fondement légal récent

D'une part, l'article 1842 nouveau du Code civil concerne uniquement "les rapports entre les associés" et non les relations externes de la société. Le régime dérogatoire des nullités de sociétés, prévu par la loi de 1966, destiné à ne pas laisser les tiers exposés au risque d'une annulation postérieure de la société avec laquelle ils ont contracté, n'est donc pas incompatible avec ses dispositions. En outre, combiné avec l'article 1834 du même code, il s'avère que l'article 1842 s'applique "s'il n'en est autrement disposé par la loi en raison de leur forme ou de leur objet". Le rôle de la forme sociale est donc prépondérant pour déterminer les règles correspondantes.

D'autre part, celui-ci fait explicitement référence au "contrat de société" à propos des règles applicables jusqu'à l'immatriculation.

2. Fondement contractuel spécifique

La jurisprudence et la doctrine admettent alors de façon quasi-unanime que le droit commun des contrats revêt un caractère subsidiaire dès lors que la société est constituée ; le droit des sociétés

[1]Article 360 alinéa 1 de la loi du 24 juillet 1966, comm. par Y.GUYON, *op. cit.*, n°153, p.155s..

reçoit donc application, dès l'échange des consentements entre les fondateurs.

Cette condition nécessaire demeure cependant insuffisante, car le droit commun des sociétés fait preuve d'une multiplicité certaine selon l'état d'avancement de la construction sociale voire du type de sociétés.

Pour que les dispositions de l'article 360 et suivants de la loi du 24 juillet 1966, par exemple, reçoivent application dès la signature du contrat de société, encore faut-il prouver que la forme sociale est déterminée dès cet instant.

B. Choix de la structure sociétaire

La forme sociale est l'une des clauses statutaires. Or, nous avons relevé[1] que le droit français, et plus précisément la doctrine, car ni la loi, ni la jurisprudence ne se sont prononcées sur la question, ne distinguaient pas entre le pacte social et les statuts. Cette conception unitaire du contrat de société a pour conséquence immédiate que les statuts s'appliquent aux sociétés même non (encore) immatriculées.

Le domaine d'application de l'article 360 de la loi de 1966 remonterait ainsi à la constitution de société, tout au moins à la signature des statuts. Comme la formation des sociétés est le fruit d'une véritable procédure constitutive[2], il serait arbitraire de choisir la formalité à partir de laquelle les sociétés relèveraient des dispositions spéciales, plutôt que du régime primaire du droit des sociétés, leur champ d'application respectif étant lié à la forme de la société.

C'est donc au jour du choix de la société qu'il conviendrait de se reporter pour déterminer le régime des nullités applicable.

Seuls certains auteurs ont émis des réserves sur l'application intégrale des statuts avant toute acquisition de la personnalité morale (1.). Toutefois, quand bien même seraient-elles en partie fondées, elles s'avèrent insuffisantes pour déterminer entièrement le domaine actuellement reconnu aux nullités en droit des sociétés (2.).

---

[1] Cf. *supra*, introduction de la thèse
[2] *ibidem*, n°6, p.4s.

1. Intérêt de la distinction entre le contrat social et les statuts

Deux thèses méritent d'être évoquées : l'une, bien que n'ayant pas reçu un écho favorable dans notre droit positif, parce qu'elle rejoint la doctrine pourtant majoritaire, soutenue notamment par M. Patrice MACQUERON, selon laquelle les règles relatives aux nullités de sociétés concernent uniquement la personne morale, les sociétés simplement constituées relevant du régime général des contrats (a.); l'autre, plus originale, dans la mesure où elle concilie la distinction entre contrat de société et statuts en effectuant une application distributive des dispositions légales selon qu'elles concernent le contrat de société ou uniquement l'être moral (b.).

a. Négation de la spécificité des nullités de sociétés non immatriculées

Selon la première théorie dite du "pacte social", il conviendrait dans l'acte constitutif de société de distinguer entre les dispositions qui n'ont trait qu'à l'accord de volonté et celles qui concernent plus directement l'organisation de la personne morale. Les statuts auraient vocation à régir le fonctionnement de la personne morale, alors que le contrat de société représenterait uniquement l'échange des consentements. Sinon une confusion s'établirait entre la société en formation et la société en participation, les statuts faisant l'objet d'une application immédiate dans les deux cas[1].

Cette conception dualiste est excessive, car elle nie toute spécificité au contrat de société. Ainsi, les irrégularités entachant ce contrat doivent, selon MM. MERCADAL et JANIN être sanctionnées selon les règles relatives aux nullités des conventions et non par les dispositions dérogatoires du droit des sociétés prévues à cet effet[2]. Or,

[1] B. MERCADAL et Ph. JANIN, *op. cit.*, n°305 et s.
[2] *Ibidem*, n°306.

la loi ne distingue pas entre les dispositions contenues dans les articles 1832 et suivants et les articles 1844-10 et suivants.

De surcroît, refuser l'application du droit des sociétés aux sociétés immatriculables, non seulement réduirait la notion de contrat de société à sa plus simple expression, mais encore rendrait inutile l'article 1842 alinéa 2 puisque dans le silence de la loi, tout contrat quel qu'il soit relève du régime général du droit des obligations.

b. Reconnaissance d'un régime dérogatoire des nullités des sociétés dès la signature du contrat de société.

Une seconde solution moins tranchée que la précédente a été proposée par M. GERMAIN[1], qui estime, lui aussi, que le législateur n'emploie pas indifféremment les termes "contrat de société" et "statuts" pour désigner des sources juridiques identiques du droit des sociétés. Il considère les statuts uniquement comme des règles liées à une forme sociétaire déterminée, le contrat de société *stricto sensu* étant défini par l'article 1832 du Code civil.

Mais à la différence des partisans de la théorie du pacte social, M. GERMAIN applique le droit des sociétés dès qu'il s'agit d'événements mettant en cause la société en formation[2]. Ainsi en est-il du nouveau régime des nullités de sociétés prévu aux articles 1844-10 et suivants du Code civil ; l'article 1844-15 précise[3] en effet que ce régime dérogatoire concerne à la fois les personnes morales et les sociétés simplement constituées.

Cette reconnaissance de règles spécifiques aux nullités en droit des sociétés, aussi novatrice qu'il y paraît de prime abord, demeure cependant insuffisante en l'état du droit positif actuel.

---

[1] Michel GERMAIN, "Naissance et mort des sociétés commerciales", Études dédiées à René Roblot, Aspect actuel du droit commercial français, *L.G.D.J.*, 1984, p.217 et s., notamment p. 224-225.

[2] *ibidem*

[3] Article 1844-15 du Code civil : "Lorsque la nullité de la société est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat.
A l'égard de la personne morale qui a pu prendre naissance, elle produit les effets d'une dissolution prononcée par justice.

2. Critiques de la distinction

Il ressort de cette analyse des textes deux limites à l'extension du régime spécial des nullités de sociétés. L'une est purement temporelle (a.); l'autre repose sur une confusion entre l'existence d'une forme sociétaire déterminée et la date fictive d'acquisition de la personnalité morale (b.)

a. Distinction limitée dans le temps

Pour sanctionner les causes d'invalidité des sociétés antérieures à la loi du 4 janvier 1978, seul le droit commun des obligations serait applicable, selon Michel GERMAIN ; autrement dit, ce n'est pas la matière des sociétés qui appellerait un régime différent concernant les vices constitutifs, mais uniquement le législateur de 1978 qui autoriserait de telles dérogations. Cette explication n'est guère réaliste si l'on veut bien admettre, tout particulièrement dans ce domaine, que le législateur a surtout entériné les constructions jurisprudentielles, plus qu'il n'a véritablement élaboré de solutions nouvelles. Pour ne citer qu'un exemple d'exception aux effets classiques des nullités déjà admis par la jurisprudence et généralisé aujourd'hui dans la notion de nullité-dissolution[1], c'est l'absence de rétroactivité lors de l'anéantissement des sociétés.

b. Confusion entre le moment de détermination de la forme sociale et la date légale d'acquisition de la personnalité morale

Une autre limite est fixée dans le critère de ... l'immatriculation, comme dans la loi du 24 juillet 1966 ! A partir de 1978, Michel GERMAIN considère donc nécessairement deux régimes dérogatoires[2]

---

[1] Cf. *supra* historique en introduction de la thèse; *arg*. art. 1844-15 du Code civil, qu'il s'agisse du contrat de société ou de la personne morale; Y.CHARTIER, *art. précit.* n°203 *in fine*.

[2] L'un fondé sur le droit des sociétés applicable au contrat de société (articles 1844-10 et suivants du Code civil), l'autre lié à la date d'acquisition de la personnalité morale (article 360 et suivants de la loi du 24 juillet 1966).

au droit commun des nullités en droit civil, selon que la procédure constitutive de la société ait abouti ou non à l'obtention de la personnalité morale. La réduction des causes de nullités concernant les sociétés commerciales notamment, resterait destinée en effet aux seules sociétés dotées de la personnalité morale, puisqu'aucun régime dérogatoire lié à une forme quelconque de société[1] n'est envisageable, selon lui, tant qu'une telle forme n'est pas déterminable, c'est-à-dire légalement jusqu'à l'immatriculation : "Quand la personne morale existera, alors la société pourra être société anonyme, société à responsabilité limitée ou société en nom collectif; (...).Tant que la personne morale n'existe pas, la société est indifférenciée, sans qualité particulière, simplement fondée sur les principes généraux du contrat de sociétés"[2]. Par cette interprétation littérale, Michel GERMAIN rejoint finalement, sans coup férir, l'opinion quasi-unanime des auteurs sur les confins du champ d'application de l'article 360, tels qu'ils sont fixés par l'énoncé du chapitre VI de loi du 24 juillet 1966.

Or, les statuts, et en particulier la clause relative au choix de la forme sociale, sont nécessairement rédigés et signés avant toute immatriculation. Patrice MACQUERON lui-même n'apporte pas de démenti à cette assertion. Bien au contraire ! Après s'être interrogé longuement sur la nature juridique de l'immatriculation, il en conclut logiquement qu'elle ne peut pas être considérée comme la dernière formalité constitutive[3] , la société étant déjà constituée avant d'être immatriculée[4] .

Bien plus, les statuts sous réserve du respect des nombreuses dispositions légales et impératives du droit des sociétés représentent pour une société ce que la chose et le prix sont au contrat de vente. Sans détermination précise de l'objet de l'obligation du contrat, celui-ci

---

[1] Cf. *supra*, article 1834 du Code civil précité.
[2] *art. préc.*, p. 224.
[3] P. MACQUERON, thèse *préc.*, A. p. 3 à 6., *spéc.* p.8, arg. tirés des articles 5 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966, 1 alinéa 2 du décret du 23 mars 1967, et auxquels on peut ajouter plus récemment les articles 2, 15 A.-2° et 47 alinéa 2 du décret du 30 mai 1984.
[4] Cf. *supra*, textes de loi précités à l'appui de cette thèse; BASTIAN, "Les sociétés avant immatriculation au registre du commerce", *Études de droit commercial à la mémoire d'Henry Cabrillac,* p. 25; Jean HÉMARD, F. TERRÉ, P. MABILAT, *op.cit.*, Tome I, n°789; B. MERCADAL et Ph. JANIN, *op. cit.*, n°302.

n'existe pas. Ainsi, les statuts, notamment le choix de la forme sociale, font partie intégrante des éléments constitutifs du contrat de société[1].

Le législateur impose même quelquefois une forme particulière en raison de l'objet ou de la dimension de la société. L'obligation d'adopter une forme originelle incombe ainsi à de nombreuses sociétés dans le souci de sauvegarder l'épargne publique ou la sécurité des transactions, notamment en matière d'activités financières et d'opérations d'assurances[2]. Ainsi en est-il, par exemple, des sociétés faisant appel public à l'épargne ou de certaines sociétés civiles professionnelles. Ce choix fondamental s'opère dès la constitution de la société.

Il en résulte que les différences de régime des nullités de sociétés liées à la forme correspondante reçoivent application dès la signature du pacte social. L'article 80 alinéa 4 de la loi du 24 juillet 1966 qui concerne exclusivement la formation des sociétés anonymes faisant publiquement appel à l'épargne, énonce une cause de nullité voire d'inexistence qui est encourue dès l'assemblée générale constitutive. Toute autre solution serait incohérente [3]. C'est donc bien la forme qui commande l'application d'un régime exceptionnel par rapport au droit commun des nullités de sociétés (contenu dans la loi du 4 janvier 1978) avant toute immatriculation. Autrement dit, l'immatriculation postérieure ne modifie en rien la forme sociale initialement adoptée[4]. Pacte social et statuts ne font qu'un.

D'aucuns soulèvent contre cette assertion une objection relevant du plus pur sophisme. Puisque la société en formation dégénère en société créée de fait[5], si elle n'est finalement pas immatriculée, c'est

---

[1] Cf. notamment, art. 1835 du Code civil ou art.2 de la loi du 24 juillet 1966.

[2] Y.GUYON, *Juris-classeur, Sociétés*, 1992, vol. 1, *Fasc.* 27-A, n° 19 à 26, p. 6-7.

[3] Cette disposition expresse édicte sans nul doute une véritable cause de nullité depuis que la jurisprudence assimile le défaut de consentement à un vice du consentement (Cass. com., 20 juin 1989, *Bull. civ.* IV, n°198, p. 133, *G.P.* 1989, *Somm.* 172, *Petites affiches*, 18 avril 1990, p. 64, *D.* 1989, *I.R.*, 228).

[4] Par analogie avec les personnes physiques qui acquièrent la personnalité juridique à la naissance mais dont le sexe est déterminé ou déterminable avant la naissance, les sociétés en formation acquièrent définitivement la personnalité morale lors de l'immatriculation mais leur forme est néanmoins fixée antérieurement. Il en va de même si l'enfant est déclaré non viable à la naissance ou si la société n'est finalement pas immatriculée. La forme est alors soit civile, soit commerciale en fonction de son objet puisque la société créée de fait est assimilée à la société en participation (article 1871-1 du Code civil, combiné avec l'article 1873 du même code).

[5] F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, note sous Cass. com. 7 déc. 1981, *Rev. soc.*,1982, 859.

qu'elle n'avait pas encore acquis de forme précise[1]. Mais cette remarque apporte au contraire une confirmation de notre hypothèse, à savoir que la société en formation n'a pas la forme d'une société non dotée de la personnalité morale, et ne relève par conséquent nullement du même régime à l'origine. Sinon, pourquoi demander en justice une requalification de la société ?

Il devrait exister en effet une différence entre les sociétés en formation et les sociétés en participation quant au régime des nullités applicable. L'absence de distinction dans les textes s'explique là encore par un défaut d'obligation légale d'immatriculer les sociétés dans un certain délai.

La nullité d'une société en formation n'est pas une sanction équivalente à l'absence d'immatriculation, celle-ci n'étant pas une cause de nullité[2]. C'est pourquoi les sociétés en formation non immatriculées ne peuvent dégénérer qu'en société créées de fait et non en société de fait. De même, les sociétés en participation même ostensibles ne sont pas nulles pour autant[3]. Il est acquis en effet que le jugement de nullité est constitutif d'une situation, voire d'une société nouvelle[4]. Sociétés en formation et sociétés en participation peuvent ainsi devenir des sociétés de fait.

Il serait opportun dans ces conditions que les créanciers des sociétés en formation soient davantage protégés par la théorie de l'apparence[5] dans un délai fixé par la loi pour immatriculer (en admettant que la société puisse commencer à fonctionner pendant ce laps de temps, aussi court soit-il), que ceux des sociétés en participation, qui, par définition, n'ont pas l'intention d'obtenir la

---

1 Jean HÉMARD, TERRÉ, et MABILAT, *op. cit.* n°622.

2 Cf. *supra*, DU PONTAVICE et DUPICHOT, *op. cit*., n°420-5; CHARTIER, "La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978", *J.C.P.* 1978, I, 2917, n°101.

3 J. DERRUPÉ, *Juris-classeur, Sociétés*, Constitution des sociétés en participation, *Fasc.* 44-B, 1986, n°59.

4 Cass. req., 27 janvier 1920, *Journal. soc*, 1920,214; 16 mai 1938, *S.* 1939, I, 292; cf. infra, deuxième partie.

5 *Contra,* Y. REINHARD, note sous Lyon, 10 novembre 1983, *D.* 1984, II, 124; Cass. com., 13 mars 1984, *D.* 1985, II, 244; et *chron.* sous Cass. com., 9 novembre 1987, *R.T.D. com.* 1988, 456. Toutefois, J. CALAIS-AULOY note sous Cass. com., 13 nov. 1980, *D.* 1981, 541, que seule l'apparence de *validité* semble dorénavant concevable et non l'invocation de l'apparence de *personnalité morale* eu égard au rôle conféré par la loi à l'immatriculation ; *comp.* La notion d'apparence en droit commercial, thèse, *L.G.D.J.*,1959, n°130;

personnalité morale. Dans le cas des sociétés commerciales, par exemple, ceux-là bénéficieraient ainsi de la réduction des causes de nullité prévue par l'article 360 de la loi précitée.

L'application de ce régime dérogatoire des nullités pour les sociétés commerciales se justifie en effet davantage quand la société est en formation et a déjà rédigé des statuts où la forme sociétaire est précisée, puisqu'elle est en attente d'immatriculation, que lorsqu'il s'agit d'une société en participation, voire d'une société créée de fait *stricto sensu* qui n'a pas, par définition, vocation à être immatriculées[1]. L'influence de la future personne morale est patente.

Le critère de distinction entre les sociétés en formation, par opposition aux sociétés en participation ou créées de fait *stricto sensu*[2] et les sociétés personnes morales, ne réside donc pas dans le rôle conféré aux statuts durant la période constitutive ; l'immatriculation n'a pas en effet pour objet, même indirect, d'autoriser la mise en oeuvre des statuts. Ces derniers entrent par conséquent en vigueur, quelle que soit la société, dès leur adoption par les fondateurs, même si certaines clauses ne recevront application qu'en cours de vie sociale[3].

Seule la forme sociale qui en découle est un élément prépondérant de détermination du régime des nullités applicable et ce, dès la conclusion du contrat de société. Ainsi se justifie l'application du droit commun des nullités en droit des sociétés (articles 1844 -10 et suivants) instauré par la loi du 4 janvier 1978 aux sociétés en participation où la forme est indifférente, et à toutes les sociétés où la forme n'implique pas un régime des nullités spécifique autre. Aussi, les sociétés en participation annulées peuvent-elles être qualifiées de sociétés de fait au sens où l'entendait Joseph HÉMARD, dans la mesure

---

[1] Patrick SERLOOTEN, "Société en formation : frontière avec la société en participation et la société créée de fait, *Bull. Joly*, 1997, §50, p.149.

[2] La société créée de fait revêt deux acceptions : d'une part, des personnes, qui, tout en n'ayant pas signé de contrat de société, se sont comportées comme des associés, mettant des biens en commun, partageant les bénéfices et contribuant aux pertes avec la volonté de collaborer sur un pied d'égalité, M. JUGLART, B. IPPOLITO, E. DU PONTAVICE et J. DUPICHOT, Traité de droit commercial, Les sociétés, 2ème vol. Ed. *Montchrestien*, 3ème éd., 1980, n°445 à 448 *spéc*. p.475; et, d'autre part, une société en formation dégénérée pour cause d'absence d'immatriculation, cf. *supra*.

[3] Ce qui explique les majorités renforcées exigées pour toute modification statutaire ainsi qu'un régime des nullités équivalent à celui des nullités de sociétés (cf. *supra*, introduction).

où cette sanction opère, sans rétroactivité, comme une dissolution[1]. C'est dire que la théorie des sociétés de fait peut s'adapter aux sociétés non dotées de la personnalité morale, avec toutefois quelques aménagements. "Cette souplesse du droit des sociétés empêche que soient soustraites à son emprise des situations ou des personnes qui ont pourtant pris soin de demeurer hors-la-loi"[2]. Ce réalisme conduit à une singulière simplification du régime des nullités en droit des sociétés.

Le paradoxe entre le ralliement quasi-unanime des auteurs à la thèse d'un régime dérogatoire des nullités applicable uniquement aux sociétés personnes morales, et l'adoption de la conception unitaire du contrat de société se résout donc nécessairement par un rejet de l'exclusion d'office de toutes les dispositions relatives à la forme sociale pour les sociétés en formation.

Ainsi pouvons-nous conclure, sur les traces de Georges RIVES, et *a fortiori* depuis la loi du 4 janvier 1978, qu' "en définitive, ce chapitre VI de loi du 24 juillet 1966 concerne toutes les sociétés ayant la personnalité morale ou susceptibles de l'acquérir, c'est-à-dire celles qui en sont dotées ou dotables"[3].

Pourtant, cette conception large du domaine des nullités qui n'a pas reçu en son temps l'adhésion unanime de la doctrine[4] et ni beaucoup d'échos favorables dans la jurisprudence[5], représente une vision globale, pertinente et logique des réformes récentes en matière de sociétés. Une thèse récente abonde dans ce sens[6]. C'est admettre implicitement que l'analyse des sources formelles, somme toute utile, s'avère insuffisante pour forger une telle conviction. Il convient alors de dépasser le positivisme juridique afin de découvrir le véritable fondement du régime dérogatoire des nullités en droit des sociétés.

---

[1] Article 1844-15 alinéa 1, *précité*.

[2] Bernard SAINTOURENS, "La flexibilité du droit des sociétés", *R.T.D.Com.* 1987, 457 et s., 2° *Un droit ouvert* : a) Les sociétés de fait (n°45 à 50), *spéc.* n°50, p. 476.

[3] G. RIVES, *note précitée*, p.415.

[4]Pour une reconnaissance de la portée de l'acte juridique constitutif de société : "La société non immatriculée n'est donc pas un néant juridique, ni une société de fait, mais un contrat qui produit tous ses effets entre associés", C. CHAMPAUD, *R.T.D.Com*. 1978, obs. 114.

[5]Seul un arrêt a fait application de l'article 360 alinéa 1 de la loi du 24 juillet 1966 à une société en formation. Toutefois l'immatriculation était effective : Com. 20 juin 1989, *R.T.D. Com. 1990*, obs. CHAMPAUD, p.399s. *précité*.

[6]G. WICKER, Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique, th. Perpignan, 1994, *L.G.D.J.*, 1997, n°232, p.222.

SECTION 2 : Fondement naturel de la personnalité morale et unité des régimes des nullités en droit des sociétés

Il serait excessif d'affirmer que le choix de la forme sociale emporte à elle seule toutes les conséquences quant au régime des nullités applicable ; ce serait omettre l'influence de la personnalité morale et des tiers. Il faut donc combiner ces données pour réaliser une application plus juste de l'article 1844-10 du Code civil, par exemple, qui n'est pas la réplique exacte de l'article 360 de la loi du 24 juillet 1966. Il convient alors de découvrir le véritable fondement de la personnalité morale. La détermination du rôle exact de l'immatriculation est alors incontournable.

Par des définitions négatives successives, nous avons tenté d'appréhender la nature de l'immatriculation. A plusieurs reprises en effet, nous avons envisagé et réfuté d'éventuelles fonctions de l'immatriculation[1]: ni point d'orgue à la création des sociétés ou formalité obligatoire, ni même autorisation de mise en oeuvre des statuts, voire moyen de régulariser ou, à l'inverse, d'écarter certaines causes de nullités. La question reste alors entière de savoir si l'immatriculation doit être considérée comme une formalité constitutive de la personnalité morale[2] ou une simple mesure de publicité destinée à informer les tiers de l'existence de celle-ci.

La prise en considération des tiers est, il est vrai, indissolublement liée à la recherche du fondement naturel des nullités en droit des sociétés, dans la mesure où toute l'évolution de ces régimes dérogatoires en ce domaine se justifie par une volonté de les protéger contre les conséquences d'une annulation.

Derrière cette interrogation, ce sont par conséquent tous les débats sur le caractère fictif ou réel de la personnalité morale, ainsi que

[1] Cf. *supra*, section 1, §1.
[2] Pour reprendre la terminologie utilisée par Robert SINAY dans "Le droit nouveau de la constitution des sociétés commerciales et de leurs modifications statutaires", *Rev. soc.* 1966, p.297.

sur les notions de personnalité morale interne et externe qui resurgissent et deviennent, de ce fait, le cœur de notre étude.

Conscients de tous les écueils que l'on peut rencontrer dans le maniement des concepts indépendamment de leurs applications pratiques, nous nous efforcerons, selon la célèbre méthode d'interprétation du droit de François GÉNY, d'en faire uniquement usage pour expliquer le droit positif en vigueur et lui permettre d'atteindre son but, c'est-à-dire, en l'espèce, la mise en oeuvre d'une sanction efficace tout en assurant la protection des tiers.

L'exposé des différentes théories sur la personnalité morale (§1) permettra alors de dégager le fondement spécifique des nullités en droit des sociétés au regard du droit positif actuel en la matière (§2).

§1 Théories sur la nature juridique de la personnalité morale

La théorie classique[1] n'a de cesse de nier la réalité de la personnalité morale au point que certains scientifiques, tel PLANIOL, ont rejeté l'idée même ou l'utilité de la personnalité morale. Néanmoins, devant l'impuissance de la théorie de la fiction à démontrer la création *ex nihilo* de l'être moral et ses facultés de vouloir et d'agir indépendamment du groupe d'individus qu'il représente, des thèses fondées sur la réalité sociologique ou alors purement technique ont vu le jour. Malgré les termes de la loi, nous démontrerons, de manière synthétique, que seules ces dernières méritent d'être retenues pour une interprétation nouvelle des nullités en droit des sociétés.

La certitude subjective et individuelle, voire la pure croyance, ont quelque chose d'objectif dans la connaissance du Droit. Même les plus fougueux champions des théories positivistes n'en arrivent jamais à sacrifier entièrement le *Droit en soi* à la pure sujétion des faits. Et malgré leur nihilisme doctrinal, ils reviennent inconsciemment à la

[1]R. SALEILLES, De la personnalité juridique, Histoire et théories, Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques, Paris, *L.G.D.J.* 1910, *spéc.* 305 s.

reconnaissance effective d'un juste objectif, si réduite qu'en puisse être la portée[1].

Pourtant, appliqués à l'idée de personnalité morale, ces principes ne conduisent pas tous les auteurs à admettre le fondement réel de la personnalité morale (B.), bien que la théorie de la fiction soit incapable d'appréhender toute la notion de personnalité morale (A.).

A. Thèse de la personnalité morale -fiction

La qualification de fiction juridique (2.) a été confortée par l'absence de caractère obligatoire de la personnalité morale (1.).

1. Caractère non obligatoire de la personnalité morale

François GENY lui-même dénie toute objectivité[2] à la notion de personnalité morale dans la mesure où, d'une part, de nombreux groupements ayant un intérêt commun à défendre s'en dispensent et, d'autre part, il existe d'autres moyens pour isoler un patrimoine de tout support personnel réel ou fictif [3].

Or, les contempteurs de la thèse de la réalité n'avancent pas des arguments dirimants. La personnalité morale ne fait pas obstacle à l'éclosion d'autres moyens de rendre un capital autonome d'une personne physique. A l'inverse, ce n'est pas non plus parce que l'on constate un désintérêt avéré pour la personnalité morale à travers le foisonnement des sociétés de fait que l'absence de fondement naturel de celle-ci est démontrée. La personnalité morale n'a certes pas vocation

---

[1] F. GÉNY, *op. cit.*, note (2),p. 477: cf. G. MAY, *Éléments de droit romain,* t. I, 1889, n°1-2, p. 1 à 6. Cf. à propos des liens entre la norme et le droit naturel : PLATON, *La République*, Livre I, notamment : *Répliques à Thrasymaque*, 339b et s. p. 88 et s., et Livre IX, 590d et s. p. 354 et s., Introduction, traduction et notes par Robert BACCOU, *Ed. Garnier-Flammarion*, 1966.

[2] *Op. cit.* , n°65, p. 122 et s., *spéc.* notes (3) et (4), p. 123.

[3] F. GÉNY, Étude sur la fiducie, 1885; A. BRINZ, notion de patrimoine d'affectation (*Zweckvermögen*), *Lehrbuch der Pandekten*, t. I, 1884, §§59-63.

à expliquer tous les phénomènes collectifs[1]. Mais l'exclusivité n'est pas un gage de réalité.

En outre, les moyens destinés à affecter un patrimoine à une destination précise, qui existent en France ou à l'étranger, notamment la fiducie ou les *trusts* voire le patrimoine d'affectation en droit allemand, ne sont en aucun cas réductibles à la définition de la personnalité morale. Quoique l'on ait longtemps présenté cette dernière comme un concept relevant du droit des biens[2] , celle-ci ne se réduit pas à être un simple mode d'appropriation collective des choses. D'une manière générale, la personnalité morale est l'aptitude à devenir sujet de droits et d'obligations[3], alors que la fiducie ou le *trust* sont des moyens pour confier à un tiers la gestion autonome et finalisée de biens[4]. Certes, afin de ne pas porter atteinte aux principes d'unité et d'indivisibilité du patrimoine, tels qu'ils ont été formulés par AUBRY et RAU en tant que lien indissoluble avec la notion de personne juridique[5], la fiducie, le *trust* ou le patrimoine d'affectation ont été constamment rejetés par le droit français[6] ; la parade a été trouvée dans la découverte de la personnalité morale[7]. La création de sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée (E.U.R.L.) par la loi 85-697 du 11 juillet 1985 suivie par l'innovation, toute récente[8], des sociétés par actions simplifiée (S.A.S.) à un seul associé sont la marque de cette résistance

---

[1] G. LAGARDE, "Propos de commercialiste sur la personnalité morale : Réalité ou réalisme?", *Mélanges Jauffret*, Faculté de droit et de science politique, Aix-Marseille, 1974, p. 429.

[2] M. PLANIOL, Traité élémentaire, T.I, n°3016 s. réduit la personnalité morale à une masse de biens; A.-M. PATAULT, Introduction historique au droit des biens, 1989, n° 169 et s.;

[3] MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, Tome I, 2ème éd., 1988., *op. cit*., n°2; F. TERRÉ, Introduction générale au droit, *Précis Dalloz*, 1991, p. 260 et s., *spéc.*, n°315 et n°352 à 354; Jean CARBONNIER, Droit civil, Tome 1, Les personnes, *P.U.F. Thémis*, 1990, Livre II, Les personnes morales, p. 308 et s., *spéc.* n°214, p. 318 et chapitre III, p. 343 et s.; G. CORNU, Droit civil, Tome I : Introduction, Les personnes, Les biens, 5ème éd., 1991, p. 255 et s., *spéc.* n°767 "à 789, p. 263 et s.; *Arch. phil.droit*, *Le sujet de droit*, t. 34, 1989, *spéc.* C. GRZEGORCZYZ, "Le sujet de droit : trois hypostases", p.9s.

[4] C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Coll. Economica, Thèse Paris, 1981, *Préface* D. SCHMIDT; Ch. LARROUMET, "La fiducie inspirée du trust", *D.* 1990, *chron.* p. 119; Colloque organisé par l'Institut de Droit des Affaires de Paris II-Assas, "La fiducie, une révolution dans notre droit", *Banque & Droit* nov-déc 1990, p. 239 et janv-fév 1991, p. 3; J. de GUILLENSCHMIDT et A. CHAPELLE, "Trusts, business trusts et fiducie", *Les petites affiches*, 25 juin 1990, p. 4.

[5] Droit civil, t.9, 5ème éd., §573, p.335.

[6] S. GUINCHARD, Essai d'une théorie générale de l'affectation des biens en droit privé français, thèse Lyon, 1974.

[7] G. GOUBEAUX, *chron. précit.* p. 209, n°13.

[8]L.n°99-587 du 12 juillet 1999, art.3.

vaine (ou de cette consécration implicite ?), confinant à l'absurde, d'intégration dans notre droit positif du patrimoine d'affectation, qui n'est autre finalement que la transposition du principe de spécialité dans le cas des personnes morales.

En outre, ces techniques juridiques n'ont pas été jugées incontournables par les juristes français jusqu'à présent[1], le projet de loi relatif à la fiducie n'étant effectivement pas encore adopté[2], et ne l'ont pas été davantage dans les États qui les autorisent. Si l'Angleterre et les pays de la *common law* connaissent la propriété "trustale" depuis longtemps et la jurisprudence allemande développe une théorie de l'acte fiduciaire au XIXe siècle suivie par la Suisse[3], les Pays-Bas, la Belgique, l'Italie et le Luxembourg[4], il n'en demeure pas moins qu'aucun recul de la personnalité morale n'est sensible dans ces pays. L'adoption et l'élaboration continuelle de directives communautaires concernant les sociétés personnes morales l'attestent. C'est dire que personnalité morale et propriété fiduciaire ne sont pas équivalentes ; cette dernière a en effet un objet plus restreint : elle représente un mode de gestion des biens dans l'intérêt d'autrui[5] ou bien une forme de garantie[6].

De toutes ces remarques et distinctions d'ordre général, il résulte deux conséquences fondamentales. D'une part, l'existence de la personnalité (morale) est autonome par rapport à la notion de patrimoine, car ce dernier ne répond pas toujours aux principes d'unité et d'indivisibilité[7], même si le droit positif français est réticent à admettre cet état de fait[8]. D'autre part, le caractère artificiel ou réel de la

---

[1] C. CHAMPAUD, "La fiducie ou l'histoire d'une belle juridique au bois dormant du droit français", *Rev. dr. aff. intern.*, 1991, p. 689; J. de GUILLENSCHMIDT, "La France sans la fiducie?", *Rev. jur. com.*, 1991.

[2] n°2583, *Doc. Ass. nat.* du 20 février 1992 afin de pouvoir ratifier la Convention de La Haye du 1er juillet 1985.

[3] Arrêt du 17 mars 1905 rendu par le Tribunal Fédéral puis ordonnance sur les banques du 17 mai 1972.

[4]Règlement Grand Ducal du 19 juillet 1983.

[5] A. PÉZARD, "La fiducie-gestion du projet de loi de mai 1992 : quelques questions théoriques et leur enjeu pratique", *Les Petites Affiches*, 1er octobre 1992, p. 13.

[6] C. WITZ, "Réflexions sur la fiducie-sûreté", *J.C.P.* 1993, *éd. E*, *Études et chroniques*, n°244; D. VALETTE, "La fiducie-sûreté : contraintes et limites", *Les petites affiches*, 10 mai 1993.

[7] R. GARY, *thèse précit.* : critiques de ces deux principes p. 252 et s., remplacés par le concept de l'unité dans la pluralité, *spéc.* p. 343.

[8] Ainsi, l'idée d'un patrimoine sociétaire existant préalablement à l'immatriculation est concevable à l'image de ce qui existe avec les personnes physiques grâce à la mise en

personnalité morale n'est pas le corollaire immédiat de la définition du patrimoine.

Néanmoins, du fait de la sacralisation de la théorie d'AUBRY et RAU dans notre droit positif français[1] et surtout du rôle conféré à l'immatriculation, les partisans de la personnalité morale - fiction ont cru à l'avènement de leur thèse.

2. Limites de la théorie de la personnalité morale-fiction pour expliquer le fondement des nullités en droit des sociétés.

"A la voix du législateur, un être sort du néant, et figure sur un pied d'égalité, à côté des êtres réels créés par Dieu."[2] Autrement dit, le postulat du système de la fiction est le suivant : "l'homme seul étant une personne réelle, on ne peut expliquer que par une fiction juridique l'idée de la personnalité appliquée à d'autres choses qu'à des êtres humains. Le législateur *suppose*, en vue d'un intérêt général, une personne fictive qu'il traite partiellement comme si elle était réelle"[3]. Dans cette théorie, la loi est donc la dispensatrice souveraine de toute existence juridique.

La personnalité morale est alors conçue comme un attribut ; indépendante du groupement qui l'aura obtenue, la personnalité morale subsistera par conséquent au groupement et à la volonté de ses membres de la faire disparaître[4]. Le respect du parallélisme des formes implique que la loi soit seule habilitée à mettre fin à la fiction à laquelle elle a donné naissance. Or, il n'en est rien. Même si la personnalité

---

oeuvre de la maxime *infans conceptus* : G. GOUBEAUX, *chron. précit.* n°6 et s., p. 202 et s. *contra, p. ex.* M. GERMAIN, *op. cit.* p.224 et 236. G. GOUBEAUX, *op. cit.* n°6 et s., p. 202 et s.

[1] R. SÈVE, "Détermination philosophique d'une théorie juridique : la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau", *Arch. phil. droit,* 1979, p. 247 et s.; MALAURIE et AYNÈS, Droit civil, introduction, n°117; CORNU, *op. cit.*, n°806; RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, t.1, n°667-668; GHESTIN et GOUBEAUX, Traité de droit civil, Introduction générale, n°208, p.158.

[2] LAURENT, "Principes de Droit civil", Tome 1, n°288, cité par Léon MICHOUD, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, thèse Paris, *L.G.D.J.*, 1906, Tome 1, n°1, p. 6.

[3] Léon MICHOUD, *ibidem,* Tome 1, 484p. *spéc.*, n°6, p. 16.

[4] *ibidem*, n°7, p. 18.

morale subsiste pour les besoins de la liquidation[1], la lecture des diverses causes de dissolution des sociétés civiles ou commerciales[2] suffit pour s'en convaincre[3]

L'application de cette thèse dans la pratique conduit, d'une part, à une rupture de la cohésion du système des nullités de sociétés tel qu'il avait été édifié par la jurisprudence autour du concept de société de fait (a.); d'autre part, elle n'explique pas certaines causes de nullité fondamentales en cours dans le fonctionnement des sociétés (b.)

a. Application de la thèse de la fiction aux nullités de sociétés

Dans cette optique, l'immatriculation est alors considérée comme la formalité constitutive de la personnalité morale. Cette fiction légale implique que les sociétés immatriculées soient soumises à un régime des nullités différent de celui des sociétés purement contractuelles. La société en formation n'a pas de spécificité, car elle ne représente pas, dans ces conditions, la source, voire l'étape intermédiaire dans la construction de la personnalité morale. L'existence de deux régimes dérogatoires pour les sociétés commerciales, par exemple, pourtant proches sur le fond (art.1844-10 et s. du Code civil et art. 360 et s. de la loi du 24 juillet 1966), reflète parfaitement cette dichotomie formelle et statique du système des nullités en droit des sociétés à l'heure actuelle.

Il s'ensuit inévitablement un chevauchement des différents textes relatifs aux nullités, sans lien apparent entre eux, créant ainsi une multiplicité et surtout une complexité inutile du fait que l'acquisition de la personnalité morale ne coïncide plus avec le contrat de société.

Ainsi, plusieurs combinaisons coexistent dans le système des nullités en droit des sociétés français fondé sur la théorie de la fiction :

- 1) un régime de droit commun pour les sociétés non immatriculées

- 2) un régime de droit commun des sociétés immatriculées

[1]art. 1844-8 al.3 du Code civil et art. 391 al.2 de la loi du 24 juillet 1966.
[2]J. GUYÉNOT, "Les huit causes communes de dissolution des sociétés civiles et commerciales", *G.P.* 1980, 2,357.
[3]art. 1844-7 du Code civil

- 3) un régime dérogatoire des sociétés de type particulier non immatriculées

- 4) un régime dérogatoire des sociétés de type particulier immatriculées

Relèvent de la première hypothèse les nullités des sociétés en formation et celles des sociétés de fait *lato sensu* ; dans le second cas, sont compris tous les types particuliers de société qui ne dérogent pas, expressément par un texte de loi ou dans leurs statuts, aux articles 1844-10 et suivants du Code civil. La constitution de société anonyme avec appel public à l'épargne est une bonne illustration du troisième régime envisagé. La dernière hypothèse, enfin, concerne tout particulièrement les sociétés commerciales (cf. art. 360 et s. de la loi du 24 juillet 1966) ou plus généralement toutes les sociétés à statut spécial ayant prévu expressément un régime spécifique des nullités lorsqu'elles seront immatriculées.

Comment une telle multiplicité des régimes des nullités peut-elle conduire à la mise en oeuvre d'une sanction unique, efficace sans nuire aux tiers ? Au demeurant, de quels tiers s'agit-il ? Les associés sont considérés comme des tiers par rapport à cette personne juridique dans la théorie de la fiction[1]. Il en résulte notamment, qu'à la suite d'une dissolution pour cause de nullité, les associés n'étant pas propriétaires du capital du fait de l'existence de la personne morale, ils deviennent alors vacants[2]. Quelle que soit la définition de l'associé adoptée, "partie au contrat de société" pour l'analyse classique ou "membre d'un groupement" selon la thèse moderne[3], la qualification de tiers est toujours exclue par la jurisprudence et la doctrine[4], et ce, même dans les sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne.

La fiction n'explique en outre nullement pourquoi la société préexiste à l'immatriculation et les raisons pour lesquelles le droit positif actuel admet plusieurs régimes des nullités selon que l'on privilégie la forme de la société, les tiers, ou la date d'acquisition de la

---

[1] Léon MICHOUD, *op. cit.*, n°15*bis*, 4°, p.37

[2] *ibidem*

[3] A. VIANDIER, *La notion d'associé*, (Préface François TERRÉ), *Bibliothèque de Droit privé*, Tome CLVI, *L.G.D.J.*, 1978, 314p., *spéc.* p.8.

[4] Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations-Les effets du contrat*, 1992, n°565s.; Jean-Luc AUBERT, "A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers", *R.T.D. Civ*. 1993, p.203 et s.

personnalité morale. La théorie de la fiction ne permet pas de concilier tous les intérêts en présence. Les tiers que l'on cherchait à protéger, par exemple, par l'immatriculation conçue comme une ligne de démarcation claire entre les personnes dotées de la personnalité morale et celles qui ne le sont pas, connaissent aujourd'hui une situation précaire du fait de l'allongement de la période constitutive[1] et de l'absence de contrôle préalable compensateur[2]. Les difficultés rencontrées par le droit allemand pour définir les différentes étapes dans la constitution d'une société et régler les litiges nés dans la période présociale, n'ont été qu'effleurés lors des différentes réformes[3].

A un moindre degré, la thèse de la fiction paraît impropre à expliquer certaines causes de nullités qui sans remettre en cause la validité de la société, nuisent à son bon fonctionnement.

b. Thèse de la fiction et nullités causées par des vices de fonctionnement

Cette personne juridique fictive est paradoxalement *vivante*. Elle s'exprime par le biais de son représentant légal, qui n'est donc pas l'incarnation de la volonté du groupe, puisque celui-ci n'est pas à l'origine de sa création. Il en résulte qu'aucun caractère naturel ne peut lui être attribué.

La représentation telle que la conçoit Maurice HAURIOU demeure fondée sur les volontés réelles, humaines. Or, dans la thèse de la fiction, il s'agit d'un représentant *légal*[4] de la personne morale, sans lien direct avec la volonté *réelle* manifestée par les membres du groupe. Seul le représentant, dans cette conception, est susceptible d'émettre une volonté. C'est en ce sens qu'elle échoue car elle ne parvient pas à traduire la volonté collective et distincte du groupe et à accorder ainsi

[1] Paul CORLAY, "La protection des tiers dans le nouveau droit des sociétés civiles", *R.T.D. Com.*, 1981, p. 233 et s., *spéc.* p. 260-277.

[2] Cf. *supra*, introduction.

[3] M. GERMAIN, *art. précit.*, p. 219-220.

[4] C'est-à-dire une personne agissant au nom et pour le compte des intérêts de la personne morale, par analogie au tuteur des incapables. L'hypothèse du mandat est à exclure *"parce que pour donner un mandat il faut déjà une volonté, et qu'en dehors du représentant lui-même la volonté de l'être moral devient introuvable"*, L. MICHOUD, *ibidem*, n°59, p. 130.

une volonté, autre que fictive, à la personne morale. C'est pourquoi la thèse de la fiction ne parvient pas à expliquer la naissance de l'État, et a recours à ce que Maurice HAURIOU a appelé l'Idée ou la notion d'institution[1], qui, faute de justification, naîtrait spontanément et de façon unanime. Si l'unanimité se conçoit aisément à l'origine, elle disparaît par la suite. Seule la contrainte permet alors de maintenir l'unité. Les publicistes, sur les traces de Rousseau[2], font ainsi appel à une seconde fiction[3] pour appréhender la loi de la majorité et non plus de l'unanimité.

D'autres auteurs ont alors privilégié le critère intentionnel. La volonté serait alors protégée dans son contenu et non pour elle-même "La loi protège non la volonté, mais l'intérêt que cette volonté représente"[4]. La volonté "est seulement un élément secondaire, parce qu'elle n'est pas la cause du droit et qu'elle ne réside pas nécessairement dans son titulaire"[5] La théorie de la fiction consacre ici l'idée que le droit est un "intérêt juridiquement protégé"[6]. A l'inverse, dans cette argumentation, c'est l'absence de rattachement à une personne physique qui est absurde, puisque l'être moral fictif créé est entièrement indépendant du groupe dont il synthétise les intérêts. Dans cette conception, les relations entre la personne morale et son représentant ne peuvent alors être conçues que comme relations entre personnes étrangères[7].

Or, il n'existe pas de droit subjectif sans titulaire. "L'intérêt élevé à la dignité de droit est toujours un intérêt humain, celui d'un homme ou d'un groupe d'hommes"[8]. Le système de la fiction suppose donc, à tort, une volonté artificielle à l'origine des personnes morales, qui se répercute nécessairement sur leur fonctionnement.

La représentation traditionnelle ou légale mise en oeuvre par le système de la fiction conduit effectivement à des confusions certaines dans l'application de la sanction de nullité, car elle ne rend pas compte

---

1 *Op. cit.* cf. *supra* , introduction.
2 L. MICHOUD, *op. cit.*, n°38, p.82 et s.; cf. *supra* , introduction.
3 *ibidem,* n°40, p. 88 et s.
4 *ibidem,* p. 102, n°47.
5 *ibidem*, p. 103, n°48.
6 IHERING, *Esprit du droit romain*, Tome IV, p. 326-327.
7 *ibidem*, p. 129, n°59.
8 L. MICHOUD, *ibidem*, n°48, p. 105.

exactement des pouvoirs et des compétences des organes délibérants de la personne morale.

La représentation se définit comme un procédé juridique grâce auquel une personne agit pour le compte et au nom d'une autre, de telle sorte que les effets de l'acte passé par le représentant se produisent directement sur la tête du représenté, comme si celui-ci avait passé l'acte personnellement ; le représentant, ne jouant qu'un rôle d'intermédiaire, n'est pas personnellement partie à l'acte, il n'en subit pas les effets"[1]. Cette notion repose donc sur l'usage de pouvoirs, non de droits. Alors que "les droits sont des prérogatives qui sont exercées pour le compte et dans l'intérêt personnel du titulaire, les pouvoirs sont des prérogatives qui doivent être mises en oeuvre pour le compte et dans l'intérêt d'autrui"[2]. Le représentant ne dispose donc que de pouvoirs, non de droits. Seule la personne morale est titulaire de droits subjectifs. Il est alors quelque peu surprenant d'accorder des droits à une personne qui n'existerait pas et plus encore, de confier fictivement leur exercice à un représentant. Le phénomène de la représentation supplée à l'insuffisance de volonté, non à son inexistence.

En outre, la notion de pouvoir est riche d'appréhensions. Elle désigne non seulement la compétence à exercer les droits dont un autre est titulaire, mais aussi les prérogatives personnelles de l'attributaire destinées à la même fin[3]. Dans tous les cas de figure, les actes juridiques sont passés pour le compte d'autrui ; mais la représentation recouvre uniquement la première acception.

Or, la personne morale agit au-delà d'un pouvoir de représentation[4]. Les organes de la société ont à la fois des pouvoirs délégués[5] ou de représentation et des pouvoirs propres[6]; les auteurs qui

---

[1] A.WEILL et F.TERRÉ, Droit civil, Les obligations, *Précis Dalloz*, 4ème éd. 1986, n°79 p.77.

[2]M. STORCK, *th. préc.* , n°255, p. 189.

[3] *ibidem*, n°181, p.136.

[4]M. STORCK, *th.préc..*, n°284, p. 215.

[5]Jean HÉMARD, F. TERRÉ et P. MABILAT, *op. cit.*, t. 1, p. 800, n°936, p. 848, n°981.

[6]Les organes ayant qualité de représentants légaux d'une société sont le gérant (pour les sociétés civiles, les S.N.C., les commandites, les S.A.R.L.), le président du conseil d'administration dans les S.A. de forme traditionnelle, le président du directoire ou le directeur général unique dans les S.A. de type nouveau : *cf.* Y. GUYON, *J.-Cl. soc.*, fasc. 27 E-2, Personnalité morale des sociétés, n°75s; G. DAUBLON, "La pérennité des procurations consenties par les représentants légaux d'une société", *Rép. Defrénois*, 1981, 32695; Claude BERR, L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales;

ont tenté d'établir que les sociétés ne disposent que d'organes représentants ont conclu à l'inadaptation du mécanisme de la représentation classique[1].

Les pouvoirs de l'organe se dédoublent en un pouvoir propre de décision relatif à l'élaboration de la volonté sociale et en un pouvoir de représentation qui concerne l'exécution de l'opération dans les rapports avec les tiers[2]. Les associés ou actionnaires d'une société à responsabilité limitée ou d'une société anonyme, par exemple, peuvent exercer en leur nom personnel un pouvoir de contrôle sur les organes de la société : en faisant usage de pouvoirs propres, ils interviennent en qualité de représentant des autres membres ou de la société, mais en leur nom personnel; les effets de l'action sociale *ut singuli* se produisent directement pour le compte de la société : ce sont des pouvoirs personnels qui sont ainsi mis en oeuvre.

Autrement dit, sauf à considérer les prérogatives non pécuniaires comme des droits-fonctions, l'abus de droit, fréquemment invoqué en droit des sociétés, est une notion galvaudée. En revanche, l'excès de pouvoir, le vice d'incompétence ou le défaut de pouvoir trouvent en ce domaine leur terrain d'élection. Ces fondements éventuels de nullités sont dès lors très différents. De surcroît, le champ d'application de cette sanction devrait être plus restreint au profit de l'inopposabilité, car seule la portée de l'acte est en cause, non sa validité[3], excepté pour le défaut de pouvoir. Toutefois, dans cette dernière hypothèse, le droit des sociétés, pour réduire les causes de nullité, renverse la charge de la preuve : les clauses statutaires limitatives de pouvoirs sont inopposables aux tiers de bonne foi[4]. Pourtant, la confusion volontaire de la jurisprudence avec les concepts d'abus de droit, de cause ou de fraude, en l'absence de sanction

---

gérance et administration des sociétés commerciales, thèse, *Sirey* 1961, p.45 : le pouvoir de représentation est intégré dans les pouvoirs généraux de l'organe.

[1]G. MARTIN, "La représentation de sociétés commerciales par leurs organes", thèse Nancy, 1977, n° 81 à 104; RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, t. 1, n°963 à 966 et n°1257; M.GERMAIN, *J.-Cl. soc.* , fasc. 130-3, "administration, Statut des administrateurs", notamment n°2 et n°7.

[2]RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, t. 1, n°695; *cf.* articles 113 et 126 de la loi du 24 juillet 1966.

[3] Daniel BASTIAN, Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité, thèse Paris, *Sirey*, 1929, *spéc.* p.80.

[4] art. 1849 al. 3 du Code civil, art. 98 al. 2 et 3, art. 113 al.3, et art. 124 al.3 de la loi du 24 juillet 1966.

spécifique en droit privé[1], appelle une application distributive de ces deux sanctions.

L'idée d'une représentation classique ou d'une volonté purement *légale*[2], corollaire du système de la fiction, se révèle donc impuissante à traduire toute la complexité de la théorie de l'organe. Or, la conception organique des sociétés est maintenant admise par toute la doctrine[3].

Certains thuriféraires de la thèse de la fiction (IHERING, SAVIGNY, DUGUIT), ont alors cherché la parade en imaginant que l'organe était une personne créée par la loi et distincte de la personne morale représentée. Mais, c'est ajouter une fiction à une autre fiction juridique, car aucune volonté humaine, quelle qu'elle soit, n'est alors directement à l'origine de ces deux sujets de droit. Cette solution extrême confine à l'absurde.

En outre, l'organe ne peut être une personne car sa compétence n'est pas assimilable à un droit subjectif. La qualité d'organe, c'est-à-dire le droit de vouloir au nom de la personne morale, n'est accordée que dans l'intérêt de la personne morale. "L'organe n'est pas, en tant que tel, une personne morale ayant des droits distincts de ceux de la personne qu'il représente ou des autres organes de cette même personne"[4]. "L'organe, à la différence du représentant, incarne donc toute la volonté de l'être collectif"[5], car le groupe organisé naît en même temps que la personne morale. Il est son enveloppe juridique sans laquelle elle est incapable d'exister. Dans ces conditions, l'organe pris collégialement n'est pas une personne distincte. Seuls les individus qui le composent sont des personnes. Tout au plus peut-il se produire des conflits de compétence entre les différents organes d'une même personne morale, mais point de droits subjectifs s'opposant les uns aux autres[6].

La question de la volonté créatrice de la personne morale organisée demeure donc entière. La théorie de la personnalité morale n'est donc pas réductible à une pure fiction.

---

[1]M. STORCK, *op. cit.*. n°210, p.156.
[2]L. MICHOUD, *op. cit.*, p. 122, n°55.
[3]Cf. *supra,* introduction de la thèse.
[4]L. MICHOUD, *op. cit.*, n°64 *bis*, p. 144s.
[5]*ibidem*, notamment n°64, p. 143.
[6]*ibidem*, n°61, p. 134.

B. Thèse de la réalité de la personne morale

Le droit objectif ne crée pas les droits subjectifs, c'est-à-dire des prérogatives consacrées et sauvegardées au profit de sujets de droit[1]. Il les reconnaît[2]. Tout au plus peut-il subordonner la pleine efficacité de la personnalité morale à certaines conditions (2.). La loi, par essence générale, abstraite et permanente, ne peut en aucun cas mettre au monde une personne morale, d'essence naturelle (1.).

1. Fondement naturel de la personnalité morale

La confrontation s'effectue dans le cadre de l'opération de qualification. Sera une réalité juridique la situation de fait qui pourra être qualifié juridiquement[3]. Celle-là ne s'entend pas uniquement d'un monde purement physique. Certes, la personnalité morale est une notion abstraite (a.). Sa naissance suppose néanmoins la réunion de deux critères objectifs (b.).

a. La personnalité morale : une notion abstraite mais non fictive

L'abstraction n'est pas synonyme de fiction. Les concepts juridiques ou les notions mathématiques revêtent un caractère abstrait, mais néanmoins réel. Qui pourrait nier l'existence du transfert de propriété dès l'échange des consentements ou celle du nombre π[4]? Les lois de la nature procèdent d'un langage abstrait[5]. Ainsi en est-il de la personnalité juridique. La variabilité des critères dans le temps ne fait pas obstacle à la reconnaissance de leur objectivité.

---

[1]J.DABIN, "Le droit subjectif", *Dalloz*, 1952; *Arch. phil. droit*, t.34, 1989.
[2]F. TERRÉ, "Introduction générale au droit", *Précis Dalloz*, 1991, n°147, p. 129.
[3]CUTAJAR-RIVIÈRE, *th. préc.*, n°159 *in fine*, p.115.
[4]L. MICHOUD, *op.cit.*, n°43, p. 95.
[5]A. AMIEL, "50 grandes citations philosophiques expliquées", Coll. Marabout service, 1992, tirée de GALILÉE, *L'Essayeur*, 1623 : "L'univers...est écrit en langage mathématique et ses caractères sont les triangles, les cercles, et autres figures géométriques, sans lesquels il est absolument impossible d'en comprendre un mot, sans lesquels on erre vraiment dans un labyrinthe obscur".

Peu importe que l'acte qui lui a donné naissance soit lui-même un acte juridique, donc abstrait. Jadis l'esclave, naguère les condamnés frappés de mort civile, représentaient des êtres bien vivants et réels auxquels le droit n'accordait aucun droit à la personnalité juridique. Certaines conditions sont posées par le droit objectif pour que le droit à la personnalité juridique soit octroyé. Pour autant, la coïncidence avec la notion de personne au sens philosophique n'est pas encore atteinte. Il convient effectivement de distinguer le concept d'être humain de la notion juridique de personne, qui, en droit français aujourd'hui, est obtenue à condition de naître vivant et viable. Il n'en n'a pas été toujours ainsi. Il s'agit donc désormais d'exigences uniquement physiques.

Les éléments de détermination de la personnalité morale sont d'un autre ordre. Le parallélisme avec la définition actuelle des personnes physiques trouve ici ses limites. Pour accéder à la vie juridique, nul besoin que le fait ou l'acte qui en soit la source soit de nature physique. La réalité peut se satisfaire de critères immatériels[1].

b. Critères objectifs de définition de la personnalité morale

La personnalité morale repose sur deux fondements objectifs et cumulatifs : l'existence d'un groupe organisé et une finalité extérieure aux membres qui le composent[2].

Le groupe est le fruit de l'union de volontés ou de comportements humains. L'acte juridique collectif ne représente donc qu'un fait juridique générateur de la personne morale. Il n'en est pas le fondement direct. Or, la nullité n'a de sens que pour les actes juridiques. La personnalité morale ne peut donc être le fondement des nullités en droit des sociétés. Certes, la personne morale, par le biais de ses organes, exprime la somme des volontés concordantes émises par l'ensemble des membres du groupe la composant. Mais, sa finalité est extérieure à la volonté individuelle de chacun des individus qui l'ont

[1]R. DESCARTES, *Discours de la méthode*, Quatrième partie, Ed. Flammarion, 1966, p. 60: Dans le premier principe de philosophie *"Je pense, donc je suis"*, il y a toute la vérité sur la réalité des êtres , dont toute "l'essence ou la nature ... ne dépend d'aucune chose matérielle".

[2]L.MICHOUD, *op. cit.*, n°43, p. 97 et *spéc.* n°53, p. 113.

créée ou en font partie intégrante. Il convient de distinguer, comme pour les personnes physiques, l'origine de la vie des sources de la personnalité.

Quoique les précurseurs de la théorie de la réalité de la personne morale dénient toute utilité à celle-ci en matière de sociétés commerciales[1], toutes les sociétés, quelle qu'en soit leur nature, peuvent être mises à l'épreuve des principes gouvernant la naissance de la personnalité morale. L'objet social est bien indépendant, en vérité, de l'objet des volontés particulières. La confusion est réductrice dans la mesure où l'enrichissement pécuniaire immédiat des membres de la société s'oppose parfois à l'objet collectif et permanent du groupement. La finalité de toute société est bien extérieure à la synthèse des volontés personnelles, même si une convergence d'intérêts, naturelle et indispensable, est à noter. En effet, "la qualité de sujet de droit est un bénéfice qui appartient d'emblée à tout intérêt collectif, pourvu qu'il soit suffisamment précis et qu'il prenne corps dans une organisation appropriée"[2].

L'élément intentionnel n'est donc qu'une condition nécessaire et médiate à l'éclosion de la personnalité morale. Certes, les associés peuvent souhaiter, réaliser l'objet social par d'autres moyens que la création d'une personne morale. C'est ainsi que la société en participation est dénuée de la personnalité morale par dessein[3]. En réalité, la personnalité de fait est inexistante, car le groupement ainsi créé par les associés ne représente pas un organe collégial : les associés n'agissent, en principe, qu'en leur nom personnel. En outre, l'intérêt collectif de l'association n'est pas toujours distinct de celui de ses membres.

Le caractère occulte de cette société en est la principale cause même si, depuis la loi du 4 janvier 1978, il n'en constitue plus l'essence[4]. C'est dire que la réalité de la personnalité morale s'impose à défaut de volonté contraire clairement exprimée, la révélation aux tiers n'étant

---

[1]excepté pour les sociétés anonymes et les commandites par actions, car la recherche du profit constituerait, selon eux, à la fois l'intérêt individuel des associés et l'intérêt social, *ibidem*, n°53, p. 115 et *spéc.* n°71, p. 170 et s. et n°74, p.178s.

[2]B.STARCK, Introduction au droit, 2ème éd., par H.ROLAND et L.BOYER, Litec, 1988, n°1070.

[3] articles 1871 et 1873 du Code civil

[4]J. DERRUPÉ, *Jurisclasseur Sociétés,* Fasc. 44-A, *spéc.* §11 à 14.

pas indissolublement liée à la formalité de l'immatriculation. Le refus de la personnalité morale est l'exception[1].

Par conséquent, sauf si les associés ont marqué expressément leur volonté de ne pas constituer une personne morale, le régime dérogatoire des nullités se justifie par l'apparence de la société en formation dans le souci de protéger les tiers[2], car les bases naturelles de la personnalité morale sont déjà posées. Toutefois, à défaut d'immatriculation, il appartient aux tiers de démontrer l'existence de la société et de sa personnalité de fait. La preuve s'opère par tous moyens[3].

Les fondements de la personnalité morale ne sont donc pas l'émanation de la loi, d'une force extérieure créatrice. Objectifs ou empreints de subjectivité, ils représentent une réalité irréductible, même si celle-ci revêt un caractère technique ou abstrait. Pour autant le rôle de la loi n'est pas réduit à néant. Le passage de la personnalité de fait à la personnalité de droit suppose l'inscription au registre du commerce et des sociétés.

2. Reconnaissance de la personnalité morale réelle par le droit objectif

L'immatriculation au registre du commerce et des sociétés n'est donc pas qu'une simple formalité de publicité destinée à informer les tiers de l'existence de la personne morale. Certes, l'être moral existe en tant que fait juridique, sans que la loi puisse s'y opposer. Mais, celle-ci peut subordonner sa licéité ou ses effets juridiques au respect de certaines dispositions impératives. Ainsi en a-t-il été de l'autorisation préalable requise pour la constitution des sociétés anonymes, puis des diverses formalités imposées aux sociétés par actions par la loi du 24

[1]La rédaction de l'article 1871 du Code civil est, à cet égard, particulièrement significative : "Les associés peuvent convenir que la société ne sera point immatriculée"..."Elle n'est pas une personne morale".
[2]DERRUPÉ, *art. préc.*, §36; R. RODIÈRE et B. OPPETIT, Groupements commerciaux, *Précis Dalloz*, 1980, n°39 et*298; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, "Illusions et dangers du statut des sociétés créées de fait", *D.S.*1982, *chron.* 83; TEMPLE, *thèse précitée*, n°153, p.77.
[3]art. 1871 al.1 *in fine* du Code civil.

juillet 1867[1]. Désormais, l'immatriculation confère la capacité de jouissance[2] aux sociétés. Ce rôle, fixé par le législateur, n'est pas contradictoire avec la théorie de la réalité. Il s'en faut de beaucoup !

Il convient, à ce propos, de bien distinguer l'existence de la capacité de jouissance. "Une personne qui n'existerait qu'en vertu d'une décision du législateur serait assurément une fiction. Mais dire que la capacité de jouissance dépend d'une attribution législative n'implique pas que le bénéficiaire de cette attribution soit créé de toutes pièces par celle-ci; il est tout à fait concevable, au contraire, que son existence puisse être constatée en dehors de sa consécration comme sujet de droits"[3]. Or, reconnaître la personnalité juridique, c'est-à-dire le fait d'être sujet de droit, c'est avant tout accorder la capacité de jouissance[4]. Il est tout à fait significatif que la terminologie employée par la Proposition de directive du Conseil des Communautés européennes d'"acquisition"de la personnalité morale n'ait pas été reprise par le législateur de 1966, qui a préféré lui substituer l'expression de "jouissance". Et seul le législateur voire la jurisprudence peuvent déterminer les types de groupements susceptibles de bénéficier de la personnalité morale et en fixer les conditions[5]. De cette définition, il ressort que la loi du 24 juillet 1966 tout comme la loi du 4 janvier 1978 sont neutres au regard du débat opposant les thèses de la fiction et de la réalité. La société bénéficie de certains attributs de la personnalité juridique sans que l'existence de celle-ci soit reconnue[6].

La distinction est aujourd'hui peu perceptible à propos des personnes physiques, tant la capacité de jouissance leur est largement accordée. Toutefois, la situation juridique de l'enfant à naître est symptomatique de cette dissociation entre la naissance de la personnalité et l'acceptation de son existence par le corps social. Le droit objectif y attache néanmoins une efficacité juridique certaine[7]. A l'instar des personnes physiques, d'aucuns considèrent alors que les

---

[1]Cf. *supra*, introduction de la thèse.
[2]Art. 5 al. 1 de la loi du 24 juillet 1966.
[3]G. GOUBEAUX, *étude précitée*, n°8, p. 202s.
[4]*ibidem*, n°6; J.GHESTIN, Traité de droit civil, Introduction générale, 2ème éd., par J.GHESTIN et G. GOUBEAUX, n°172s.
[5]*Comp.* R. MARTIN, "Personne et sujet de droit", *R.T.D.civ.* 1981, p.785s.
[6]P. MALAURIE, "Nature juridique de la personnalité morale", *Defrénois* 1990, art. 34848, p. 1068 s.
[7]Cf. article 311 du Code civil et les diverses applications de la maxime *infans conceptus*.

sociétés en formation ont une personnalité en germe[1]. THALLER distinguait la personnalité intérieure qui préexistait dans la période constitutive de la personnalité extérieure[2]. De même, le parallèle avec les associations dotées d'une "petite personnalité" ou d'une "grande personnalité", selon qu'elles sont déclarées ou reconnues d'utilité publique, n'est pas sans rappeler la distinction que nous avons opéré entre personnalité de fait et personnalité de droit. L'idée sous-jacente est toujours identique : même si les effets juridiques de la personnalité morale ne se produisent qu'après l'inscription au R.C.S., celle-là n'en existe pas moins comme support des prérogatives reconnues et protégées par le système juridique.

Ainsi, la société peut bénéficier de droits conditionnels, dès lors qu'il y va de son intérêt, même si sa capacité juridique n'est pas encore acquise, tel un être humain avant sa naissance. Un arrêt récent de la Cour de cassation mérite à ce propos d'être mentionné puisqu'il transpose sur le terrain procédural la technique de reprise des actes conclus au nom de la société pendant la période de constitution. Ainsi accorde-t-il la capacité d'ester en justice à une société en formation en indiquant que l'irrégularité tenant à l'inexistence de la personne morale qui agit en justice peut être couverte : une assignation délivrée pour le compte d'une société en formation peut être valable puisque l'article 126 alinéa 2 du N.C.P.C. prévoit la régularisation lorsque la personne ayant intérêt à agir devient partie à l'instance[3]. Outre l'intérêt des tiers, la protection de la société en formation implique déjà l'application d'un régime dérogatoire où la sanction de nullité est limitée, avant toute reconnaissance de sa personnalité.

---

[1]Cl. CHAMPAUD, *R. T. D. com.* 1967, p.175; *rev. précit.*, 1969, p.991; même auteur

[2]E. THALLER, Traité élémentaire de droit commercial, 3è éd., *L.N.D.J.*, 1904, p. 272s., n° 501 et p. 186, n°315.

[3]Civ. 3ème, 9 oct. 1996, *Rev. jurisp. comm.*, janv. 1998, p.16, n°1993, note Dominique VELARDOCCHIO; *contra*, jurisprudence constante, Civ. 2ème, 26 mars 1997, *D.aff.*, n°20, 1997, *chron*. p.637 : irrecevabilité d'une action en justice formée par une société sans personnalité morale = irrégularité de fond, impossible à couvrir, article 121 du N.C.P.C. Toutefois, cet arrêt est contestable car il s'appuie sur l'article 117 alinéa 2 du N.C.P.C. qui sanctionne, par la nullité, une irrégularité de fond en droit processuel: or, l'absence de personnalité morale n'est pas une cause de nullité, cf. *supra*; cf. également, Com. 7 déc. 1993, *J.C.P.*1994, II, n°22285, note PUTMAN; Com. 7 juin 1994, *Bull. Joly* 1994, note C.PRIETO: sur fondement de l'article 5 de la loi du 24 juillet 1966 invoqué.

La jurisprudence elle-même ne nie pas la réalité de la personnalité morale, même si les apparences sont trompeuses[1]. Les auteurs considèrent que la loi du 24 juillet 1966[2] aurait mis fin à la controverse : la règle, selon laquelle "la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés", formulée par la Cour de cassation en 1954[3], serait dépassée. Cependant, on chercherait vainement encore aujourd'hui "la part de fiction que comporte cette soi-disant théorie de la réalité"[4]. Il n'est pas trop tard pour réhabiliter la véritable portée de cette jurisprudence, qui, en outre, n'est nullement contradictoire avec l'obligation de s'immatriculer pour bénéficier de la plénitude de la personnalité morale[5].

Ainsi, de nombreux arrêts récents marquent, à n'en pas douter, un retour vers la réalité des personnes morales[6]. Empruntés au droit du travail, les principes dégagés sont transposables sans obstacle majeur au droit des sociétés. Il faut en effet éviter que des sociétés non immatriculées ne jouissent d'une impunité liée au défaut d'inscription au registre du commerce et des sociétés, qui constituerait un moyen détourné de tromper les tiers par une simple apparence de personnalité morale sans conséquences. L'évolution de la jurisprudence est remarquable à ce propos; la Cour de cassation ne reprend pas

---

[1]Jean CARBONNIER, Droit civil, Les personnes, *P.U.F.* 1994, n°230s.

[2]Art. 5 pour les sociétés commerciales, cf. également : art. 1842 du Code civil, relatif aux sociétés civiles, réd. L. 4 janv. 1978, art. 3 de l'Ord. 23 sept. 1967 à propos des G.I.E. et art. 1 de la loi du 13 juin 1989 relative au G.E.I.E. Une analyse comparée de ces textes conduit même, certains auteurs, à affirmer que le législateur a pris acte de la distinction entre la naissance et la jouissance de la personnalité morale; les premiers textes disposent que les "sociétés *jouissent* de la personnalité morale à dater de leur immatriculation", tandis que d'après le dernier en date précité, les "G.E.I.E. ... *ont* la personnalité juridique dès leur immatriculation"; C. CHAMPAUD et P. LE FLOCH, *rev. précit.* 1989, p. 469s.

[3] Civ. 2ème, 28 janvier 1954, cf. *supra*, introduction de la thèse.

[4]R.DAVID, "La personnalité morale et ses limites", dans *Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de Paris*, 1961, p. 1.

[5]Jean-Pascal CHAZAL, note sous Com. 2 avril 1996, J.C.P. Ed. E, 1997, II, 1031, spéc. p.284.

[6] Notamment, C.A. Lyon, 17 mars 1977, *G.P.* 1978, *Somm.* 40; Cass. soc. 21 juillet 1986, *R.T.D.Com.* 1987, p.43 s., note Y. GUYON; Cass. soc. 23 janvier 1990, (affaire Bendix précitée) *J.C.P.* 1990, II, 21529, note M. NÉVOT : rejet du pourvoi formé contre l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, 10 juin 1986, *Somm.* 458; *J.C.P.* 1986, II, 20678, *Ed. E*, II, 14781, note B.TEYSSIÉ et A.VIANDIER; Cass. soc. 17 avril 1991, *J.C.P.* 1991, *Ed. E*, II, 229, note H. BLAISE.

textuellement la formule emphatique de l'arrêt de 1954, dépassant ainsi le débat quelque peu suranné sur la réalité ou la fiction de la personnalité morale, et s'oriente davantage, dans une motivation lapidaire, vers une prise en compte de l'existence de fait des groupements qui, dès lors, ne peuvent se soustraire à leurs obligations en se prévalant d'une inobservation des formalités leur incombant.

Au-delà de la date légale d'acquisition de la personnalité morale, c'est en effet le degré d'engagement de la société vis-à-vis des tiers qui doit être alors envisagé comme critère d'existence de la personnalité morale ou plus exactement de l'être collectif susceptible de lui donner naissance. Ce sont les conséquences attachées à ce fait juridique par le droit objectif qui représentent une reconnaissance implicite de son efficacité[1]. L'immatriculation n'en est qu'une des composantes. En ce sens, la thèse de la réalité ne peut que recevoir un écho favorable. Mais la nuance apportée en marque immédiatement les limites.

Ce n'est pas tant la réalité du groupement organisé doté d'un intérêt collectif extérieur à ses membres qui est en cause, que celle de la personnalité morale que le droit objectif lui confère. Or, à cet égard, la thèse de la réalité constitue bien plus une réaction contre l'inexactitude de la thèse de la fiction qu'une véritable démonstration de la réalité de la personnalité juridique. Seuls les fondements de cette notion purement juridique ont une objectivité certaine. La réalité de la personne morale est uniquement sociologique ou technique. On ne naît jamais une personne au sens juridique du terme ; sans la reconnaissance de la société, c'est-à-dire des tiers *lato sensu*, la personnalité juridique n'existe pas.

La conscience du *moi* ne peut se réaliser qu'au contact d'un autre *moi* distinct[2]. Victor de l'Aveyron, l'enfant sauvage, n'a jamais pu saisir cette dimension de son être[3]. Robinson Crusoé, par exemple, seul sur son île, ne représente qu'un individu, non une personne, car tout un

---

[1]ATIAS et LINOTTE, "Le mythe de l'adaptation du droit au fait", *D.* 1977, I, 257.

[2]HEGEL, *Phénoménologie de l'Esprit, Science des expériences de la conscience*, 1807, notamment le passage sur la dialectique du maître et de l'esclave.

[3]Lucien MALSON, *Les enfants sauvages, Mythe et réalité*, Ed. 10/18, 2ème éd. 1994, *spéc.*p. 99 et 127-128, tiré du "Mémoire et rapport sur Victor de l'Aveyron" par Jean ITARD (1807).

chacun ignore jusqu'à son existence même[1]. Dans une optique plus juridique, le doyen ROUSSEAU montre que l'existence de la personnalité morale est tributaire de ses liens avec les tiers[2]. Le concept de personne n'a de signification qu'au regard d'autrui, dans une relation tout au moins bilatérale.

De la même manière que l'être collectif se construit par le truchement de toutes les formalités imposées par la loi, les tiers prennent conscience de son existence, non seulement par ces mesures de publicité, mais encore par les liens qu'ils tissent avec lui. Ces relations constituent une reconnaissance implicite de la personnalité de fait. Le droit objectif en tire dès lors certaines conséquences juridiques non négligeables, indépendamment de tout octroi de capacité de jouissance ou d'exercice.

Notamment, les régimes de responsabilité applicables aux sociétés en formation (qui, par définition, ne désignent que les sociétés déjà constituées en quête de la personnalité morale[3]) et aux sociétés en participation diffèrent selon que des rapports s'établissent uniquement entre les tiers et les associés pris individuellement[4] ou bien, au contraire, avec une entité globale formant un tout organisé. L'article 1843 du Code civil dispose que "les personnes qui ont agi au nom de la société en formation avant immatriculation sont tenues des actes ainsi accomplis". Quant aux sociétés en participation, l'article 1872-1 alinéa 1 du même code énonce qu'en principe, "chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers". Mais le législateur étend immédiatement la responsabilité à tous les associés si "les participants agissent ... au vu et au su des tiers" pour les actes accomplis par l'un d'eux (article précité, alinéa 2).

De prime abord, une explication littérale de ces textes laisse à penser que les tiers sont davantage protégés lorsque la société n'est pas dotable de la personnalité morale, soit à l'origine, soit par

---

[1]D. DEFOË, "Robinson Crusoé", Ed. Pocket, 1988; *cf.* même idée, mais en sens inverse, M.TOURNIER, "Vendredi ou les limbes du Pacifique", Coll. Folio, Ed. Gallimard, 2ème éd., 1994 : la disparition de la personnalité lorsque la relation à autrui cesse ou "les effets dissolvants de l'absence d'autrui", p. 79; P.CHOULET, *Nature et culture*, Coll. Philosopher, Ed. Quintette, 1990, *spéc.*, p.38.

[2]Note sous Trib. Correctionnel de Montbrison, 28 mars 1934, *S.* 1934, II, 152.

[3] Notamment, argument textuel : art. 5 al. 2 de la loi du 24 juillet 1966.

[4]P. PÉTEL, "La révélation aux tiers de la société en participation", *J.C.P.* 1987, *Ed. E*, I, 16369.

dégénérescence ou requalification en société créée de fait[1]. Mais une lecture plus approfondie des textes relatifs aux sociétés en formation permet de s'en dissuader. Il faut en effet combiner l'article 1843 précité avec l'article 5 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966. Le caractère restrictif de l'article 1843 s'explique par la volonté du législateur de ne pas rendre automatique la reprise de actes accomplis par les associés au nom de la future société-personne morale[2].

En pratique, cette disposition n'a que peu de portée car, soit la société est régulièrement immatriculée et les actes sont alors repris : cette solution sauvegarde sans conteste les intérêts des tiers; soit la reprise des actes est opérée avant toute immatriculation, cette dernière étant alors considérée comme une condition suspensive de la reprise; soit encore la société n'est jamais immatriculée et elle dégénère en société créée de fait qui relève, par définition, du régime des sociétés en participation ostensibles : la différence de régime de responsabilité à l'égard des tiers, entre les sociétés en formation et les sociétés en participation, s'estompe[3]. La protection des tiers est proportionnelle au degré d'élaboration et de conscience de l'être collectif.

Dans toutes ces hypothèses, il est difficile de nier la réalité d'un être collectif pour le compte duquel ces actes sont réalisés et qui lui sont imputés avant même toute inscription au R.C.S. ou rétroactivement. Sauf à admettre que l'on puisse agir au nom d'une chose (!), le groupement organisé et personnalisé de fait préexiste à l'attribution de sa capacité de jouissance. Il appartient toutefois aux tiers de prouver l'existence de la société ou de l'être moral dont dépend leurs intérêts.

Autrement dit, l'immatriculation n'emporte pas à elle seule toutes les conséquences juridiques attachées à l'existence de l'être moral. La reconnaissance de la personne peut s'effectuer par d'autres moyens. Elle ne fait que renverser la charge de la preuve : en ce sens, elle protège les tiers contre les sociétés-personnes morales.

En outre, la prise en compte de la formation de la personnalité morale dans sa relation avec l'extérieur est prépondérante dans la

---

[1]Cf. *supra*, références jurisprudentielles.
[2]Cl. CHAMPAUD, *R.T.D.com.* 1967, n°4, p. 176.
[3]GUYÉNOT, "Les nouveaux rapports résultant de l'article 1873 du Code civil, entre les sociétés en participation, les sociétés créées de fait et les sociétés de fait", *D.* 1979, I, 155.

détermination des règles de droit édictées dans le but de protéger les tiers. Ces considérations ne sont pas liées directement à l'octroi de la capacité juridique. La fixation du domaine des nullités en droit des sociétés procède d'un raisonnement analogue.

§2 Fondement spécifique des nullités en droit des sociétés

Le fondement classique des nullités en droit des sociétés, tel que la jurisprudence l'avait dégagé de la notion de personnalité morale, s'est dilué dans une notion polysémique de société de fait, aux contours flous, sans plus aucune signification précise. Toute société annulée pour peu qu'elle ait fonctionné[1], peut revêtir cette qualification sans que l'on sache, dans le silence des textes, quels effets lui accorder de nos jours.

Le régime actuel des nullités semble quelque peu différent, puisque la jouissance de la personnalité morale est retardée jusqu'à l'accomplissement d'une formalité substantielle : l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés. Pour autant, si la reconnaissance de la personnalité morale ne semble plus coïncider avec la constitution de la société, l'existence de l'être moral précède nécessairement l'acquisition de sa capacité juridique, puisque la loi n'a pas le pouvoir de le créer.

L'absence de distinction sur les fondements exacts et spécifiques des nullités en droit des sociétés découle de cette confusion ancienne entre la naissance de la société et celle de la personnalité morale. C'est pourquoi la question cruciale et non résolue dans le passé de fixation de la date de constitution de la société[2] a occulté celle de l'origine de la personnalité morale et de son influence en la matière. Aussi faut-il dissocier désormais la notion de société de celle de personnalité morale

[1]Joseph HÉMARD, *op. cit.*, n°3, p.5; cf. *supra*, introduction, note 41, p.15; RIPERT et ROBLOT, *op. cit.* n°754 à 759.

[2]Cf. *supra*, introduction de la thèse, n°6, p. 4 : la vanité de découvrir dans la procédure constitutive la date exacte de constitution ; la signature des statuts ou du contrat de société ainsi que l'assemblée générale constitutive ne sont que des hypothèses souvent retenues parmi d'autres. Elles revêtent nécessairement un caractère quelque peu arbitraire.

pour découvrir leur rôle respectif dans le domaine des nullités. Une dualité apparente de régime en est la résultante (A.).

La reconnaissance d'une personne morale naturelle liée au critère de la forme sociale tempère l'opposition classique et par trop rigide entre la société immatriculée et la société non immatriculée. C'est au cœur de l'acte collectif que réside la spécificité des nullités en droit des sociétés. Ce fondement explique le régime dérogatoire des nullités des actes constitutifs de société et réalisés en cours de vie sociale par rapport aux droit commun des contrats. L'acte collectif fait parfois naître une personne morale. Il représente également son mode de fonctionnement. Ainsi confère-t-il aux différents régimes des nullités en droit des sociétés toute leur unité (B.)

A. Influence respective de la société et de la personnalité morale sur la sanction de nullité

La spécificité des nullités en droit des sociétés est liée à l'existence de la société et, à travers elle, à la naissance éventuelle de la personnalité morale : l'une représente son fondement même (1.), l'autre le critère légal de distinction entre les deux régimes dérogatoires principaux des nullités en droit des sociétés (2.).

1. La définition de la société, fondement du système des nullités en droit des sociétés

La sanction de nullité de droit commun subit certaines déformations dès la constitution de la société[1], par application d'un régime primaire des sociétés dérogatoire (a.). La notion d'acte collectif qu'elle recouvre en est la cause fondamentale (b.)

[1]C.CUTAJAR-RIVIÈRE, *th. préc.*, n°166s., p.119, *spéc.*, n°171, p.123.

a. Dérogations apportées à la sanction de nullité dès la constitution de toute société

La création d'un régime commun à toutes les sociétés suppose que celui-ci s'applique avant toute immatriculation, sinon le législateur aurait manqué son objectif. Toutes les sociétés, dotées ou non de la personnalité morale, relèvent de ce droit commun des sociétés, sauf s'il en est disposé autrement du fait de leur forme ou de leur objet (*arg.* article 1834 du Code civil). La loi du 4 janvier 1978, par l'instauration notamment d'un régime primaire des nullités (article 1844-10 à 1844-17 du Code civil), consacre ainsi l'évolution vers un fondement des nullités en droit des sociétés qui n'est pas lié à une immatriculation hypothétique, voire à l'existence de la personnalité morale, mais bien plutôt à la constitution de la société.

Aussi, les sociétés en participation doivent-elles également être soumises " en tant que de raison" à ces dispositions[1]. Certains auteurs manifestent toutefois quelques réticences à appliquer ces dispositions, avec tout le cortège de conséquences qu'elles impliquent à l'égard des associés[2]. L'intérêt des tiers étant préservé, le droit commun retrouverait alors son emprise dans les rapports entre associés, notamment en matière de prescription[3].

Certes, il n'y aura jamais apparition d'une personne morale dont l'existence serait remise en cause ; seule la dissolution peut alors être envisagée, non la liquidation, au sens de procédure collective) de la société en participation. Mais là encore, la situation n'est pas profondément altérée. La société, frappée de nullité pour une des causes retenues à l'article 1844-10 du Code civil, sera dissoute sans rétroactivité, qu'elle soit ostensible ou non[4]. En ce sens peut-on dire qu'elle devient une société de fait, même si la doctrine ne s'accorde pas

[1]J.DERRUPÉ, *Juris-classeur*, Sociétés commerciales, *Fasc.* 44-B, n°58 s.

[2]MERCADAL et JANIN, Sociétés commerciales, *op. cit.*, n°3927 : refus d'appliquer les règles relatives à la régularisation des contrats nuls ou la prescription triennale.

[3]Exemple : Cass. com. 19 janv. 1981, *J.C.P.* 82, II, 19816, note Y.CHARTIER : écarte la prescription quinquennale de l'article 1859 du Code civil au profit de la prescription de droit commun.

[4]J.GUYÉNOT, *art. préc.*, n°10; CHARTIER, *art. préc.*, n°203, DU PONTAVICE et DUPICHOT, *op. cit.*, n°440; *contra*, RIPERT et ROBLOT, *op.cit.*, 10è éd., n°724, DE JUGLART et IPPOLITO, vol. 2, 2ème éd., *op. cit.*, n°440; TEMPLE, *thèse préc.*, n°289 et 344.

toujours sur la terminologie[1]. Il en résulte, sauf à nier l'existence de la société elle-même, que les possibilités de régularisation, les causes d'extinction de la nullité ou la prescription sont identiques, quelle que soit la société envisagée. Il ne faut pas distinguer là où la loi ne distingue pas[2].

La doctrine majoritaire estime également que le droit commun des nullités en droit des sociétés est applicable aux sociétés créées de fait, assimilées quant à leur régime aux sociétés en participation[3].

Il est vrai qu'il peut paraître surprenant de dénoncer la nullité d'un fait. Seuls les actes juridiques sont annulables[4]. Mais le paradoxe n'est qu'apparent. Car ce n'est pas la négation du fait qui est recherchée par la déclaration d'invalidité, mais l'anéantissement de la situation juridique qu'il entraîne. En outre, la qualification des sociétés créées de fait opère comme une reconstitution de l'acte juridique qui donne naissance à toute société. Les juges recherchent, *a posteriori*, les éléments qui traduisent une volonté réelle mais non déclarée de création de société.

Néanmoins, en aucun cas, cette juridicisation des sociétés créées de fait n'a pour conséquence de les rendre inexistantes, dès lors qu'elles ne rempliraient pas les conditions posées par le régime primaire des sociétés pour leur validité[5]. Il faut en effet distinguer la notion d'existence des sociétés créées de fait, c'est-à-dire des critères fixés par la jurisprudence pour les qualifier comme telles, des conditions requises pour leur légalité.

Les craintes manifestées par certains juristes à propos du "caractère illusoire de la réglementation des conditions de validité des sociétés créées de fait"[6], qui résulterait de cette confusion, s'avèrent

---

[1] J.GUYÉNOT, *art. précit.*; A. LE BAYON, Sociétés en participation, *J.-Cl. Civil*, Art. 1871 à 1873; B. JADAUD, Sociétés en participation et sociétés créées de fait, *J.-Cl. Sociétés*, Fasc. 44-F, 1991, n°6; H. TEMPLE, *th. préc.*, n°276; cf. *supra*, nos remarques, en introduction de la thèse.

[2]Exemple, *arg.* art. 1844-15 alinéa 1 du Code civil : l'absence de rétroactivité est générale quel que soit le destinataire de la sanction.

[3]*ibidem, Fasc.* 44-A,1985, n°34 et s.

[4]G. DURRY, rapport sur "L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français", *Travaux de l'Association Capitant*, Ed. Dalloz, 1965, p. 611 et 612.

[5]Article 1832 et s. du Code civil

[6]F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *art. préc.*, spéc. p.84 s.

cependant fondées[1]. Le recul notable de la protection des tiers, du fait de l'exclusion de la responsabilité solidaire des associés dans bon nombre de situations, laisse à réfléchir sur les conséquences de cette assimilation. Le législateur a toutefois soumis les sociétés en participation à un complexe de règles estimées irréductibles[2] pour leur légalité.

De même, la reconnaissance expresse des sociétés créées de fait par la loi du 4 janvier 1978 interdit en effet de les considérer pour nulles *ipso facto*[3]. La consécration de leur existence a pour conséquence inéluctable de les assujettir aux conditions de formation des sociétés sans personnalité morale[4]. Or, les effets de la nullité sont certes variables dans leur étendue, selon que l'on applique le droit commun des nullités ou le régime primaire des sociétés, mais néanmoins incontournables ; la non-rétroactivité est d'ailleurs un élément qui favorise la sécurité des transactions. Sinon, les exigences posées pour toutes les sociétés deviendraient facultatives, dès lors que la qualification de société en participation ou de société créée de fait serait retenue. La jurisprudence n'a pas voulu ainsi éluder le droit commun des sociétés[5]. L'ordre public sociétaire impose une telle solution.

Malgré les réserves émises par d'éminents auteurs, les contradictions soulevées ne conduisent pas à un rejet de ces dispositions dérogatoires pour ce type d'association, mais soulignent plutôt les difficultés d'applicabilité de la sanction de nullité, quel qu'en soit son régime, à de telles sociétés.

Le groupement qui a pris naissance, indépendamment de toute personnalité morale, mérite autant protection que les tiers qui se sont mépris sur sa nature juridique véritable ou sur sa validité ; les causes de

---

[1]Les sociétés de fait sont aux sociétés personnes morales, ce que le concubinage est au mariage. Seules les nullités du mariage ont un sens. Les situations maritales sont, quant à elles, insusceptibles d'annulation ; cependant, comme à tout fait juridique, la loi leur attache certaines conséquences, notamment fiscales. Désormais le Code civil fixe un cadre juridique au concubinage même.

[2]Article 1871 alinéa 2 du Code civil.

[3]TEMPLE, *th. préc.*, n°474s.

[4]Cf. *supra*, nos remarques, à propos des sociétés civiles, sur le bien-fondé d'une absence de rejet de certains groupements dans le non-droit.

[5]Civ. 1ère, 11 déc. 1961, *Bull. civ.* I, n°597, p. 475.

nullité ne reposent pas sur l'apparence mais la réalité[1]. Dès lors qu'il est démontré qu'il s'agit d'une société, au sens de l'article 1832 du Code civil, et non d'une simple indivision[2] ou de contrats voisins[3], la sanction des vices constitutifs ou de fonctionnement relève naturellement du régime des nullités en droit des sociétés. Car la spécificité de cette organisation collective appelle une sanction particulière, dont les articles 1844-10 à 1844-17 se font l'écho.

b. La société entendue au sens d'acte collectif, cause d'un régime primaire dérogatoire des nullités.

La spécificité des nullités en droit des sociétés repose sur la notion d'acte collectif. L'*affectio societatis* qui anime les associés, présent à la fois lors de la constitution et tout au long de la vie de la société[4] en est la marque caractéristique. C'est pourquoi, l'acte juridique qui donne naissance à la société ou concourt au fonctionnement de celle-ci revêt un aspect collectif[5] lors de sa formation et dans sa portée. Ainsi, cette dimension de la société qui transparaît dans les actes constitutifs ou les délibérations rejaillit nécessairement sur la sanction de nullité qui lui est attachée.

L'annulation de la société s'avère effectivement dangereuse dans la mesure où elle n'anéantit pas seulement l'acte litigieux mais la personne morale à laquelle il a donné naissance. En outre, pour la majorité des sociétés, l'effet collectif sur les tiers est loin d'être à négliger.

De même, si la nullité de l'acte vicié touche le fonctionnement de la société et non plus sa constitution, les répercussions sur la collectivité ne peuvent être indifférentes pour la détermination de son régime. Ainsi, la nullité s'applique à des conventions qui font obstacle à la libre

[1]F.TERRÉ, L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, *L.G.D.J.*, Thèse Paris, 1957, n°220: c'est l'application du principe constant selon lequel la volonté des parties prévaut tant que la qualification adoptée correspond à la réalité juridique.
[2]A. VIANDIER, *Juris-classeur, Sociétés*, Théories des bénéfices et des pertes, 1988, *Fasc.* 16, n°55s.; Société et indivision, 1980, *Fasc.* 23, n°25-26.
[3]*ibidem, Fasc.* 20, 1987.
[4]Exemple : CUTAJAR-RIVIÈRE, *th. préc.*, n°177, p.130.
[5]Cf. *supra*, introduction de la thèse

révocabilité du directeur général de la société[1] qui affecte la direction du groupement. La licéité de principe des conventions de vote pourrait également être remise en cause du fait d'une atteinte au droit de vote, modalité essentielle de fonctionnement des sociétés[2]. Telle est d'ailleurs la position de la Commission des communautés européennes[3]. L'exercice du droit de vote n'est jamais qu'une modalité de l'*affectio societatis*.

Aussi, la prise en considération des membres de la société (les associés), et corrélativement des personnes avec lesquelles elle passe des actes juridiques (les tiers) expliquent-elles les dérogations jurisprudentielles puis légales apportées au régime de cette sanction traditionnelle pour pallier l'effet collectif de celle-ci. Mais encore faut-il que cette entreprise commune soit apparente ou plus exactement que son existence soit prouvée.

Le caractère ostensible des sociétés en participation implique la révélation aux tiers de la collectivité. Certaines conséquences en découlent inéluctablement. Une personne agissant en qualité d'*associé* de fait au vu et au su des tiers est tenue à l'égard des tiers[4] : c'est dire qu'elle agit en tant que membre d'une entreprise commune. En effet, à défaut de connaissance de la société, l'acte litigieux passé avec les tiers n'apparaît pas comme un acte juridique collectif. Seul l'associé qui a passé l'acte est apparemment en cause, en tant que personne, prise individuellement, non en tant que membre de l'entreprise commune. Sauf preuve de la société, l'acte litigieux est donc sous l'empire des nullités de droit commun. Le caractère occulte de la société fait disparaître l'aspect collectif de l'acte qui justifierait un régime dérogatoire des nullités.

La conception de la société sous cet angle trouve son fondement dans les termes de la loi mais aussi dans la jurisprudence. Dans les critères de détermination de l'existence des sociétés fixés par les

---

[1]Cass. com. 2 juin 1992, *Dr. et sociétés*, sept. 1992, n°185 : sur le fondement de l'article 116, disposition impérative de la loi du 24 juillet 1966.

[2]Même les sociétés en participation doivent respecter l'article 1844 alinéa 1 du Code civil.

[3]article 35 de la Proposition de cinquième directive sur la structure des sociétés anonymes, *Bull. des Communautés européennes, suppl. 10/72*, p. 20; inchangé sur ce point dans les trois modifications ultérieures apportées à la directive.

[4]Cass. com. 11 juillet 1988, *Bull. civ.* IV, n°247; *Les Petites affiches*, 12 décembre 1988, note MORETTI; *Defrénois*, 1989, art. 34518, n°1, *obs.* J.HONORAT.

tribunaux, on s'aperçoit que le plus petit dénominateur commun des sociétés comprend chaque fois ce caractère collectif. Les conditions requises pour la qualification de société créée de fait est révélatrice de cet aspect. La jurisprudence recherche en effet traditionnellement si le comportement des intéressés révèle bien l'*affectio societatis*[1], c'est-à-dire, la volonté de collaboration de tous sur un pied d'égalité à la constitution et au fonctionnement du groupement par des apports, la participation de chacun au partage des bénéfices et des pertes[2]. L'apparence de la société s'apprécie, en outre, globalement au regard des tiers[3].

La dissociation formelle de la constitution de la société et de l'acquisition de la personnalité morale conduit, de ce fait, à affiner les concepts nécessaires à la détermination du domaine des nullités en droit des sociétés. La personnalité morale n'est qu'un critère de détermination du régime des nullités applicable à certaines sociétés non son véritable fondement.

2. La personnalité morale, critère de distinction entre deux régimes dérogatoires des nullités pour les sociétés commerciales.

Les nullités en droit des sociétés sont fondées sur l'existence d'actes collectifs, manifestation de volonté destinée parfois à créer une personne morale et modalité de fonctionnement des sociétés. Elles se distinguent, à ce titre, des nullités contractuelles de type classique. Deux régimes dérogatoires par rapport au droit commun des nullités en droit civil voient le jour en droit des sociétés. L'un est applicable aux sociétés simplement constituées, l'autre aux sociétés-personnes morales.

---

[1]Il est significatif de noter que cet élément intentionnel ne se présume pas malgré de nombreuses décisions peu rigoureuses à ce propos : Cass. com. 3 juin 1986, *J.C.P.* 1986, éd. E, I, 15667; *Rev. soc.* 1986,585, note Y.GUYON.

[2]RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, Tome 1, 15ème éd., n°725, p. 594; exemples : Cass. com. 18 déc. 1990, Juris-Data, n°003753, *Dr. et soc.*, mai 1991, n°191; Cass. com. 21 avril 1992, *Bull. Joly*, 1992, 666, note CUISANCE; *Les Petites affiches*, 5 février 1993, note Deen GIBIRILA.

[3]Cass. com. 3 nov. 1988, *Bull. civ.* IV, n°289; *Les Petites affiches*, 12 décembre 1988, note MORETTI.

La mise en exergue de l'acte collectif qui sous-tend la personne morale permet de préciser l'analyse de Joseph HÉMARD, en affirmant avec certitude que celui-là représente le fondement du système des nullités indépendamment de l'acquisition de la capacité de jouissance. L'originalité de cette conclusion n'est guère perceptible eu égard à la similitude de principes forgés jusqu'à présent par la jurisprudence et la doctrine. Mais le critère de distinction fondé sur l'existence de la personnalité morale mérite cependant d'être révisé à la lumière de toutes les critiques que nous lui avons adressées. A y regarder de plus près, l'identité de fondement masque en fait une réalité bien plus riche et contrastée que le droit positif antérieur. L'opposition ne repose pas en effet sur l'immatriculation des sociétés, mais sur l'existence ou l'absence d'acte collectif.

Le découpage apparaît en effet plus subtil encore, si l'on admet que les sociétés en formation possèdent une personnalité embryonnaire. Ainsi, relèveraient d'un premier régime dérogatoire des nullités, par rapport au droit commun des nullités contractuelles en droit civil, toutes les sociétés, quelle qu'en soit la forme, dont les sociétés en participation et créées de fait ; le second comprend les sociétés commerciales dotables ou dotées de la personnalité morale. L'un et l'autre sont soumis respectivement aux articles 1844-10 à 1844-17 du Code civil et 360 à 370 de la loi du 24 juillet 1966.

La prise en considération de la personnalité morale réelle tempère le critère de l'immatriculation (a.). Cette conception s'harmonise avec les principes directeurs posés par le droit communautaire (b.).

a. Refus de l'immatriculation comme *criterium* de détermination du régime des nullités applicable en droit des sociétés

Pour les sociétés civiles, le rejet de l'immatriculation comme critère de fixation d'un régime des nullités propre et autonome est flagrant, puisque ces sociétés, immatriculées ou non, relèvent du régime primaire des sociétés en ce qui concerne la sanction de nullité.

Les régimes dérogatoires de nullités en droit des sociétés sont fondés avant tout sur l'existence de la société. Certes, selon que celle-ci soit ou non une personne morale, le régime peut différer afin d'assurer une plus grande protection des associés et des tiers. L'organisation collective est en effet parvenue par l'acquisition de la personnalité morale à sa forme la plus élaborée. La capacité de jouissance et la séparation des patrimoines qui en résultent, imposent une sécurité juridique plus importante afin de ne pas porter atteinte à l'être collectif ainsi créé et aux engagements pris à l'égard des tiers. Plus la protection des épargnants ou des tiers globalement est en jeu, plus nombreuses sont les restrictions apportées à la sanction de nullité. C'est ainsi que les sociétés commerciales, notamment les sociétés anonymes, les commandites par actions et les sociétés à responsabilité limitée[1], qui impliquent, en outre, une responsabilité limitée des associés à leurs apports, offrent un champ d'application réduit à la sanction de nullité. Ces sociétés sont en effet davantage tributaires de leurs relations avec les tiers, par leur nature et leur objet mêmes, que les autres sociétés.

L'immatriculation ne joue, en la matière, qu'un rôle secondaire : elle n'est pas la cause de cette spécificité. La nullité porte sur la volonté des associés non sur l'immatriculation[2]. Certes, celle-ci est déclarative, mais non constitutive de la personnalité morale[3]. Une certaine rétroactivité découle de cette reconnaissance *a posteriori* par le droit objectif. Ainsi en est-il, dans une certaine mesure, de la reprise des actes[4].

Mais un autre motif en faveur de l'unité du régime des nullités applicable aux sociétés en formation et aux sociétés dotées de la personnalité morale. Sinon, même après immatriculation, les causes de nullité de sociétés pourraient être dénoncées sur le fondement des textes relatifs aux sociétés simplement constituées dont elles relevaient au moment où elles se sont produites. C'est en effet lors de la formation des actes juridiques que l'absence de vice est appréciée.

---

[1]Ce n'est guère un hasard si les nullités de ces sociétés uniquement, font l'objet de la première directive communautaire.
[2]J. MALLET, *th. préc.*, n°100, p.99.
[3]*Contra* R. SINAY, "Le droit nouveau de la constitution des sociétés commerciales et leurs modifications statutaires", cf. supra.
[4]Le refus de reprendre certains actes se justifie alors par un abus ou un défaut de pouvoirs de l'associé responsable.

Rapportée à l'idée d'une personnalité morale naturelle, la forme précède alors l'immatriculation et rallie ainsi tous ceux qui ne dissocient pas l'acquisition de la personnalité morale de la détermination de la forme sociale[1]. On comprend mieux alors que l'association de ces deux critères soit indissolublement liée pour choisir le régime dérogatoire des nullités applicable à la société en cause.

b. Fondement naturel de la personnalité morale et compatibilité avec le droit communautaire

La directive communautaire 68/151 précitée ne concerne que les sociétés anonymes, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés en commandite par actions dotées de la personnalité morale. Néanmoins, la Cour de justice des Communautés européennes fait preuve d'un réalisme similaire dans l'interprétation de ce texte. Dans une espèce récente[2] en effet elle a montré qu'une société nulle pour défaut de publication n'était pas pour autant inexistante. En aucun cas, les systèmes retenus par les États membres pour reconnaître la personnalité juridique et dont l'objet est d'assurer la sécurité des tiers ne sauraient avoir cette conséquence sans entrer en contradiction avec la directive 68-151 précitée du Conseil de la C.E.E. relative au régime des nullités de société. Cette décision s'explique aisément. Les sociétés de façade doivent être annulées, car elles ne correspondent pas à une réalité. Mais cela ne signifie pas pour autant que l'immatriculation, pour reprendre l'exemple français, confère une existence tangible aux sociétés fictives : elle induit seulement les tiers en erreur, d'où l'application du régime des nullités correspondant à cette apparence inexacte. C'est pourquoi la théorie ancienne de l'inexistence ne peut qu'être écartée. Elle n'est en outre plus retenue par la jurisprudence communautaire aujourd'hui[3].

---

[1]M.GERMAIN, *art. préc.*, p.224-225.

[2]C.J.C.E. 20 septembre 1988, Aff. 136/87 (*Ubbink Isolatie* BV contre *Daken Wandtechniek* BV), *Recueil des arrêts de la C.J.C.E.,* 1988, p. 4665 s.; *R.T.D.Com.* 1990, ,n°9, p. 405s, *obs.* Cl. CHAMPAUD et LE FLOCH; *Dr. soc.* 1988, n°345.

[3]Maurice-Christian BERGERES, "La théorie de l'inexistence en droit communautaire", *R.T.D.Europ.* 1989, 407, spéc. note 25.

Les tiers peuvent toujours se prévaloir des actes et indications pour lesquels les formalités de publicité n'ont pas encore été accomplies. En ce sens, l'immatriculation n'a qu'un rôle probatoire. L'existence de la personnalité morale de fait se prouve par tous moyens. L'immatriculation n'opère qu'un renversement de la charge de la preuve, destiné à protéger les tiers. En l'absence d'obligation de constituer une société par acte authentique et de contrôle préalable administratif ou judiciaire véritable, en droit français des sociétés, les tiers peuvent légitimement se fonder sur des données dont ils ont connaissance par d'autres sources que le R.C.S. (*arg.* article 3, paragraphe 7 de la directive précitée[1]). Les mesures de publicité imposées aux sociétés en formation n'ont pas d'autre objectif. Il serait logique dans cette conception d'appliquer aussi l'article 11 de la directive aux sociétés en formation dès lors que, sur la base des apparences, une société de capitaux a été constituée. Le comportement des organes sociaux, avec une importance moindre, peut aussi être pris en considération, comme révélateur d'une situation juridique de fait.

L'arrêt précité de la C.J.C.E. ne répond pas directement à cette question préjudicielle. Une conception extensive du domaine d'application de l'article 11 n'est pourtant pas contradictoire avec l'esprit général de la directive. Plusieurs raisons militent en faveur d'une telle interprétation qui conforte, au demeurant, par une assise communautaire indispensable, notre théorie des nullités en droit des sociétés en ne la confinant pas dans un cadre purement hexagonal.

D'une part, les textes de droit communautaire ne font pas de distinction entre les sociétés constituées et les sociétés dotées de la personnalité morale : l'acquisition de la personnalité morale semble la dernière phase constitutive des sociétés. On comprend mieux, dans ces conditions, que la Commission considère qu'il n'y a pas lieu de déclarer la nullité d'une collectivité, tant que celle-ci n'a pas la personnalité morale. A partir du moment où les régimes de responsabilité instaurés par les différents États membres durant la phase de formation des

[1]"La directive n'a pas pour objet de permettre de porter crédit aux apparences créées par le comportement d'organes ou de représentants sociaux si ces apparences ne sont pas conformes aux données publiées au registre public." Cependant ce texte n'est pas impératif, cf. B. LECOURT, n°510.

sociétés respectent l'article 7 de la directive, les tiers sont suffisamment protégés à ses yeux.

Selon la Commission, la directive ne réglemente pas les conditions requises pour la reconnaissance de la personnalité juridique ou relatives à l'existence des sociétés. Les documents relatifs aux consultations qui ont précédé son adoption ne contiennent rien au sujet du moment de la naissance ou de l'acquisition de la personnalité juridique, ni au sujet de l'existence de la société. Le silence des textes communautaires sur l'existence éventuelle de nullités de sociétés antérieurement à l'acquisition de la personnalité morale est éloquent.

De là à penser que ces termes sont synonymes, il n'y a qu'un pas, que la C.J.C.E., dans l'arrêt précité, a refusé, à juste titre, de franchir dès lors que les États membres distinguent différentes étapes dans la constitution des sociétés. La jurisprudence de la C.J.C.E. n'a, pas statué sur la légalité de causes de nullités de sociétés antérieures à l'acquisition de la personnalité morale ; la question ne lui a, il est vrai, pas été posée directement. On peut toutefois estimer que leur admission conduirait à ruiner la volonté du législateur communautaire de réduire les causes d'annulation des sociétés.

En effet, la C.J.C.E. énonce, d'autre part, que le régime des nullités déterminé par la directive 68/151 ne concerne que les sociétés qui ont fait l'objet d'un acte créateur de la personnalité juridique, tel que le législateur national l'a organisé[1]. Cependant, la Commission ne donne aucune précision sur le contenu et les modalités à respecter dans l'acte constitutif de société. A première vue, l'immatriculation correspond en droit interne français à la formalité déterminée par la directive pour conférer la personnalité juridique et fixer le domaine des nullités de sociétés. Mais, puisqu'en droit communautaire, la société n'est pas censée exister tant qu'elle n'a pas obtenu la personnalité juridique, l'immatriculation peut être conçue comme une simple mesure de publicité destinée à informer les tiers de l'existence de la société. Bien plus, dès lors que nous avons démontré que la personnalité juridique sociétaire préexistait à l'immatriculation, celle-ci ne peut plus véritablement être considérée comme l'acte constitutif de la personne morale. La société et la personne morale subséquente

[1]*Contra*, B. LECOURT, *th. préc.*, n°306, p.383.

naissent d'un acte collectif identique et unique. La société et la personne morale ont la même source dans la volonté originelle ou le comportement de leurs fondateurs[1]. Cette coïncidence rejoint alors la conception unitaire du droit des Communautés européennes en matière de création de sociétés et de la sanction de nullité y afférente.

Certes, la compatibilité du droit national avec les dispositions du droit communautaire, largement influencées par les solutions adoptées par nos voisins européens[2], n'est qu'un compromis entre deux philosophies radicalement différentes sur la nature des actes créateurs de la personnalité morale. Le droit communautaire penche pour une conception institutionnelle de la société malgré une tendance générale dans les États membres au libéralisme. La loi de 1966 n'a pas voulu, quant à elle, remettre en cause la théorie française dominante en la matière dite de "l'autonomie de la volonté". Les juristes français, soucieux de rationalité, n'ont pas abandonné la thèse de la réalité des personnes morales[3]. L'analyse est fondée sur l'article 1842 du Code civil dans sa rédaction du 4 janvier 1978 qui réitère intentionnellement les termes ambigus de l'article 5 de la loi de 1966 : elle opère une distinction entre la naissance de la personnalité morale et sa jouissance, l'incapacité de jouissance n'apparaissant, dans ce cadre, que comme une variété d'incapacité d'exercice[4]. Il en résulte dans l'approche que la jurisprudence ou la doctrine ont fait de la période de formation qu'il n'y a pas de différence de caractère entre une société en formation et une société formée. Il n'existe qu'une disparité de niveau d'aptitude à exercer des prérogatives juridiques. Dans ce système qui demeure celui des sociétés civiles ou commerciales et du G.I.E. national, une personnalité juridique incomplète naît avant l'immatriculation.

Cette interprétation des textes qui peut paraître spécieuse se concilie pour l'instant avec la réglementation communautaire, à défaut d'en respecter l'esprit. La brèche ouverte par l'article 1 de la loi du 13 juin 1989[5] dans le dispositif national en la matière se réduit aujourd'hui

[1]Chantal de LEIRIS, *Juris-classeur, Sociétés,* 1990, *Fasc.* 6, n°2.
[2]C.CHAMPAUD et P.LE FLOCH, chron., *R.T.D.Com.* 1989, 471.
[3]Mêmes auteurs, chron., *R.T.D.Com.* 1990, p.399, n°4-5
[4]PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, Traité de droit civil, éd. 1956, 404.
[5]Note, p.232.

à une bien petite fissure. Mais "derrière cette fissure, les eaux du droit européen sont là qui font pression"[1].

La formation comme l'immatriculation sont des étapes de la vie sociale. C'est bien pourquoi, comme nous l'avons vu, on en revient immanquablement à l'idée d'un être juridique en gestation[2].

Ainsi, malgré une jurisprudence française peu prolixe sur l'extension du domaine d'application de l'article 360 aux sociétés en formation, il nous apparaît opportun, pour toutes les raisons invoquées tout au long de ce chapitre, de généraliser, à l'avenir, une telle solution. Le chapitre VI de la loi du 24 juillet 1966 n'est-il pas relatif aux nullités des sociétés commerciales "dotées de la personnalité morale" et non pas seulement "immatriculées" ?

La distinction entre le régime primaire et les régimes spécifiques de nullité repose par conséquent sur la structure globale adoptée par l'entreprise commune. C'est donc toujours la société, quelles qu'en soient ses caractéristiques, qui constitue le fondement d'une sanction spécifique de nullité. La personnalité morale n'en représente ainsi qu'un des paramètres.

La recherche d'une unité dans les régimes des nullités applicables aux sociétés en formation et aux sociétés-personnes morales répond à ce souci de protéger les tiers, en fonction d'une forme sociale donnée. Ce n'est guère un hasard si les articles 1844-10 et suivants du Code civil reflètent, malgré quelques infidélités, les articles 360 à 370 de la loi du 24 juillet 1966. Partant, la dualité des régimes dérogatoires des nullités en droit des sociétés apparaît toute relative.

B. Unité des régimes dérogatoires des nullités en droit des sociétés.

L'objectif recherché confère apparemment à la sanction de nullité de droit commun un effet démultiplicateur selon la nature, la forme

[1]C.CHAMPAUD et P.LE FLOCH, chron., *R.T.D.Com.* 1989, 473.
[2]G. MEMENTEAU, La personnalité conditionnelle, *in* "La situation juridique de l'enfant conçu", *R.T.Civ. 1989*, 616.

sociale choisie et l'existence corrélative ou non de la personnalité morale. En réalité, la diversité des régimes de nullité telle qu'elle apparaît dans les textes de loi est superficielle.

Les sociétés commerciales ne peuvent en effet réaliser leur objet social sans passer des contrats. L'assise de la personnalité morale apparaît, dans ces conditions, incontournable. Elle constitue le corollaire de la nature et de la forme sociétaire. La recherche de bénéfices implique la confiance de nombreux créanciers à la fois sociaux et commerciaux.

Une sécurité juridique supplémentaire s'impose notamment en cas d'appel public à l'épargne. C'est la raison pour laquelle les causes de nullité dans les sociétés de capitaux sont plus réduites que pour les sociétés civiles. Certes, les différences de régime entre les sociétés, quel qu'en soit leur objet, se sont, à juste titre, estompées[1]. Toutefois, en raison des risques économiques ou financiers encourus, il est logique qu'une protection renforcée soit accordée aux créanciers des sociétés commerciales.

En revanche, le critère tiré de la personnalité morale s'avère indifférent pour justifier une telle préférence pour les tiers dans les sociétés civiles. L'absence de dérogation dans la sanction de nullité pour ces dernières se conçoit aisément. C'est dire que plus la personnalité morale fait écran, en particulier dans les sociétés de capitaux, plus le domaine conféré à la sanction de nullité est résiduel.

Ainsi, entre le régime primaire des sociétés et les dérogations apportées pour les sociétés commerciales, il ne s'agit nullement d'une différence de nature, mais de degré dans la sanction de nullité. C'est l'importance de la protection accordée aux associés et aux tiers qui fonde le système à géométrie variable des nullités en droit des sociétés (1.). La copie même déformée du chapitre VI de la loi du 24 juillet 1966 par les dispositions à vocation générale de l'article 1844-10 et suivants en est la preuve tangible (2.).

[1]P. CORLAY, *op. cit.*, p. 246 à 249.

1. Homogénéité du système des nullités en droit des sociétés dans un objectif de protection double

Selon les sociétés, les associés sont engagés sur leur patrimoine ou sur leurs apports uniquement et la dépendance à l'égard des tiers est inversement proportionnelle à cet engagement. Les dérogations au droit commun des nullités dans les sociétés trouvent ainsi leur fondement dans un souci de protection des associés d'une part, et des tiers, d'autre part. Pour les premiers, le droit positif dresse des obstacles à la mise en oeuvre de la nullité (a.); des sanctions de substitution trouvent leur terrain de prédilection en droit des sociétés pour assurer la sécurité juridique des seconds (b.).

a. Protection des associés et obstacles juridiques au prononcé de la nullité

Plus la collectivité des associés est substantielle, plus les conséquences d'une annulation d'une société ou d'une décision prise dans une assemblée délibérante apparaissent inéquitables et néfastes pour le bon fonctionnement de la société. Pour pallier l'effet collectif interne de la sanction de nullité, le législateur a alors édicté de nombreuses facultés voire d'obligations de régularisation. De même, la réduction des causes de nullité, l'absence d'annulation de plein droit ou la prescription extinctive abrégée sont autant de barrières à la mise en jeu de la nullité.

En outre, les tribunaux font preuve, en ce domaine, d'un pragmatisme certain dans le prononcé de la nullité. Par exemple, si le devoir d'information qui incombe à la société n'est pas respecté, la nullité est encourue. Toutefois, la décision prise en l'absence d'information ne sera pas automatiquement annulée, quand bien même cette obligation s'avère d'ordre public. Les juges prennent soin de vérifier l'impact d'un vote émis sans consentement éclairé. Dès lors que la majorité reste inchangée, le vote reste acquis[1].

[1]Cass. com. 24 avril 1990, *Bull. Joly*, 1990, p. 532, §139 (aff. Cointreau).

Les causes de nullité ne constituent en fait que des cas d'annulabilité dans l'intérêt des associés pris collectivement, c'est-à-dire de la société. Autrement dit, il n'est pas permis aux associés de soulever une cause de nullité à des fins dilatoires. La sauvegarde de l'entreprise commune supplante l'intérêt individuel des associés. Dès lors que la nullité envisagée n'a pas cet objectif, la nullité n'est pas encourue. Ainsi, seule l'incapacité de l'ensemble des associés est une cause de nullité des sociétés par actions et des sociétés à responsabilité limitée[1]. L'incapacité d'un associé ne représente donc pas en elle-même une cause de nullité. La prise en considération de l'effet collectif de la nullité confère toujours un caractère relatif à cette sanction.

Notion plastique[2] et fluctuante, l'intérêt social n'en demeure pas moins lié au fondement même du système des nullités en droit des sociétés. Moins précise certes que celle d'entreprise commune, elle permet cependant, par son adaptabilité, de justifier également de l'homogénéité, voire de l'unité qui président à l'établissement des régimes dérogatoires de nullité en ce domaine.

Aussi, dans l'intérêt de la société bien compris, la nullité ne peut-elle être opposée aux tiers.

b. Protection des tiers et sanctions de substitution à la nullité

Plus la société est dépendante des tiers, plus l'effet collectif externe d'une annulation éventuelle est à craindre. Le problème de la sanction de nullité concerne avant tout les personnes ayant traité avec la société[3]. C'est pourquoi les limitations des causes de nullité sont particulièrement sensibles, notamment dans les sociétés de capitaux. De surcroît, le formalisme accru dans la constitution de ce type de sociétés réduit, en pratique, les hypothèses où elles pourraient être soulevées. Toutefois, presque toutes les nullités de forme ont été supprimées.

Par ailleurs, outre la généralisation de la dissolution, d'autres moyens ont été mis en oeuvre pour sanctionner les vices constitutifs ou

[1]art. 360 al. 1 *in fine* de la loi du 24 juillet 1966.
[2]B. SAINTOURENS, "La flexibilité du droit des sociétés", *R.T.D.Com.* 1987, 457, *spéc.* n°69 à 74.
[3]M.GERMAIN, "De quelques limites...", art. préc., Bull. Joly, 1992, p.491.

les vices de fonctionnement, telles l'inopposabilité et les clauses réputées non écrites. Mais, si elle peut être amputée de certains de ces traits essentiels pour assurer une plus grande sécurité juridique, la nullité demeure insusceptible de substitution, car l'anéantissement constitue la solution la plus radicale pour empêcher qu'un acte juridique vicié produise des effets juridiques. Les différentes réformes sur les sociétés, non seulement en France mais dans les différents États de la Communauté européenne, se sont heurtées à ce caractère irréductible.

Or, ces mécanismes *a posteriori* destinés à rendre inefficace un acte juridique représentent ce que l'espèce est au genre. Ils modifient l'étendue de la nullité sans en altérer la substance. La nullité-dissolution supprime le caractère rétroactif de l'annulation, l'inopposabilité est une nullité qui n'affecte que les relations entre les parties, dont les tiers peuvent même se prévaloir[1], les clauses réputées non écrites constituent des cas de nullité partielle[2]. La nature juridique de ces dernières mérite plus amples développements eu égard à l'usage fréquent qui en est fait en droit des sociétés[3]. La cause réside dans le caractère d'ordre public de la législation en vigueur qui amenuise de ce fait la part laissée à l'autonomie de la volonté.

Par le truchement de la technique de la fiction, la clause litigieuse est censée n'avoir jamais existé[4]. L'office du juge est toutefois indispensable pour considérer la clause comme inexistante dans un acte préalablement formé. L'anéantissement est rétroactif tout comme dans la nullité. Quels que soient les termes employés, la fiction repose toujours sur ce caractère rétroactif. La phase de restitution qui en résulte est également identique. Ce n'est donc pas un hasard si la jurisprudence, voire le législateur[5] lui-même confondent allègrement ces deux notions[6].

---

[1]P. MALAURIE et L.AYNÈS, *op. cit.*, n°542, p. 314.

[2]Cf. *infra*, deuxième partie, titre 2, chap.1.

[3]La loi du 24 juillet 1966, par exemple, recense jusqu'à 25 articles faisant mention expresse de clauses réputées non écrites.

[4]J. KULLMANN, "Remarques sur les clauses réputées non écrites", *D.*1993, I, *spéc.*p.59; V. COTTEREAU, "La clause réputée non écrite", *J.C.P.* 1993, I, 3691, *spéc.* n°2, p.315; cf. *supra,* introduction de la thèse.

[5]Outre les dispositions spécifiques consacrées aux différents régimes des nullités, le législateur de 1966 emploie indifféremment l'expression "clause réputée non écrite "ou "à peine de nullité".

[6]*chron précitées*: p. 64 et n°5, p. 316 respectivement.

Déjà, la théorie de l'inexistence avait fait surface pour pallier une application trop stricte de l'adage "*pas de nullité sans texte*". Conserver l'acte intact en dépit de la soustraction de certaines clauses sujettes à caution est une sanction idéale dans certaines matières. Elle obère le délicat problème soulevé par la détermination du caractère impératif de certaines dispositions. Ainsi, la prolifération de ces clauses réputées non écrites, notamment en droit des sociétés, s'explique aisément dans un domaine pétri d'ordre public, où les nullités expresses sont de rigueur[1], et du fait que les effets collectifs de la sanction de nullité sont souvent écartés par le jeu de l'inopposabilité, de l'absence de rétroactivité ou de la prescription abrégée.

Mais les différences de régime entre les clauses réputées non écrites et la sanction civile de nullité ne rejaillissent pas sur leur nature juridique pour autant. La nullité peut n'être que partielle.

Les multiples dérogations apportées au régime des nullités en droit des sociétés et les difficultés pour déterminer le caractère absolu ou relatif de la nullité, suivant les hypothèses envisagées, n'ont jamais remis en question la qualification même de cette sanction.

La nullité est donc une sanction très souple dans son régime et son étendue. Sans cette sécurité juridique, les sociétés ne peuvent prospérer.

Il existe donc bien une unité réelle et positive dans les diverses formes de sanction de nullité fondée sur la protection de l'entreprise commune à différents stades dans l'établissement de sa relation avec les tiers.

Au demeurant, plus l'*intuitus personae* disparaît derrière l'émergence de la personne morale, plus les rapports entre l'être collectif et les tiers sont étroits et le domaine de la sanction de nullité s'avère résiduel.

Le morcellement des textes de lois généraux et spéciaux sur les nullités en droit des sociétés, et les disparités qui en résultent, apparaissent dans ces conditions très relatifs.

---

[1]Dans tous les cas, le respect de l'ordre public est sous-jacent ; la soi-disant autonomie des clauses réputées non écrites fondées sur un souci de politique législative et non la volonté de sanctionner un vice n'est pas convaincante ; *contra*, V.COTTEREAU, *chron. préc.*, n°18, p. 318.

2. Homogénéité de la sanction de nullité quant au fond

L'exégèse des articles 1844-10 et suivants du Code civil et des articles 360 à 370 de la loi du 24 juillet 1966 révèle ainsi davantage de similitudes (a.) que de disparités incompressibles (b.).

a. Régime primaire des nullités en droit des sociétés : copie du système des nullités des sociétés commerciales dotées de la personnalité morale

La volonté d'unification du législateur est patente. La moitié des articles sont totalement identiques[1]. D'autres présentent de nombreuses similitudes[2]. Certaines dispositions spécifiques n'ont pas été reprises par le régime primaire, à vocation générale par définition, dans la mesure où elles n'intéressent que certaines opérations de restructuration d'entreprises commerciales[3], par exemple. La complémentarité est alors de règle. Mais tel n'est pas toujours le sentiment qui ressort d'une lecture approfondie de ces différents textes.

b. Régime primaire des nullités en droit des sociétés et régimes spéciaux : dérogations liées à la forme sociale

D'autres articles enfin, révèlent des divergences certaines sans pour autant être totalement incompatibles. Elles dérogent au droit commun dans le sens d'une réduction des causes de nullité afin d'assurer une protection renforcée des associés ou des actionnaires et des tiers. Ainsi, l'article 360 de la loi du 24 juillet 1966, même s'il demeure bien en deçà des prescriptions de la directive communautaire 68/151 pour les nullités de sociétés de capitaux, accuse une réduction

[1]Art. 1844-11 du Code civil = art. 362 de la loi du 24 juillet 1966; art. 1844-13 = art.363; art.1844-14 = art. 367al.1; art. 1844-16 = art.369; art. 1844-17 = art.370.
[2]Art. 1844-12 = art.365; art. 1844-15 = art. 368.
[3]Article 361 : nullité de forme (cf. *supra*, nos remarques) liée aux articles 366; 364 : procédure; 366-1,367al.2, 368-1 : issus de la loi n°88--17, du 5 janvier 1988, sur les opérations de fusion, scission et apport partiel d'actif.

conséquente des causes de nullité par rapport à l'article 1844-10 du Code civil[1]. Compte tenu de l'importance de la forme sociale, ces disparités apparaissent dans la logique de protection de la société dégagée précédemment. Les causes de nullité décroissent à mesure que les effets collectifs tant internes qu'externes sont limités. Le régime des sociétés commerciales est, de ce point de vue, plus protecteur que le régime primaire. "La prétendue transparence variable des personnes morales n'est que la conséquence de la forme choisie et non d'une quelconque altération de la personnalité"[2]. Le même critère de forme est retenu d'ailleurs par le droit communautaire[3].

[1]Pour une étude approfondie, cf. *infra*, Première partie, Titre 1.

[2]J. PELLERIN, "La personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé", *R.T.D.Com.* 1981, p.47s.

[3]B. LECOURT, *th. préc.*, p.130.

CONCLUSION

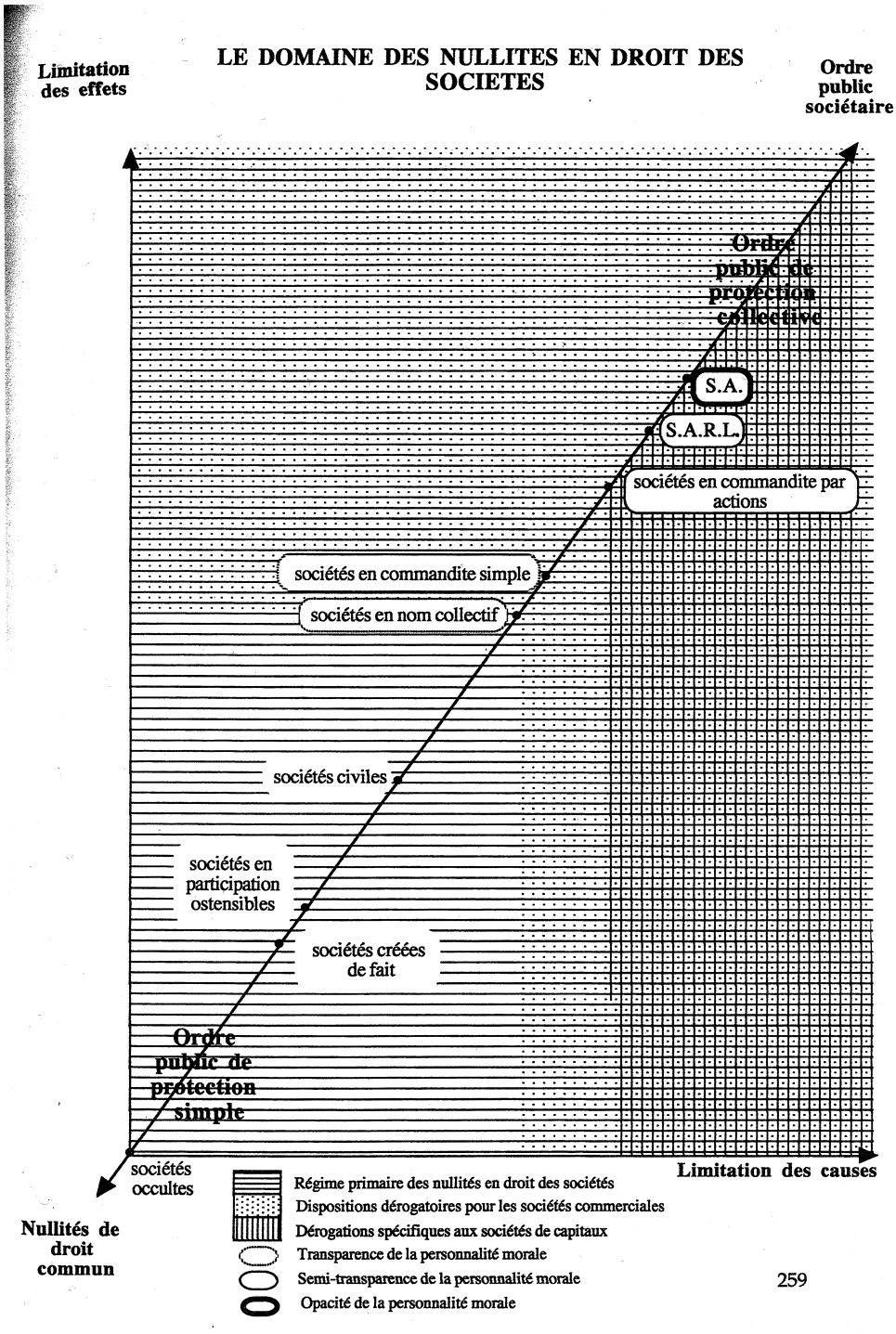
La désacralisation du rôle de l'immatriculation permet de faire apparaître l'acte collectif comme fondement du système des nullités en droit des sociétés. Seuls les actes constitutifs de la société ou accomplis en cours de vie sociale peuvent être annulés, non l'acquisition de la capacité de jouissance.

Le régime unique des nullités en droit des sociétés, qui en découle, a le mérite de l'homogénéité et de la souplesse. Le polymorphisme des sociétés n'en altère pas l'essence. Quels que soient la forme sociale retenue et le degré d'opacité de la personnalité morale, toutes les sociétés entrent dans le champ d'application des nullités du régime primaire des sociétés. Aucune société de fait n'est reléguée dans un espace de non-droit ; la preuve de l'existence de la société suffit à écarter certaines dispositions du droit des obligations. Les articles 1844-10 et suivants du Code civil, combinés avec les articles 360 et suivants de la loi du 24 juillet 1966 pour les sociétés commerciales ont vocation à s'appliquer.

Les nullités en droit des sociétés conservent invariablement la même nature juridique bien que les textes de loi dont elles ressortissent divergent selon leurs caractères. Leur domaine demeure donc étendu même si les effets collectifs ont été restreints par diverses dérogations apportées au régime de droit commun. En revanche, dans une construction d'ensemble, les similitudes voire les répétitions se révèlent inutiles. De ce point de vue, une refonte d'ensemble des dispositions serait la bienvenue pour gagner en clarté et fluidité[1].

La nature et le fondement de la sanction de nullité en droit des sociétés étant dégagés, il convient d'étudier les traits distinctifs du régime commun de la sanction de nullité en droit des sociétés.

[1]La rédaction de l'article 360 de la loi du 24 juillet 1966 a toujours paru obscure, cf. notamment, F.VITERBO, *th. préc.*, n°211s., p.146s;


LE DOMAINE DES NULLITES EN DROIT DES SOCIETES
Limitation des effets
Ordre public sociétaire
Ordre public de protection collective
S.A.
S.A.R.L.
sociétés en commandite par actions
sociétés en commandite simple
sociétés en nom collectif
sociétés civiles
sociétés en participation ostensibles
sociétés créées de fait
Ordre public de protection simple
sociétés occultes
Limitation des causes
Nullités de droit commun
Régime primaire des nullités en droit des sociétés
Dispositions dérogatoires pour les sociétés commerciales
Dérogations spécifiques aux sociétés de capitaux
Transparence de la personnalité morale
Semi-transparence de la personnalité morale
Opacité de la personnalité morale
259

CHAPITRE 2 : L'ANNULABILITÉ DES ACTES COLLECTIFS DE SOCIÉTÉS

Les juristes veulent pouvoir dire : "Cela est juste parce que cela a été voulu". Il faut désormais que l'on dise : "Cela doit être voulu, parce que cela est juste"[1].

L'étude de la volonté collective dans le cadre de la société a passionné la doctrine[2], car son extériorisation dans le milieu juridique ambiant est la principale cause des dérogations apportées pour sanctionner les causes d'invalidité dans sa formation.

Les répercussions du prononcé de la nullité sur les tiers, et dans une moindre mesure sur la collectivité des associés, sont en effet le motif premier du recours de plus en plus rare à cette sanction classique en matière d'invalidité des actes juridiques. Car toute sanction collective, par définition, est disproportionnée et inéquitable.

Le dogme de l'autonomie de la volonté trouve une limite dans la protection de la volonté collective des associés. Le consentement individuel se trouve nécessairement à l'origine de toute société. Mais la volonté individuelle s'efface ensuite[3]. L'intérêt collectif du groupement prend le pas sur toute considération de l'illégalité qui peut atteindre un acte juridique. C'est la recherche d'un grief comme dans les causes de nullité de procédure civile[4] ou d'une atteinte aux intérêts de la partie concernée selon les termes du nouvel article 802 du Code de procédure pénale[5] qui est la règle. En effet, qu'il s'agisse de la constitution ou du

[1]SALEILLES, De la déclaration de volonté, p.351.
[2]G. ROUJOU DE BOUBÉE, *th. préc.*, p.24.
[3]Y. GUYON, *op.cit.*, n°96, p.92.
[4] arg. L12 janvier 1933 +DL 30 oct.1935.
[5]Rédaction par les lois du 4 janvier et 24 août 1993 : "En cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités

fonctionnement de la société, l'expression de la volonté collective implique l'existence d'une procédure.

Le concept d'acte collectif est relativement récent dans la science du droit : c'est seulement dans la seconde moitié du XIXème siècle qu'il a été dégagé grâce aux travaux de la doctrine allemande sur la théorie de l'acte complexe[1]. Le droit français lui réserve une place marginale en matière de droit public durant la première moitié du XXème siècle[2]. Car la doctrine ne conçoit pas dans sa grande majorité d'autre source volontaire d'obligation que le contrat[3]. Pourtant l'acte collectif est utilisé fréquemment même s'il n'est reconnu officiellement que de façon très rare en droit privé. Quelques auteurs le mentionnent dans la classification des actes juridiques[4]; d'autres lui confèrent un régime original[5] : ainsi, l'acte collectif échappe au droit commun des nullités[6], élaboré sur un cadre purement contractuel. Il se définit comme un acte par lequel ses auteurs se rendent débiteurs d'une obligation similaire.

Le contrat, "modèle conceptuel de tout dialogue social générateur d'obligations"[7], ne peut en effet expliquer la création de la société et la vie de l'être nouveau qui en résulte. Déjà, le législateur s'est aperçu que la fondation d'une grande société est successive et non simultanée[8]. Voilà qui suffit à ruiner l'idée de contrat[9]. Plus spécifiquement, les volontés qui participent à l'acte collectif sont orientées vers une fin commune : la constitution de la société. Le but premier de l'accord n'est pas de faire naître des obligations réciproques

---

substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la nullité que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux *intérêts de la partie* qu'elle concerne".

[1]Otto von GIERKE, KARLOWA, BINDING, JELLINEK, KUNTZE, BROCHHAUSEN, cités par G. ROUJOU DE BOUBÉE, *th. préc.*, p.171-172.

[2]Cf. *supra*, introduction de la thèse, DUGUIT, école de Bordeaux; HAURIOU, école de Toulouse.

[3]M.-L. IZORCHE, *th. préc.*, n°2, p.15.

[4]MARTY et RAYNAUD, Traité de droit civil, RAYNAUD et JESTAZ, 2ème éd., *Les obligation*s, t.1, Les sources, 1988, n°367s.

[5]FLOUR et AUBERT, *op. cit*., p.384s., *spéc.* p.389s.

[6]DESPAX, en droit du travail, Conventions collectives *in* Traité de droit du travail, t. VII, 1966, p.257.

[7]FRAIMOUT, Langage et droit, *Thèse dact*., Paris I, 1994, p.397

[8]Décret-loi du 31 août 1937 modifiant l'article 1er de la loi du 24 juillet 1867, abrogé par l'article 505 de la loi du 24 juillet 1966.

[9]G. RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne, *L.G.D.J.*,1951, n°39, p.93.

comme dans un contrat[1]. Il n'apparaît effectivement pas d'échange des consentements[2]. L'*affectio societatis*, inconnue en matière de contrat, traduit cette volonté de collaboration, voire de fraternité, qui s'oppose à l'idée d'un combat entre deux adversaires discutant leurs intérêts[3]. L'idée même du groupement forcé[4], ou plus généralement d'une volonté collective dépassant les intérêts particuliers, existe en droit des sociétés. Quasiment tout le fonctionnement des sociétés repose sur le phénomène majoritaire, excluant ainsi la thèse du mandat octroyé aux organes de la société par les associés.

Le rejet de la théorie contractuelle de la société va de pair avec l'infirmation du consensualisme au sein des sociétés. L'expression de la volonté collective implique, en effet, un certain formalisme pour sa validité. Cet impératif légal recouvre un souci de protection collective évident. Ce formalisme est inhérent à tout acte collectif alors qu'il constitue une exception en matière contractuelle ; d'où les alinéas 2 de l'article 1844-10 du Code civil ou de l'article 360 de la loi du 24 juillet 1966 qui s'ajoutent aux causes de nullités classiques, fondées sur la violation du contrat.

Au-delà même des dispositions du droit des sociétés, l'acte collectif rend compte de l'existence de nullités spécifiques au fonctionnement des sociétés tel le détournement de pouvoirs trop souvent assimilé à l'abus de droit ou l'excès de pouvoir.

Dès lors que l'intérêt collectif est affecté, l'acte vicié devient annulable : la nullité est appréciée en fonction du milieu où elle intervient. Seule l'étude des cas d'annulabilité des actes collectifs permet alors d'appréhender le droit positif en ce domaine.

La personnalité morale interne, situation juridique née de l'expression de la volonté collective des associés, appelle une réduction des nullités de fond. Le développement de la personnalité morale externe justifierait une disparition totale de la sanction de nullité en droit des sociétés. Mais, en l'absence d'un contrôle véritable des sociétés lors de leur constitution, seule une purge des vices de forme a été

[1]G. ROUJOU DE BOUBÉE, *th. préc.*, p.57.
[2]Vocabulaire juridique Capitant, "contrat translatif de propriété par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre".
[3]RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, t.1, n°720.
[4]*ibidem,* n°1450 : ex: la masse des obligataires.

possible ; de nombreuses nullités de fond demeurent, dans ce cadre libéral, irréductibles (section1). En revanche, les nullités pour vice de forme, inhérentes à la formation de l'acte collectif, connaissent un regain d'intérêt en cours de vie sociale (section 2).

SECTION 1 : Nullités de fond irréductibles en matière d'actes collectifs de société

Il est courant de constater le recul de la sanction de nullité en droit des sociétés. Il est plus original de tenter d'expliquer pourquoi le droit positif français connaît encore de manière incompressible de nombreuses causes de nullité de fond liées à la nature même des actes de société.

La sanction de nullité a évolué dans deux directions opposées et peu conciliables car l'objectif a varié selon les époques.

D'une part, l'annulation a été de moins en moins appliquée en droit des sociétés en cas de volonté défaillante ou viciée. Rendant compte des critiques adressées à l'individualisme juridique, MM. FLOUR et AUBERT indiquent que "l'acte de volonté ne doit donc pas être efficace en tant que tel, et sans considération de son contenu : ce qui exprimait l'essentiel de la doctrine d'autonomie"[1]. Le désaveu de la théorie pure de l'autonomie de la volonté a pour conséquence immédiate un recul de la nullité comme sanction des actes juridiques, manifestations de volontés par excellence. Et le Code civil n'a pas consacré en droit positif le pouvoir exclusif de la volonté, en prohibant les "conventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs" (article 6) ou en n'accordant de force obligatoire qu'aux "conventions légalement formées" (article 1134)[2].

---

[1] *Op. cit.*, n°113, p.79.

[2] "Ce n'est jamais la volonté pure de l'individu que le droit rend obligatoire et la chose serait impensable. Car la volonté empirique est instable et désordonnée... Prendre la volonté pour "loi" serait l'incohérence absolue, ce serait l'absence de droit. Le droit sous le nom de volonté vise une fiction de volonté, une volonté corrigée, artificiellement rendue constante, cohérente, correspondante à la raison telle que la loi se la représente, une volonté surveillée par la loi. Jamais la loi n'a consenti à se dessaisir de son empire, jamais totalement abdiqué en faveur de l'individu et de son contrat, même aux beaux temps du Code civil" : M. VILLEY, Essor et décadence du volontarisme juridique, *art. préc.*, p.94.

En droit des sociétés, le développement de la norme comme limite à la liberté des fondateurs et administrateurs est patent : réglementation tatillonne, abondante, impérative... tout est mis en oeuvre pour canaliser la volonté sur des chemins balisés. L'ordre public sociétaire domine la matière.

Mais d'autre part, si la sanction de nullité vise moins la protection de la volonté en tant que telle, restreignant ainsi singulièrement son domaine, le respect de prescriptions d'ordre public qui n'ont cessé de proliférer augmente alors notoirement les causes de nullité spécifiques au droit des sociétés.

Ces deux mouvements se conjuguent dans l'intérêt collectif comme fondement. La nullité n'est donc pas en voie de disparition en droit interne français des sociétés. De nombreuses causes de nullité pour vice de forme et de procédure se sont ainsi développés. Elles protègent certes la volonté collective des associés mais pas exclusivement[1]. Néanmoins, malgré les atteintes portées au dogme de l'autonomie de la volonté, il demeure un certain nombre de causes de nullité irréductibles destinées à protéger les intérêts des associés et l'expression de leur volonté[2].

Le premier coup porté à l'autonomie de la volonté tient à la technique même de l'acte collectif : au phénomène du consentement se substitue celui de l'adhésion[3]. Cette substitution est certes plus ou moins marquée selon le type de société envisagé ; elle atteint son paroxysme en matière de souscription dans les sociétés de capitaux[4]. Les droits subjectifs des associés connaissent certaines limites dans l'intérêt collectif.

---

[1]Cf. *infra*, section 2.

[2]"L'autonomie de la volonté procède d'une vue erronée. La volonté n'est créatrice que si elle est soutenue par la norme objective de droit. Elle n'a pas d'effet que si cette norme-disons la loi- considère qu'elle est utile et équitable" : J. GHESTIN, "La notion de contrat", *D.*1990, chron., p.147s., spéc. 165s., n°159s. et "L'utile et le juste dans les contrats", *D.*1982, chron. , p.1s.

[3]G. ROUJOU DE BOUBÉE, *th. préc.*, p.224.

[4]F. VITERBO, *th. préc.*, cf. spéc. première partie, "atténuations du grand principe de l'autonomie de la volonté lors de la constitution de sociétés"

Le second tient à l'emprise de plus en plus importante du dirigisme législatif dans un but de protection collective[1]. La société qui émane de l'acte collectif mérite en effet une protection renforcée : le concours de volontés doit toujours exister. Or, les conditions posées par l'article 1108 du Code civil sont insuffisantes pour assurer la validité des actes réalisés par la société. De plus, la sanction des droits subjectifs des associés sans prise en considération de l'existence de la collectivité est contraire aux intérêts de tous les membres de la société.

Ainsi, la théorie contractuelle, issue d'un droit d'essence purement individualiste, souffre-t-elle de nombreuses dérogations en matière de nullités d'actes de sociétés (§1). En outre, elle se révèle insuffisante pour expliquer des causes de nullité liées spécialement à l'existence de la collectivité et à l'expression de sa volonté (§2).

§1 Dérogations apportées à la théorie contractuelle

Volonté rime avec liberté. Or, la liberté battue en brèche rend la volonté agonisante. Le phénix peut et doit renaître de ses cendres. Mais cette fois, il doit apparaître sous la forme d'un concept utilisable. Si l'on veut la réanimer, ce n'est pas sous la forme d'un ectoplasme, elle doit être systématiquement opérationnelle, efficace, ce qui requiert une définition précise[2]. L'acte collectif doit à la volonté sa juste place : un contenu rationnel loin des sentiers de la pure philosophie utopistes et idéalistes.

Le particularisme des nullités dans l'acte collectif repose effectivement sur un concours de volontés[3]. Les nullités de droit commun sanctionnant un vouloir au singulier sont alors difficilement transposables en tant que telles au droit des sociétés (A.). D'autres subissent de sérieuses déformations, compte tenu de la matière (B.).

---

[1] M.-C. MONSALLIER, *th. préc.*, p.316s.: développement de l'ordre public contre l'aspect contractuel de la société; Xavier TESTU, "Le juge et le contrat d'adhésion", *J.C.P*. 1993, I, 3673.

[2]Nicole CHARDIN, Le contrat de consommation, de crédit et l'autonomie de la volonté, thèse 1988, *L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé*, n°199, n°13 et n°14, p.18-19.

[3]G. ROUJOU DE BOUBÉE, *th. préc.*, p. 259.

A. Inadéquation des nullités de droit commun

La sanction de nullité en droit civil s'applique en principe à tous les actes juridiques. Pourtant, c'est essentiellement autour de la notion de contrat que la théorie des nullités s'est construite. Or, l'idée de contrat n'est pas très adaptée au droit des sociétés, d'où cette superposition de dispositions à la fois relatives au droit des contrats et propres au droit des sociétés. Car la théorie contractuelle est exclusive de la notion de collectivité (1.). Certaines causes de nullité classiques dans le domaine contractuel s'avèrent alors impropres au droit des sociétés (2.).

1. Théorie contractuelle exclusive de la notion de collectivité

"L'individualisme ignore les institutions et les organismes ; il ne connaît que les contrats"[1]. Or, selon Jean CARBONNIER, la société est autre chose qu'un contrat, c'est un organisme vivant[2]. Il ne peut donc appréhender la réalité des personnes morales et les actes collectifs en général.

Le contrat revêt en effet un aspect essentiellement individuel : il ne consacre jamais que la rencontre de deux individualismes opposés. Il est à cet égard tout à fait symptomatique que la société ne se définisse que par référence à la réunion de deux personnes au moins. En-deçà ou au-delà, la notion de contrat s'effrite. L'entreprise d'une seule personne n'est en effet admise qu'à contrecœur, sans fondement précis. Quant au contrat collectif, selon un auteur, l'appellation n'est réservée qu'à deux hypothèses particulières : le contrat de travail et le concordat[3]; tout autre cas de figure, quel que soit le nombre de parties au contrat, peut se résoudre en un contrat multilatéral où seules deux entités représentent des intérêts divergents et complémentaires, voire à une stipulation pour autrui. L'aspect collectif est réduit à la somme des

[1]E. GOUNOT, *th. préc.*, p.254.
[2]*in* Droit civil, Théorie des obligations, 14ème éd., *P.U.F.* 1990, n°108, p.203.
[3]A. ROUAST, *th. préc.*, p.183s.

volontés particulières qui engendrent autant de contrats que de volontés prises individuellement. Ainsi en est-il de tous les pactes d'actionnaires. Ou bien alors la collectivité est assimilée à une seule et même volonté quand elle est personnalisée. Appartiennent à cette seconde catégorie tous les contrats passés par la société personne morale. De ce fait, tous ces actes passés par un ou plusieurs membres de la société sont exclus par le droit positif du champ spécifique des nullités en droit des sociétés.

Or, à y regarder de plus près, la loi du 24 juillet 1966 leur a attribué, sauf pour les conventions courantes ou passées dans le cadre de l'activité de la société[1], un régime différent de celui des nullités en droit civil, car les membres de la société ne peuvent agir, dans ce cas, qu'au nom de la collectivité et non comme un tiers par rapport à la société. Les articles 101 à 107 de la loi du 24 juillet 1966 portent la marque de l'acte collectif : c'est toujours un acte qui doit être effectué dans l'intérêt du groupement. Dans les conventions interdites, la nullité est obligatoirement prononcée, car le législateur pose une présomption irréfragable de contrariété à l'intérêt collectif. Dans les conventions réglementées, il faut à l'inverse prouver l'atteinte à l'intérêt collectif pour obtenir la nullité. C'est pourquoi, là encore, la notion d'annulabilité est plus appropriée pour caractériser la violation du régime des conventions non autorisées car l'appréciation des conséquences dommageables pour la société est subjective et, de ce fait, soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond[2]. La notion de cause de nullité a quasiment perdu toute son objectivité. Chaque fois, le concours du juge est nécessaire pour statuer au cas par cas sur la démonstration de l'existence de la cause de nullité soulevée. C'est nécessairement une appréciation subjective qui jette un aléa sur le prononcé de la sanction[3].

Spécifier l'existence de ces causes de nullité dans une loi relative aux sociétés serait inutile si elles relevaient des nullités de droit commun. Pourquoi, dans ces conditions, ne pas les soumettre au régime primaire des nullités en droit des sociétés ?

---

[1]Article 102 de la loi du 24 juillet 1966.

[2]Exemple récent : Cass. soc. 10 mai 1999, *J.C.P. Ed. E,* 1999, p.1238, chron. VIANDIER et CAUSSAIN.

[3]Ph. BISSARA, *art. préc.*

De la même façon, les pactes d'actionnaires et les conventions de vote sont appréhendés par la loi[1] et par la jurisprudence surtout sur le terrain du droit des sociétés. Même les stipulations extra statutaires peuvent porter atteinte à la volonté commune des associés, car elles sont rarement séparables des statuts. Le respect de l'ordre public sociétaire imprime des limites et des interdictions à toutes les clauses statutaires ou non qui ont des incidences sur l'organisation des sociétés et sur les droits d'associé[2]. Les conditions fixées par la jurisprudence sont révélatrices de la ligne de partage entre conventions jugées licites ou illicites. Les conventions n'ont de sens que si elles complètent l'acte collectif originel. Conclues *societatis causa*, elles constituent en quelque sorte un acte collectif qui se superpose au précédent et se traduit par une organisation collective parallèle[3].

Une telle conception des actes de société n'est pas étrangère à la doctrine. Ainsi, M. Paul DIDIER considère que la société à laquelle nous pouvons ajouter les actes qui en émanent a la nature d'un "contrat-organisation": alors que le contrat-échange est une relation de partie à partie, le contrat-organisation est une relation entre le tout et ses parties. La mise en commun ou la procédure majoritaire excluent toute idée d'échange, d'où l'idée d'un consentement sans l'échange[4].

Il est cependant difficilement imaginable que ce concours des consentements sans l'échange puisse encore être qualifié de contrat. Seul l'acte collectif, à notre sens, rend compte de la naissance et de la vie des sociétés. L'adhésion dans la société supplante alors le consentement. "L'homme recherche la sécurité dans l'impersonnalité"[5]. L'originalité du régime de l'adhésion apparaît alors dans la sanction. La nullité est alors réservée uniquement aux cas où les conséquences de la sanction doivent être appliquées *erga omnes*, le vice étant inhérent à l'acte lui-même[6]. Les atténuations ou les substitutions apportées à la

---

[1]Article 262-14 de la loi du 24 juillet 1966 (loi n°94-1 du 3 janvier 1994) qui autorise notamment les clauses d'inaliénabilité dans la S.A.S.

[2]J.-J. DAIGRE, Monique SENTILLES-DUPONT, *Pratique des affaires*, Pactes d'actionnaires, Ed.*GLN Joly*, 1995, n°34, p.17.

[3]Cf. *supra*, Nullités virtuelles et vices de fonctionnement.

[4]"Le consentement sans l'échange : contrat de société", *Rev. juris. comm.*, nov. 1995, n°spécial, p.73s.

[5]Berthold GOLDMANN, p. XIII de la préface sur "Le contrat d'adhésion", thèse de Georges BERLIOZ, *L.G.D.J.* 1973.

[6]G. BERLIOZ, *thèse précitée*, n°377, p.175.

sanction de nullité visent l'efficacité de l'acte collectif d'adhésion. Elles reflètent une interprétation fonctionnelle des textes pour assurer la mise en oeuvre d'un ordre public de protection collective[1]. On découvre ainsi un recul nécessaire de la loi d'autonomie avec la mise en oeuvre de règles de protection. Certains auteurs considèrent que l'on assiste à une "rénovation" de l'autonomie de la volonté[2]. D'autres vont même jusqu'à "répudier" l'autonomie de la volonté comme pouvoir normatif souverain[3].

Le cadre contractuel doit donc être dépassé, tout en conciliant les impératifs des articles 1101 et suivants du Code civil sur lesquels est fondée la théorie générale des obligations et les articles 1832 et suivants du même code[4]. Ce qui explique l'inadéquation de certains cas de nullité de droit commun.

2. Les incapacités et les vices du consentement face à l'intérêt collectif

Les règles générales de validité des contrats se révèlent parfois anachroniques et ne peuvent être sanctionnées par la nullité dans le domaine des sociétés, car elles ne présentent pas d'aspect collectif. Certes, l'article 1108 du Code civil applicable à tous les actes juridiques demeure en vigueur en la matière, mais les causes de nullité tirées de la violation de cet article sont exclues ou tout du moins hypothétiques, du fait de la structure même de l'acte collectif. Le modèle se situe à un niveau de généralité plus élevé qui est "l'acte juridique" avec lequel le contrat et l'acte collectif entretiennent tous deux des rapports d'espèce à genre.

Ainsi est-il rare qu'une manifestation individuelle ou collective de volonté se trouve entachée de violence pour la constitution de

---

[1]i*bidem,* comb.p. 124, n°238s. et p. 137, n°272s, même si cet auteur reste dubitatif sur la nature impérative de ces règles.

[2]N.CHARDIN, *th. préc.*; FLOUR et AUBERT, *op. cit.*, *spéc.* n°126, p.80.

[3]M.-C. MONSALLIER, *th. préc.*, n°243s.

[4]J.-P. STORCK : "Les décisions sociales ne sont pas des contrats" et "c'est par transposition de principes ayant valeur de droit commun à l'*acte juridique collectif* que constitue la décision sociale, qu'il peut être fait application des exigences posées aux articles 1108 à 1117 du Code civil", *in* "La rétroactivité des décisions sociales", *Rev. soc.* 1985, p.55 et *spéc.*, p.65, n°16.

société, en particulier lors d'une souscription. La même remarque peut être faite en matière de vote *a fortiori* à bulletin secret[1]. Les recueils de jurisprudence n'offrent guère d'exemples de violence même morale sur un ou plusieurs membres d'une assemblée délibérante[2]. Assimilable à la violence, c'est davantage l'abus de position dominante qui est sanctionné en droit des affaires. C'est un genre subtil de violence équivalent à la contrainte[3]. Pour autant, ce n'est pas toujours la nullité qui sanctionne ces pressions morales exercées sur les sociétés.

Le vice doit aussi être déterminant, c'est-à-dire concrètement qu'il affecte l'intérêt collectif. C'est là encore la résultante d'une politique législative. La considération de la personne, toujours importante dans les contrats civils, a été volontairement négligée par le droit commercial. La question des vices du consentement passe alors au second plan[4].

La marque de la collectivisation de la volonté implique parfois le rejet de la violation des règles relatives au consentement et à la capacité d'exercice comme causes de nullité de société. Ainsi, dans les sociétés de capitaux, si l'incapacité n'atteint pas tous les associés fondateurs, celle-ci ne constitue pas une cause de nullité. Cette cause collective de nullité est donc de toute évidence une hypothèse d'école. Au demeurant, si la constitution de société est un acte de commerce[5], l'associé[6] n'ayant jamais qu'une responsabilité limitée, le représentant légal peut effectuer cette opération pour le compte de l'incapable.

Les vices du consentement sont, quant à eux, exclusifs de toute situation de nullité dans les sociétés par actions lors de la constitution des sociétés.

Dans toutes les autres sociétés, les incapacités et les vices du consentement ne peuvent être qu'une cause d'annulation de l'engagement individuel pris par un associé, non de l'acte collectif tout

---

[1]G. ROUJOU DE BOUBÉE, *th. préc.*, p.255.

[2]Pour un exemple récent : Com. 18 fév. 1997, *Bull. civ*. IV, n°59, p.52: préjudice consistant pour la société Dassault "à provoquer les difficultés financières de la société Sogitec pour en prendre le contrôle par une augmentation de capital imposée aux actionnaires par une *violence* caractérisée par la menace d'une ruine de la société".

[3]N. CHARDIN, *th. préc.*, n°166, p.127; M.-L. IZORCHE, *th. préc.*, n°420, p.268.

[4]RIPERT et ROBLOT, *op. cit.* , t. 1, n°69, p.42.

[5]Même ouvrage, t.2, n°921.

[6]Un commanditaire, *ibidem*, n°873.

entier. Car si l'acte collectif peut, en théorie, être atteint par une telle cause de nullité, l'action en nullité de la société ne peut aboutir du fait de la régularisation forcée de l'article 365 de la loi du 24 juillet 1966 repris par l'article 1844-12 du Code civil.

L'expression "la nullité... ne peut résulter que de..." laisse en outre au juge un pouvoir d'appréciation considérable. L'intérêt du demandeur dont le consentement a été vicié sera considéré au regard de celui de la collectivité : la nullité devient facultative.

Seul l'intérêt collectif est juridiquement protégé. Ainsi, l'incapacité, l'erreur et le dol peuvent rendre l'acte collectif annulable dès lors que l'ordre public de protection collective est touché. Dans les sociétés par actions ou les sociétés à responsabilité limitée, de telles causes de nullité de la société sont exclues car elles produisent un effet collectif interne disproportionné par rapport à l'atteinte portée à la volonté collective des actionnaires ; elles sont en revanche envisageables dans les sociétés de personnes où l'unanimité et la responsabilité indéfinie et solidaire des associés sont requises. L'*intuitus personae* peut justifier que le vice de la volonté d'un seul membre affecte celle de tous les associés.

Mais là encore, le désengagement d'un associé, quelles qu'en soient les responsabilités, ou le retrait d'un associé du fait d'une cause de nullité, sont semble-t-il des solutions plus proportionnées que l'annulation de l'acte en cause. L'article 1869 du Code civil réserve bien le cas du retrait pour juste motif.

C'est dire que la nullité touche davantage l'exécution de l'acte que sa formation et que le juge doit de fait prendre en considération l'effet collectif de cette sanction. Celle-ci devient relative. Ce qui reste valable dans l'acte, ce qui peut survivre doit continuer par tous moyens de produire des effets.

Il en est de même en cas de demande d'annulation d'un acte ou d'une délibération quelle que soit la société[1]. L'erreur ou le dol peuvent également être retenus en cours de vie sociale quelle que soit la nature

[1]Article 362 de la loi du 24 juillet 1966 et article 1844-11 du Code civil.

de la société. Mais, il est peu fréquent que les tribunaux soient appelés à connaître des cas d'erreur ou de dol[1] en matière d'acte collectif.

L'erreur englobe différentes hypothèses. L'erreur peut en effet vicier, soit une ou plusieurs volontés, soit leur ensemble. Elle peut aussi être assimilée à un défaut de consentement lorsqu'elle prend la qualification d'erreur-obstacle[2].

Selon les termes de l'article 1108 du Code civil, le consentement doit exister. Il doit être réel et certain. La doctrine est unanime à affirmer que l'absence de consentement entraîne la nullité des sociétés en nom collectif et en commandite simple[3]. Cette solution est logique, compte tenu de l'*intuitus personae* présidant à la création et au fonctionnement de telles structures sociétaires. Un seul consentement manque et la volonté collective n'est pas formée.

Pour les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée, les auteurs sont divisés. Les uns estiment que la solution est identique, quel que soit l'acte collectif envisagé : d'une part, l'ordonnance du 20 décembre 1969 n'exclut pas expressément cette cause d'annulabilité des sociétés[4], d'autre part, toute violation d'une disposition impérative régissant les contrats[5] peut entraîner la nullité d'un acte ou d'une délibération[6]. Cette interprétation littérale des textes est excessive, car elle renoue avec l'ancienne conception de l'acte-organisme dont l'inexistence est un des états. L'article 11 de la directive a cherché à éliminer toutes les causes de nullité pour les sociétés par actions, y compris le défaut de consentement, conçu comme un cas d'inexistence rationnelle. De la même façon, l'existence d'une majorité exclut souvent la prise en considération de l'absence de volonté

---

[1]Nullité d'une concentration, intention dolosive caractérisée, C.A.Versailles, 1er oct. 1986, *Bull. Joly*, 1987, 28, note P.L.C. Sur le rejet d'une action en nullité pour dol contre les délibérations d'une assemblée générale extraordinaire, les manœuvres n'étant pas établies malgré les déclarations mensongères d'un actionnaire, Versailles, 8 juillet 1993, *Bull. Joly*, 1993, 1024, note P. LE CANNU.

[2]J. GHESTIN, *op. cit.*, n°495, p.459.

[3]Jean HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, *op. cit.* , t.3, n°634; E.LE GALL, *op. cit*., n°18; MERCADAL et JANIN, *op. cit.*, n°3729; NGUYEN XUAN CHANH, *chron. préc.*, n°8; TEMPLE, *th. préc.*, n°196.

[4]D.FALQUE, *th. préc.*, p.199; R.HOUIN, obs. , *R.T.D.Com.* 1969, p.1013, n°13; E. LE GALL, *op. cit.*, n°34; MERCADAL et JANIN, *ibidem*; RIPERT et ROBLOT, t.2, n°941.

[5]Article 360 alinéa 2 *in fine* de la loi du 24 juillet 1966 ou article 1844-10 du Code civil.

[6]RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, t.2, n°1221,1.

exprimée d'un seul membre de la société. Elle n'en produit pas moins ses effets dans des sociétés qui ne sont pas marquées d'*intuitus personae*.

D'autres assimilent le défaut de consentement aux vices du consentement, voire au défaut d'acte constitutif (article 11-2 de la directive 68/151 précitée), considérant que l'ordonnance a oublié par maladresse cette cause de nullité[1]. Mais une solution médiane a été avancée par un auteur qui refuse de différencier selon les diverses formes sociales. Son critère de distinction repose sur le défaut de consentement qui affecte ou non tous les prétendus associés[2]. Dans un cas, il y a défaut d'acte constitutif par absence de volonté de tous. Dans l'autre, seul l'engagement de l'associé supporte un droit de critique.

C'est en fait l'idée de volonté collective qui resurgit, quel que soit l'acte envisagé. Ainsi, en raison de l'*intuitus personae*, ciment de la collectivisation, le défaut de consentement d'un seul peut conduire à l'annulation des engagements communs. Cette nullité causale ne se conçoit pas pour la constitution des sociétés par actions. C'est toujours le respect de l'intérêt collectif qui est visé : la nullité doit être invoquée par tous les associés[3]. La même exigence est posée pour retenir l'erreur *stricto sensu* comme cause d'annulation en droit des sociétés français.

L'erreur entendue au sens strict revêt également différentes formes. L'article 1110 du Code civil comprend deux sortes d'erreurs : l'erreur sur les qualités substantielles et l'erreur sur la personne[4]. Il est toutefois d'application délicate au droit des sociétés, car il faut préserver à la fois l'intégrité du consentement et la stabilité du commerce juridique. Pour établir un équilibre entre ces deux objectifs bien souvent contradictoires, la jurisprudence retient comme cause d'annulation l'erreur déterminante.

L'erreur sur la personne doit alors être entendue au sens large : elle porte aussi bien sur l'identité de la personne que sur ses qualités essentielles. Ce cas de figure est rare.

---

[1]H. TEMPLE, *op. cit.*, n°382; G.RIVES, *art. préc.*, 409.
[2]P. MACQUERON, *op. cit.*, n°34, p.8, Fasc. 32-A.
[3]Com. 20 juin 1989, *Bull. civ.* IV, n°199.
[4]MAZEAUD et CHABAS, *op. cit.*, n°161, p.149; J. GHESTIN, *op. cit.*, p.501, n°537.

L'erreur sur la substance n'a guère plus de conséquences pratiques[1]. Car l'erreur qui vicie le consentement d'un associé n'a que peu de chances de déterminer également la volonté de tous les autres membres de la société. Sauf dans les sociétés où la considération de la personne est la cause principale de la convention, la validité de l'acte collectif passe par le respect de chacune des volontés prises individuellement. Mais la prééminence de l'intérêt social commande souvent le rejet de l'annulation[2].

C'est alors la considération des intérêts des créanciers sociaux qui l'emportent sur la prise en compte du vice du consentement. Une autre explication a été avancée : dans l'acte juridique unilatéral ou collectif, la volonté est comprise d'une manière beaucoup plus proche de la conception germanique de la volonté déclarée que de la conception française de la volonté psychologique[3].

Quoiqu'il en soit, ces deux causes d'erreurs constituent, selon M. Patrice MACQUERON, des hypothèses d'école[4].

Quant au dol ou erreur provoquée[5], s'il revêt quelque particularisme en la matière[6], il ne représente pas non plus une cause d'annulation fréquente des actes collectifs de société. Le dol émane en effet du cocontractant[7]. En matière de sociétés, les manœuvres dolosives doivent alors émaner de tous les associés ou d'une majorité. Ce qui est rare[8]. Mais le dol est toutefois une hypothèse plus plausible que l'erreur : un associé peut par exemple invoquer les manœuvres dolosives voire frauduleuses dont il peut être victime et sans lesquelles

---

[1]Joseph HÉMARD, *th.préc.*., p.107.
[2]G. ROUJOU DE BOUBÉE, *th. préc.*, p.225.
[3]Michèle GOBERT, Essai sur le rôle de l'obligation naturelle, thèse Paris Sirey, 1957, p.165s.; MARTY et RAYNAUD, *op. cit.*, n°363; *contra*, M.-L.IZORCHE, *th.préc.*, p.269, n°422.
[4]*ibidem*, n°38, p8; exs : Cass. req. 9 déc. 1913, *G.P.* 1914, 1, 229; Rennes, 26 octobre 1950, *J.C.P.* 1950, II, 5870 : arrêts relatifs à des personnes qui avaient adhéré à des sociétés d'assurance ou de crédit mutuel en pensant qu'elles traitaient avec un organisme de banque ou d'assurance classique.
[5]MAZEAUD et CHABAS, *op. cit.*, p.170 et p.172, n°187.
[6]G. ROUJOU DE BOUBÉE, *th. préc.*, p.257s.; M.-L.IZORCHE, *th. préc.*, n°413, p.264; J.-L.AUBERT, *th. préc.*, n°173, p.163.
[7]MAZEAUD et CHABAS, *op. cit.*, n°192, p.174.
[8]P. MACQUERON, *Jurisclasseur Soc.*, Fasc. 32-A, n°41.

il n'aurait pas contracté. Le silence mensonger est à ranger parmi ces causes accidentelles de nullité[1].

D'autres causes de nullité propres au droit des contrats méritent quelques développements supplémentaires, car elles peuvent atteindre l'acte collectif en entier. Elles présentent en outre de nombreux intérêts pratiques en matière de société, à défaut de contrôle préventif de constitution des sociétés.

B. Hypothèses de nullités irréductibles en matière d'actes collectifs

L'objet ou la cause doivent tout d'abord exister pour que l'engagement soit valable selon l'article 1108 du Code civil. Lorsque l'objet et la cause des actes constitutifs de société font défaut ou revêtent un caractère illicite ou frauduleux, la nullité s'avère incontournable, en raison de l'absence de contrôle réel lors de la constitution des sociétés. Dans un cas, c'est l'absence d'acte de société qui est visée : seules les sociétés de personnes sont concernées, puisque le défaut d'acte constitutif est un des cas de nullité retenus par la directive 68/151 pour les sociétés par actions. Dans l'autre, c'est l'activité sociale illégale ou frauduleuse qui est sanctionnée, quelle que soit la forme de la société. Nullité irréductible en matière de vices de constitution, elle représente toutefois une hypothèse d'école en cours de vie sociale, compte tenu du formalisme exigé pour le fonctionnement des sociétés.

Toutefois, pour les sociétés de capitaux, la Cour de Justice des Communautés européennes n'interprète pas la notion d'objet social dans un sens large. Seul l'objet statutaire serait visé par la directive précitée ; l'objet réel et la cause de l'obligation sont insusceptibles de provoquer l'annulation de l'acte collectif. Mais, en l'absence de contrôle de constitution des sociétés, une conception aussi restrictive de l'objet social est rejetée par le droit positif français. Admettre le contraire serait

[1]COZIAN et VIANDIER, *op. cit.*, n°143, p.53; *contra*, tout récemment, Com. 3 juin 1998, *J.C.P.* 1998, IV, 2690; I, 1583, *chron.* VIANDIER et CAUSSAIN : la Cour de cassation vient de clore le dossier de demande en annulation pour dol de la fusion Matra Hachette, en rejetant le pourvoi fondée sur le déficit d'information aux actionnaires (solution politique ?).

autoriser des sociétés irrégulièrement constituées à prospérer. L'intérêt collectif est affecté, qu'il soit interne ou externe à la société.

La définition de l'objet et de la cause dans l'acte collectif en droit des sociétés permet alors de déterminer la place de la sanction de nullité corrélative. Mélangée avec des théories subjectives et objectives (1.), elle apparaît avant tout d'essence collective (2.).

1. Théories objectivistes et subjectivistes à l'épreuve de l'acte collectif

Le consentement répond à la question : a-t-il voulu ? L'objet se préoccupe de ce qui a été voulu ; quant à la cause, elle se concentre sur les motifs de l'acte. La doctrine distingue donc l'objet de la cause[1]. Pourtant, la jurisprudence civile invoque cumulativement ou indifféremment l'absence de cause et d'objet pour justifier l'annulation de l'obligation[2] (a.). Plus couramment en droit des sociétés, c'est le recours à un impératif collectif qui justifie la sanction de nullité (b.).

a. Notions subjective et objective de la cause et de l'objet

L'objet peut représenter l'objet de l'obligation, l'objet de la prestation ou l'objet du contrat. Pour la doctrine dominante, l'objet s'entend de l'objet des obligations nées du contrat[3]. Or, dans l'acte collectif, une seule partie s'oblige[4], c'est la collectivité des associés ; si l'objet du contrat est l'exploitation sous une forme sociale donnée, l'objet de l'obligation se confond avec l'objet de la prestation, c'est-à-dire l'apport ou le vote.

---

[1]MAZEAUD et CHABAS, *op. cit.*, 1er vol., t.2, n°254, p.245 : l'objet est ce qui est dû et répond à la question *quid debetur* ?; la cause est la raison pour laquelle le débiteur a consenti et renvoie à l'interrogation suivante: *cur debetur* ? ; J.GHESTIN, *op. cit.*, n°818.

[2]Cf. jurisprudence citée par J. GHESTIN, *op. cit.*, n°682, p.658; MAZEAUD et CHABAS, *op. cit.*, n°253.

[3]J. GHESTIN, *op. cit.*, n°675s; J.FLOUR et J-L. AUBERT, *op. cit.*, n°242s. p.171s; MALAURIE et AYNÈS, *op. cit.*, n°485, p.285.

[4]G. ROUJOU DE BOUBÉE développe cette idée dans l'absence de contrepartie, *op.cit.*, p.24.

La cause, quant à elle, est une pièce maîtresse du système français des obligations, dont elle constitue un des quatre piliers[1]. Elle apparaît comme l'élément justificatif de la force obligatoire de la volonté, c'est-à-dire le motif déterminant dont le droit doit tenir compte[2]. Seule la cause de l'obligation retient la préférence du droit français[3]. La cause explique l'obligation.

Le droit des sociétés ne peut alors effacer d'un trait de plume cette condition de validité des actes juridiques comme source de nullité. Les thèses classiques sur la cause et les objections qui leur ont été adressées ne souffrent, en la matière, aucun démenti. Si DOMAT a recherché l'existence de la cause dans les données objectives de la convention et non dans la volonté de celui qui s'oblige, CAPITANT, de même que RIPERT et BOULANGER, décèlent la cause ou motif déterminant dans l'économie du contrat[4]. Quant à MAURY, il préfère la théorie de l'équivalent voulu et exerce sur la doctrine contemporaine une influence forte. La cause est alors d'essence objective et subjective. La définition de l'objet se fond alors dans la notion objective de la cause. Dans tous les cas de figure, la Cour de cassation refuse des effets de droit à une volonté contraire à l'ordre social.

L'objet et la cause dans l'acte juridique sont alors susceptibles d'annulation non seulement subjectivement, mais objectivement, car ils peuvent atteindre la sécurité juridique de l'ensemble des partenaires sociaux, c'est-à-dire de la collectivité interne et externe de la société. L'aspect collectif de la sécurité juridique mérite ainsi d'être mis en évidence pour comprendre la place de la sanction de nullité dans le droit français des sociétés.

En matière d'acte collectif, la cause subjective ou finale se définit de manière plus spécifique comme la réalisation de l'Idée[5], c'est-à-dire en l'espèce la réalisation de l'exploitation sociale[6], qu'il s'agisse de l'apport en société ou de l'exercice du droit de vote[7]. La volonté

---

[1]MALAURIE et AYNÈS, *op. cit.*, n°491, p.288s. *contra*: PLANIOL, anti causaliste convaincu, *ibidem*, n°504, p.275.
[2]G. ROUJOU DE BOUBÉE, *th. préc.*, p.230 et 235.
[3]J. GHESTIN, *op. cit.*, n°818.
[4]J. GHESTIN, *op. cit.*, n°824; MAZEAUD et CHABAS, *op. cit.*, n°260, p.247.
[5]*ibidem*, p.240.
[6]E. LE GALL, *Répertoire Dalloz, Recueil Sociétés,* Les nullités, n°26.
[7]*ibidem, spéc.* p.237 et 239.

individuelle est ici condition, elle n'est pas la cause. L'acte d'adhésion qu'elle émet est moins un acte de création du droit, qu'un acte de soumission au droit. Certes, un acte de volonté initial est nécessaire pour que les règles auxquelles on adhère, puissent s'appliquer. Mais elles ne dérivent pas de cet acte comme les effets d'un contrat dérivent de celui-ci[1]. La société est le fruit d'un acte collectif : elle présente donc nécessairement la trace d'une volition, même si la situation de fait qui en découle supplante rapidement l'élément subjectif et limite l'étendue de la nullité.

De même, la procédure ne doit faire oublier le but de l'acte. Ainsi, il ne peut y avoir d'assemblée valable sans ordre du jour. La nullité n'est autre, par essence, que l'anéantissement des effets juridiques de cette volonté : la société de fait n'est que la situation objective résultant de l'annulation d'un acte collectif. Les sociétés de fait ou toute situation créée par un acte collectif illégal ne sont qu'une limite naturelle à l'étendue de la nullité. Elles ne sont pas directement la cause de nullité.

M. ROUJOU DE BOUBÉE démontre bien la nécessité d'un objectif commun dans l'acte collectif, supérieur à la somme des volontés exprimées[2]. Les volontés doivent être concordantes et liées les unes aux autres à l'opposé d'une juxtaposition. La nullité peut alors être prononcée collectivement indépendamment de tout critère purement mathématique, si la volonté collective a été influencée, ne serait-ce que par le vote d'un seul. Ainsi une irrégularité de convocation peut entraîner la nullité des délibérations, même si l'absence des associés n'a pas eu d'incidence sur la décision prise. La volonté n'est pas discutée, car en raison du caractère délibérant de l'assemblée, l'associé absent, même s'il ne dispose que d'une voix, aurait pu intervenir aux débats et par sa force de persuasion convaincre les autres associés[3].

Cette fusion de l'objectif et du subjectif dans l'acte juridique se justifie également par l'exigence d'une cause licite au sens de l'article

---

[1]E. GOUNOT, *th. préc.*, p.275.

[2]*op. cit.*, *spéc.* p.210s.; à distinguer de l'intérêt social proprement dit, cf. COZIAN et VIANDIER, *op. cit.*, n°148, p.57.

[3]Note Y.GUYON, sous Cass. civ.3ème, 21 oct. 1998, Mme Angéli c/SGI Domaine de Grignon, *J.C.P. Ed. E*, 1999, II, p.85; *ibidem,* Com. 31 oct. 1956, *J.C.P.*1956, II, 9889.

1131 du Code civil[1]. Car la cause ou l'objet est identique quel que soit le nombre de parties à l'acte collectif[2]. La nullité encourue est alors collective, car elle porte sur une volonté viciée dans sa totalité.

Les vices du consentement présentent une facette individuelle que l'objet ou la cause ne connaissent pas. Dans cet esprit, la nullité qui les sanctionne ne peut atteindre toute la société. Par opposition se dégage alors aisément l'idée de nullité collective à caractère irréductible. Si l'objet est fictif (absence de volonté collective) ou si celui-ci est illicite (objectif commun contraire à la loi), la nullité est encourue, car l'acte collectif est invalide.

Des remarques similaires valent pour l'hypothèse de fraude rejetée comme cause de nullité des sociétés par actions dans le droit communautaire. Pourtant, celle-ci correspond bien à un cas de nullité[3] admis par la jurisprudence pour les actes collectifs de société, du moment que tous les associés ou la majorité des actionnaires ont participé à la fraude[4]. *Fraus omnia corrumpit*. L'annulation est totale ou partielle selon que le vice affecte la volonté individuelle ou collective des associés.

L'engagement unilatéral ou collectif est incontestablement un acte juridique[5]. A ce titre, la recherche de l'existence de la cause de l'acte est incontournable. A défaut, l'acte est nul. Pour certains auteurs, la cause du contrat ne se distingue pas de celle d'un acte juridique quel qu'il soit[6]. D'autres membres de la doctrine privilégient le motif de l'acte, c'est-à-dire l'aspect subjectif de la cause[7]. La cause de l'acte juridique équivaut alors à la source de l'obligation. Dans le cas d'un acte collectif, cette interprétation delà cause est à retenir dans la mesure où la cause ne peut constituer l'objet de l'obligation de l'autre partie puisque les volontés sont convergentes. L'objet est identique dans l'acte

---

[1]J. HAUSER, *th. préc.*, p.233s., n°135s.
[2]G. ROUJOU DE BOUBÉE *th. préc.*, p.166.
[3]Lorsqu'elle n'est pas sanctionnée par l'inopposabilité.
[4]Fraude lors de la constitution : Com. 28 janvier 1992, *R.J.D.A.*, 4/92, n°350, *précité*; fraude en cours de vie sociale : Cass. com., 6 juillet 1983, *Bull. civ.* IV, n°206, *précité*.
[5]M.-L. IZORCHE, *th. préc.*, p.215, n°324.
[6]MARTY et RAYNAUD, *op. cit.*, n°364, p.375; HAUSER, *th. préc.*, p.231s.; GOBERT, *th.préc.*, p.157s.
[7]G. ROUJOU DE BOUBÉE, *th. préc.*, p.231s.; M.-L.IZORCHE, *th. préc.*, n°337, p.224; J.FLOUR et AUBERT, *op. cit.*, n°500, p.374.

collectif, la cause diffère selon chaque partie à l'acte. Celle-ci est donc spécifique en la matière car elle est fortement teintée de subjectivité[1].

Ainsi, l'examen de l'objet statutaire, abstraction faite de celui de l'activité sociale réelle, est contraire à la définition de la nullité. Car la sanction de nullité devient alors trop objective pour couvrir la réalité des causes d'annulation qui peuvent exister en droit des sociétés. La nullité demeure la sanction normale des causes d'invalidité des actes collectifs de société. La volonté est ainsi toujours surveillée par la loi, elle-même expression mythique de la volonté générale[2]; en l'espèce, c'est l'intérêt collectif qui commande une telle solution.

Sous le seul visa de l'article 360 alinéa 1 de la loi du 24 juillet 1966, la Cour de cassation retient ainsi la fraude comme cause de nullité de l'objet de la société, même pour une société soumise à la première directive communautaire. Par un arrêt de la chambre commerciale, la fraude recouvre son indépendance alors que le recours à l'annulation pour cause illicite englobe souvent ce cas[3]. C'est l'abus de personnalité morale qui est sanctionné lorsque la société se présente exclusivement comme un écran[4].

La doctrine demeure partagée. Certains auteurs considèrent sans difficulté que les contrats de société conclus dans une perspective frauduleuse doivent être annulés sous couvert de la cause illicite[5]. D'autres considèrent au contraire que la fraude constitue une cause autonome de nullité[6]. La jurisprudence n'adopte pas une position stricte sur le sujet : la plupart du temps, l'intention frauduleuse peut donner lieu à application de l'article 1131 du Code civil[7]. La fraude n'en demeure pas moins spécifique. Elle peut consister dans le

---

[1]M.-L. IZORCHE, *th. préc.*, n°391, p.251; certains y décèlent même une "résurrection" du droit des contrats dans la définition des nullités de sociétés, B.LECOURT, *th. préc.*, p.319.

[2]M.VILLEY, "Essor et décadence du volontarisme juridique", *Archives de philosophie du droit*, Le rôle de la volonté dans le droit, *Sirey*, 1957, p.87

[3]Arrêt *Demuth précité* du 28 janvier 1992.

[4]Cf. thèse de Chantal CUTAJAR-RIVIÈRE.

[5]J. MESTRE, Lamy sociétés commerciales, n°192s.

[6]J. STOUFFLET et S. BETANT, *article précité*; M.JEANTIN, Droit des sociétés, *op. cit.*, n°331.

[7]Cass. req. 19 avril 1932, *D.*1932, 1, 125 pour une société constituée en vue de frauder le fisc ; Com. 17 janv. 1970, *D.*1970, 480, note POULAIN *précitée*, pour une S.A.R.L. formée en vue de tourner les règles de constitution des sociétés anonymes ; Civ. 17 mars 1992, *Dr. soc.* 1992, n°129, obs. Th. BONNEAU, pour une société civile immobilière réalisée en vue de porter atteinte aux droits des héritiers.

consentement donné à la création d'une société exclusivement pour faire échec à des droits déterminés tout en se désintéressant des effets normaux d'un contrat de société. Aujourd'hui encore, la Cour de cassation recherche la collusion frauduleuse[1], alors que la loi de 1966 ne contient pas la fraude comme une cause de nullité textuelle.

De la même façon l'illicéité de l'objet ou de la cause comme cas de nullité obligatoire se perçoit nettement dans les caractéristiques de l'ordre public, telles qu'elles sont présentées par M. Gérard FARJAT ou M. Jean HAUSER[2]. L'ordre public se définit moins comme l'opposition à la liberté contractuelle, que comme une législation de compromis, un droit de transition[3]. C'est la définition même de l'impératif collectif qui se dessine.

b. L'impératif collectif

Le nouvel ordre économique collectif n'est pas nécessairement irréductible au droit subjectif, même si l'ordre public comprend l'ensemble des règles obligatoires dans les rapports contractuels relatifs à l'organisation économique, aux rapports sociaux et à l'économie interne du contrat[4]. Edmond BERTRAND considère qu'il s'agit d'un nouvel ordre social érigé contre l'individualisme[5]. Le droit des sociétés pourrait ainsi se définir comme l'ordre public au service de l'intérêt collectif des droits subjectifs des associés. La sanction de nullité en donne une illustration.

Jamais le droit n'a accepté le pouvoir d'une volonté abstraite agissant seule et omnipotente, sauf ce qu'Emmanuel GOUNOT a appelé le "robinsonisme juridique". Même l'ouverture de la société par actions simplifiée à toute personne, fusse-t-elle associée unique, obéit à des règles spécifiques, notamment formelles, qui laissent supposer l'existence d'un carcan juridique, en dépit d'une formule ultra libérale : l'entreprise peut être individuelle, mais elle n'en constitue pas une

[1]Jeanne PAGÈS, *D.*1993, II, p.25, note sous l'arrêt Demuth *précité.*
[2]J.HAUSER, *op. cit.*, n°141, p.244.
[3]G.FARJAT, *op. cit.* , n°22; COHENDY, *chron. préc.*, p.50
[4]*ibidem*, p.38.
[5]*chron. préc.*, p. 160s.

nouvelle structure. La reconnaissance par le droit positif de l'acte unilatéral ne signifie pas impunité ; la violation de l'ordre public sociétaire ou d'un intérêt social défini *in abstracto* peut conduire à l'application de la sanction de nullité. La nullité, textuelle ou virtuelle, ne peut se satisfaire d'une définition purement objective comme la sanction d'un acte contraire à la loi, ou bien, d'une acception totalement subjective fondée sur une volonté créatrice toute puissante qui nierait l'existence de l'intérêt collectif[1].

L'influence de l'individualisme marque la sécurité juridique d'un sceau qui n'est pas le sien. Car la stabilité juridique n'est autre que la reconnaissance d'une combinaison d'un engagement personnel et de son impact social[2]; or, en pratique, le principe de sécurité juridique paralyse toute tentative de remise en cause de l'acte de volonté originel: la légalité est alors sacrifiée sur l'autel de la protection des tiers. Une situation juridique est alors privilégiée par rapport à une autre de façon arbitraire au lieu de prendre en considération l'ensemble des critères.

Les nullités virtuelles paraissent de la sorte inexorables[3]. Si la nullité peut atteindre les effets de l'acte, c'est que l'objectivation de l'acte dans le milieu ambiant n'est pas détachée totalement de son support subjectif[4], qui justifie la sanction pour sa non-conformité à la loi.

Et de découvrir ainsi un impératif légal à deux niveaux. Le premier niveau recouvre toutes les dispositions légales qui font référence à un commandement ou une interdiction : le caractère obligatoire de la prescription ne fait alors aucun doute. Plus subtilement, un second niveau d'impérativité se décèle dans des textes dispositifs voire supplétifs par l'emploi de l'indicatif présent. A défaut de volonté contraire clairement exprimée, les termes de la loi s'appliquent sans dérogation.

---

[1]G. ROUHETTE, *dans* l'Étude critique de la notion de contrat, thèse Paris, 1965 et J. MARTIN DE LA MOUTTE, *dans* L'acte unilatéral, thèse Toulouse, 1949, même si leurs conceptions divergent, considèrent que l'intérêt est la synthèse des volontés et d'éléments objectifs.

[2]HAUSER, *op. cit.*, p.185.

[3]MARTY et RAYNAUD, *op. cit.*, t1, 1961, n°431s.

[4]Jean HAUSER, Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, *L.G.D.J.* 1971, p.45.

Parfois même la loi renvoie expressément aux dispositions statutaires, leur conférant ainsi un caractère obligatoire. L'exemple le plus symbolique en la matière est sûrement la société par actions simplifiée[1]. Celle-ci évolue dans un cadre souple mais non moins impératif : une norme subjective en est la source. Il serait en effet paradoxal que la charte des obligations collectives des associés ne soit pas aussi impérative que les normes objectives qui président à sa rédaction. La loi des parties à l'acte collectif s'imbrique dans les dispositions législatives qu'elle complète : par un phénomène d'osmose, leur valeur est identique. Ce n'est qu'une application réformée de l'article 1134 du Code civil. De ce fait, la violation d'une clause statutaire nous paraît tout autant relever du champ d'application des nullités en droit des sociétés que la transgression d'un texte de loi[2]. En outre, une règle même supplétive devient impérative dès lors qu'aucune manifestation contraire de volonté n'est exprimée...

L'impératif légal est un terme très relatif. Il comprend une certaine virtualité liée à l'existence d'actes collectifs en matière de société dont la violation des conditions de validité suppose l'application de la sanction de nullité sous réserve des droits des tiers. L'impératif collectif qui sous-tend la définition de la sanction de nullité en droit des sociétés comprend donc à la fois des normes objectives et des normes subjectives. En ce sens, le domaine des nullités est plus large qu'il n'y paraît.

L'élargissement[3] est d'autant grand qu'il est relayé par le juge qui n'hésite pas à aller au-delà des termes de la loi et à dégager une sorte d'ordre public virtuel. Par exemple, on citera la reconnaissance de l'abus de droit comme cause de nullité en droit des sociétés voire le phénomène du "forçage" du contrat, par lequel le juge n'hésite pas à découvrir des obligations que les parties n'avaient pas expressément prévues, telles l'obligation de sécurité ou de bonne foi, et à les réputer d'ordre public. Et un auteur de qualifier cet ordre public de protection

[1]Nouvel article 262-10 de la loi du 24 juillet 1966.

[2]"Si les associés ont une attitude prudente et responsable, la S.A.S. ne sera plus un îlot de liberté dans un océan de règlementation mais le continent naissant des libertés retrouvées": Yves GUYON, "Présentation générale de la société par actions simplifiée", *Rev. soc.*, 1994, 207, spéc. n°16, p.217 et n°24, p.221.

[3]Ph. MERLE, *op. cit.*, n°486 *in fine*, p.515.

collective d'ordre privé impératif[1]. Ce dernier rayonne dans le cadre statutaire.

La notion même d'acte collectif permet d'appréhender encore mieux ce double visage de la nullité, à la fois sanction d'un acte de volonté et expression de la collectivité à travers le prisme déformant du milieu juridique objectif qui l'intègre. Deux autres paramètres entrent alors en ligne de compte : le temps et le caractère facultatif de la nullité.

2. Nullités d'essence collective

La durée indissolublement liée à la formation et au fonctionnement de toute collectivité confère à la sanction de nullité un caractère plus réaliste (a.). Pour des questions de sécurité juridique, la nullité demeure en suspens (b.).

a. La durée

L'emprise globale du temps est un paramètre à ne pas négliger dans la compréhension de la sanction de nullité. La déformation temporelle est le propre de toute procédure constitutive d'un acte collectif qu'il s'agisse de la formation des sociétés ou de la prise de décisions dans les assemblées délibératives. La volonté collective pour s'exprimer et se réaliser nécessite une durée incompressible[2]. Aussi, une confusion naît-elle sur le fondement de la non-rétroactivité entre effet successif de l'acte juridique et protection des tiers. Or, la dimension temporelle sous-jacente n'est jamais que la conséquence de l'existence de la collectivité.

Bien souvent la question n'est pas de dater précisément la naissance, mais de constater *a posteriori* l'existence, de l'engagement. C'est l'utilisation du facteur temps comme révélateur de la volonté[3]. Car

---

[1]Jacques MESTRE, l'ordre public à la fin du XXe siècle, *ouvrage coll. préc.*, p.34-35.
[2]Jean-Marc MOUSSERON, "La durée dans la forme des contrats", *Mélanges A.Jauffret*, 1974; P.HÉBRAUD, "Observations sur la notion du temps dans le droit civil", *Etudes Kayser*, 1979, p.53.
[3]M.-L.IZORCHE, *th. préc.*, p.127.

l'engagement est progressif[1]. Pour l'offre, par exemple, la prise de conscience chez le sujet de ce qu'il aliène de plus en plus sa liberté au fur et à mesure qu'il pénètre plus avant dans les pourparlers, se fait petit à petit. Il se peut que le passage entre les pourparlers, la promesse de contrat et le stade où l'offrant a perdu toute liberté ne se matérialise pas par une déclaration rendant perceptible le moment où la situation devient irréversible. Au-delà, l'offrant est libéré. En-deçà, il s'estime obligé. Le plus souvent, en effet, l'engagement né progressivement aura été exécuté pendant un certain temps. Et l'auteur ayant manifesté l'intention d'interrompre l'exécution, le créancier demande que soit reconnu sa créance[2]. Le formalisme très présent en droit des sociétés limite ainsi le désengagement qui peut se manifester notamment par une demande d'annulation pour défaut de consentement.

L'aspect collectif permet également de comprendre le caractère institutionnel ou la permanence des sociétés[3]. Plus la collectivité est importante, notamment dans les sociétés de capitaux, plus les procédures de formation des actes collectifs sont lourdes, comme des garde-fous contre d'éventuelles causes de nullité ou de dissolution.

La manifestation extérieure de la volonté collective, qui est restée intentionnellement lettre morte dans la thèse de Gabriel ROUJOU DE BOUBÉE[4], fixe toute l'étendue de la nullité en droit des sociétés. L'acte collectif à effet interne et externe justifie à lui seul la non-rétroactivité[5].

En revanche, la sécurité juridique des tiers ne peut même à long terme se satisfaire de l'invalidité d'un acte atteint d'une cause durable ou collective de nullité. La remise en question de l'acte non causé ou sans objet, voire doté d'une cause ou d'un objet illicite ou frauduleux, se comprend alors plus facilement. Une doctrine autorisée prêche pour l'imprescriptibilité de l'action en nullité ou pour un point de départ différé de celle-ci en raison d'une irrégularité continue[6]. Outre le fait

---

[1]*ibidem*, n°176, p.131.

[2]Situation identique, cf. usages de l'entreprise, V. sur ce point, Emmanuel DOCKÈS, "L'engagement unilatéral de l'employeur", *Droit social*, mars 1994, *spéc*. 231.

[3]*ibidem*, p.183.

[4]*th. préc.*, p.23s.

[5]Cf. *infra*, deuxième partie

[6]Le jugement du T.C de Marseille du 8 sept. 1983 *préc.*, dans l'affaire Rivoire et Carret/Lustucru, mentionne le "caractère permanent du vice", cf. note de MESTRE, *Rev. soc.*, 1984, p.88; Com. 27 juin 1989, *Bull. Joly*, 1989, 851, note Paul LE CANNU; MERCADAL et JANIN prône l'extension de la prescription en cas de fraude, *op. cit.*,

que la notion d'irrégularité continue ou l'incidence de la gravité du vice n'ont point d'assise légale, le droit des sociétés préconise une prescription, qui plus est, de courte durée : l'imprescriptibilité nous paraît bannie du domaine des nullités, comme contraire, sinon au texte, du moins à l'esprit de la loi[1].

De surcroît, la définition même de la nullité ne permet pas d'envisager une sanction sur le long terme car celle-là vise l'inobservation d'une condition de validité de l'acte, non la violation répétée d'une obligation dans l'exécution de l'acte. L'irrégularité certes peut se poursuivre dans la durée au-delà de la formation de l'acte. Mais si l'acte a déjà fait l'objet d'une exécution, la responsabilité civile ou pénale paraissent plus appropriées pour faire cesser le comportement illicite et réparer les conséquences de l'acte illégal.

C'est l'absence de sanction qui serait scandaleuse, non l'inapplication de la nullité[2]. La sécurité juridique s'oppose à la nullité, passé un certain délai. La prescription abrégée est vidée de son contenu si les juges y dérogent sans vergogne. L'hostilité actuelle du droit positif pour l'idée d'un délai préfix est d'ailleurs incompréhensible. Dans un domaine pétri d'ordre public, que le juge puisse relever d'office les moyens tirés de la prescription de l'action, ne choquerait guère. Toutes les atteintes portées aux règles de la prescription de l'action en nullité jettent un aléa dangereux sur l'avenir de actes juridiques de société.

Le respect des situations acquises s'oppose à des remises en cause tardives. La sécurité juridique appelle au contraire la vigilance des parties aux actes collectifs de société et des personnes traitant avec la société. L'éventualité d'une action en nullité au-delà d'un délai raisonnable et intangible fait peser une incertitude peu admissible en la matière : la sanction ne doit pas être imprévisible au risque de nuire au bon fonctionnement des sociétés[3]. L'intensité de la sanction de nullité

---

n°120; RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, n°741 ou 758; GUYON, lie l'imprescriptibilité à l'impossibilité de régularisation, *op. cit.*, n°157; HANNOUN, déroge à la prescription triennale en cas de vice de portée générale, *chron. préc.*, n°6

[1]COZIAN et VIANDIER, *op. cit.*, 5ème éd., n°222.

[2]*Contra* Y. CHAPUT, De l'objet social des sociétés commerciales, thèse Clermont-Ferrand, 1973, p.133.

[3]La même dérive peut être constatée en matière d'abus de biens sociaux où un plafonnement du délai a fait l'objet d'une proposition de loi du 6 novembre 1995, par MAZEAUD, ROUX et BOURARTCHEV, *Bull. Joly* 1995, 1025.

infligée est nécessairement inversement proportionnelle à la durée dans laquelle s'inscrit l'acte juridique. Or, tout se passe comme si par le jeu d'une prescription élastique, les juges compensaient d'une part la réduction des causes de nullité et d'autre part l'absence de rétroactivité de la sanction. Si une telle tendance, de toute évidence *contra legem*, persistait, elle attirerait, à juste titre, les foudres du législateur.

L'écoulement du temps rend la sanction de nullité impossible sinon improbable dans la réalité. Dans ce contexte, celle-là ne peut être que d'application facultative.

b. Nullité facultative

La nullité n'est jamais soumise au pouvoir discrétionnaire des parties. La violation de la légalité ne lui confère pas davantage un caractère objectif. C'est toujours au juge que revient l'appréciation subjective des causes d'annulation. Quels que soient les termes employés par le législateur, la nullité en droit des sociétés n'est jamais ni de plein droit, ni automatique[1]. Le juge a toujours le pouvoir d'ériger un obstacle à la qualification ou d'exiger un délai aux fins de régularisation. La marge de manœuvre est toutefois variable. En effet, une distinction peut être faite entre la formulation "toutes les délibérations prises... en violation... *sont nulles*" (article 173 alinéa 1 de la loi du 24 juillet 1966) et les prescriptions suivantes : "en cas de violation... l'assemblée *peut être annulée*" (article 173 alinéa 2 de la même loi) ou encore "toute assemblée irrégulièrement convoquée *peut être annulée*" (article 159 de la loi précitée). Des textes précisent ce caractère facultatif de manière plus explicite encore : l'article 361 relatif aux sociétés aux sociétés en nom collectif et en commandite simple dispose ainsi que "le juge a la *faculté* de ne pas prononcer la nullité *si aucune fraude n'est constatée*". Ce contrôle d'opportunité est la preuve même de la chasse aux nullités. La répression des illicéités est donc loin d'être enfermée dans un carcan. Mais la virtualité de la sanction est à redouter lorsque l'appréciation de la violation de l'ordre public est purement judiciaire. Du caractère facultatif peut résulter une véritable "amnistie

[1]L. GROSCLAUDE, *th. préc.*, p.445s., spéc., p.447-448.

des comportements illicites"[1]. La détermination du domaine des nullités suppose alors résolue la question sensible de sa légitimité. Il faut trancher entre différents intérêts juridiquement protégés. Considérer de manière générale tous les actes juridiques comme annulables laisse alors le soin au juge de déterminer au cas par cas l'intérêt à privilégier.

La recherche jurisprudentielle et doctrinale d'une adéquation de la sanction de nullité est liée à la complexité de la relation juridique entre les fondateurs de la personne morale et des membres qui assurent son fonctionnement. C'est toute la question de la place du sujet dans la collectivité[2].

La notion de collectivité permet d'expliquer certaines causes de nullités propres au droit des sociétés. Nous rejoignons ici André ROUAST, qui définit l'acte collectif comme émanant d'un groupe d'individus réunis par un même état de nécessité solidaire[3].

§2 Nullités spécifiques aux actes collectifs de société

Tous les manuels ou ouvrages présentent les nullités en droit des sociétés en distinguant de manière descriptive les causes de nullités contractuelles de type classique d'une part, et les causes de nullités spécifiques au contrat de société[4]. Or, outre les déformations que celle-ci subit en matière d'acte collectif, la théorie contractuelle se révèle impuissante à expliquer certaines causes de nullités spécifiques aux sociétés. C'est pourquoi certaines causes de nullités de sociétés comme les clauses léonines[5] ou le non-respect de l'obligation de réunir un

---

[1] *ibidem*, p.453.
[2] F.TERRÉ, P.SIMLER et Y.LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, p.361.
[3] *op. cit.*, p.113-114.
[4] Maurice COZIAN, Alain VIANDIER, Droit des sociétés, 1996, 9ème éd. *Coll.Litec*, n°216 et n°217, p.73; Y. GUYON, *op. cit.*, n°155, p.154, 1996, 9ème éd., T1; LAMY, *op. cit.*, p.1005; P.MACQUERON, *th. préc.*; Ph.MERLE, *op. cit.*, n°68, p.76-77; RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, T1, n°755 notamment; MERCADAL et JANIN, *op. cit.*, n°3747s. et n°3752s; récemment encore, J. HONORAT, "Les nullités des constitutions de sociétés", *Defrénois*, 1998, 36706, extrait repris du *Répertoire des sociétés, Dalloz*, V°Nullités, n°10 à 100, mars 1997, p.171s.
[5] Article 1844-1 du Code civil

minimum d'associés[1] ne sont plus aujourd'hui que des clauses réputées non écrites ou des causes de dissolution. D'autres sont de véritables anachronismes[2], telle l'interdiction des sociétés entre époux[3] qui a disparu.

Ajouter, d'autre part, de façon artificielle, des cas de nullité propres à un prétendu contrat de société, c'est renouer avec la théorie contractuelle, sans lui reconnaître aucune valeur explicative. Ainsi, le contrat ne peut comprendre la notion d'*affectio societatis* , et la loi de la majorité qui lui est associée, qui représentent toutes deux, les conditions de validité de l'acte collectif tenant au concours de volonté lors de la constitution des sociétés ou de la procédure de vote en cours de vie sociale[4].

A. L'*affectio societatis*

L'"intraduisible" n'est pas une notion univoque et la circulaire du 15 septembre 1987, qui recommande de substituer aux termes *affectio societatis* l'intention de s'associer, n'est pas satisfaisante[5]. Longtemps définie de manière négative (1.), l'*affectio societatis* trouve sa consécration dans la théorie de l'acte collectif (2.): le défaut d'*affectio societatis* est alors une cause de nullité de société irréductible.

1. *Affectio societatis* et termes voisins

L'inaptitude de la théorie contractuelle à définir l'*affectio societatis* s'est manifestée par le souci de confiner cette notion dans une terminologie issue du droit des obligations. Or, toutes les tentatives de substitution ont échoué, car l'*affectio societatis* est la source même des

[1]Article 1844-5 du Code civil
[2]P.MACQUERON, *op. cit.*, n°118s.
[3]Article 1832-1 du Code civil.
[4]G.ROUJOU DE BOUBÉE, *th. préc.*, p.211
[5]Y. CHAPUT, *op. cit.*, n°39, p.34.

actes collectifs de société. Sans cette volonté d'union[1] ou volonté de s'associer[2], l'acte collectif n'est pas considéré comme valable. La loi pose même en un article spécifique l'exigence d'un intérêt commun[3].

En tant que condition de validité du contrat de société, l'*affectio societatis* a été assimilée au consentement[4], à l'objet, voire à l'obligation de bonne foi[5]. Or, le consentement suppose une volonté éclairée qui s'engage à un certain nombre d'obligations. L'objet du consentement de l'associé n'est pas non plus nécessairement l'intérêt commun. L'adhésion à un but commun est d'un autre ordre. L'obligation de bonne foi au sens de l'article 1134 du Code civil demeure quelque peu obscure en la matière. Le lien entre les volontés concordantes ou relation intersubjective[6] ne peut, en effet, être réduit à la somme des apports individuels licites réalisés de bonne foi. En outre, la bonne foi ne doit exister qu'au moment de la formation de l'acte juridique[7], alors que l'*affectio societatis* doit se maintenir toute la durée de la société. Source de nullité dans la constitution de toutes les sociétés[8], l'absence d'*affectio societatis* conduit à la dissolution en cours de vie sociale[9]. C'est une alliance pour le meilleur et pour le pire[10]. De plus, l'*affectio societatis* s'apprécie collectivement à la différence de la bonne foi[11]. L'*affectio societatis* est donc un critère pertinent de la définition de la société, sinon la situation de l'associé est assimilable à celle d'un cocontractant sur qui repose une simple obligation de bonne foi.

Ainsi, contrairement à la définition stricte proposée par M. Alain VIANDIER qui repose sur l'idée matérielle d'apport, l'*affectio societatis*, élément psychologique, offre une vision plus globale du statut de l'associé. Il ne peut exister de société sans intention de réunir les

---

[1]J.HAMEL, "L'*affectio societatis*", *R.T.D.Civ.* 1925, p.176.
[2]J.ROBERT, sous Cass. com. 6 octobre 1953, *S.*54, p.149.
[3]Article 1833 du Code civil
[4]J.HONORAT, *art. préc.*, spéc. n°26. L'*affectio societatis* n'étant pas admis, il est vrai, comme cause de nullité en droit communautaire pour les sociétés énumérées par la première directive (cf. *supra*), l'assimilation au consentement ou à l'apport peut être une solution de rechange.
[5]A. VIANDIER, *th. préc.*, p.79, n°78.
[6]J.GHESTIN, "L'échange des consentements", *Rev. juris. comm.*, nov. 1995, n° spécial, Introduction, p.12s., *spéc.* n°3, p.13.
[7]*Fides mala superveniens non fecit*.
[8]Article 1833 du Code civil.
[9]Article 1844-7, 5° du Code civil.
[10]G.ROUJOU DE BOUBÉE, *th. préc.*, p.66.
[11]A.VIANDIER, *op. cit.*, n°79, p.81.

volontés individuelles dans un but commun, c'est-à-dire dans une démarche active qui consiste à la recherche ensemble des bénéfices et l'acceptation des pertes. La validité de l'acte collectif contient en son sein l'obligation de s'unir sur un projet commun. Il semble plus proche de la réalité en effet de considérer l'*affectio societatis* comme le critère de qualification de la notion d'associé, car l'intérêt commun et la recherche permanente de bénéfices au sein du groupement, ne peuvent être traduits par l'obligation d'apport, contingente de la formation de la société. L'apport crée une présomption de la volonté d'être membre d'une société. L'associé est celui qui, de manière permanente, recherche l'intérêt collectif de la société, c'est-à-dire collabore pour que le groupement réalise des bénéfices.

Aussi, l'*affectio societatis*, ou recherche en commun d'un résultat affecté au groupement, se distingue-t-elle du contrat de métayage, du contrat de travail avec participation aux bénéfices et du contrat de prêt ou d'une promesse d'apport[1].

2. *Affectio societatis* dans l'acte collectif

Cette étincelle de vie qui doit animer tous les membres de la société pour que celle-ci puisse s'inscrire sur la durée, ne présente pas toujours les mêmes caractéristiques selon les formes de sociétés. Très présente dans les sociétés de personnes, elle se manifeste par sa constance et le lien indélébile avec la personne dont elle émane, d'où les difficultés qui surgissent en cours de vie sociale lorsque l'unanimité n'est pas atteinte. Compte tenu de l'*intuitus personae*, l'associé qui ne manifeste plus sa volonté de collaborer risque de devenir prisonnier de son titre.

Néanmoins, les possibilités de retrait ont augmenté au fil du temps, quelle que soit la forme de la société. Le problème qui demeure tient au montant du capital qui ne doit pas tomber au-dessous du minimum légal, afin de ne pas atteindre le seuil de dissolution.

---

[1]Cf. notes de jurisprudence citées par MACQUERON, *fasc. préc.*, n°109; exemple: Com. 12 oct. 1993, *RJDA*, 1/94, n°51 pour la distinction avec un contrat ayant pour objet un prêt; Y. CHAPUT, *op. cit.*, n°38, p.33.

Quant aux sociétés de capitaux où l'inexistence d'*affectio societatis* a été dénoncée, il est possible de considérer que la volonté de s'associer s'est exprimée sous une forme plus neutre par l'adhésion à une structure permanente imposée dans son contenu détaillé par le législateur. Cette manifestation atténuée de l'*affectio societatis* est congénitale à ce type de sociétés où la personnalité des associés est indifférente. L'absence de participation efficace ou active de tous les actionnaires n'exclut pas l'exigence d'un intérêt commun et d'une collaboration sur un pied d'égalité pour des actions équivalentes. Si l'*affectio societatis* peut fluctuer au sein d'une même société, il est néanmoins toujours nécessaire à la validité de l'acte collectif, quelles que soient les variations de degré selon la forme des sociétés.

Dès lors que cet intérêt commun fait défaut à l'origine, la société est considérée comme nulle[1]. Et du fait que ce vice doit être commun pour être invoqué comme cause d'annulation, l'action en nullité ne saurait être exercée que contre la société personne morale ou contre l'ensemble des associés[2]. La notion d'intérêt social fonde l'action en justice et détermine les titulaires de l'action dont le cercle peut être plus ou moins étendu que le nombre de parties à l'acte[3].

Pour M. VIANDIER, l'apport est la traduction de la volonté de collaborer sur un pied d'égalité. La vocation à intervenir dans les affaires sociales arrive au second rang dans la définition[4]. Toutefois, l'apport comme le consentement ne s'apprécient qu'au moment de la formation de la société[5]. Mais, l'*affectio societatis* est une notion plus originale, car elle vise également l'exécution du contrat[6]. L'*affectio societatis* n'est pas seulement la volonté d'entrer dans la société, mais la volonté d'y participer[7].

L'*affectio societatis* est une notion spécifique : elle représente le critère de qualification des actes collectifs de société par excellence. Son

---

[1]RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, n°754; MERCADAL et JANIN, *op.cit.*, n°228.
[2]P. MACQUERON, *fasc. préc.*, n°113.
[3]A. VIANDIER, *th. préc.*, n°75, p.75s.
[4]*ibidem*, p.151-152.
[5]P.DIDIER, Droit commercial, Paris, *P.U.F.*1970, t1, p.311.
[6]A.VIANDIER, *op. cit.*, n°76, p.77.
[7]J. HAMEL, *chron. préc.*, *spéc.* 762.

absence constitue une cause de nullité irréductible. La société est alors considérée comme fictive ou inexistante[1].

La loi de la majorité procède également de l'*affectio societatis*[2]. La minorité qui se soumet aux décisions majoritaires traduit une volonté de collaboration et assure le bon fonctionnement de la société quand la règle de l'unanimité est exclue.

B. La loi de la majorité

"Parler de majorité, c'est déjà sous-entendre un être collectif représenté par un pouvoir délibérant"[3]. Les sociétés en général, sauf les sociétés de personnes, fonctionnent par le biais de la règle de la majorité[4]. Ce mode de gouvernement est une nécessité[5]. La loi de la majorité est le moyen d'expression de la volonté collective. Indispensable dans les sociétés, il est inconnu dans une relation contractuelle de type classique[6]. C'est de l'intérêt général de la société qu'il puise sa force.

Certes, la loi de la majorité s'efface devant l'*intuitus personae*.[7]; mais le principe d'unanimité n'est pas la preuve irréfragable que l'intérêt social est atteint. La volonté collective ne peut être réduite à la somme des volontés particulières[8], quand bien même elles coïncideraient toutes. C'est l'intérêt collectif, distinct de celui de ses membres, qui donne la mesure et le fondement (1.) de la règle ou du pouvoir majoritaire, dont l'abus au sens large est sanctionné par la nullité (2.)

---

[1]Arlette MARTIN-SERF, *Juris-classeur, Sociétés commerciales*, Sociétés fictives et frauduleuses, 1991, *Fasc. 7ter*, n°5.

[2]*Contra* VIANDIER, *th. préc.*, n°81, p.82.

[3]THALLER, *note préc.*, p.101.

[4]Articles 153 alinéa 3, 155 alinéa 3 et 156 alinéa 4 de la loi du 24 juillet 1966.

[5]C.RUELLAN, La loi de la majorité dans les sociétés commerciales, Thèse Paris II, janv.1997, sous la direction de Fr. TERRÉ.

[6]F. TERRÉ, "Fondements historiques et philosophiques de la loi de la majorité", *R.J.Com.*, Colloque de l'Association de droit et commerce, *n°spécial*, novembre 1991, p.9s, *spéc.* p.16.

[7]Bruno SOLLE, "Le domaine de la loi de la majorité dans les groupements de droit privé", *colloque précité*, p.41.

[8]J.-J. ROUSSEAU, Du contrat social, Livre II, Chap. III; Émile GAILLARD, "La société anonyme de demain. La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme" *th. Sirey*, 1932, p.38.

1. Fondement de la loi de la majorité

"La force du nombre" a fait naître un droit nouveau[1]. L'impossibilité de réunir le consentement unanime de tous les membres d'une société impose la règle de la majorité comme un "procédé qui tend à favoriser l'action", selon l'expression du Doyen CARBONNIER[2].

Le phénomène majoritaire ne peut être intégralement compris que si l'on voit dans l'assemblée générale l'organe d'autorité du groupe collectif, et, dans les actionnaires qui la constituent, non pas des parties s'opposant l'une à l'autre et venant aux réunions de leur propre chef dans toute leur indépendance de contractants autonomes, mais les membres d'un corps social unitaire[3].

Cette règle de fonctionnement nécessaire lorsque l'on écarte la loi de l'unanimité ne repose pas sur une assise conventionnelle (a.), mais elle repose sur la notion de pouvoir exercé dans l'intérêt collectif de la société (b.).

a. Exclusion de la fiction contractuelle

Adhérer aux manifestations futures d'une vie juridique collective, s'incliner à l'avance devant les décisions, quelles qu'elles soient, qui résulteront un jour du fonctionnement d'une institution et des circonstances de toutes sortes qui en détermineront l'imprévisible évolution, est-ce là l'effet d'un contrat ?

On ne peut plus prétendre que l'autonomie de la volonté explique que la frange minoritaire veut ce qu'elle ne veut pas[4]. Force est d'observer que le législateur est contraint d'intervenir pour éluder l'aporie de auto limitation engendrée par le mécanisme majoritaire. Ainsi, en raison de la faiblesse du raisonnement fondé sur la puissance contractuelle, les articles 28 de la loi du 24 juillet 1867 au sujet des

[1]G. RIPERT, "Aspects du capitalisme moderne", *op. cit.*, p.7.
[2]Cf. également : dialectique philosophique de la volonté et de l'action, TERRÉ, *colloque précité*, p.9.
[3]E. GOUNOT, *th. préc.*, p.272.
[4]*ibidem*, p.274.

sociétés anonymes et 27 et 31 de la loi du 7 mars 1925 à propos des sociétés à responsabilité limitée notamment, ont consolidé le principe majoritaire auquel chaque associé adhère.

La démonstration de Georges RIPERT est sur ce point éclatante[1]: dans un contrat, la cause et l'objet disparaissent si l'une des parties s'incline devant la volonté de l'autre. La soumission ne vaut pas consentement. Dès lors, l'hypothèse du mandat donné entre associés tombe, car le mandataire ne peut avoir une volonté différente du mandant, excepté pour les sociétés sans personnalité morale. L'indétermination de l'objet et de la cause disparaît depuis que l'on a dégagé de plus en plus l'originalité de l'acte collectif par opposition au contrat[2]. De la même façon, la reconnaissance de la personnalité morale a permis d'institutionnaliser le principe majoritaire, comme moyen juridique pratique d'exercer la souveraineté.

Les lieux d'expression de la loi de la majorité se situent à deux niveaux : d'une part, celui des organes de délibération, et d'autre part, celui des organes de direction. Ils ne sont réglementés essentiellement que dans les sociétés anonymes[3]. Toutes les sortes de majorité doivent être respectées[4] sous peine de nullité[5] ou de clauses réputées non écrites[6].

Ces cas de nullité totale ou partielle ne trouvent pas d'écho dans la théorie contractuelle où le consentement de chaque partie à l'acte est requis. Le législateur en a alors fixé les contours.

La loi de la majorité doit être conforme à l'intérêt social. La loi des parties à un contrat ne répond pas à une telle exigence. La théorie contractuelle serait impropre à expliquer toutes les limites à la loi de la majorité sans remise en cause de sa légitimité[7]. Or, l'abus de majorité ou de pouvoir, voire le détournement de pouvoirs, sont pourtant fréquents

---

[1]*Mélanges Sugiyama*, La loi de la majorité dans le droit privé, Association japonaise des juristes de langue française, *Ed. Maison franco-japonaise de Tokio*, 1940, p.351s., *spéc.* p.353.
[2]TERRÉ, *colloque précité*, p.24.
[3]Article 100 aliné 2 de la loi du 24 juillet 1966.
[4]Sauf à admettre la validité relative des pactes d'actionnaires
[5]Article 173 de la loi *précitée.*
[6]Exemple : article 60 alinéa 2 de la même loi.
[7]P. DIDIER, *art. précité*, p.76.

en matière de sociétés ; ils ne constituent donc pas des cas de nullité contractuelle, mais des causes d'annulation spécifiques à l'acte collectif.

L'acte collectif est valable dès lors que l'intérêt collectif prévaut sur les intérêts individuels. La volonté du plus grand nombre est présumée représenter la volonté de tous. L'adhésion de l'opposant dans l'acte collectif ne porte donc pas sur la décision qu'il a combattue comme dans le modèle contractuel : elle porte sur sa volonté de continuer à poursuivre le but commun assigné au groupement malgré son désaccord voire son absence de vote sur la politique majoritaire. De la sorte, le fondement de l'effet obligatoire de l'acte majoritaire réside finalement dans la reconnaissance par le minoritaire de la persistance de la communauté d'intérêts[1] exprimée à travers le pouvoir en place.

La loi de la majorité est l'expression de la volonté générale. Mais selon les termes de J.-J. ROUSSEAU, celle-ci peut errer. Elle est susceptible d'abus, car elle n'est pas absolue. Sauf exception, tel n'est pas le caractère du contrat, conçu comme la loi intangible des parties, par application du principe d'autonomie de la volonté.

Certes, des barrières légales ont été édifiées pour ne pas porter atteinte aux droits individuels des associés : les limites de compétence sont fixées de manière stricte. Néanmoins, la notion d'abus de majorité, aussi subsidiaire soit-elle, apparaît comme l'ultime recours contre les excès possibles de la majorité[2]. Les travaux parlementaires avaient cherché à légiférer sur l'abus de droit[3]. La liberté du juge a finalement été privilégiée afin de ne pas enfermer cette notion dans une sphère contractuelle fictive, au point qu'aucune sanction ne lui soit applicable.

La théorie contractuelle achoppe sur la justification à conférer à la représentation organique. En matière de sociétés, il n'existe pas d'abus de droit à proprement parler. Seule la personne morale détient des droits subjectifs que ses représentants exercent ainsi pour tous, par ses organes de délibération et de direction. Même si les pouvoirs des

[1]D.SCHMIDT, Exposé introductif, *colloque précité*, p.8; même auteur, Les conflits d'intérêts dans les sociétés anonymes, Pratique des affaires, *Ed. Joly*, 1999, *spéc*. p.189s.
[2]Jean-Louis RIVES-LANGE, "L'abus de majorité", *colloque précité*, p.65.
[3]Cf. *supra*, Nullités textuelles et nullités virtuelles, sous-section 2 §1 B.

organes de direction sont parfois discrétionnaires ou personnels, ce ne sont jamais que des prérogatives et non des droits[1].

b. Notion de prérogative finalisée

"La démocratie n'est pas le régime du nombre, c'est le régime du droit"[2]. Elle est la marque des États de droit. Or, l'État est fondé exclusivement sur l'idée d'une puissance légitime[3]. Le devoir de respecter l'intérêt collectif dans l'exercice du droit de vote n'est autre que l'expression d'un pouvoir. C'est pourquoi l'abus de majorité est avant tout un abus de pouvoir[4].

Le terme d'abus de droit est par trop générique. C'est le résultat de l'"hégémonie du droit subjectif"[5]. Les membres des sociétés disposent d'un droit de vote qui ne peut être utilisé à des fins purement égoïstes. L'expression de "droit-fonction" est consacrée par certains auteurs[6]. La théorie de l'abus de droit semble trouver alors matière à s'appliquer en droit des sociétés. Mais la qualification de droit subjectif attachée aux prérogatives d'associé est, à juste titre, réfutée, par la doctrine dominante, du fait du caractère relatif de ces dernières. Un droit égoïste suppose la liberté ; l'abus est alors l'exception. Au contraire, le droit-fonction ou pouvoir[7], commande un contrôle et une sanction dès lors que l'intérêt n'est pas satisfait[8]. L'associé ne peut, en effet, agir que dans l'intérêt social. Son droit de vote, notamment, n'est

[1]M.STORCK, *th. préc.*, n°281s., *spéc.* n°287.
[2]ALAIN, cité par Roland DRAGO, "Aspects institutionnels, administratifs et politiques", *colloque précité,* p.36.
[3]B. de JOUVENEL, *op. cit*., Chap. 3, La théorie organique du pouvoir, p.85s.
[4]J.-L. RIVES-LANGE, *art. préc*., p.66.
[5]Franck MARMOZ, La délégation de pouvoirs, thèse Lyon III, 1999, *spéc*. n°90, p.30 ou n°142s., p.81s.
[6]M.STORCK, *th. préc*., n°192s, *spéc.* note 68, p.143.; JOSSERAND, De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits, *Dalloz* 1927, n°308 à 311; René DAVID, "Le caractère social du droit de vote", *Journ. soc. civ. et comm*., 1929, 401; A. PRÉVOST, "Le pouvoir de vote", *Journ. des agréés*, 1990, p.447; cf. également, confirmation récente, thèse de F.MARMOZ *précitée*, n°135, p.48.
[7]RIPERT, "Abus ou relativité des droits", *Rev. crit.*, 1929, p.33s. utilise l'expression de droit-pouvoir; même inspiration: J. DABIN, *op. cit.*, p. 237; G.ROUJOU DE BOUBÉE, *op. cit.*, p.145; VIDAL, *th. précit*., p.341s., *spéc*. 353.
[8]Emmanuel GAILLARD, "Le pouvoir en droit privé", Préface Gérard CORNU, *Coll. Droit civil, Série Études et Recherches, Economica*, 1985, *spéc*. n°19, p.20 et n°31, p.29.

accordé que dans cette finalité : il présente un caractère éminemment fonctionnel.

En droit positif, la notion de pouvoir appelle l'idée de fonction. Ainsi, les organes poursuivent l'intérêt collectif du groupement[1]. Le pouvoir se définit alors comme une prérogative juridique et en cela, le pouvoir se rapproche du droit subjectif, mais c'est une prérogative orientée vers un but, une prérogative finalisée, ce qui l'en distingue de façon radicale"[2]. "Il est clair que l'actionnaire isolé n'est organe de la société qu'à titre de membre de l'assemblée générale. Mais ce qu'il importe de remarquer, c'est que la volonté qu'il exprime alors n'est pas, au fond, sa volonté individuelle qui s'ajouterait à la somme des autres volontés particulières concordantes sur un point déterminé. Non, l'actionnaire agissant comme organe de la société, contribue à l'expression de la volonté de la personne morale qu'est la société. Il est l'un des atomes, si nous osons nous exprimer ainsi, de l'âme même de la personne morale, réglant les intérêts de la collectivité, l'instrument de la volonté supérieure de la compagnie"[3].

Les droits individuels des associés ressortissent à la qualification de prérogatives exercées dans l'intérêt commun[4]. Si le pouvoir d'exclusivité et le pouvoir de disposer sont des critères du droit subjectif[5], les droits d'associé n'y répondent que partiellement. En tout état de cause, ils ne sont pas absolus. Droit ou pouvoir, la validité dans l'exercice des prérogatives d'associé suppose l'examen de sa finalité.

Le filtre de l'intérêt social permet alors, selon certains auteurs, de pallier ou de transcender la notion générale de l'abus de droit en matière de sociétés[6]. Des techniques de droit public ont même permis

---

[1]*ibidem*, n°3, p.9.
[2]*ibidem*, n°214, p.137.
[3]Roger LENOAN, "De la condition des actions de société nominatives propres de la femme sous le régime de communauté et de l'exercice du droit de préférence à la souscription d'actions nouvelles", *R.T.D.Civ*. 1922, 365.
[4]BERR, *th. préc.*; C.IONESCU, La notion de droit subjectif dans le droit privé, th. Paris, 1931; A.NEUBURGER, De l'abus de pouvoir dans les sociétés anonymes, th. Paris, 1936, p.36-37.
[5]F.ZÉNATI, *th. préc.*, notamment,n°308, p.409 et n°312, p.422.
[6]G.SOUSI, L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales, th. Lyon, 1974

de contrôler la conformité à l'intérêt social[1]. Absorbé par la notion de représentation, le phénomène du pouvoir a été longtemps assimilé à un droit relatif tombant sous le coup de la théorie de l'abus de droit.

Pourtant, la distinction entre le droit et le pouvoir n'est pas sans influence, car l'abus de droit relève exclusivement du droit de la responsabilité, alors que l'excès de pouvoir, le défaut et le détournement de pouvoirs, outre l'allocation de dommages-intérêts qu'ils peuvent engendrer, sont passibles de la sanction de nullité. "Alors que le contrôle du détournement de pouvoir saisit tous les mobiles s'écartant de la finalité du pouvoir exercé, la théorie de l'abus des droits ne se préoccupe, sous réserve du jeu des équivalences mises en place par la jurisprudence, que de l'intention de nuire." (...) Mais "n'étant jamais conforme au but qui fonde le pouvoir, l'intention de nuire est sanctionnée tant dans l'ordre des droits subjectifs que dans l'ordre des pouvoirs"[2].

La distinction comporte également un intérêt quant à la prescription[3]. L'abus de droit relève de la prescription trentenaire[4], alors que le détournement de pouvoirs appelle la prescription triennale, car il appartient à la théorie générale des actes juridiques[5].

La nullité porte ainsi sur la contrariété à l'intérêt social dans l'utilisation de la loi de la majorité dans les assemblées délibérantes et du pouvoir majoritaire au sein des organes de direction.

2. La nullité pour contrariété à l'intérêt social dans l'usage d'un pouvoir

Le non-respect des limites attribuées dans l'usage d'un pouvoir appelle la sanction de nullité, car il atteint la validité de l'acte. La nullité sanctionne ainsi l'abus de majorité (a.), et dans une moindre mesure le défaut, l'excès et le détournement de pouvoirs des dirigeants sociaux

---

[1]Victor ALTALBERT, Comparaison entre les techniques jurisprudentielles de l'abus de droit en droit privé et du détournement de pouvoir en droit public, th. Dijon, 1951, p.89; et récemment, F.MARMOZ, *th. préc.*, n°165, p.58.
[2]Emmanuel GAILLARD, *th. préc.*, n°164, p.104, *spéc.*, jurisprudence citée, p.130.
[3]Cf. *supra*, nullités absolues et relatives, *in fine*, §2 La prescription.
[4]D.SCHMIDT, *op. cit.*, n°245.
[5]Emmanuel GAILLARD, *th. préc.*, n°183.

car la validité de l'acte passe alors souvent au second plan par rapport aux intérêts des tiers (b.).

a. Sanction de l'abus de majorité

Dès lors que l'abus de majorité ne peut être confondu avec un abus de droit, la définition suivante de l'abus de majorité peut être esquissée : c'est l'usage d'une prérogative dans un but contraire à l'intérêt collectif des associés.

La jurisprudence a alors retenu une conception dualiste de l'intérêt social : il s'agit de l'intérêt de la personne morale doublé d'une rupture délibérée de l'égalité entre associés, c'est-à-dire que les majoritaires causerait aux minoritaires. A l'intérêt social *stricto sensu* qui correspond à celui de la société personnalisée, nous préférons alors lui substituer la notion d'intérêt collectif qui vise en fait à une définition de l'intérêt social *lato sensu*, et nettement plus spécifique.

Dans un arrêt fort connu dont la formule a été maintes fois reprises par la suite, la Cour de cassation énonce que la décision abusive est celle qui a été prise "contrairement à l'intérêt général et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité"[1].

La rupture de l'égalité entre associés revêt également deux éléments : un élément subjectif défini comme résidant "simplement dans la conscience de s'avantager personnellement, directement ou indirectement, et un élément objectif qui est l'avantage dont bénéficie les majoritaires[2]. Dans cette configuration, la rupture de l'égalité entre associés représenterait le critère matériel de l'acte contre l'intérêt social[3].

Une doctrine récente penche aujourd'hui pour une conception unitaire de l'abus de majorité reposant sur une notion arithmétique de l'intérêt collectif[4], c'est-à-dire la somme des volontés individuelles

[1]Com. 18 avril 1961, *J.C.P.* 1961, II, 12164, note D.B.; *D.*1961, p.661; *S.* 1961, 257, note DALSACE; *G.P.* 1961, 2, 15; Grandes décisions de la jurisprudence des sociétés, Y.CHARTIER et J.MESTRE.
[2]Jean HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, *op. cit.*, t.2, n°388.
[3]Philippe GOUTAY et Frédéric DANOS, "De l'abus de la notion d'intérêt social", *Dalloz aff.*, art. n°28, 1997, p.877, *spéc.*, p.882.
[4]Il n'est jamais la somme des intérêts particuliers, G. COUTURIER, *th. préc.*, n°302.

concordantes dégageant une majorité satisfaisant ses intérêts personnels contre ceux des minoritaires.

Or, cette tendance contemporaine ne peut être suivie, car elle est la négation même de l'*affectio societatis* et de la volonté collective qui président à la constitution et au fonctionnement de la société. L'intérêt collectif signifie à la fois intérêt social et intérêt commun des associés. Ainsi défini, il représente l'unique fondement de l'abus de majorité.

En règle générale, si une majorité l'emporte, les minoritaires perdent le pouvoir de décision. L'acceptation par les minoritaires du résultat défavorable ne peut s'expliquer que dans la reconnaissance d'un intérêt commun de tous les associés à se soumettre à la loi de la majorité. On ne peut prétendre que les actionnaires majoritaires ont été favorisés par rapport aux minoritaires de façon excessive, que par référence à un intérêt social prédéterminé.

Aussi objective puisse-t-elle paraître, cette notion est donc laissée à l'appréciation des juges du fond. Quelquefois, c'est le terme même de harcèlement des majoritaires qui est retenu[1]. Retenir la rupture d'égalité entre associés à l'exclusion de l'intérêt social comme définition de l'abus de majorité n'est donc pas défendable[2].

A l'opposé, certains auteurs sont d'ardents défenseurs de l'intérêt social comme unique mesure de la légitimité des décisions majoritaires[3]. La principale critique adressée à ce courant minoritaire est la crainte de l'arbitraire des juges en la matière. Une étude approfondie de la rupture d'égalité entre associé a montré que le pouvoir des juges en la matière est inévitable. Il ne peut exister de définition complètement objective de l'abus de majorité qui implique une simple constatation des faits par le juge. Sinon, une définition légale aurait pu remplir cet office. La théorie de l'abus de droit est jurisprudentielle, quel qu'en soit son domaine d'application, car sa nature est essentiellement subjective.

---

[1]A. COURET, *Bull. Joly*, 1994, §36, p.112.

[2]Cf. un arrêt récent, Civ. 3ème, 18 juin 1997, D.aff., n°31, 1997, obs. CAUSSAIN et VIANDIER, p.1011.

[3]Claude CHAMPAUD, Le pouvoir de concentration de la société par action ; J. PAILLUSSEAU, La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise ; R. CONTIN, obs. *D.*1968, p.174 ; SCHAPIRRA, L'intérêt social et le fondement de la société anonyme, *R.T.D.Com*. 1976, p.957 ; G. SOUSI, *th. préc.*; *contra* J.-L. RIVES-LANGES, *art. préc.*, p.70.

Pour l'école strasbourgeoise, la référence à l'intérêt social ne serait même qu'une redondance inutile : toute rupture de l'égalité implique nécessairement une atteinte à l'intérêt social[1]. En fait, l'un et l'autre se confortent[2].

C'est indirectement reconnaître qu'il n'existe pas d'abus de majorité sans contrariété à l'intérêt collectif. La recherche de l'intention de nuire, de bénéfices accordés exclusivement aux majoritaires ou de la perte de substance de l'actif social ne représentent que des éléments de preuve de l'atteinte par la majorité aux intérêts communs de tous les associés.

La nullité des décisions sociales pour abus de majorité représente donc la sanction collective la plus appropriée pour que l'intérêt social soit préservé dans sa globalité. Divers cas de nullité peuvent ainsi être relevés pour une prise en charge des dettes d'une filiale aux moyens des intérêts de la société-mère[3], ou une sous-filialisation abusive[4], mise en réserve systématique des bénéfices[5], abus dans la modification des statuts[6]; en revanche, la nullité n'a pas été admise pour une cession d'actions de contrôle[7]. Une réponse plus

---

[1]D.SHMIDT, Les droits de la minorité dans les sociétés anonymes, thèse Strasbourg , *Sirey*, 1970.

[2]J.-L. RIVES-LANGE, *art. préc.*, p.71.

[3]Com. 29 mai 1972, *J.C.P.* 1973, II, 17337, note Y.GUYON (pas d'allusion à l'article 360 de la loi du 24 juillet 1966)

[4]Com. 24 janvier 1995, *Bull. Joly*, 1995, n°101, p.321, note P. LE CANNU, *chron*. p.99, p.303 (articles 173 et 360 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966 visés).

[5]Com., 6 juin 1990, *Bull. Joly*, 1990, n°233, p.782, note P. LE CANNU (pas d'allusion à l'article 360 de la loi du 24 juillet 1966); *Rev. soc*., 1990, Y. CHARTIER (décision qui en la matière est considérée comme exceptionnellement abusive dans la lignée de l'arrêt du 22 avril 1976, *Rev. soc*., 1976, note D.SHMIDT; *D.S.* 1977, 4, note BOUSQUET; pas d'atteinte à l'intérêt social, Toulouse, 1er mars 1993, *Bull. Joly*, 1993, §6, p.57, note A.COURET). C'est toujours l'*intérêt de la société* qui est recherché : Civ. 23 juin 1987, *Bull. civ*. I, 1987, n°160, *Rev. dr. com*., 1988, 72, obs. Y. REINHARD; CA Versailles, 7 déc. 1995, *chron*. LEPOUTRE, p.189, §61.

[6]Com., 27 avril 1990, *Bull. Joly*, 1990, 530, §138, P. LE CANNU (arrêt intéressant car la notion du vote efficace a été reprise par la Cour d'appel le 22 juin 1988, aff. Cointreau c/Rémy Saint-Martin, §244,245, *Bull. Joly* 1988, p.771 - note du même auteur - mais la Cour de cassation ne l'a pas retenu et a annulé la décision du conseil comme contraire à l'intérêt social dans la mesure où la présence d'administrateurs irrégulièrement nommés porte atteinte à la *collégialité* du conseil: c'est donc toujours, à juste titre, l'intérêt collectif qui est visé indépendamment du calcul mathématique des votes).

[7]Com. 21 janvier 1970, aff. Cassegrain, *Bull. civ.* IV, n°28, *Rev. soc*., 1970, 291, note J.G.; *J.C.P.* 1970, II, 16541 *contra,* Rennes, 23 fév. 1968, *R.T.D.Com*., 1970, 738, obs. R.HOUIN (la fusion par absorption dénoncée ne porte pas atteinte à l'être moral; l'intérêt collectif n'étant pas affecté, il est logique que l'annulation ne soit pas prononcée); *grief* d'abus de majorité non retenu dans une affaire similaire, Com. 24

nuancée est à apporter en matière d'excès, de défaut ou de détournement de pouvoirs par les instances dirigeantes.

b. Sanction de l'excès, du défaut et du détournement de pouvoirs

Le législateur a fixé les limites concernant le degré d'engagement d'une société dont un des représentants outrepasserait ses pouvoirs. Aux termes de la loi du 24 juillet 1966, les organes de direction d'une société commerciale sont investis des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société[1].

Il en résulte qu'en règle générale la société est engagée par les actes "accomplis en son nom par ses dirigeants et que les clauses statutaires ou le cas échéant les décisions du conseil d'administration qui limitent les pouvoirs de ces derniers sont inopposables aux tiers"[2]. Le principe repose sur l'idée de pouvoir insusceptible d'abus en matière de pouvoir contrevenant à des clauses statutaires, c'est-à-dire à l'ordre collectif interne.

Dès lors que l'ordre public collectif est touché, la solution est différente : les pouvoirs ne sont donc pas l'expression de droits égoïstes. Le législateur a, en effet, prévu un certain nombre de restrictions aux pouvoirs des dirigeants sociaux. Soit, ils ne doivent pas accomplir, au nom de la société, des actes dépassant l'objet social ou qui sont interdits du fait de leur gravité. Soit une autorisation préalable est requise. Ces limites correspondent, comme nous l'avons déjà expliqué à propos de l'objet social illicite, fictif ou frauduleux et des conventions interdites, à des nullités d'intérêt collectif. La sanction du défaut de pouvoir des dirigeants sociaux est donc double. Le dirigeant fautif engage seul sa responsabilité, mais l'acte n'est pas nul pour autant. Si celui-là a agi au mépris d'une clause statutaire, la société est engagée : l'acte est opposable à la société. S'il a enfreint ses pouvoirs légaux, l'acte est alors entaché de nullité[3].

---

fév. 1975, *Rev. soc.* 1976, 92, note Bruno OPPETIT (la référence à la notion de grief est intéressante en l'absence de texte) .

[1]Articles 49 alinéa 4, article 98 alinéa 1, article 113 alinéa 2 et article 124 alinéa 1.

[2]NGUYEN XUAN CHANH, *chron. préc.* p.69, n°1.

[3]La doctrine a longtemps préconisé la nullité, cf. p.ex: COPPER ROYER, *op.cit.*, tome 4, p.103.

Mais l'étendue de la nullité est alors variable. La nullité de la nomination des dirigeants sociaux entraîne celle des actes accomplis par ces derniers au nom de la société en vertu de la loi mais elle est inopposable à la société et aux tiers de bonne foi[1]. Toutefois pour les sociétés en nom collectif et les commandites simples, les actes dépassant l'objet social n'engagent pas les tiers, c'est-à-dire au premier chef, la société. La solution est inverse pour les sociétés où les associés ne sont pas engagés personnellement sur leur patrimoine sauf si les tiers avaient connaissance des limites statutaires et ce, même si les statuts étaient publiés[2]. Il y a donc augmentation des cas d'inopposabilité au regard des engagements sociaux[3]. Il convient de mettre en exergue le fondement du recul de la sanction de nullité en ce domaine.

Le contrôle de l'exercice du pouvoir offre des éléments de réponse. Le sort de l'opération passée diffère selon qu'il y a usage illégitime de droits ou de pouvoirs ou action sans droits ni pouvoirs. Une recherche préalable sur l'existence du pouvoir est nécessaire avant celle de la finalité du pouvoir utilisé[4]. On découvre alors que le défaut de pouvoir ou le détournement de pouvoirs *lato sensu* ne sont pas une simple transposition de la théorie de l'abus de droit. Leur fondement et leurs sanctions diffèrent. Le détournement de pouvoirs est à l'excès de pouvoir ce que le genre est à l'espèce. Il jouxte alors la notion d'abus de droit. De nombreux arrêts les confondent[5]. "Il y a détournement de pouvoirs chaque fois que le titulaire d'un droit-fonction met au service d'une fin autre que celle de sa fonction la marge de liberté d'action ou de pouvoir discrétionnaire qui lui est laissée"[6]. L'étendue de la vérification est variable selon que l'on reconnaisse ou non l'existence de pouvoirs discrétionnaires en matière de sociétés. C'est pourquoi, le droit administratif sur lequel a été calqué la théorie du détournement

---

[1] *ibidem*, n°2 et n°4.
[2] *ibidem*, n°7.
[3] Y.SERRA, "Nullité et inopposabilité au regards de la réception de la directive 68/151 du Conseil des Communautés européennes par la législation française des sociétés", *chron. préc.*,*D.*73, p.97s., *spéc.* p.99.
[4] M.STORCK, *th. préc.*, n°195,p.145s.
[5] Cass. com., 19 janvier 1959, *D.* 1959, I, 260, *D.* 1959, 2, 10966, note BASTIAN, *Rev. soc.*, 1959, 264, note AUTESSERRE; cf. références jurisprudentielles citées par RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, n°1230.
[6] DABIN, *op. cit.*, p.249.

de pouvoirs en droit privé distingue un contrôle normal et un contrôle restreint[1].

Par principe, tout pouvoir est susceptible d'abus[2]. Par conséquent même un pouvoir discrétionnaire est passible de sanctions, dans la mesure où il se définit toujours par rapport à la loi comme celui qui permet de choisir de passer un ou plusieurs actes, tous devant être également conformes à la légalité. C'est alors le non-respect de la finalité sociale du droit accordé au représentant des sociétés qui est sanctionné[3]. Par définition, les pouvoirs même discrétionnaires sont conférés dans l'intérêt exclusif de la société[4].

La révocation *ad nutum* est ainsi considérée comme un droit discrétionnaire[5], car les motifs des actionnaires n'ont pas à être nécessairement précisés[6]. Aucune nullité n'est alors encourue ; toutefois, une responsabilité pour faute peut être mise en jeu, même pour les dirigeants de société anonyme de type classique[7]. Cette solution accorde une prépondérance à l'idée d'un droit subjectif de l'actionnaire. C'est le propre de l'individualisme "utilitariste". Tout droit subjectif participe à la fois de la volonté et de l'intérêt. Le droit individuel ne peut se réaliser que dans un système collectif[8].

Pourtant, elle n'implique pas automatiquement le choix d'une révocation des dirigeants sociaux sans préavis ni justification. Les droits d'associés comme le droit de vote connaissent des limites aujourd'hui importantes dans l'intérêt de la société. La notion de cause

---

[1]R.CHAPUS, Droit administratif général, *Ed. Montchrestien*, 9ème éd., 1987, n°744.

[2]MONTESQUIEU (Charles de Secondat), De l'Esprit des Lois, Livre XI, Chap.IV, 1748, par Gonzague Truc, *Classiques Garnier*, 1949 : "C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites"..."Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par les dispositions des choses, le pouvoir arrête le pouvoir.", p.162-163.

[3]P.ROUBIER, *op. cit.* p.331; G.RIPERT, La régle morale dans les obligations civiles, *op. cit.*, n°164, p.318.

[4]*contra*, Damien ROETS, "Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition?", *D.*1997, *chron*, p.92, *spéc.* n°2 : qui considère la catégorie des droits discrétionnaires insusceptible de relever de la théorie de l'abus de droit (solution différente en cas de défaut de pouvoir).

[5]M.STORCK, *th. préc.*, n°206, p.154.

[6]Article 116 de la loi du 24 juillet 1966 pour les sociétés anonymes classiques, par opposition à l'article 121, de la même loi, relatif aux sociétés à directoire et conseil de surveillance.

[7]Exemple : Com., 27 mars 1990, *Bull. civ.* IV, p.68; *D.*1990, *I.R.*, 104; *J.C.P.* 1990, II, 21537, note GUYON.

[8]J.-P.GASTAUD, *th. préc.*, p.2, p.10 et p.73 respectivement.

entendue dans son sens subjectif pourrait également être retenue comme motif d'annulation en la matière. Une comparaison avec le droit du travail s'impose : l'annulation d'un licenciement abusif, et quelquefois même la réintégration subséquente du salarié, apportent des restrictions certaines aux droits de l'employeur.

L'illégitimité rejoint alors l'illégalité. La fraude peut, de ce fait, être considérée comme une hypothèse de détournement de pouvoir[1]. Car, dans les deux cas, c'est l'esprit de la loi qui est méconnu. Mais, l'annulation pour fraude suppose un tiers complice alors que le détournement de pouvoir est inopposable aux tiers de bonne foi[2] : l'acte est donc considéré comme valable. La fraude a pour sanction naturelle l'inopposabilité ; le dépassement de pouvoirs en matière de clauses statutaires est normalement opposable à la société victime. Il est d'ailleurs tout à fait symptomatique que le législateur de 1966 ait précisé l'inopposabilité des limitations statutaires de pouvoirs. Avant la réforme des sociétés commerciales, à défaut de dispositions légales en la matière, la nullité était de rigueur.

Par référence à la théorie de la cause, notion civiliste, le détournement de pouvoir est également sanctionné par la nullité[3]. Des différences quant au fondement et au régime les séparent néanmoins. La cause illicite ou contraire à l'ordre public appelle la nullité absolue, car le législateur a entendu ainsi assurer le respect de valeurs supérieures ; tel n'est pas l'objet du détournement de pouvoirs qui s'attache à la finalité de l'acte exclusivement. La cause est d'essence subjective. "Par définition, le contrôle du détournement de pouvoirs suppose que l'acte critiqué a été passé par son auteur dans les limites objectives de son pouvoir. Il n'est donc pas question d'invoquer son illicéité *stricto sensu*[4]. Il est vrai que la reconnaissance d'un ordre public de protection collective nuance singulièrement cette antinomie en matière de sociétés[5].

Néanmoins, la nullité n'est pas toujours de rigueur, dans la mesure où les tiers ignorent les motifs illicites de l'acte apparemment

---

[1]José VIDAL, *th. préc.* ,p.345.
[2]*ibidem*, p.349s., Emmanuel GAILLARD, *th. préc.*, p.106s., n°167.
[3]M.STORCK, *th. préc.*, n°212, p.159.
[4]Emmanuel GAILLARD, *th. préc.*, n°165, p.105.
[5]Cf. *supra*, nullités absolues et relatives

valable quant à la forme. En l'absence de texte général prévoyant la sanction de ce vice, l'acte réalisé est valable : les effets sont imputés à la personne pour le compte de qui l'opération a été accomplie[1]. En ne respectant pas la finalité des pouvoirs qui lui sont conférés, une personne "méconnaît les limites internes, restrictives de l'étendue du droit"[2]. Ce n'est pas le pouvoir qui est limité en lui-même, mais l'usage qui doit en être fait. La sanction de l'excès de pouvoir est la nullité[3].

Le détournement de pouvoirs est parfois distingué du dépassement de pouvoirs par lequel l'auteur sort de son pouvoir par violation du droit d'autrui : le dépassement de pouvoirs équivaut à un défaut de pouvoirs, l'acte réalisé est illégal. C'est l'exercice pour son propre compte de pouvoirs dont on n'est pas titulaire soit parce que l'on n'est pas attributaire de ses pouvoirs, soit par absence de capacité ou incompétence[4]. Ainsi distingue-t-on le vice d'incompétence et le vice d'excès de pouvoirs.

L'incompétence ou l'incapacité sont sanctionnés en règle générale par la nullité. La sanction de l'excès de pouvoirs est triple. L'acte entaché d'un excès de pouvoirs peut être déclaré nul, inopposable, voire opposable à la personne qui n'a pas donné le pouvoir de le réaliser. Ainsi en est-il d'un acte passé par un dirigeant de société agissant seul, alors qu'il devait obtenir une autorisation préalable ou être assisté par un organe[5]. La doctrine et la jurisprudence oscillent sur la sanction à apporter au détournement et à l'excès de pouvoir. L'un revêt un aspect frauduleux, l'autre davantage un caractère illégal. Pour autant, inopposabilité ou nullité sont applicables[6].

Le cumul avec le vice d'incompétence est fréquent en l'absence d'habilitation expresse. La validité de l'acte est alors en cause. Lorsque le défaut ou l'excès de pouvoir porte atteinte à l'étendue ou aux effets

---

[1]*Contra*, GAILLARD, qui préconise en tout état de cause la nullité relative, n°182, p.114..

[2]J. DABIN, "Le droit subjectif", *op. cit.*, p.239, note 3.

[3]J-P.LEGROS, *chron. préc.*, n°43, p.299.

[4]Pour une étude systématique, M.JEANTIN, Droit à réparation, Abus de droit, Jurisclasseur civil, Fasc. 131-1, remplacé par C.CADIET, Abus de droit, *Rép. Dalloz*, n°167s.; RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, n°1221 : distinction admise entre l'abus de droit et l'abus de pouvoir.

[5]NGUYEN XUAN CHANH, *chron. préc.*, p.69, n°10 à 13.

[6]FALAISE, article préc., n°12s., p.7s.

de l'acte, celui-ci n'est alors pas considéré comme nul. L'inopposabilité repose sur le principe *res inter alios acta*, l'auteur supporte les conséquences juridiques de son action fautive ; la personne qui n'a pas donné son accord pour passer l'acte n'est pas engagée. Cette solution est grave et souvent reprise par les tribunaux, en dépit de la nullité prônée par le législateur[1].

Outre le fait que les organes de la société ne sont pas des mandataires, une telle solution suppose que le défaut d'habilitation est un vice qui affecte non la validité, mais la portée de l'acte. Ainsi certaines nullités ont été transformées en inopposabilités. Pourtant, le contrôle du respect de la finalité de l'acte concerne également la validité de celui-ci. Telle est la conception des partisans de la théorie de la fonction sociale des droits comme JOSSERAND, GÉNY, SALEILLES ou bien, plus récemment, GHESTIN et GOUBEAUX, MAZEAUD et CHABAS, STARCK et PIROVANO[2]. Les publicistes partagent cette opinion, puisqu'ils prononcent l'annulation en cas de détournement de pouvoirs[3]. La jurisprudence civile, quant à elle, n'a pas tranché sur le fondement de l'exercice des pouvoirs et des droits[4]. Les adversaires de la théorie de l'abus de droit comme PLANIOL, RIPERT, DABIN ou ROUBIER estiment qu'un droit égoïste ou un pouvoir discrétionnaire échappent à toute forme d'usage abusif ou illégitime[5].

Le recours à l'inopposabilité est pour le moins excessif dans une conception organique de la société. L'organe n'est pas uniquement mandataire de la personne morale. En effet, alors que l'accomplissement d'actes juridiques par un mandataire représentant son mandant est un acte normal de gestion, la réalisation par un organe

---

[1]Cf. *supra*, nullités expresses ou pour défaut de procédure régulière dans les décisions collectives, B. Cas d'annulabilité exceptionnellement prévus par le législateur en cours de vie sociale, 2. Nullités expresses pour défaut de procédure régulière dans les décisions collectives.

[2]L. JOSSERAND, *th. préc.*, p.388s.; GÉNY, Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif, op. cit., p.544; Raymond SALEILLES, Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand, 3ème éd., *L.G.D.J.*, 1925, n°305; B.STARCK, Les obligations, n°311s.; A.PIROVANO, "La fonction sociale des droits: réflexions sur le destin des théories de JOSSERAND", *D.* 1972, *chron.*, p.67.

[3]Arrêts Pariset, 24 novembre 1875, *G.A.J.A.*, n°1 et Laumonnier Carriol, C.E. 26 novembre 1875, Rec.936.

[4]GHESTIN et GOUBEAUX, *op. cit.*, n°721 et 736; G. DURRY, obs. *R.T.D.Civ.*, 1972, p.398.

[5]MAZEAUD et CHABAS, *op. cit.*, p.463.

d'opérations juridiques est pour la personne morale le mode de gestion principal d'action[1]. Aussi, contrairement au mandataire dont les pouvoirs sont limitativement énumérés, l'organe d'une personne morale a-t-il vocation à recueillir les pouvoirs les plus étendus. A l'égard des tiers, l'organe personnifie le sujet de droit pour le compte duquel il intervient. "L'organe n'est pas un simple représentant, mais un chef doté de pouvoirs et supportant en contrepartie des responsabilités plus lourdes que celles d'un représentant ordinaire. Il dispose à cet effet de pouvoirs propres"[2].

L'intérêt de la société considérée alors comme un tiers est alors souvent contrebalancé par l'idée d'un mandat apparent, qui permet d'engager la société vis-à-vis de la collectivité externe. L'opposabilité résulte alors d'une situation apparente. La théorie de l'apparence corrige certains effets de l'absence de pouvoir, car le dépassement ou l'absence de pouvoir peuvent être considérés comme des vices objectifs[3]. Poussée à l'extrême, la théorie du mandat apparent a pu servir à engager la société à l'égard des tiers de bonne foi au titre des dettes de sa filiale[4].

L'usage illégal d'un pouvoir au sens général du terme par les dirigeants sociaux ne devrait pas connaître un régime équivalent à celui fixé pour le mandat. Il n'est pas nécessairement inopposable ou nul : tout dépend de l'atteinte portée à l'intérêt social. L'annulabilité est donc de rigueur en matière de vices de fond. Elle est également de mise en matière de vice de forme.

SECTION 2 : Nullités de forme inhérentes aux actes collectifs de société

Le principe du consensualisme exclut l'idée d'un quelconque formalisme selon l'adage *pacta sunt servanda*. Les limites apportées à ce

[1]M.STORCK, *th. préc.*, p.212, n°282.
[2]*ibidem*, note 37, p.213.
[3]Emmanuel GAILLARD, *th. préc.*, n°184.
[4]CA Toulouse, 2ème ch., 11 mai 1994, *Bull. Joly* 1994, n°549, p.666, §231, note Chantal RIVIÈRE.

principe sont perçues comme des dérogations[1]. Telle est l'interprétation des règles de forme et de procédure imposées lors de la formation des sociétés et en cours de vie sociale. Au contrat de société se superposent divers contrats et délégations qui répondent également par exception à certaines conditions de forme. La nullité en est la sanction naturelle dans la mesure où ces règles de forme appartiennent aux conditions de validité.

Or, la société et son mode de fonctionnement relèvent davantage de l'acte collectif que de la théorie contractuelle. La purge des nullités de forme lors des constitutions de sociétés n'a pas, en effet, pour conséquence la disparition du formalisme[2]. Celui-ci apparaît tout d'abord comme un réducteur des causes de nullité[3]. Le formalisme crée une présomption irréfragable de concordance entre la volonté réelle et la volonté déclarée[4]. Il est omniprésent, notamment dans la formation des sociétés anonymes[5]. Le formalisme légal est le garant d'un engagement collectif réfléchi[6]. Il est donc la règle et non l'exception[7].

Il existe un formalisme étroit inhérent aux nécessités même du vote. Si l'on veut assurer en effet la bonne marche de l'assemblée et éviter le désordre, il est indispensable de prévoir un mode d'expression uniforme pour tous. Peu importe le procédé. A partir du moment où chacun l'accepte, celui-ci devient obligatoire pour tous ceux qui participent au mode de scrutin : ils doivent s'y conformer s'ils désirent que leur volonté prenne part à la décision[8].

En cours de vie sociale, la sanction des vices de forme s'apparente à celle des irrégularités affectant les actes de procédure civile ou pénale. La sanction de nullité n'est pas automatique. Son application est subordonnée à l'existence d'un texte ou plus

---

[1]FLOUR et AUBERT, *op. cit.*, n°312, p.223.
[2]Toutefois, l'absence d'un véritable contrôle judiciaire des sociétés a pérennisé certaines causes de nullité de fond.
[3]FLOUR et AUBERT, *op. cit.*, n°514, p.385.
[4]Note Henri ROUSSEAU, sous Bayonne, 9/4/1936, S.1936, II, 124 relatif au mariage simulé ; *contra* DAGOT, *th. préc.*, n°264s., p.259.
[5]Cf. notamment DELGA, *op.cit.*, chapitre 2, p.115s., sur le formalisme relatif à la constitution de la société.
[6]M.-L. IZORCHE, *th. préc.*, p.292s; exemple, en matière de souscription d'actions, FLOUR et AUBERT, *op. cit.*, n°509, p.380.
[7]*ibidem*, n°519, p.390
[8]G. ROUJOU DE BOUBÉE, *th. préc.*, p.216-217 et 223.

généralement à la démonstration d'une atteinte à une formalité substantielle.

Sans transposer les règles empruntées au droit des procédures civile et pénale au droit des sociétés, la volonté du législateur de réduire les causes de nullité, notamment les nullités pour vice de forme qui alimentent des batailles de procédure sans intérêt, appelle des concepts tels l'annulabilité, les nullités facultatives et la règle pas de nullité sans grief[1]. En tout état de cause, l'annulation n'est justifiée que si l'une des parties subit un préjudice, c'est-à-dire si un grief peut être retenu[2] ou l'atteinte à l'une des parties au procès pénal[3] est prouvée (§2).

Dans tous les cas, c'est la réduction des causes de nullité qui est visée. Exceptés les articles 80 et 361 de la loi du 24 juillet 1966, les nullités portant sur les actes de procédure ne concernent désormais que le vote. Le formalisme inhérent à l'acte collectif permet de limiter les causes de nullité en cours de vie sociale. Il protège de prime abord la volonté des associés et par effet réflexe les relations qui en découlent avec les tiers. C'est une expression de sécurité juridique dynamique[4].

La lourdeur de la procédure est en règle générale proportionnelle à l'étendue de la collectivité. Aucune volonté collective ne peut s'exprimer sans une procédure préalable. Les questions de nullité sont, en effet, tributaires du principe de concours de volonté et de sa mise en oeuvre. L'interdépendance des volontés implique leur expression et leur solidarité dans un espace-temps donné : l'idée de procédure en sert de corollaire. L'efficacité de la manifestation individuelle de volonté est liée à la réunion d'autres volontés[5]. La procédure constitutive est longue, au point que l'on hésite pour savoir exactement à quel moment la société existe réellement. C'est tout le débat sur la nature juridique des sociétés en formation[6]. La préparation

---

[1]Philippe CONTE, Patrick MAISTRE du CHAMBON, Procédure pénale, à jour au 1er juillet 1995, Coll. U Armand Colin, *Ed. Masson*, p.244s.
[2]G.GOUCHEZ, Procédure civile, *op. cit.*, n°195, p.138.
[3]Gaston STEFANI, Georges LEVASSEUR, Bernard BOULOC, Procédure pénale, 16ème édition, Précis Dalloz, 1996, Coll. Droit privé, p.618, n°612 et 613.
[4]René DEMOGUE, Les notions fondamentales du droit privé, *L.N.D.J. Arthur Rousseau*, 1911, p.72.
[5]G.ROUJOU DE BOUBÉE, *th. préc.*, p.244 et 250 respectivement.
[6]cf. *supra*, Titre 2, Chap.1.

d'une résolution d'assemblée reçoit un qualificatif identique. Il faut réunir l'assemblée par convocation, organiser l'assemblée en vérifiant sa composition, attribuer le droit de suffrage et calculer la majorité. Quant au vote lui-même, si celui-ci est émis par la collectivité de manière simultanée, il appelle au préalable une procédure minutieuse pour assurer aux organes délibérants un consentement libre et éclairé.

Le clivage nullités textuelles ou virtuelles est alors dépassé[1]. La référence à un impératif légal pour sanctionner les nullités de procédure répond à la nécessité d'assurer la validité de la volonté collective.

L'ordre public collectif réapparaît comme critère des causes de nullité de forme. L'ardeur contentieuse diminue derrière la précision conférée alors à la règle impérative. L'asymétrie du couple obligation-sanction, spécifique du critère de l'impératif légal[2], disparaît alors si la réduction des causes de nullité en cours de vie sociale repose sur le concept d'ordre public de protection collective (§1).

§1 L'ordre public de protection collective, critère des nullités de forme

Les nullités de procédure protègent la volonté collective des associés (A.). Mais le refus des nullités par ricochet limite la portée des nullités dans l'intérêt collectif des tiers (B.).

A. Aspect collectif interne des nullités de procédure

Tous les cas de nullité retenus pour vices de forme en matière de fonctionnement de société comportent un aspect collectif, que ces nullités soient textuelles, virtuelles, obligatoires ou facultatives.

Bien que l'énoncé des articles 1844-10 alinéa 2 du Code civil et 360 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966 soit libellé de façon très générale

[1]GRILLET-PONTON, *chron. préc.*, p.260-261.
[2]*ibidem*, p.261

(nullités textuelles ou virtuelles et référence au droit commun des contrats), les cas de nullité impérative sont rares car ils doivent sanctionner des nullités exclusivement collectives. La communication de la liste des actionnaires fait l'objet d'une nullité facultative[1]. Les règles de *quorum* ou de compétence répondent à l'exigence de la représentativité parmi le nombre des participants[2]. Elles sont impératives pour vérifier la composition de l'assemblée[3]. Dans une moindre mesure s'y adjoint l'obligation d'établir une feuille de présence[4]. De même, la règle de la majorité[5] implique l'émission de plusieurs votes à départager. Toutes ces dispositions visent à maintenir l'existence de la collectivité.

Dans d'autres cas, c'est la validité de l'acte collectif qui est visée, c'est-à-dire que l'adhésion doit être la plus éclairée possible. Le droit à l'information est de plus en plus développé qu'il s'agisse de l'information des actionnaires[6] ou des membres des instances dirigeantes[7]. Son défaut est sanctionné par la nullité. Cette dernière n'est écartée que si tous les actionnaires étaient présents ou représentés, prouvant ainsi que la collectivité dans son ensemble a reçu l'information.

L'obligation de respecter l'ordre du jour est une condition d'efficacité de la résolution liée à la notion de pouvoir[8]. La violation des règles relatives à l'ordre du jour entraîne la nullité de plein droit de l'assemblée[9]. Toutefois, ce principe supporte des exceptions : le dépassement n'entraîne la nullité que s'il est contraire à l'intérêt commun ; l'annulabilité demeure donc bien la règle. Ainsi, la Cour d'appel de Paris, se fondant sur l'article 159 de la loi du 24 juillet 1966, a estimé que l'inobservation de l'article 123 du décret n°67-236 du 23

[1]Article 159 de la loi du 24 juillet 1966 combiné avec l'article 173 de la même loi.
[2]Articles 153 et 155 alinéa 2 de la même loi.
[3]G. ROUJOU DE BOUBÉE, *th. préc.*, p.114.
[4]Article 167de la même loi.
[5]Article 155 alinéa 3 de la même loi
[6]Articles 168 et 170 de la loi précitée.
[7]Affaire Cointreau précitée
[8]Article 160 de la loi du 24 juillet 1966
[9]Article 173 alinéa 1 de la même loi; pour un exemple récent où même le juge n'a pas eu le pouvoir de demander une modification de l'ordre du jour, Ord. T.C. Paris du 26 avril 1999, *J.C.P. Ed. E*, 1999, p.1245 et 1237, *chron.* VIANDIER et CAUSSAIN.

mars 1967 n'entraîne la nullité de la délibération que s'il est établi qu'elle a nui à l'actionnaire qui en fait état[1].

Les délais de réflexion sont également indispensables pour que tous les membres d'une société puissent s'exprimer. Ils représentent un aspect rénové du formalisme[2]. Le législateur ne croit plus qu'il suffise à la volonté de s'affirmer pour se réaliser[3]. L'acte collectif s'inscrit dans la durée.

De même, la conformité à un modèle type, tels des statuts, relève d'un formalisme de protection qui constitue la pierre angulaire du mécanisme des sociétés. Le consentement est ainsi supplanté par le poids du formalisme dans l'acte collectif. Le fonctionnement des sociétés en offre l'exemple le plus caractéristique.

Les cas de nullités expresses ou pour violation d'une disposition impérative ne concernent ainsi que les modalités d'expression de la volonté collective dans les assemblées et organes délibérants. L'invalidité n'est sanctionnée par la nullité que si elle affecte la collectivité dans son ensemble.

Les nullités de procédure ou de forme sont protectrices de la volonté collective : elles sont donc avant tout relatives. Ainsi, la thèse du vote efficace a pu se développer autour de la notion de protection collective et non individuelle[4]. Les prérogatives doivent s'exercer dans une finalité autre que personnelle[5]. Un tel formalisme est exigé sous peine de nullité.

L'adhésion limite le pouvoir pour chaque partie à l'acte de discuter les conditions du vote et la décision s'impose à tous les membres du groupement[6]. La décision pouvant faire naître de nouvelles obligations, les conditions de son adoption sont strictes. Le formalisme apparaît alors comme un rempart contre l'éclosion de nouvelles causes de nullité.

---

[1]30 avril 1981, inédit et critiqué par MERCADAL et JANIN qui se fondent sur l'article 160, *op. cit.*, n°1741.
[2]J. GHESTIN, *op. cit.*, n°140s., p.119s.; M.-L. IZORCHE, *th. préc.*, p.133s.
[3]J. FLOUR, "Quelques remarques sur l'évolution du formalisme", *in* Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Études dédiées à G. Ripert, T.1, *L.G.D.J.* Paris 1950, p.93, *spéc.* p.114.
[4]P. LE CANNU, *Bull. Joly* 1988, §245, p.786.
[5]Y. CHAPUT, *op. cit.*, n°253, p.132.
[6]MARTY ET RAYNAUD, *op. cit.*, n°368; G. ROUJOU DE BOUBÉE, *op. cit.*, p.91s.

Le droit commun des nullités sanctionne des irrégularités lors de la formation des actes juridiques. Il relève de l'autonomie de la volonté et ne s'attache guère aux vices de forme. Or, la manifestation de volonté dans l'acte collectif appelle la sanction de nullité pour des irrégularités de procédure, celles-ci étant protectrices de la volonté collective dans ses effets[1].

Mais l'ampleur de l'annulation est telle que les conditions de son prononcé sont également très strictes, quel que soit le nombre de causes de nullités prévues en cas d'irrégularités de procédure. L'objectif est le même : protéger la collectivité.

Parfois même, les nullités sont supprimées lorsqu'elles se répercutent sur les actes d'assemblées délibératives dans l'intérêt des tiers.

B. Aspect collectif externe des nullités de forme

L'idée de nullité partielle et "l'ensuivi" aux actes subséquents ne sont pas des notions nouvelles en matière de sociétés. Déjà, l'étendue de la nullité aux actes consécutifs est limitée en procédure pénale, qui exige parfois la preuve d'un lien de nécessité ou de causalité[2].

Les nullités en droit des sociétés répondent à des critères équivalents ; l'objectif étant alors la protection des tiers et la volonté d'éviter les blocages au sein de la société.

Si les nullités de procédure sont spécifiques pour garantir l'efficacité des actes collectifs sur le plan interne, elles ne prennent pas en considération l'effet collectif externe. Tel n'est pas leur objectif. Mais le droit des sociétés ne peut ignorer cet impact sur la collectivité externe.

Sauf l'article 361 de la loi du 24 juillet 1966 qui ne peut être invoqué que par les tiers, les nullités de forme ou de procédure ont vocation exclusive à la protection des associés. En ce sens, elles ne sont donc pas absolues. Les tiers n'ont donc pas à subir les conséquences de

[1]FLOUR et AUBERT, *op. cit.*, p.390.
[2]P. CONTE, P. MAISTRE du CHAMBON, *op. cit.*, p.246.

l'absence de respect de la procédure constitutive des sociétés ou du vote.

D'office, certains textes préconisent de supprimer le lien de causalité ou de nécessité entre les délibérations prises et la nomination irrégulière[1]. Si les dispositions législatives ne prévoient pas de telles limites, le juge a la faculté de limiter l'étendue de la nullité[2]. Il examine alors, de manière classique, le caractère divisible de la délibération ou de la nomination et des actes consécutifs[3].

Confronté à l'interprétation de l'impératif juridique, le juge peut verrouiller les cas de nullité : il doit gérer le conflit entre la sécurité juridique et le souci d'assurer l'effectivité des prescriptions légales[4]. Il a en la matière un pouvoir souverain d'appréciation[5].

La validité provisoire attachée à l'acte impose la démonstration d'un intérêt légitime ou d'un grief pour être annulé pour vice de forme. Le grief existe toujours : il découle de la violation de la règle de droit en matière de règles de fond. En revanche, il faut prouver l'existence d'un grief pour les vices de forme[6].

§2 Démonstration d'un grief pour obtenir l'annulation des actes collectifs en cours de vie sociale

Qu'il s'agisse de nullités textuelles pour les causes de nullité touchant le fonctionnement de la société ou de nullités virtuelles dans le cas de la protection d'une ou plusieurs personnes au sein de la personne morale, la preuve du préjudice autre que personnel doit être rapportée. Les nullités textuelles font présumer un grief ; les nullités virtuelles obligent à démontrer le préjudice subi par une partie.

---

[1] Articles 92, 93, 94, 97-3 alinéa 2, 137et 273 de la loi du 24 juillet 1966
[2]cf. infra, Deuxième partie
[3]Req. 17 janvier 1905, *D.* 1906, II, 169; CA Paris, 22 mars 1977, *D.* 1978, II, 157, note Gilles GOURLAY, *J.C.P.* 1978, II, 18923, obs. J.-C.BOUSQUET, *Rev. Soc.* 1978, 90, note J.H.; Cass. civ., 1ère, 4 octobre 1988, *Bull. Joly*, 1988, §305, 306, 935.
[4]D. GRILLET-PONTON, *chron. préc.* n°24, p.278.
[5]CA Amiens, 8 novembre 1977, *G.P.* 1979, 1er semestre, 254.
[6]J.-P.LEGROS, *chron. préc.*, n°94.

C'est la recherche de la sanction adéquate qui motive l'emploi d'un critère hors du droit des sociétés[1] (A.). Pourtant, la persistance de l'*affectio societatis* comme condition d'existence de la société pourrait justifier l'annulabilité pour vice de forme en la matière (B.).

A. Critère des nullités de forme en dehors du droit des sociétés

Ainsi, après la prohibition des nullités comminatoires par l'ordonnance de 1667, la renaissance des nullités virtuelles avec les articles 1029 et 1030 du Code de procédure civile a été suivie d'un passage aux nullités qui exigent soit un texte, sauf si la formalité est substantielle, soit la preuve d'un grief[2].

Sur le terrain du préjudice, en adoptant la thèse "pas de nullité sans grief", on doit tout ou rien annuler[3], même si cette solution médiane n'est pas la panacée[4]. En faisant usage du pouvoir d'appréciation qui leur est reconnu par l'article 159 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966, les juges ont refusé d'annuler une délibération d'une assemblée générale extraordinaire pour convocation irrégulière, car la dissolution de la société qui avait alors été décidée n'a pas entraîné de préjudice pour l'actionnaire demandeur en nullité[5]. La tendance de la jurisprudence était déjà de ne prononcer la nullité pour vice de forme que si l'irrégularité avait faussé le résultat du vote[6].

Dans le cadre de la procédure pénale, la loi du 24 août 1993 requiert la preuve de l'atteinte aux intérêts de l'une des parties lorsqu'il y a méconnaissance d'une formalité substantielle[7]. La classification des

---

[1]Affaire L.V.M.H. *précitée* : CA Paris, 2 novembre 1989, *J.C.P.* 1990, 15863, *obs*. Hervé CAUSSE, 573; C.A. Paris, 26 avril 1990, *J.C.P.* 1991, 175; Com.15 juillet 1992.

[2]E. GLASON et A.TIXIER, Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, *Recueil Sirey*, 1926, Tome 2, p.340s; cf.J.VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, 24ème éd., *Précis Dalloz*, Coll. Droit privé, 1996, p.475s.

[3]Com. 3 avril 1984, *Bull. Joly* 1984, p.1193, §436.

[4]P. LE CANNU, *art. préc.*, §245.

[5]CA Paris, 3ème ch. A., 8 avril 1986, *Bull. Joly*, 1986, p.613.

[6]Civ.30 mai 1894, *S*.1894, 1,305; 20 juin 1898, *S*.1899, 1, 257; Com. 15 novembre 1955, *J.C.P.* 1955, II, 9089; T.C.Paris, 16 nov.1970, *J.C.P.* 1970, II, 16826, note N.BERNARD, *R.T.D.Com*. 1971, note HOUIN, *contra* récemment, arrêt Angeli, *précité*, 21 oct.1998.

[7]G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *op.cit*., p.613.

nullités en procédure pénale est alors la suivante : nullités textuelles (sans grief), nullités substantielles d'ordre public (sans grief), nullités substantielles atteignant les droits d'une des parties (avec grief)[1]. Mais très souvent, en pratique, la règle "pas de nullité sans grief", posée à l'article 802 du nouveau Code de procédure pénale ou 114 du nouveau Code de procédure civile, est détournée en lui faisant jouer un rôle de barrage quasi absolu à la nullité[2]. La même évolution est sensible en droit des sociétés.

Outre la régularité formelle fixée par le législateur, la conformité à l'intérêt social est également appréciée[3]. C'est l'esprit du droit des sociétés qui commande une telle exigence. Cet ordre public de protection collective se retrouve dans une gradation, tantôt absolue, tantôt relative, selon qu'elle concerne le fonctionnement de l'institution sociale ou la protection des personnes qui y participent[4].

Les nullités d'ordre public sont exclusives de la règle "pas de nullité sans grief". Pourtant, les auteurs reconnaissent volontiers que la distinction entre les nullités d'ordre public qui doivent toujours être relevées, même sans grief établi, et les nullités d'ordre privé qui ne peuvent entraîner annulation qu'en cas de préjudice caractérisé pour une partie privée a des contours incertains, car la notion d'ordre public est singulièrement vague et fluctuante[5]. Bien souvent, la règle impérative est qualifiée *a posteriori* comme telle par le juge, équivalent à la recherche d'un véritable grief susceptible d'entraîner l'annulation. Ou alors, on assiste à cette absurdité qu'une disposition ne peut être soulevée d'office par le juge, même si elle reconnue d'ordre public[6].

Pas de "nullité péremptoire", car l'ordre public est rarement atteint collectivement. Les nullités textuelles font présumer l'atteinte à

---

[1]Y. ROUSSEL, "Le régime des nullités de la procédure pénale après les lois du 4 janvier 1993 et du 24 août 1993", *G.P.* 1996, IV, (1er semestre), p.73.

[2]J.-P. BROUILLAUD, "Les nullités de procédure : des procédures pénales et civiles comparées", *D.*1996, *chron.*, p.100.

[3]D. GRILLET-PONTON, *chron. préc.*, n°8, p.264.

[4]*ibidem*, n°12, p. 267.

[5]J.-CL. SOYER, Droit pénal et procédure pénale, 10ème éd., *LGD.J.* 1993, p.293. R.MERLE et A. VITU, Traité de droit criminel, Procédure pénale, Ed. CUJAS, T.2, 4ème éd., n°479, p.554 qui cite également PRADEL et VARINARD, JEANDIDIER et BELOT.

[6]Affaire L.V.M.H., C.A. 2 novembre 1989, *arrêt précité*.

l'ordre public collectif : la nullité est alors souvent obligatoire sauf régularisation. Mais aucune nullité de forme n'est automatique.

Dans chaque cas, le juge a apprécié l'atteinte à l'intérêt collectif. La souplesse dans l'appréciation de l'impératif collectif appelle la notion d'annulabilité. La jurisprudence en la matière fait office de casuistique. Si les actionnaires ont été présents ou représentés[1], ou si l'atteinte ne porte pas à conséquence sur le résultat du vote[2], la nullité n'est pas toujours prononcée. Sauf cas de fraude, la Cour de cassation refuse d'annuler la délibération lorsque la majorité aurait tout de même été obtenue déduction faite des votes irrégulièrement exprimés. L'inverse n'est pas vrai : il convient que tout actionnaire puisse voter. On ne peut présager du résultat du vote en l'absence même d'un associé convoqué. L'intérêt collectif s'entend du respect du principe général du droit de vote pour tout associé.

Quelquefois, c'est en termes de recevabilité que la question de la nullité est examinée. Ainsi, une demande en annulation d'une décision de prorogation prise irrégulièrement a été refusée faute d'une justification d'un intérêt légitime[3]. La confusion avec la recherche du bien-fondé est alors fréquente[4].

La nullité devient en la matière annulabilité ou sanction éventuelle sous condition d'atteinte à l'ordre public collectif. Plus précisément, la constatation de l'irrégularité devient subsidiaire face à l'examen de l'atteinte portée à l'*affectio societatis*.

B. *Affectio societatis*, mode de détermination des nullités pour vices de forme

Présumée dans les nullités textuelles, l'atteinte portée à l'*affectio societatis* offre une clef pour lever l'aléa relatif au prononcé de l'annulation par le juge. La contradiction entre les décisions de justice en matière de nullités pour vices de fonctionnement dans les sociétés n'est qu'apparente.

---

[1]Article 159 alinéa 3 de la loi du 24 juillet 1966
[2]CA Paris, 3ème ch. A., 15 novembre 1988, *J.C.P.* 1989, éd. E, I, 18146.
[3]CA Paris, 10 juillet 1987, *BRDA*, 1987/21, p.9.
[4]cf. *supra*, Chap. Nullités absolues et relatives

Le vote irrégulier peut ainsi très bien constituer à lui seul une cause de nullité ou à l'inverse réclamer la preuve de l'affectation à un intérêt supplémentaire. Dans les sociétés de personnes, si un associé agit en nullité, la preuve de l'invalidité suffit au prononcé de la nullité, car chaque associé porte en lui-même une marque de l'*affectio societatis*. La volonté de chaque associé est nécessaire pour constituer la collectivité agissante. La validité de l'acte collectif passe alors par le respect de la volonté de chaque associé.

Toutefois, cet individualisme ne doit pas faire oublier que le droit de vote est avant tout un droit-fonction[1]. Ainsi, le maintien de la collectivité et de la recherche commune d'un bénéfice peut servir de critère pour discerner entre les demandes en nullité auxquelles il faut faire droit comme permettant de sanctionner une atteinte à l'intérêt commun, ou au contraire ayant pour objectif la simple satisfaction d'un intérêt purement personnel sans lien avec le bon déroulement de la vie sociale, voire d'éliminer les actions en nullité comportant une intention de nuire.

La réponse ne repose donc pas sur un critère d'ordre purement mathématique. Il laisse, en revanche, un pouvoir d'appréciation souverain aux juges du fond.

Un rapide examen de la jurisprudence permet de conforter cette idée. Ainsi, il existe des cas de nullité prononcée en raison d'une irrégularité affectant un seul actionnaire conformément aux articles 58 et 165 de la loi du 24 juillet 1966[2]. L'intérêt des minoritaires est ici contrebalancé par l'obligation de respecter l'intérêt commun. La souplesse dans la mise en oeuvre des critères n'est pas pour autant synonyme d'imprécision. Bien au contraire ! Les nullités virtuelles en ce domaine appellent une démarche du pouvoir judiciaire qui ne souffre pas d'aléa.

Le flou dans la définition de l'impératif légal peut en effet s'estomper derrière l'obligation de maintenir un minimum de consensus entre les associés. La notion de grief peut alors paraître superfétatoire à côté de l'exigence posée par l'article 360 alinéa 2 de la

[1]G. ROUJOU DE BOUBÉE, *th. préc.*, p.150.
[2]Notamment, Paris, 9 novembre 1983, *B.R.D.A.*, 15 janvier 1984, n°12, *Bull. Joly*, 1984, 272; Paris, 20 mars 1986, *Bull. Joly*, 1986, 619, §170; *J.C.P.* 1986, éd. E, I, 15846, *obs.* A.VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN, n°17.

loi du 24 juillet 1966. En dépit de toute atteinte au droit de vote ou de l'existence d'un préjudice certain pour le demandeur en nullité, les juges examinent toujours de manière minutieuse la portée de la nullité invoquée. Cette attitude est révélatrice de cette recherche d'un intérêt commun sous couvert d'un impératif légal indiscernable.

Dès lors que le vice affecte la collectivité, tout vote minoritaire qui touche à la régularité de l'assemblée encourt la sanction de nullité. L'annulabilité est de rigueur dans la mesure où il ne suffit pas d'invoquer un fondement textuel pour obtenir l'annulation, il faut encore démontrer que le vice de forme porte atteinte au bon fonctionnement de la société, c'est-à-dire à l'intérêt commun des associés dans la poursuite de l'oeuvre commune. Ainsi, il a été jugé que "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". La collégialité est donc défendue par la Cour de cassation indépendamment du fondement technique utilisé[1]. Dans le même esprit, une décision du tribunal de commerce de Bruxelles a statué sur un abus de minorité en démontrant le manquement au principe de l'exécution de bonne foi au pacte social comme contraire à l'intérêt social[2]. Il est alors logique d'admettre un droit de retrait des minoritaires[3] dont la volonté individuelle ne coïncide pas avec l'intérêt commun, c'est-à-dire qui ne partage plus d'*affectio societatis*.

---

[1]à propos de l'affaire Cointreau *précitée*, *Bull. Joly* 1990, §134, note Paul LE CANNU.

[2]13 décembre 1984, *Rev. soc.*, 1985, 115, note Y.GUYON : nous avons montré les confusions entre l'*affectio societatis* et les termes voisins comme la bonne foi (cf. *supra*, dans ce même chapitre)

[3]Olivier DOUVRELEUR, "Faut-il admettre un droit de retrait des minoritaires ?", *Rev. Juris.comm.* 1988, *colloque précité*, n°spécial, p.122s : cf. particulièrement l'exposé des différents textes de loi relatifs qui offrent des possibilités pour l'associé de se retirer de la société.

CONCLUSION du TITRE 2

La personne morale est l'objectif le plus fréquemment recherché lors de la conclusion de l'acte collectif qui lui donne naissance. Celle-là n'est pas la résultante d'un prétendu contrat : les parties n'ont pas des volontés antagonistes ; leurs volontés se cristallisent sur un même but[1]. Le groupement précède l'acte ; la collectivité est l'essence de la personne morale. La personnalité réelle ou interne préexiste à sa reconnaissance sur la scène juridique par le biais de l'immatriculation. Avant l'immatriculation, ce n'est pas le néant juridique, la société connaît certaines obligations et elle détient quelques droits.

La sanction de nullité applicable aux actes collectifs de société subit quelques déformations par rapport à la théorie contractuelle classique. Le droit commun des vices du consentement est transposable à l'engagement collectif avec de nombreux aménagements dans l'intérêt des tiers. Les actes collectifs sont annulables : seul le juge peut trancher pour l'application de la sanction de nullité et de ses conséquences sur les créanciers. La nullité n'est plus une sanction automatique et exclusive en ce domaine.

Toutefois, la réduction significative des causes de nullité est largement compensée par l'ajout de règles protectrices du consentement des auteurs de l'acte en obligeant ceux-ci à une réflexion sérieuse avant de s'engager. Tel est l'objectif des règles de forme imposées aux associés pour leur participation aux assemblées délibératives. La question de la preuve est ainsi aisément résolue. Une remarque similaire peut être adressée aux actes collectifs constitutifs de société où le législateur exige un écrit pour la création d'une société unipersonnelle[2].

C'est tout le dilemme du droit des sociétés qui soumet la validité des actes collectifs à des conditions strictes pour que le juge puisse mesurer "la densité du vouloir" nécessaire pour engendrer des obligations au risque d'anéantir l'efficacité des engagements pris dont l'existence n'est pas douteuse; ou bien (nuisant ainsi aux principes de

[1]Y. GUYON , *op. cit.*, n°96, p.91.
[2]Article 1835 du Code civil.

sécurité juridique et de rapidité dans le droit des affaires), il assouplit les règles de preuve au détriment des intérêts des associés[1].

C'est donc toujours une politique du juste milieu qui est recherchée : les causes de nullité sont appréciées sous l'angle de l'intérêt collectif.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Au "je peux, donc je suis", fondement de la philosophie, correspond dans l'ordre juridique traditionnel, un "je veux, donc j'ai des droits"[2]. En affinant les concepts, on peut aujourd'hui esquisser le fondement de l'ordre juridique collectif qui repose sur le binôme "je veux, donc j'ai des pouvoirs". Les droits subjectifs des associés sont relégués au second plan derrière l'ordre établi par la société. L'action en nullité n'est que l'apanage du droit d'associé : elle n'est qu'une prérogative comportant les limites fixées dans l'intérêt collectif.

Le prisme de la collectivité met à bas l'idée d'une sanction de nullité automatique en cas de constatation de l'invalidité. La notion de société permet de fixer un cadre général et unique à tous les cas de nullité. La superposition des textes et la terminologie utilisée par le Code civil ou par le législateur de 1966 méritent d'être révisées à la lumière de ces observations. Car l'aspect collectif des actes de société prime sur le respect de l'autonomie de la volonté.

Quelques axiomes résument la théorie des nullités en droit des sociétés :

1) Le consensualisme fait place à un formalisme irréductible. La thèse individualiste, purement contractuelle, défigure la notion de société.

---

[1]M.-L. IZORCHE, *th. préc.*, n°491, p.300 notamment.
[2]SALEILLES, Personnalité juridique, 1910, p.531.

2) Les nullités portent sur les actes collectifs de société, non sur la personne morale elle-même. Mais la personne morale disparaît en cas de nullité de société car l'acte collectif est générateur de la personne morale. La conclusion de l'acte coïncide avec la naissance de la personne morale réelle.

3) L'intérêt collectif ici est moteur : il implique un système d'adhésion à un corps de règles, plus que la création de droits subjectifs à part entière générés par un agrégat de volontés individuelles. L'objectif reste toujours extérieur à la personne des associés, même s'il est commun.

4) Les nullités en matière de sociétés relèvent d'un ordre de protection collective

5) Seule l'annulabilité revêt en ce domaine une signification. La sanction est donc avant tout virtuelle et relative.

L'annulation ne peut que tendre vers l'inefficacité pour l'avenir d'un acte qui par définition s'est inscrit dans la durée du fait de sa formation collective. En matière de constitution de sociétés, les nullités pourraient donc être totalement supprimées au profit d'une dissolution d'office pour motifs graves, solution qui s'harmoniserait parfaitement avec le droit communautaire. La responsabilité pénale devrait dans ces conditions prendre le relais d'une sanction dangereuse pour les tiers et quasiment impossible à mettre en oeuvre parfois.

L'effet collectif de l'annulation doit donc, à ce stade de l'étude, retenir toute notre attention.

DEUXIÈME PARTIE : LES EFFETS DE LA NULLITÉ

"O justice, sommet d'où rayonne l'idée
Loi par qui la raison vers l'amour est guidée,
Conscience éternelle, équilibre du cœur,
Toi qui sans ce passant, le mal serait vainqueur"[1]

Embrasser le champ d'application des nullités en droit des sociétés, c'est définir les actes collectifs annulables. Mais si les tentatives légales ou judiciaires pour réduire le domaine de cette sanction issue du droit civil ont vivement intéressé les auteurs depuis plus d'un siècle, l'étude des causes de nullité n'épuise pas tout le sujet. Pour être même parfaitement rigoureux, l'observation de la sanction est alors escamotée car l'annulabilité n'est pas à proprement parler une sanction : c'est l'état d'un acte susceptible d'être atteint par une cause de nullité.

Seule l'annulation prononcée par le juge constitue la sanction de nullité. Jusqu'à présent, nous avons uniquement cerné les circonstances dans lesquelles la nullité pouvait être mise en oeuvre par les tribunaux.

Se préoccuper des effets de la nullité revient à mesurer l'impact de cette sanction, son efficacité et son adéquation au but recherché. C'est revisiter la notion de société de fait pour les nullités de sociétés et

[1]Victor HUGO, Alentour des Châtiments, Boîte aux lettres, Œuvres poétiques, t.II, p.323-325.

découvrir celle de nullités en cascades ou par ricochet pour les délibérations de fait.

Cet axe de recherche est moins exploré que le terrain des causes ou des obstacles procéduraux à l'application de la nullité : il demeure ainsi bien des inconnues sur la sanction en elle-même[1]. En résumé, il faut maintenant analyser toutes les conséquences et l'étendue du jugement d'annulation sur les associés, la personne morale et les tiers.

La nullité est si courante, si intégrée dans notre droit qu'elle n'a pas été appréhendée sous l'angle de la répression. Le premier article de la section VII du Code civil sur l'action en nullité, comprise dans le chapitre intitulé "De l'extinction des obligations" fixe la durée de la prescription de l'action en nullité, sans même s'interroger au préalable sur la nature de la sanction et sur son régime général. Là encore, la fonction occulte la notion. Or, si naturelle puisse être la nullité, il est nécessaire de déterminer avec précision les caractéristiques de cette sanction. Il faut également vérifier que la nullité est une sanction : ce postulat ne relève pas de l'évidence. La richesse sémantique et le particularisme juridique du mot "sanction" permet de s'en convaincre.

La nullité intervient *a posteriori* : elle est répressive. Elle prive d'effet un acte juridique irrégulier et tente de détruire l'état de fait qu'il avait créé[2]. En droit des sociétés, la destruction rétroactive est mise de côté[3] pour des raisons de sécurité juridique, l'ordre public collectif interdisant de retourner au *statu quo ante.*

Deux conceptions s'opposent alors. Selon la théorie classique, l'acte nul est constaté par le juge : le jugement d'annulation est déclaratif et la légalité est rétablie : tout se passe comme si l'acte irrégulier n'avait jamais existé. A cette fiction, les rédacteurs de la loi du 24 juillet 1966 répondent par le principe de non-rétroactivité de la nullité des sociétés : l'annulation met un terme à l'invalidité et les effets de l'acte ne sont détruits que pour l'avenir. Une nouvelle situation supplante la précédente qui demeure intouchable.

---

[1]P. JESTAZ, "La sanction ou l'inconnue du droit", *D.*1986, *chron*. p.197.
[2]FLOUR et AUBERT, *op. cit*., n°329.
[3]Ph.MERLE, *op. cit*., n°72, p.86; COZIAN et VIANDIER, *op. cit*., n°228, p.81; J.DELGA, *op. cit*., p.140; M.JEANTIN, *op. cit*., n°333, p.176; Y. CHAPUT, *op. cit*., n°189.

Or, rétablir la légalité, en soi, n'est pas une sanction car, dans ce cadre, la transgression des prescriptions légales ne fait pas l'objet d'une punition spécifique : elle est oblitérée ; la loi retrouve simplement son empire. En revanche, détruire judiciairement les effets futurs d'une situation illicite, c'est modifier l'état de fait sous l'effet de la contrainte. En ce sens, la nullité en droit des sociétés est une véritable sanction, c'est-à-dire qu'elle emporte des conséquences que le droit attache au non-respect de ses prescriptions[1] ou constitue une réaction à la violation de la règle[2]. De ce fait, elle dispose d'une emprise plus importante sur la réalité[3]. Cette définition rejoint davantage la synthèse opérée par M. Laurent GROSCLAUDE sur la notion de sanction : "un passage d'un état à un autre sous l'action d'un phénomène extérieur, en général autoritaire"[4].

La nullité en droit des sociétés est la sanction de la violation d'une norme impérative par la suppression des effets juridiques pour l'avenir. C'est une des mesures de traitement de l'illicéité. Plus précisément, "la nullité frappe un acte et non un droit, sauf à considérer que la nullité est la suppression du droit pour tout intéressé de se prévaloir de l'acte concerné ou la suppression des droits subjectifs nés de l'acte juridique"[5]. C'est en effet indirectement que la nullité porte atteinte à des droits subjectifs. La nullité anéantit tout rapport de droit ou tout droit né de l'acte. Ainsi, dans les nullités de sociétés, le patrimoine disparaît faute de contenu, la personne morale est liquidée. C'est une atteinte à l'efficacité d'un acte, dès lors qu'il y a violation de la norme.

La sanction ne préexiste pas à la règle juridique[6] : elle est un accident, une exception dans la réalisation du droit[7]. Celle-ci se greffe sur les dispositions législatives dont elle assure le respect : elle demeure souvent à l'état virtuel. Car les règles en droit des sociétés sont variées et les sanctions qui les assortissent également. La nullité fait preuve,

---

[1]F. TERRÉ, Introduction au droit, *op. cit*., n°603.
[2]Antoine JEAMMAUD, "La règle de droit comme modèle", *D*.1990, chron. p.199, n°222.
[3]JESTAZ, *chron. préc*.
[4]*th. préc*., p.2.
[5]L. GROSCLAUDE, *th. préc*., p. 14.
[6]*ibidem*, p.31.
[7]G. CORNU, Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens, 5ème éd., Montchrestien, Domat/droit privé, 1991, n°22, p.21.

dans ce contexte, d'une certaine polyvalence : peine privée, instrument de dissuasion, moyen de résolution d'une situation conflictuelle voire réparation. Ses fonctions paraissent multiples : le but recherché évolue. Il faut dès lors apprécier la sanction de nullité sous l'angle des conséquences apportées à la violation de l'ordre public sociétaire.

Une fois prononcées, nullités relatives ou absolues, nullités textuelles ou virtuelles, ont des effets identiques. Le droit des sociétés ne souffre aucune dérogation sur ce point. L'unité du régime des actes collectifs est ainsi préservée au-delà de la variété des causes d'annulation inhérentes à leur formation. C'est dans la nature collective des actes annulables qu'il convient donc de chercher à nouveau la spécificité des conséquences de la nullité. Car la sanction choisie est à la fois un indice et une conséquence de la nature juridique de l'engagement[1].

De l'application stricte des règles du droit civil résulte une sanction collective. Le droit des sociétés a épuré la nullité de ces éléments fondamentaux au point de faire naître une sanction en équité. Le pouvoir du juge est alors considérable. Les tribunaux disposent d'un "authentique filtre"[2] pour s'interposer entre l'illicite et son traitement. C'est un réel contrôle de l'opportunité de la sanction, résultat de la souplesse de la non-codification. Le sujet est d'autant plus sensible aujourd'hui que l'absence de nullité peut constituer une "véritable amnistie de comportements illicites"[3]. L'étendue de la sanction choisie dépend du pouvoir souverain des juges du fond : l'impératif légal et sa sanction supposent une interprétation sur la correspondance de la sanction et les limites à lui apporter.

Une qualification claire permettrait un raisonnement de nature déductive : comme partir de la nature juridique de l'engagement, telle qu'elle devrait être, en principe, déterminée par le juge, il serait possible de déduire le régime applicable. En fait, le juge raisonne apparemment en sens inverse. Il sanctionne avant d'avoir qualifié et le plus souvent, il s'abstient de procéder à la qualification[4].

---

[1]M.-L. IZORCHE, *th. préc.*, p.21; GUYON, *op. cit.*, n°158, p.160.
[2]L. GROSCLAUDE, *th. préc.*, p.452.
[3]*ibidem*, p.483.
[4]M.-L. IZORCHE, *th. préc.*, n°193, p.141; J.L. BERGEL, "Différence de nature égale différence de régime", *R.T.D.Civ.* 1984, p.255s., *spéc.* n°18.

A l'aune de l'intérêt collectif, les nullités en droit des sociétés trouvent leur juste place. La volonté de préserver les intérêts catégoriels engendre le concept de nullité non rétroactive, aujourd'hui légalement consacré. L'effet collectif des nullités a ainsi été mis progressivement au ban du droit commercial par de nombreuses créations prétoriennes à l'origine de la théorie des sociétés de fait.

Du *corpus* de ces règles jurisprudentielles, Joseph HÉMARD avait extrait un fondement juridique : la personnalité morale. M.TEMPLE a dégagé, quant à lui, l'existence de situations de fait[1]. Le premier critère est trop restrictif : l'absence de rétroactivité concerne également les sociétés non immatriculées. C'est par un raisonnement *a fortiori* que les sociétés dotées de la personnalité morale en bénéficient. Il est à noter d'ailleurs que le principe de non-rétroactivité recevait application à une époque où la théorie de la personnalité morale n'avait pas encore vu le jour. A l'inverse, le second n'est pas assez précis : le fait et le droit sont en interaction permanente, tout droit qui s'inscrit dans le temps crée une situation juridique indélébile. Une mise en oeuvre distributive de ces deux fondements juridiques permet de trouver une troisième voie, commune aux deux.

C'est dans la présence d'une collectivité, situation juridique originale dont la personne morale constitue l'expression la plus élaborée, qu'il convient de trouver un *criterium* satisfaisant de la non-rétroactivité. Celle-ci est en effet à la source d'actes juridiques spécifiques dont le régime soulève de nombreuses particularités.

Du fait de son rayonnement[2], l'acte collectif échappe ainsi au droit commun des nullités. La rétroactivité est écartée[3] car la nullité des actes de société porte préjudice à la collectivité des associés et des tiers, bien davantage qu'un acte individuel. L'effet est collectif dans la mesure où l'acte produit ses conséquences à l'égard de personnes qui n'y ont été parfois ni présentes, ni représentées voire de personnes qui s'y sont opposées comme dans le cas des décisions prises par une majorité. La nullité de l'acte collectif mérite un traitement particulier car elle présente, par essence, le même caractère que l'acte auquel elle se

[1]J. CALAIS-AULOY, préface de la thèse précitée de Henri TEMPLE.
[2]FLOUR et AUBERT, *op. cit.*, p.390.
[3]NGUYEN XUAN CHANH, *chron. préc.*, n°1, p.27

rattache. Le jugement d'annulation a un effet collectif. Il convient d'y remédier. Cette approche téléologique permet de déceler le fondement du principe de non-rétroactivité.

Par ailleurs, la destruction des actes est tantôt totale, tantôt partielle, afin de restreindre l'étendue de la nullité. Le concept de nullité partielle est avalisé dans les dispositions législatives qui prévoient des clauses réputées non écrites. Elle est même érigée en sanction subsidiaire de droit commun pour toute clause statutaire prise en violation des dispositions impératives de la loi du domaine de la nullité[1]. Une telle conception permet de maintenir intacte l'unité de la théorie des nullités dont dépend un régime qui suscite à l'heure actuelle un intérêt croissant.

Parfois, l'annulation fait naître également une responsabilité à la charge d'une des parties afin de réparer l'effet collectif de la nullité[2]. Les conditions de sa mise en oeuvre sont toutefois différentes de la nullité. Son étude doit donc faire l'objet d'un chapitre distinct quand bien même le sujet passionne moins la doctrine.

Sanction pour l'avenir en application du principe de non-rétroactivité, sanction partielle par le jeu des clauses réputées non écrites, développement corrélatif de la responsabilité conçue comme un palliatif de l'effet collectif de l'annulation, la nullité fait figure de sanction amputée de ses éléments essentiels. Domaine d'application déjà singulièrement atrophié par une réduction substantielle de ses causes, les retranchements opérés au stade des conséquences de l'annulation ôtent à cette sanction presque toute spécificité. En l'absence de rétroactivité, celle-ci se confond avec la dissolution. Par les restrictions apportées à son étendue, elle s'analyse parfois comme une inexistence par détermination de la loi. Elle s'apparente également à la résolution puisque l'annulation consacre une situation juridique nouvelle. D'autres sanctions sinon la suppléent.

Les effets collectifs de la nullité sont donc limités dans le temps (Titre 1) et dans leur objet (Titre 2).

---

[1]Article 1844-10 alinéa 2 du Code civil
[2]FLOUR et AUBERT, *op. cit.*, p.271.

TITRE 1 : L'ÉTENDUE DE LA NULLITÉ DANS LE TEMPS

"Dans la théorie générale de l'acte juridique, le problème de la sanction de l'inobservation des règles de droit occupe une place importante. Certes, le droit n'est pas exclusivement, comme la médecine, une science des situations pathologiques. Il est, bien au contraire, un principe d'organisation"[1].

Les nullités en droit civil sont rétroactives. En matière de sociétés, le principe général inverse est consacré. Le concept de nullité-dissolution émerge. La société est liquidée conformément aux statuts quel que soit le degré de personnification. Quant aux délibérations, le législateur spécifie les actes ou nominations pris en fonction de la délibération litigieuse qui demeureront en l'état. Cette absence de remise en cause du passé est une particularité de la sanction de nullité en droit des sociétés. Jusqu'à un certain point, les effets de l'acte nul sont maintenus. On vérifie que le principe de non-rétroactivité découle de la validité provisoire de l'acte. L'annulabilité en est le fondement naturel.

La limitation des effets de la nullité dans le temps ne dénature pas pour autant la sanction de nullité en ce domaine. Certes la comparaison avec la caducité s'impose. "Un acte juridique est caduc, de plein droit et sans rétroactivité lorsque, pleinement valable à sa

[1]Philippe SIMLER, La nullité partielle des actes juridiques, Bibliothèque de Droit privé, Tome CI, *L.G.D.J.*1969, p.2.

formation et avant qu'il ait pu produire ses effets juridiques, il est privé d'un élément essentiel à sa validité par la survenance d'un événement postérieur à sa formation et indépendamment de la volonté de son auteur"[1]. L'absence de rétroactivité caractérise ces deux sanctions. En outre, le jugement d'annulation est assimilable à un événement postérieur susceptible de mettre un terme à la validité provisoire d'un acte. En ce sens, le rapprochement avec la résolution est naturel. Mais, à la différence de l'acte résolu, l'acte nul n'est pas pleinement valable lors de sa formation ; la cause de nullité est intrinsèque à l'acte et seule la partie qui en est victime, en principe, peut la soulever et l'événement qui déclenche l'annulation n'est pas extérieure à l'acte. Au demeurant, l'acte annulable produit des conséquences juridiques, en dépit du vice qui l'entache.

C'est tout l'effet d'un système libéral de fondation et de fonctionnement des sociétés. Seule la répression qui montre les limites d'un contrôle interne, des fondateurs, des administrateurs ou des associés, inopérant, insuffisant voire vicié peut se comprendre[2]. Dans ce cadre ainsi défini peut se poser la question de la rétroactivité d'une sanction qui intervient nécessairement *a posteriori*. La technique de la nullité apparaît, dans ces conditions, la plus naturelle, bien que sévère, même si, en droit des sociétés, l'édification de la théorie demeure complexe. Les tribunaux ont cherché vainement à appliquer les principes du droit civil. Or, le caractère rétroactif de la nullité de droit commun faisait planer une incertitude extrêmement néfaste sur la validité des sociétés. "Est-on jamais sûr d'avoir répondu à toutes les exigences de la loi malgré la plus grande diligence ?"[3] "Car si la logique juridique qu'impliquait la nullité avait su garantir aux sociétés lors de leur constitution l'indépendance en les préservant de tout contrôle préalable des autorités administratives ou judiciaires, elle se révélait incapable d'assurer de façon satisfaisante la sécurité des relations commerciales tout en restant impuissante à enrayer le mal"[4].

---

[1]Y. BUFFELAN-LANORE, Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil, *Bibliothèque de droit privé*, Tome XLIII, *L.G.D.J* 1963, p.161.

[2]M. HAGÈGE, *th. préc.*, n°123-124, *spéc.*, p.96.

[3]Joseph HÉMARD, *th. préc.*, n°709, p.938; Justin RAKOTONIANA, La sanction de l'inobservation des règles de la constitution des sociétés commerciales, thèse Nancy, 1970, p.148.

[4]M. HAGÈGE, *th. préc.*, n°127, p.98.

C'est pourquoi la nullité des actes collectifs de société entraîne aujourd'hui leur dissolution. La situation juridique n'est donc modifiée que pour l'avenir. Elle s'impose aux parties comme aux tiers.

Autrement dit, la portée du jugement d'annulation est d'autant plus importante (Chapitre 1) que ses effets sont limités dans le temps par le principe de non-rétroactivité (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : PORTÉE DU JUGEMENT D'ANNULATION

"Annulez ! Annulez ! Il en restera toujours quelque chose",
aurait pu écrire Voltaire s'agissant des sociétés commerciales[1].

Si la procédure ne se heurte à aucune fin de non-recevoir, telles régularisation, prescription ou extinction de l'action en nullité, voire absence d'intérêt à agir, le juge peut prononcer la nullité.

Encore faut-il, pour se faire, qu'il respecte un délai de rigueur : "il ne peut prononcer la nullité moins de deux mois après la date de l'exploit introductif d'instance"[2]. Il peut même d'office fixer un temps pour permettre de couvrir les nullités. Ce n'est qu'à l'expiration du délai prévu que le tribunal statue à la demande de la partie la plus diligente[3].

Les effets de l'annulation sont alors identiques quel que soit l'acte juridique collectif considéré. Toutefois, la nullité d'une société constitue une sanction des plus originales car elle entraîne la disparition de la personne morale.

L'autorité attachée au jugement d'annulation est en principe absolue[4]. Tel est le principe. Mais ce point de vue est discutable. De même que le contrat est relatif quant aux obligations qu'il crée, mais

[1]P. MACQUERON, *th. préc.*, introduction, p.I.
[2]Article 1844-13 du Code civil ou article 363 de la loi du 24 juillet 1966.
[3]Article 364 de la loi du 24 juillet 1966.
[4]Fr. TERRÉ, Introduction générale au droit, *Précis Dalloz*, , 1991, n°646, p.494.

absolu quant à la situation juridique qui en découle, de même le jugement prononçant la nullité crée une situation de fait qui s'impose de manière absolue à la communauté juridique *a fortiori* à ceux qui tiennent leurs droits de la partie dont le droit est anéanti. Le caractère absolu repose en fait sur la nature collective du jugement. Celui-ci présente à la fois une application particulière du principe de l'effet relatif des actes juridictionnels et une opposabilité absolue à l'égard des tiers.

L'acte collectif est annulable : il encourt un droit de critique qui, accepté par le juge, crée une situation nouvelle. L'annulation engendre la dissolution de la personne morale dont la remise en cause est difficile. En atteste le délai préfix de tierce-opposition extrêmement bref de six mois[1].

Le jugement d'annulation est donc avant tout constitutif (section 1). Il n'est pas corroboré par une autorité absolue mais produit un effet collectif : c'est un jugement collectif (section 2).

SECTION 1 : Jugement constitutif

L'acte annulable appelle la notion de jugement constitutif (§2). Pourtant, la distinction entre jugement constitutif et jugement déclaratif ne fait pas l'unanimité (§1).

§1 Distinction entre jugement constitutif et jugement déclaratif

Cette classification n'est certes pas exempte de critiques (B.). Une autre, issue du droit administratif, lui a apporté des compléments utiles en raison de la nature des actes de sociétés (A.). Mais faute de spécificité, elle ne l'a pas supplantée.

[1]Article 253-1 du décret n°67-236 du 23 mars 1967.

A. Comparaison avec la distinction du contentieux objectif et subjectif en matière de droit public

En marge de la distinction entre jugement constitutif et jugement déclaratif, une autre classification a vu le jour : la distinction entre contentieux objectif et contentieux subjectif. Elle a été inspirée par le publiciste Léon DUGUIT[1].

A la considération de l'étendue du pouvoir du juge est opposée une répartition des jugements selon la nature de la question posée au juge par le recours dont il est saisi.

Ou bien, une question de droit objectif, c'est-à-dire de conformité d'un acte à la légalité est invoquée devant les tribunaux. Ou bien, une question de droit subjectif, c'est-à-dire de savoir si une personne doit être reconnue comme titulaire d'un droit subjectif fait l'objet du contentieux[2].

La sanction de nullité ressortit à l'évidence du premier volet de la classification. Le recours pour excès de pouvoir est alors le moyen de légalité type. Normes juridiques constitutionnelles, voire internationales, législatives ou jurisprudentielles sont invocables par opposition à toutes les clauses contenues dans les contrats passés entre associés ou avec la société, y compris les règles statutaires.

Mais sauf à nier l'existence de droits subjectifs sous-jacents comme le prétend ROUBIER[3], le contentieux de la nullité appartient également au second volet de la distinction. Par l'action en nullité, les associés ou les tiers cherchent indirectement à protéger leurs droits subjectifs, issus des actes collectifs passés.

Si le contentieux objectif est ouvert sur les tiers, le contentieux subjectif est refermé sur les colitigants. Celui-ci s'adresse à un nombre de personnes restreint. Celui-là présente un aspect collectif : il intéresse donc au premier chef des jugements d'annulation en matière de société.

---

[1]Traité de droit constitutionnel, t. II, spéc. p. 436s., 463 et 522 repris par G. MARTY et P.RAYNAUD, Introduction générale, n°134.

[2]René CHAPUS, Droit du contentieux administratif, 5ème éd., *Domat/Droit public, Montchrestien*, 1995, n°148, p.154-155.

[3]Cf. supra, première partie, l'objet de la prescription.

Mais la vertu explicative dont se parent ces définitions s'arrête à ce constat. Car l'idée d'un jugement collectif qui en émane, aussi judicieuse soit-elle, n'est pas approfondie. Il nous appartiendra de la développer[1].

La confusion avec la notion d'autorité absolue est en outre manifeste[2].

Cette classification a connu moins de détracteurs que la précédente qui demeure donc la principale classification malgré les critiques qui lui ont été adressées. En outre, ces distinctions se recoupent sans obligatoirement s'exclure.

B. Étude critique de l'opposition entre jugement constitutif et jugement déclaratif

Un jugement constitutif est un jugement par lequel un effet juridique qui ne s'est pas encore produit va se réaliser[3] alors qu'un jugement déclaratif se borne à entériner une situation préexistante[4].

Déterminent ainsi un nouvel état, les jugements d'interdiction ou de divorce. Sur la foi de cette distinction, il est apparu à de nombreux auteurs, que l'autorité de la chose jugée ne devait pas revêtir la même force pour chaque catégorie de décisions. L'autorité des jugements constitutifs serait absolue du fait de leur caractère essentiellement administratif tandis que celle des jugements déclaratifs resterait relative en raison de leur nature spécifiquement juridictionnelle[5].

Les jugements déclaratifs seraient rétroactifs, par définition, alors que les jugements constitutifs ne produiraient d'effets que pour l'avenir.

---

[1]Cf. *infra*, Section 2.
[2]DUCLOS, *th. préc.*, p.146s.
[3]GUGGENHEIM, *th. préc.*, p.85.
[4]DUCLOS, *th. préc.*, n°117, p.143.
[5]H. et L.MAZEAUD, J. MAZEAUD, F.CHABAS, *op. cit.*, T1, vol.2, Les personnes, n°484.

L'opposition entre jugement constitutif et déclaratif, mise en relief par MERLIN au début du XIXème siècle[1], a été reprise par la plupart des auteurs spécialement en matière d'autorité de chose jugée[2]. Toutefois, la doctrine moderne a dénoncé l'imprécision de cette classification et l'inopportunité de ses conséquences ainsi déduites.

D'abord des interférences entre aspects constitutifs et déclaratifs sont évidentes. Tout jugement, même constitutif, suppose au préalable une déclaration du juge sur la conformité de la prétention à la norme. Avant de constituer un état juridique nouveau, le tribunal doit vérifier le respect des conditions légales nécessaires à cette constitution[3]. Déjà JAPIOT avait pressenti que tout jugement était constitutif du seul fait que l'intervention du juge était indispensable pour que le droit puisse produire ses effets[4]. Inversement, l'effet créateur n'est pas réservé aux seuls jugements constitutifs, ni même d'ailleurs aux actes juridictionnels. Tout jugement modifie l'état de droit initial : non seulement il lève les doutes, supprime les contestations qui paralysaient le droit litigieux, mais, de façon variable, il le transforme[5]. ESMEIN[6], MERLE[7] et BOYER[8] ont montré que le contenu positif du jugement déclaratif rapproche celui-ci du jugement constitutif.

Il apparaît ensuite qu'une telle distinction n'affecte pas la prétendue autorité absolue des décisions constitutives[9] puisque tout jugement à des degrés divers a une action sur le milieu juridique et que

---

[1]Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, 5ème éd., 1827-1828, V°questions d'état, T.XVII, §3, art.1.

[2]C.DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon, Tome V, n°320; M.PLANIOL, note D.1906, 1, 337; MONTAGNE, De l'effet déclaratif ou constitutif des jugements, thèse Paris, 1912; P.ESMEIN, Les effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits, thèse Paris, 1914; L.MAZEAUD, De la distinction des jugements déclaratifs et constitutifs, *R.T.D.Civ.* 1929, 53; R.JAPIOT, *th. préc.*, n°623; P.RAYNAUD, La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs, Rapport au IIIème et IVème Congrès international de droit comparé, Paris 1954, et même titre, *in* Études de droit contemporain, *Sirey* 1959, 377; R.MERLE, Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif, thèse Toulouse, 1949; P.ROUBIER, Droits subjectifs et situations juridiques, p.234-236; J.VINCENT et S.GUINCHARD, Procédure civile, n°83-84.

[3]Henri ROLAND, Chose jugée et tierce-opposition, Préf. Boris STARCK, Bibliothèque de droit privé, *L.G.D.J.* 1938, Tome XIII, p.150-151

[4]*op. cit.*, p.140.

[5]G.MARTY et P.RAYNAUD, Introduction générale, n°194.

[6]*thèse précitée*, p.238s.

[7]*thèse précitée*, p.110.

[8]La notion de transaction, *thèse précitée*.

[9]ESMEIN, *th. préc.*, p.23.

la jurisprudence a fini par recevoir la tierce-opposition contre ceux-ci[1]. On peut donc affirmer que tout jugement déclaratif est constitutif par certains de ses effets et que s'il existe une différence entre ces deux aspects, elle est de degré non pas de nature[2].

Mais le caractère créateur d'un jugement déclaratif n'est pas équivalent à celui d'un jugement constitutif. Dans un cas, la situation juridique devient indiscutable car elle acquiert une force nouvelle. Telles sont les nullités rétroactives qui détruisent une situation apparente de validité. En revanche, l'annulation des effets futurs d'une situation ancienne invalide constitue une situation radicalement nouvelle, même si la cause de nullité préexiste au jugement. La validité provisoire produit des effets. La situation nouvelle opère novation.

Pour les jugements annulant un acte juridique, il semble cependant extrêmement délicat de classer l'ensemble des jugements selon ce *criterium*[3]. L'annulation de type classique présente, il est vrai, un caractère rétroactif fictif ou naturel qui laisse place pour la qualification de jugement déclaratif. Néanmoins la situation nouvelle engendrée par le prononcé de la nullité dénote une appartenance certaine à la classification des jugements constitutifs.

Pourtant tous les auteurs n'ont pas une position claire sur le sujet. MARTY et RAYNAUD[4] ainsi que MAZEAUD[5] ne tranchent pas la question de la nature juridique du jugement de nullité. Une autre tendance préconise la qualification de jugement constitutif. C'est dans le rapport présenté par RENARD et VIEUJEAN dans le cadre des travaux de l'Association Capitant que les arguments en faveur de cette thèse sont les plus convaincants. Ces auteurs constatent que si la nullité est une sanction, elle est une réaction destinée à rétablir l'ordre. Or, le propre de la sanction est de réagir contre quelque chose d'existant afin de le détruire[6]. L'acte nul existe donc bien provisoirement toutes les fois qu'il y a eu déclaration de volonté. Le souci de sécurité juridique commande la protection d'un tel acte. Il faudra donc une réaction pour

---

[1]MARTY et RAYNAUD, Les personnes, *op. cit.*, n°814ter s.
[2]L.MAZEAUD, *art. préc.*, p.19; DUCLOS, *th. préc.*, n°118, p.144.
[3]L.MAZEAUD, *art. préc.*, p.37s.
[4]*op. cit.*, n°158.
[5]*op. cit.*, n°351 et n°356.
[6]Rapport sur la nullité, l'inexistence et l'annulabilité en droit civil belge, Paris, 1965, p.521s.

renverser cette présomption de régularité. En conséquence, un jugement constitutif est nécessaire en cas de contestation. La nullité est donc toujours une annulabilité[1].

La distinction entre jugement déclaratif et constitutif est en tant que telle rejetée par M. DURRY[2]. Pourtant, dans un acte à formation collective, il est rare que l'invalidation totale apparaisse au premier abord. L'acte produit certains effets tant qu'il n'est pas déclaré nul dans sa globalité. Le jugement purement déclaratif est une fiction. Même si tous les jugements modifient l'ordonnancement juridique, la distinction entre jugements constitutifs et jugements déclaratifs est utile[3], spécialement en ce domaine.

La dissolution change l'état de la personne morale en créant une situation nouvelle. Le jugement qui prononce la nullité d'une société n'est pas une décision déclarative d'état à qui l'on ne reconnaît qu'une autorité relative de chose jugée mais une décision constitutive d'état dotée d'une autorité *erga omnes* comme un mariage, un divorce ou un jugement de décès[4]. L'acte est qualifié d'annulable parce qu'un jugement constitutif est nécessaire pour mettre fin à sa validité.

§2 Annulabilité et jugement constitutif

Il faut toujours replacer l'acte juridique dans l'ensemble de l'ordre juridique. En droit des sociétés, l'acte n'est pas invalide tant qu'il n'est pas démontré qu'il est collectivement invalide. Le juge devra intervenir de façon constitutive toutes les fois que la réalisation de la cause d'invalidité doit être démontrée par celui qui l'invoque. Cette hypothèse se produit lorsque la simple invocation de la cause de nullité ne suffit pas à prouver la nullité de l'acte. Ainsi l'acte collectif apparaît toujours valable sauf à démontrer *a posteriori* que l'invalidité atteint la collectivité pour rendre l'acte annulable. L'annulation n'est prononcée, en fait, que si l'intérêt collectif est atteint par la cause d'annulation. Tant

[1]COLIN et CAPITANT, Traité de droit civil, Paris, 1989, t.2, n°784, p.442; PLANIOL et RIPERT/ESMEIN, *op. cit.*, n°282, p.359.
[2]*art. préc.*, p.618
[3]RAYNAUD, *art. préc.*, p.377s., contra GUGGENHEIM, *th. préc.*, p.86-87, *spéc.*, n°7.
[4]MACQUERON, Jurisclasseur Sociétés, Nullité des sociétés, Régime de l'action en nullité, Effets, Responsabilités, Fasc. 32-B-1983, n°92

que la nullité n'a pas été prononcée, l'acte demeure valable, il est seulement annulable[1]. La démonstration est obligatoire sauf si des présomptions d'atteinte à l'intérêt collectif sont mises en oeuvre[2].

Par définition, un acte juridique invalide est une déclaration de volonté qui ne produit pas les effets juridiques voulus par les personnes qui l'ont émise[3]. En l'occurrence, le mécanisme d'imputation des effets juridiques désignés comme voulus par les parties à l'acte collectif ne joue pas quand l'ordre public sociétaire n'est pas respecté. C'est-à-dire que si une disposition expresse ou impérative, selon les cas, est violée, l'acte juridique ne pourra produire les effets juridiques souhaités.

Une nuance est alors à apporter selon que l'ordre juridique n'impute pas du tout à l'acte l'effet juridique voulu ou que ses effets puissent être en partie détruits par les personnes en faveur desquelles l'ordre public sociétaire postule ce droit. C'est ainsi au regard de l'ordre public collectif que les règles sur la capacité, les vices du consentement et la licéité sont appréciés. Si le vice n'atteint pas la collectivité, l'action est déclarée irrecevable, ou alors, un autre mode de réparation que la nullité est proposé. L'effet collectif de l'acte empêche une nullité totale de plein droit. Le jugement d'annulation constitue nécessairement une nouvelle situation juridique.

D'un autre côté, dans la mesure où l'ordre juridique n'impute à l'acte qu'un effet provisoire, il ne lui impute pas d'effet désigné comme voulu par les parties. Pour cette raison, l'acte est également invalide. Mais dans ce cas, l'on se trouve en présence d'un acte annulable. Car tout se passe comme si la volonté des parties était régulière. Nonobstant la volonté viciée, l'acte produit certaines conséquences juridiques. L'état de l'acte ne paralyse pas tous les effets de droit. Une situation juridique ne correspondant pas obligatoirement à la volonté initiale prend place. L'éventualité de la sanction ne remet pas en cause

---

[1]cf. par ex. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *op. cit.*, n°386-I; plus spécifiquement en droit des sociétés : BOSVIEUX, *op. cit.*, n°630, p.712; Ph.MERLE, *op. cit.*, n°72, p.86; D. GIBIRILA, *op.cit.*, n°259, 4ème point, p.126.

[2]Conventions interdites aux dirigeants de sociétés, cf. *supra*, Première partie, Titre 1, Chap. nullités textuelles et nullités virtuelles ; voire clauses réputées non écrites, cf. *infra*.

[3]GUGGENHEIM, *th. préc.*, p.64.

cet état de fait. Il faut un jugement pour mettre fin à l'effectivité de l'acte[1].

La durée dans laquelle s'inscrit l'acte collectif plaide aussi pour le caractère constitutif du jugement en matière d'annulabilité. L'acte annulable étant valable *a priori*, il devient définitivement valable si la déclaration d'annulation ne survient pas dans un certain délai. Une fois ce délai de prescription écoulé, le droit à l'annulation peut être invoqué par voie d'exception[2]. Un acte annulable a créé des droits et des obligations qui peuvent ainsi être rétroactivement consolidés par la prescription. Telle n'est pas le cas d'une situation de fait considérée comme nulle de plein droit dont aucun effet juridique, autrement dit aucun droit ne peut être créé ou prescrit quelle qu'en soit la durée.

Or, à la différence de l'acte nul, l'acte annulable produit des effets juridiques. Par-là, il faut entendre que les parties sont en principe obligées par l'acte qu'elles ont passé. Le jugement d'annulation aura pour but de mettre fin à ce rapport obligatoire. Le caractère rétroactif devient l'exception. L'annulation en matière de sociétés transforme sans rétroactivité la situation existante. Il s'agit donc d'une situation nouvelle, critère du jugement constitutif.

La nullité de plein droit ne présente pas les mêmes caractéristiques. Rétroactive par définition, la situation de fait doit être conforme à l'état de l'acte. Le juge se borne à constater la nullité. Le jugement revient à l'état de droit antérieur, sans modification aucune. Ces circonstances justifient l'idée d'un jugement déclaratif.

Or, en droit des sociétés le principe de non-rétroactivité est posé ; le jugement ne peut être déclaratif, sauf à admettre la catégorie des actes inexistants. Le concept d'annulabilité s'y oppose.

En outre, la rétroactivité est inopportune car les actes juridiques de société sont collectifs dans leur formation et leurs effets. Le jugement qui les anéantit est alors collectif par nature : il affecte la société dans sa globalité.

---

[1]cf. par ex: STARCK, ROLAND et BOYER, *op. cit*., 5ème éd. 1995, n°883, p.373.
[2]*ibidem*, p.105.

SECTION 2 : Jugement collectif

Les jugements constitutifs sont considérés comme ayant autorité absolue. Cette proposition est fausse. L'article 3 de la première directive n'impose pas un effet *erga omnes* à la décision d'annulation.

Le jugement d'annulation en matière de société est certes constitutif : il crée une situation nouvelle opposable à tous. Il emporte en outre un effet collectif. Mais la notion de jugement collectif ou à effet collectif n'est pas assimilable à celle plus traditionnelle d'une décision présentant une autorité absolue.

L'affirmation de l'autorité absolue du jugement d'annulation soulève une question préalable sur la distinction entre autorité absolue, opposabilité *erga omnes* et dérogation à l'effet relatif du jugement. Une confusion certaine peut naître dans les esprits entre l'autorité et l'effet d'une décision sur les tiers. Les notions d'opposabilité et d'autorité méritent d'être approfondies (§1). L'interprétation de l'article 1165 pour les conventions rejoint celle de l'article 1351 pour les actes juridictionnels. Pourtant, la classification bipartite entre effet ou autorité et opposabilité comprend de nombreuses limites que leur domaine d'application ne justifie pas. Il est très difficile dans certaines hypothèses de classer le jugement d'annulation selon qu'il est opposable à tous ou qu'il exerce un effet quelconque sur les tiers ou bien inversement qu'il présente une opposabilité limitée ou qu'il s'agit d'un effet relatif de la nullité. La difficulté provient du fait que l'on est en présence d'un acte collectif, c'est-à-dire un acte à effet collectif. Dès lors, la notion d'opposabilité perd de sa portée face à la collectivisation de l'effet de la nullité. C'est en effet le principe de l'effet relatif des contrats qui est en cause malgré les confusions fréquentes avec la notion d'opposabilité[1] (§2).

[1]DUCLOS, *th. préc., spéc.* p. 88, 90 et 91.

§1 Distinction entre l'autorité absolue et l'opposabilité du jugement d'annulation

M.MACQUERON distingue l'autorité absolue de l'opposabilité aux tiers[1]. La question n'est pas tranchée de la même façon par tous les auteurs.

L'article 1351 du Code civil dispose : "L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande entre les mêmes parties et formée par elles et contre elles en la même qualité." Cet article n'est certes pas d'ordre public mais le droit commun en la matière commanderait son application stricte. Certains auteurs proposent alors de ne pas distinguer entre les jugements prononçant ou refusant l'annulation[2]. Or, en matière de jugements prononçant la nullité, c'est en principe une autorité absolue qui s'applique[3]. Les jugements d'annulation dérogent donc sauf exception à l'article 1351 du Code civil.

Déjà sous l'empire de la loi de 1867, la jurisprudence avait posé ce principe[4]. Approuvée par certains auteurs[5], critiquée par d'autres[6], cette jurisprudence semble consacrée aujourd'hui par la loi du 24 juillet 1966[7]. Mais, le législateur ne s'est pas prononcé expressément sur l'application de l'article 1351 au jugement d'annulation en matière de société. La confusion entre autorité absolue et opposabilité est ici manifeste. Il n'existe pas d'autorité absolue. Ce concept est dangereux, superflu et ambigu pour justifier l'opposabilité virtuelle des décisions judiciaires[8].

---

[1]P. MACQUERON, *th. préc.*, p.300, note 3.
[2]Joseph HÉMARD, *th. préc.*, p.476-477; THALLER, "L'autorité de la chose jugée due aux décisions rendues dans les procès en nullité de sociétés ou de délibérations d'assemblée générale de sociétés par actions", Annales de droit commercial, 1903, p.308s.; rappr. P.PIC, *op. cit.*, t.II, 1010.
[3]RIPERT et ROBLOT, n°942-943, p.703, *LGDJ* 1996, 16è éd. T1
[4]Notamment Req. 16 mai 1938, *S.*1939, 1, 292.
[5]HOUPIN et BOSVIEUX, op. cit., n°772 et 1742
[6]Joseph HÉMARD, *th. précit.*, 478; LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD, n°231.
[7]Article 368 complété par l'article 253-1 du décret n°67-236 du 23 mars 1967.
[8]José DUCLOS, Essai d'une théorie générale de l'opposabilité, *Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J.* 1984, Tome CLXXIX, p.140

L'opposabilité est la qualité reconnue à un élément de l'ordre juridique par laquelle il s'épanouit indirectement hors du champ de son cercle d'activité directe[1] alors que l'autorité se définit comme une qualité de la vérification juridictionnelle. Le caractère absolu de cette dernière ne devrait se concevoir que si la vérification judiciaire atteint un certain degré de perfection[2]. Le jugement d'annulation ne répond pas à une telle exigence. C'est pourquoi le législateur n'a pas écarté expressément l'article 1351 en la matière. L'autorité absolue est un artifice juridique destiné à justifier le rayonnement de certaines décisions judiciaires voire de toutes. Le subterfuge est trompeur et de toute façon inutile. L'opposabilité est commune à tous les jugements et se suffisant à elle-même n'a pas à emprunter la légitimité à ce concept obscur[3].

En outre, l'admission d'une voie de recours même extraordinaire s'oppose au qualificatif absolu suspendu à l'autorité de la chose jugée[4].

L'article 368 de la loi du 24 juillet 1966 milite seulement en faveur de l'opposabilité *erga omnes* de la nullité de la société. Cet article issu de la réforme dispose qu'il est procédé à la liquidation de toute société annulée. La non-rétroactivité de la nullité, sa dissolution et sa liquidation s'imposent à tous à égalité, qu'il s'agisse des parties à l'acte, des créanciers sociaux ou personnels.

L'article 253-1 du décret de 1967 renforce ce point de vue ; la tierce-opposition n'est admise, comme voie de recours extraordinaire, que dans un délai préfix très limité de "six mois à compter de la publication de la décision au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales". Cette disposition dépasse, en outre, le domaine de la directive relative aux sociétés par actions (art.12-1) puisqu'elle s'applique à toutes les sociétés.

Les effets directs et indirects de la nullité sont indissociables. On ne concevrait pas la dissolution pour les uns et non pour les autres. L'opposabilité du jugement d'annulation est tout d'abord identique quelle que soit la personne à laquelle s'adresse la décision de nullité.

---

[1] *ibidem*, p.22.
[2] *ibidem*, p.141.
[3] *ibidem*, p.152.
[4] *ibidem*, n°118, p.145.

Les tiers même de bonne foi n'ont plus la possibilité, comme avant la loi du 24 juillet 1966, ou bien de tenir la société pour valable en exigeant par exemple le versement des apports promis par les associés ou de poursuivre la liquidation des biens de la société. Ou bien ils pouvaient se prévaloir de la nullité s'ils y avaient intérêt notamment pour substituer aux engagements sociaux les engagements personnels de ceux avec lesquels ils avaient traité. L'option présentait certes un caractère indivisible[1] mais l'opposabilité du jugement d'annulation variait au gré des velléités des créanciers. Aujourd'hui, une telle option a disparu[2]. En outre, en matière de vices du consentement et d'incapacité, l'opposabilité du jugement d'annulation est absolue : les causes de nullité sont opposables même aux tiers de bonne foi[3].

De la même façon, la nullité de l'acte collectif d'assemblée délibérative est indivisible. C'est pourquoi le législateur est contraint d'intervenir pour limiter la portée de la nullité en cours de vie sociale. Aussi l'opposabilité de la nullité de la délibération entachée d'un vice devient-elle relative : elle ne s'étend pas invariablement aux tiers par le biais des actes subséquents également affectés. Le contentieux de la tierce-opposition est éludé, sans que l'autorité du jugement soit en cause pour autant.

Grâce à l'inopposabilité, les tiers sont protégés contre l'invalidité. Leurs intérêts sont sauvegardés par le législateur car la nullité n'est pas encourue[4]. L'inopposabilité vient amoindrir la sanction de nullité en interdisant d'invoquer celle-ci à l'égard de toute personne qui a pu obtenir des droits sur le fondement de la nullité. La notion de tiers est alors entendue très largement : il s'agit en l'espèce des ayants cause. L'inopposabilité se traduit par une inefficacité ici de la nullité[5].

Aussi, en matière de délibérations prises par les assemblées d'actionnaires, on trouve toute une série de règles dont l'inobservation entraîne la nullité de la délibération ; mais cette nullité ne peut non plus

[1]Req. 16 mars 1946, *J.C.P.* 1946, 2, 3125, note BECQUÉ
[2]RIPERT et ROBLOT, *op. cit*., n°722, p.565.
[3]Article 368 de la loi du 24 juillet 1966.
[4]Daniel BASTIAN, Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité, *Paris Sirey*, 1929, p.11.
[5]*ibidem*, p.13.

être opposée aux tiers qui ont traité en se fondant sur les décisions prises[1].

L'autorité relative de la décision d'annulation n'est pas en cause. Seule son opposabilité est appréciée. Les effets indirects de la nullité sont rejetés par une inopposabilité légale de principe.

L'article 1351 ne reçoit pas davantage exception lorsque l'effet collectif de la décision d'annulation est prise en considération.

§2 Distinction entre autorité absolue et effet collectif

La jurisprudence et la doctrine traditionnelle considèrent en toute logique, que le jugement qui refuse de prononcer la nullité ne produit d'effet qu'entre les parties en cause, tout autre intéressé pouvant à nouveau intenter l'action en nullité[2]. Toutefois, l'hypothèse de l'abus de droit est réservée[3]; lorsque la condition de l'atteinte à l'intérêt collectif est requise, le rejet de l'annulation ne dépend pas des parties en présence ni de l'objet ou de la cause du jugement. Joseph HÉMARD a soutenu qu'une telle solution est d'ordre pratique afin d'éviter la multiplication des procès, quand bien même la loi a déjà élevé de nombreux obstacles à l'action en nullité[4].

Le fondement théorique de ce courant jurisprudentiel et doctrinal n'est pourtant pas à rechercher dans une quelconque dérogation à l'article 1351 en matière de jugement d'annulation mais bien plus dans l'effet collectif des actes juridiques de sociétés.

Les actes collectifs engagent les parties à l'acte et toute la collectivité qui est censée y adhérer. Ainsi la majorité représente la loi du groupe. En matière d'abus de droit, l'action exercée contre la décision majoritaire vaut pour tous les actionnaires minoritaires. Ceux-ci sont représentés. L'action ne peut être que collective dans son principe. L'action revêt dans ces conditions le caractère d'une action

---

[1]THALLER et PERCEROU, Traité élémentaire, *op. cit.*, n°686; JAPIOT, *th. préc.*, p.646-647; BASTIAN, *th. préc.*, p.284; pour un exemple jurisprudentiel très récent, arrêt Girard *préc.*, 21 oct. 1998, *J.C.P. Ed. E*, 1999, p.86, note Y.GUYON.

[2]Req. 25 janvier 1881, *S.*1881, I, 451, *D.*1881, I, 252 plus récemment, JAPIOT, *op. cit.*, p.519s.; TEMPLE, *op. cit.*, p.459; P.PIC, T1, *op. cit.*, n°310.

[3]LE GALL, *op. cit.*, n°69.

[4]*op. cit.*, p.575.

sociale[1]. De même, le jugement d'annulation pour abus de majorité a un effet collectif. Même si l'action a été intentée par un associé unique, le jugement a un effet sur la société dans son ensemble ; il n'a pas pour autant une autorité absolue[2]. Ce qui explique le traitement particulier réservé à l'action en nullité pour abus de droit. L'annulation est collective dans ses effets. C'est une sanction collective.

C'est, en effet, une application originale de l'effet relatif des actes juridictionnels à l'instar de ce qui est préconisé en matière de contrat à l'article 1165 du Code civil[3]. Le principe de l'effet relatif des actes juridiques ne subsiste plus guère que comme un paradigme, compte tenu de l'afflux des exceptions qu'il encourt[4]. Mais, en l'espèce, il s'agit d'une extension du principe de l'effet relatif auquel on assiste. Cette solution est logique en ce qui concerne les actes collectifs. Les parties à l'acte collectif engagent la société entière. L'effet est collectif. Les actes collectifs en cours de vie sociale en sont la preuve vivante. Ils ne constituent pas à proprement parler une exception au principe de l'effet relatif[5]. Car dans l'acte collectif, le faisceau de volontés concordantes est le produit de la volonté collective exprimée à la fois par la majorité des votants, les opposants, les abstentionnistes et les absents. Tous sont parties à l'acte collectif. Tous ont consenti directement ou indirectement à la prise de décision. Les associés qui refusent d'adhérer à cette volonté collective peuvent toujours se désengager de la société. L'effet obligatoire de l'acte collectif, quel que soit son domaine, ne concerne jamais que les parties à l'acte.

Quant à l'article 1351, il ne souffre pas d'exceptions : il n'est pas en cause.

L'effet collectif est toutefois tempéré par sa limitation dans le temps.

---

[1]*Contra* MACQUERON, *th. préc.*, p.299.
[2]*Contra*, COPPER et ROYER, T1, *op. cit.*, n°143.
[3]*Contra* DUCLOS, *op. cit.*,p. 88s.
[4]J.-L. GOUTAL, Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat, *L.G.D.J.* 1981, p.19; SAVATIER, Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats, *R.T.D.Civ.* 1934, 525.
[5]Démonstration éclatante par Laurence BOY qui relève la contradiction dans la thèse de ROUJOU DE BOUBÉE à considérer les parties à l'acte collectif comme des tiers au regard du principe de l'effet relatif des actes juridiques, "L'intérêt collectif en droit français, réflexions sur la collectivisation du droit", thèse Nice, 1979, n°123, p.85-86.

Il est vain également de fonder l'opposabilité de la nullité sur la rétroactivité. Car le jugement d'annulation est opposable à tous ceux qui ont acquis des droits sur la base du titre invalidé. Le jugement d'annulation est non rétroactif : il n'en demeure pas moins opposable à tous.

CHAPITRE 2 : PRINCIPE DE NON-RÉTROACTIVITÉ

"La révolte des faits"[1]

Impuissance du juge à faire respecter la loi, complaisance du législateur qui érige en état de droit la violation de ce même droit ou tout simplement libre choix du législateur d'adapter le droit au fait : que se cache-t-il derrière le principe légal de non-rétroactivité posé en droit des sociétés ?

Faut-il considérer selon M. Laurent LEVENEUR qu'il s'agit d'une consécration légale des sociétés de fait, c'est-à-dire d'une situation de fait se développant en marge du droit à laquelle on attache les effets d'une société de droit qu'elle concurrence ?[2] Ou bien plutôt s'agit-il d'une société à qui l'on reconnaît, par un texte de loi, une validité provisoire à laquelle le jugement de nullité éventuel met un terme postérieurement ? La réforme des sociétés commerciales de 1966 semble, à notre sens, adopter la seconde interprétation du système des nullités non rétroactives.

Le domaine des sociétés de fait est réduit désormais à une période s'étendant de l'annulation à la liquidation définitive des sociétés : seules les sociétés annulées méritent le qualificatif de sociétés

---

[1]Laurent LEVENEUR, Situations de fait et droit privé, Paris II, *L.G.D.J.*, 1990, *Bib. dr. privé,* Tome 212, préf. Michèle GOBERT, p.1, intro., en commentaire d'un ouvrage de Gaston MORIN, La révolte des faits contre le Code, *Grasset*, 1920, *spéc.* Introduction, p.IIIs.

[2]*ibidem*, spéc. p.355s: définition qui condense et généralise la formule plus spécifique relative aux sociétés, énoncée par Joseph HÉMARD dans son titre III, p.514 : "La société de fait emprunte sa forme à la société qu'elle aurait dû constituer si elle avait été régulière, pourvu qu'elle ait été publiée, ou pourvu qu'elle se soit présentée aux tiers sous la même forme."

de fait. Celles-ci n'existent plus juridiquement mais continuent de fait à survivre par le biais de la personne morale qui leur sert de support jusqu'à liquidation complète de l'actif et du passif. Il faut donc que la société ait fonctionné pour donner lieu à une société de fait[1].

Leur existence matérielle pour les besoins de la liquidation va au-delà de la simple validité présumée des sociétés irrégulières jusqu'au prononcé de la nullité. L'annulabilité leur confère un véritable statut juridique ; elles ne sont pas plus fictives qu'apparentes. L'idée de la non-rétroactivité des effets de la nullité est le fondement de la théorie ancienne des sociétés de fait. C'est en conséquence de cette idée que la jurisprudence admet, entre autres, la liquidation des sociétés nulles sur les bases de l'acte social[2].

On assiste alors à un renversement total des principes : la théorie des sociétés de fait s'est dissoute dans la "nullité-dissolution"[3]. Pour le passé, la société est logiquement considérée comme valable[4]. Pour l'avenir, elle subsiste à l'état de fait. C'est une adaptation réaliste du droit au fait dans un but de sécurité juridique[5], quoique certains auteurs dénoncent le mythe de cette politique juridique[6].

Le législateur aurait-il cédé à la pression des intérêts économiques en jeu sans égard pour les principes juridiques fondamentaux ? Selon la définition avancée par M. HOUIN dans son rapport général, "la situation de fait est une sorte d'*ersatz* (...) d'une situation juridique bien connue et réglementée par la loi, (...) à laquelle il manque l'une des conditions légales pour accéder à la vie du droit"[7]. Dès lors que le principe de non-rétroactivité est reconnu légalement, la

---

[1]Henry LOUBERS, Essai d'une théorie générale des sociétés de fait, Paris, 1908; DELGA, *op. cit.*, p.140.

[2]BOITÉ Laurian, Les sociétés de fait, Paris, 1906, p.21.

[3]DELGA, *op.cit.*, p.140; COZIAN et VIANDIER, *op.cit.*, n°228, p.81.

[4]cf. déjà avant la réforme des sociétés commerciales : "Bien qu'ayant un caractère d'ordre public, la nullité édictée par la loi n'opère pas de plein droit. Elle doit être judiciairement prononcée à la requête d'un intéressé; jusque-là, la société existe et doit être considérée comme valable, provisoirement tout au moins.", C.H., H. et BOSVIEUX, Traité général théorique et pratique des sociétés commerciales et des associations, 5ème éd., *Sirey*, 1925, n°630, p.742; BOITÉ, *th. préc.*, p.17.

[5]R. SAVATIER, "Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui, Structures matérielles et structures juridiques", Mélanges RIPERT, Tome 1, p.75, *spéc.* p.91; M.VILLEY, Philosophie du droit, Les moyens du droit, 2ème éd., n°180, *spéc.*, n°193.

[6]ATIAS et LINOTTE, "Le mythe de l'adaptation du droit au fait", *D.*1977, chron. 251s.

[7]Roger HOUIN, "Les situations de fait", Rapport général et discussion, *Travaux de l'Association Capitant*, Tome XI, 1957, spéc. p.322-323.

théorie des sociétés de fait ne correspond plus à la situation de fait des sociétés non encore annulées : elle se fond dans la légalité. Ce passage à l'état de droit est une révolution. Pourtant une doctrine lénitive tente de maintenir intact le champ d'application des sociétés de fait[1]. Ainsi M. LEVENEUR considère la société de fait comme "un effet de situation régulière dont elle est la copie non conforme"[2]. Il est pour le moins paradoxal de définir une société de fait comme une situation désormais reconnue par la loi et, simultanément, non conforme au droit ! M.LEVENEUR, en est parfaitement conscient lorsqu'il affirme deux pages plus loin que la "société de fait n'est jamais, en même temps, une société valable". Pourtant, il conclut à l'invalidité des sociétés entachée d'une cause de nullité[3].

Curieusement, peut-être pour ne pas soulever un tollé parmi les juristes les plus soucieux de logique juridique, l'abolition de l'effet rétroactif de l'annulation est prescrite au moment où l'importance pratique des nullités a quasiment disparu. Ainsi en a-t-il été de la peine de mort en France... Ni le législateur de 1966, ni celui de 1978 n'ont pourtant employé l'expression "société de fait". La construction jurisprudentielle est absorbée sans autre forme de procès.

Il n'y a "plus lieu de recourir à la notion de société de fait pour organiser la liquidation de la société annulée"[4]. L'acte collectif de société contient certes une irrégularité depuis son origine. Mais tant qu'une cause de nullité n'est pas soulevée en justice, le législateur interdit expressément désormais que l'acte soit considéré comme non valable.

Où réside alors la plus grande part de fiction? Est-ce dans la sagesse du législateur de considérer comme valable un acte jusqu'à ce qu'il soit démontré judiciairement comme irrégulier ou dans la logique

---

[1]RIVES, *art. préc.*, n°1, p.409 : ..."l'édifice subsiste sans changement capital. En effet, la théorie des sociétés de fait n'apparaît nullement en contradiction avec la loi nouvelle (...) aucune allusion directe à la théorie des sociétés de fait ni pour la rejeter, ni pour l'adopter"; HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, estiment même que "le domaine d'application qui était reconnu par la jurisprudence ancienne à la "société de fait" s'est singulièrement étendu, puisque, désormais, relève de son régime toute société commerciale(...)"! *op. cit.*, , Tome 3, n°711, p.547.

[2]*th. préc.*, p.6, n°3.

[3]*ibidem*, p.291 notamment.

[4]R. SINAY, "Le droit nouveau de la constitution des sociétés commerciales et de leurs modifications statutaires", *art. préc.*, p.284, n°90; RIVES, *art. préc.*, spéc. n°5.

juridique pure qui applique à la lettre la maxime "*quod nullum effectum*..." en dépit de l'exécution de l'acte ? L'application rétroactive de la sanction de nullité est sûrement une fiction puisqu'elle est matériellement impossible. La reconnaissance d'une validité provisoire à l'acte dont la nullité n'est pas prouvée paraît plus réaliste. Cette solution est d'ailleurs plus conforme au droit positif.

Les deux seules exceptions mentionnées par l'article 369 de la loi du 24 juillet 1966 concernent l'incapacité d'un associé et les vices du consentement : l'associé qui en est victime peut se prévaloir de la rétroactivité de l'annulation et reprendre ainsi ses apports francs et quittes de toute charge. Cette liste est exhaustive et d'interprétation stricte. Ce qui signifie que le législateur exclut l'hypothèse de la société dont l'objet ou la cause est illicite, immorale voire frauduleuse. Le principe de non-rétroactivité qui sous-tend l'article 368 de la loi du 24 juillet 1966 s'applique donc à toutes les sociétés quel que soit le degré de gravité de l'irrégularité[1].

Ainsi le domaine des sociétés de fait est général : il s'adresse également aux sociétés civiles depuis la loi du 4 janvier 1978 voire aux sociétés qui ne sont pas immatriculées depuis l'extension du régime primaire. De ce point de vue, la liquidation est opérée par application du pacte social, ou à défaut, des prescriptions légales, pour toute société annulée, quels qu'en soient sa forme, son objet ou son degré de personnalisation.

La réalité de la personne morale et des actes que la société a passés s'oppose irrémédiablement à son annulation rétroactive. La rétroactivité n'est envisageable que lorsqu'une société n'a pas encore fonctionné ou qu'aucune décision, nomination ou acte n'a été pris sur le fondement de la délibération nulle. La société a vécu avant de disparaître. Les organes délibérants ont pris des décisions malgré des vices de fonctionnement.

---

[1]HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, *op. cit*., T3, n°711 *préc*.; DE JUGLART et IPPOLITO, Traité de droit commercial, 2ème vol., 1ère partie, 2ème éd., par DUPONTAVICE et DUPICHOT, n°440-445; MERCADAL et JANIN, *op. cit*., n°3783; FALQUE, *th. préc*., p.412; MACQUERON, *th. préc*., p.330s.; *contra*, RIPERT et ROBLOT, *op. cit*., T1, n°724; HOUIN et GORÉ, "La réforme des sociétés commerciales", *D*.1967, chron. 121, *spéc*., n°21, note 25.

La rétroactivité n'est pas constitutive d'une situation nouvelle[1]. Elle n'apparaît pas non plus comme la sanction la plus appropriée. L'exécution successive des actes de société et leur aspect collectif s'y opposent immanquablement. La validité provisoire créée aux yeux des tiers s'oppose également à la rétroactivité de l'annulation : une situation nouvelle est nécessairement constituée pour préserver l'intérêt collectif de la société et des tiers.

Cette apparence de validité tombe en cas de nullité manifeste ou de mauvaise foi. Ainsi en est-il de la nullité de certaines clauses statutaires. Leur opposabilité est conditionnée à la bonne ou mauvaise foi du cocontractant. Le principe de sécurité juridique ne reçoit application que lorsque le tiers le respecte. L'acte est bien annulable puisque la bonne foi est présumée. La rétroactivité intervient comme une sanction de la mauvaise foi : elle n'est pas le corollaire de la nullité[2].

L'idée de réparation qui plane sur la sanction de nullité frappant les actes juridiques irréguliers est susceptible de fournir également un critère limitatif de l'effet rétroactif[3].

La loi consacre le principe de non-rétroactivité. Celui-ci va de pair avec l'idée qu'il n'existe pas de nullité de plein droit ou automatique en droit des sociétés. L'acte collectif est valable tant qu'il n'est pas déclaré nul. Les effets produits par un acte même imparfait ne peuvent être détruits rétroactivement. La non-rétroactivité est ainsi une conséquence de l'annulabilité.

L'impossibilité de nier le passé, de détruire les faits accomplis fut vite reconnue par la jurisprudence, un peu plus tard par la doctrine. Le droit des sociétés répugne en effet depuis plusieurs siècles à admettre la rétroactivité de la nullité[4]. Déjà les Parlements de l'Ancien Régime ne reconnaissaient pas ce caractère exorbitant du droit commun aux décisions prononçant l'annulation de sociétés nonobstant les dispositions de l'ordonnance de Colbert de 1673[5].

---

[1]Elle est au contraire attachée aux actes déclaratifs, J. PIÉDELIÈVRE, Des effets produits par les actes nuls, *th.préc.*, *Ed. Rousseau*, 1911, p.218.
[2]cf. *infra*, titre 2.
[3]cf. *infra*, titre 2, chapitre 2 : la responsabilité du fait de l'annulation
[4]HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, *op. cit.*, Tome 3, n°612.
[5]TEMPLE, *th. préc.*, n°23, p.9-10.

La réforme des sociétés commerciales de 1867 ne statuait pas sur la rétroactivité des actes collectifs de société. L'application trop stricte des règles du droit civil était cependant écartée par les tribunaux. Pour le passé, les choses demeuraient acquises : la déclaration de nullité n'emportait effet que pour l'avenir. C'est dire que la liquidation de la société s'opérerait d'après les stipulations du pacte social, et il en est ainsi alors même que ce pacte social est reconnu irrégulier[1]. Mais il a fallu attendre la seconde moitié du XXème siècle pour que le principe de non-rétroactivité soit consacré dans les textes.

Aux termes de l'article 368 de la loi du 24 juillet 1966, "lorsque la nullité de la société est prononcée, il est procédé à sa liquidation conformément aux dispositions des statuts et de la section V du présent chapitre". L'article 1844-15 du Code civil précise que "lorsque la nullité de la société est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat". Quant aux actes collectifs entachés de nullité en cours de vie sociale, de nombreux textes prévoient des tempéraments au principe de rétroactivité[2]. Les dérogations visent une application moins rigoureuse du principe "*nemo plus juris quam*...".

Le principe de rétroactivité a fait place (section 1) à l'idée d'une sanction pour l'avenir : la dissolution des actes collectifs en droit des sociétés (section 2).

[1]COPPER ROYER, *op.cit.*, p.757.
[2]articles 93, 94, 97-3, 137, cf. *supra*, Chap. sur les nullités textuelles et virtuelles

SECTION 1 : Rejet du principe de rétroactivité

A quelles conséquences désastreuses et choquantes aurait conduit le système rigide des nullités mis en exergue par AUBRY et RAU, DEMOLOMBE et devenu la théorie classique des nullités en droit civil ?

La description de l'application stricte de la nullité rétroactive des sociétés permet de s'en convaincre. Si la société est considérée comme nulle *ab initio*, elle n'avait eu aucune existence : elle n'avait pu produire aucun effet juridique, parce qu'elle n'avait créé qu'une situation contraire au droit. Elle n'était plus qu'un vain fantôme ; l'apparence avait fait illusion, mais elle devait se dissiper dès la déclaration de nullité. Tous les effets normaux du fonctionnement des sociétés s'effaçaient dans les rapports des associés et vis-à-vis des tiers : le pacte social était sans valeur, la société n'avait jamais eu de patrimoine indépendant ; le contrat de société et la personnalité morale de la société sombraient dans le passé comme dans l'avenir. Dès lors plus de dettes ni de créances sociales ; les opérations avaient été entreprises au nom d'un mandant inexistant ; personne n'était obligé, ni les associés, ni les tiers. Il n'y avait plus d'associés, plus d'actionnaires, plus d'obligataires. Les apports pouvaient être repris libres de toutes charges, aucun versement complémentaire sur les actions ou les obligations ne pouvait être exigé, les actionnaires ou associés étaient destitués de tout droit sur l'actif à distribuer comme ils étaient étrangers à toute obligation sociale, les tiers n'étaient pas engagés par les contrats passés par les gérants ou administrateurs...[1]

La nullité rétroactive des actes collectifs en cours de vie sociale aurait des conséquences tout aussi néfastes. Tous les actes et rapports établis avec les tiers issus d'un acte entaché de nullité seraient également anéantis. Ces résultats logiques de la nullité rétroactive conduisaient à une véritable anarchie. Combien justifiée l'expression de SOLON "les nullités sont odieuses"[2].

[1]Joseph HÉMARD, *th. préc.*, p.5.
[2]Théorie sur la nullité des conventions et des actes de tous genres en matière civile, 1835, Intro.,p.VI, cité par Joseph HÉMARD, *th. préc.* , p.6.

Le réalisme conduit à rejeter la sanction de rétroactivité (§2) comme étant une fiction (§1).

§1 Rétroactivité-fiction

La rétroactivité qui assure l'efficacité d'un droit dans le passé est une fiction[1]. Car elle entre en contradiction avec les faits, le temps et les tiers (A.). Elle n'est qu'une survivance de l'ancienne conception de l'inexistence (B.).

A. Fiction contre le donné, la durée et la sécurité juridique[2]

La nullité rétroactive nie les faits. Elle constitue une fiction comme toute modification d'un état du droit *a posteriori*. La rétroactivité vient se heurter à ce fait que la société, malgré tout, avait existé et qu'elle est opposable aux tiers[3]. Constituée sans l'observation des dispositions légales, elle était viciée dans son principe, elle était atteinte dès sa naissance d'un germe susceptible d'entraîner sa disparition. Elle n'en avait pas moins une existence bien réelle. Elle avait vécu et quelques fois pendant de longues années. La société de fait est le "résultat d'une maturation"[4].

Tout contrat de société même infecté originairement suppose des apports. Une personne morale parfois est née. La société a établi des relations d'affaires avec des fournisseurs, des factures, de la correspondance. La société a eu une raison sociale, un siège social, des bureaux, des magasins. Des opérations ont été engagées avec des tiers. Des marchés ont été conclus et exécutés. La société est devenue titulaire de droits et d'obligations, créancière et débitrice. Elle a payé des impôts, émis et remboursé des obligations, amorti des actions. Elle a intenté des

[1]Cf. auteurs cités par J. DEPREZ, *op. cit.*, note 54.
[2]A. GALLET, Étude sur la notion de fiction de rétroactivité, thèse Poitiers, 1903, n°37 et n°38.
[3]J. DEPREZ, *op. cit.*, Tome 1, p.5.
[4]MOUSSERON, *art. préc.*, p.509s.; A.RIEG, "La punctation, contribution à l'étude de la formation successive du contrat", *Études A.JAUFFRET*, 1974, p.593s.

procès et les jugements sont devenus définitifs. Il est impossible d'anéantir ce qui s'est inscrit dans le temps. On ne peut détruire les usines, retirer de la circulation les objets fabriqués. On ne peut faire que des gains n'aient pas été réalisés...[1] La société est avant tout une série d'actes à exécution successive. Aucune fiction légale ne saurait supprimer la matérialité de ces faits.

Un auteur relève alors la confusion opérée entre la rétroactivité-inexistence et la rétroactivité inefficacité[2]. En aucun cas, la notion de rétroactivité n'emporte la négation de l'existence de fait de l'acte nul. Seuls les effets de droit sont remis en cause dans la rétroactivité de la nullité.

Or, ces conséquences juridiques ne sont pas contestées en matière de sociétés : les actes collectifs sont considérés comme réguliers jusqu'au jugement d'annulation. Le seul fait que la société soit considérée comme régulière avant la liquidation exclut l'idée d'une nullité rétroactive et appelle encore une fois le concept d'acte simplement annulable[3].

Le terme de validité partielle ou provisoire n'est alors pas abusif[4]. Le maintien de certaines conséquences pour le passé et l'avenir ne sont pas des dérogations à la sanction de nullité mais seulement des exceptions à son effet rétroactif. La sanction subsiste : l'acte est invalidé[5] en tout ou partie.

En outre, si le droit de critique est dirigé, selon JAPIOT, contre les effets de l'acte, il n'atteint pas l'acte passé. Le jugement ne peut donc être que constitutif d'une situation nouvelle sauf à appliquer une rétroactivité fictive[6].

D'un point de vue juridique, la rétroactivité conduit en fait à une recherche divinatoire de la volonté présumée des parties contractantes[7].

---

[1]Joseph HÉMARD, *th. préc.*, p.7.

[2]Guillaume WICKER, Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse juridique de l'acte juridique, Thèse Perpignan 1994, Bibliothèque de droit privé, Tome 253, *L.G.D.J.* 1997, n°299, p.280.

[3]*Contra* JAPIOT, *op. cit.*, p.333 pour qui le jugement d'annulation n'aurait jamais un caractère constitutif.

[4]Marie-Laure M.-L.IZORCHE considère ces accords partiels comme une "mosaïque", un effet du "pointillisme".

[5]Jean DEPREZ, La rétroactivité dans les actes juridiques, th. Rennes, 1953, T.2, p.676.

[6]E. GAUDEMET, *op. cit.*, p.149, 150, 161; D.GUGGENHEIM, *th. préc.*, p.13

[7]François LAURENT, Principes du droit civil français, Tome XVII, n°78.

L'application de la rétroactivité ne se contente pas de revenir sur la volonté déclarée infectée d'une cause de nullité. Elle déforme la réalité. Le temps écoulé n'est jamais neutre[1]. L'idée de fiction renaît dès lors que la considération de l'état de l'acte prédomine[2]. Supputer que la volonté viciée ne peut produire d'effets ou supprimer les effets que celle-ci a pu produire malencontreusement, entrent dans le champ de la fiction juridique alors que reconnaître la validité d'un acte même à titre provisoire, c'est éliminer cette "rétroactivité potestative"[3].

L'acte inexistant en matière de société voire en droit civil est une fiction. La rétroactivité-fiction telle que nous la connaissons devrait de la même façon être d'interprétation stricte. L'absence de rétroactivité en matière de société ne serait, dans ce cadre ainsi défini, non pas une dérogation mais l'apanage de règles anciennes ou de droit commun.

B. La rétroactivité, une survivance du concept d'inexistence[4]

La nullité n'est pas rétroactive de plein droit ou par nature. La nullité ne peut supprimer *a priori* la volonté elle-même et faire qu'elle n'ait pas existé[5]. Il ne faut donc pas définir la nullité comme la suppression de tous les effets d'un acte juridique[6].

Les classiques, tels AUBRY et RAU, DEMOLOMBE ou LAURENT distinguaient l'annulabilité relative, la nullité absolue et l'inexistence. DROGOUL suivi par JAPIOT ont assimilé l'inexistence à la catégorie des nullités absolues. Or, nous avons découvert que le droit des sociétés se démarque de cette classification bipartite voire tripartite au profit du concept d'annulabilité relative[7]. La notion de nullité absolue n'a, il est vrai, pas beaucoup de sens dans un domaine où

---

[1]N. CHARDIN, *th. préc.*, n°246s., p.191s.
[2]*Contra* WICKER, *th. préc.*, p.281-282, même lorsque la nullité opère pour l'avenir.
[3] J.DEPREZ, *th. préc.*, T.1, p.329; R. JAMBU-MERLIN, Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques, *R.T.D.Civ.* 1948, p.271s., n°11.
[4]J. DEPREZ, *op. cit.*, p.17.
[5]J.P IÉDELIÈVRE, *th. préc.*, p.295.
[6]*ibidem*, p.233.
[7]Cf. *supra*, Première partie, Titre 1, Chap., nullités absolues et relatives.

l'intérêt général n'est pas en cause et où, surtout, la régularisation est de mise, couplée avec une courte prescription de l'action en nullité.

Dans le cas de l'objet social illicite, nonobstant le fait qu'il ne souffre aucune régularisation[1], la question de la rétroactivité de la nullité a toutefois rebondi selon une interprétation extensive de l'article 362 *in fine* de la loi du 24 juillet 1966. Conformément à l'esprit de la loi plus qu'à la lettre, certains auteurs supposent que si le régime de l'action en nullité d'une société à objet social illicite présente une originalité, il en va de même de ses effets, par application de l'adage "*nemo propriam turpitudinem suam allegans auditur*"[2]. Or, d'application malaisée[3], ce critère civiliste a été rejeté par la jurisprudence[4]. Seule la reprise des apports, devenu sans cause, a été tolérée[5] malgré l'injustice flagrante dénoncée dans ce système, par Joseph HÉMARD notamment[6] et pléthore de décisions[7]. Pourtant, l'article 368 précise que si "la nullité de la société est prononcée, il est procédé à sa liquidation", quelle qu'en soit la cause. "*Ubi lex non distinguit, nec nos debemus distinguere*". Le législateur a pris soin de prévoir un régime particulier pour les nullités de sociétés à objet social illicite en prohibant leur régularisation; il n'a donné aucune indication quant à leurs effets. Dans ce contexte, l'application de la règle coutumière "*nemo auditur*" ne peut guère heurter de front un texte de loi.

---

[1]Cf. *supra*, paragraphe sur la régularisation, chap. nullités absolues et relatives

[2]JUGLART et IPPOLITO, *op. cit.*, T.2, n°440; LAGARDE, *op. cit.*, n°32; P. PIC, *op. cit.*, T.1, n°439; G. RIVES, *art. préc.*, p.413, note 1; ROBLOT, *op. cit.*, T.1, n°579; TEMPLE, *op. cit.*, n°293-294.

[3]Philippe LE TOURNEAU, "La règle "*nemo...auditur*"", *Bibliothèque de droit privé*, Tome 108, *L.G.D.J*;, Paris 1970, Préf. P.RAYNAUD, n°125s., spéc. p.138; Joseph HÉMARD, *th. préc.*, n°65.

[4]Paris, 4 fév. 1854, *S.*1854, II, 148; Amiens, 4 mai 1878, *S.* 1879, II, 44; Limoges, 18 août 1879, *S.*1879, II, 248, *D.*1880, II, 131 et sur pourvoi, Req. 8 nov. 1880, *S.*1881, 1, 248; Req. 10 janvier 1865, *S.*1865, I, 110.

[5]Caen, 18 janvier 1888, *S.*1890, II, 1897, note Ed. MEYNIAL; Civ. 15 janvier 1855, *S.*1855, 1, 257; Civ. 25 janv. 1887 cassant un arrêt de Rennes en date du 26 août 1884, rapportés tous deux au *S.*1887, I, 224; Civ. 14 mai 1888, *S.* 1889, I, 12.

[6]*Op. cit.*, n°73 et les références, p.92, note 1. : un associé ayant choisi le moment où il était en possession d'une partie du patrimoine social pour demander la nullité, aurait pu ainsi en application de la maxime *"in pari causa, melior est causa possidentis"*, conserver définitivement la part qu'il détenait.

[7] Cf. liste citée par P. MACQUERON, *th. préc.*, note 2, p.333.

L'inexistence, par définition rétroactive, ne reçoit donc pas d'écho favorable dans la théorie des nullités en droit des sociétés, sauf quelques scories éparses en jurisprudence[1].

La théorie des sociétés de fait est construite à l'image du mariage putatif. Les enfants qui sont nés du mariage représentent les effets matériels incontournables des actes collectifs de société[2]. Leur existence ne peut être niée. Seuls les effets de droit pourraient être rétroactivement anéantis. La fiction n'a pas d'autre objet. L'inexistence n'aurait alors de signification pratique que dans le cas d'une société qui n'aurait pas fonctionné. Ce n'est pas une hypothèse fréquente et somme toute intéressante.

Tout est une question d'adéquation. La rétroactivité, dans certains cas, joue le rôle d'une sanction renforcée.

§2 Rétroactivité-sanction

La rétroactivité est une notion contingente. Elle supplée les lacunes du droit positif. C'est une technique récente qui permet d'assurer l'efficacité d'une sanction. Mais elle n'est pas de l'essence de la nullité[3]. La rétroactivité est un moyen pour aggraver les effets de droit en cas de mauvaise foi (B.). Elle a pour origine la *restitutio in integrum* (A.).

A. La *restitutio in integrum*

La rétroactivité n'est pas fondée sur le caractère originaire de l'invalidité mais sur l'idée de "*restitutio in integrum*", c'est-à-dire la réparation la plus adéquate. Dans la "*restitutio in integrum*", la rétroactivité joue le rôle d'une sanction renforcée. C'est une décision par laquelle le magistrat répute non avenu le fait duquel résulte le préjudice. Le prêteur a recours à ce procédé exorbitant quand le

[1]Cf. également *supra*, première partie, chap. nullités absolues et relatives
[2]G. MARTY et P.RAYNAUD, Droit civil, Les personnes, 3ème éd. , 1976, n°124; Les régimes matrimoniaux, *Sirey*, 1985, n°310, p.254.
[3]J.DEPREZ, *th. préc.*, p.64-65 et 67.

préjudice est estimé trop important. Cette sanction n'est pas de droit : elle découle de l'*imperium* du juge sous certaines conditions[1]. Ses causes étaient limitées au domaine des incapacités en l'absence d'autres voies de recours.

Elle est fondée sur l'équité. C'est une technique exceptionnelle : un ultime remède. Car le droit civil est plutôt favorable au maintien des situations acquises[2].

Sa généralisation est donc soumise à caution. Elle est exclue en droit des sociétés car elle n'est pas adaptée : toute société qui a fonctionné a eu des effets sur lesquels il est peu opportun de revenir. Mais, en matière de vices du consentement et d'incapacités, le principe de rétroactivité-sanction a été toutefois maintenu même si la procédure de régularisation lui a ôté tout intérêt pratique. L'article 369 de la loi précitée dispose, en effet, que "la nullité résultant de l'incapacité ou d'un vice du consentement est *opposable même aux tiers*, par l'incapable et ses représentants légaux, ou par l'associé dont le consentement a été surpris par erreur, dol ou violence." La liquidation opérant pour l'avenir et *erga omnes*, à quoi servirait de pouvoir opposer la nullité si la rétroactivité n'était pas en cause ? En outre, cette opposabilité exceptionnelle déroge au principe posé dans la première phrase de ce même article qui énonce que "ni la société, ni les associés ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi". Or, cette dernière disposition n'a de sens qu'au regard de la législation antérieure du 24 juillet 1867, qui postulait la rétroactivité de la nullité. Aussi mal rédigé puisse être le texte actuel, il n'a d'autre signification que la remise en cause de l'option conférée aux tiers de considérer la nullité rétroactive comme leur étant opposable[3]. Pour protéger les incapables et les victimes des vices du consentement, la sanction est adaptée : l'engagement de l'associé est rétroactivement annulé. La sanction est ainsi renforcée dans un but de protection des associés exclusivement.

---

[1]Fr. GIRARD, Manuel élémentaire de droit romain, 8ème éd, 1929, *Ed. Rousseau*, p.1127s.
[2]Marie MALAURIE, Des restitutions en droit civil, Préf. G. CORNU, *Ed. Cujas*, 1991, p.14.
[3]Pour une autre lecture très approfondie de l'article 369 de la loi du 24 juillet 1966 ou 1844-16 du Code civil, cf. L. LEVENEUR, p.384s.

B. Une sanction renforcée

La rétroactivité est l'accessoire de la sanction de nullité. Elle apporte à cette institution un supplément de vigueur et d'efficacité[1]. Cette rétroactivité-sanction n'apporterait rien de plus en droit des sociétés sinon une profonde injustice à l'égard de la collectivité des associés et des tiers. A cet égard, remarquons qu'ici, à la différence du mariage putatif, l'article 1844-15 alinéa 1 du code civil ne distingue en rien entre la bonne et la mauvaise foi des associés : que ceux-ci aient ignoré le vice ou l'aient connu, la nullité n'est pas rétroactive[2].

Ainsi, en cas de mauvaise foi, la nullité des clauses statutaires limitant les pouvoirs des dirigeants est-elle rétroactivement opposable aux tiers. L'absence de rétroactivité, corollaire d'une bonne sécurité juridique suppose, en effet, la bonne foi. Toutefois, la responsabilité des auteurs de l'irrégularité peut être engagée[3]. L'absence de conséquence de la mauvaise foi sur le régime des nullités ne supprime pas toute impunité.

De la même façon qu'il n'est pas raisonnable et équitable d'annuler rétroactivement des sociétés, la nullité des actes collectifs en cours de vie sociale ne rétroagit pas dans bien des cas. L'ordre public en cause est un ordre de protection collective. La sanction doit refléter les intérêts en présence. La nullité pour l'avenir suffit. Par définition, l'accessoire suit le principal. Si la rétroactivité est inutile voire nuisible, elle est mise de côté.

Ainsi, jugée par trop excessive et injuste, l'option pour la nullité rétroactive laissée aux créanciers antérieurement à la loi de 1966 a été abandonnée. Pourtant, les textes précédant la réforme commerciale avaient pris le soin d'ajouter que "toutefois les associés ne pourront se prévaloir vis-à-vis des tiers de cette cause de nullité" ou encore "la nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés"[4]. Leur interprétation non conforme était le résultat de leur prétendue

---

[1]J.DEPREZ, *op. cit.*, Tome 2, p.629-631.
[2]RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, t.1, n°760; L. LEVENEUR, *th. préc.*, p.381, n°208, *in fine*.
[3]Articles 1844-17 du Code civil et 370 de la loi du 24 juillet 1966.
[4]Cf. articles 7, 58 de la loi du 24 juillet 1867 et 9, 14 de la loi du 7 mars 1925.

ambiguïté[1]. Présentant un caractère indivisible, les créanciers personnels risquaient d'être lésés. Les tribunaux sacrifiaient alors les intérêts supérieurs des créanciers sociaux qui auraient dû dépasser l'apparence de validité de la société au profit des tiers qui avaient traité personnellement avec les associés[2].

Toutefois la collectivisation des droits d'associé n'altère pas pour autant la nature originelle de leurs prérogatives. L'influence de la personne morale sur les droits subjectifs des associés connaît certaines limites[3]. La qualité d'associé est avant tout un attribut de la personne[4]. A ce titre, elle reçoit une protection particulière lorsque ce sont des éléments de la personnalité qui sont touchés. Ainsi en est-il lorsque le consentement même de l'associé ou sa capacité sont en cause. La volonté de l'associé dans ce qu'elle a de plus personnelle doit être préservée dans son intégrité. Dans l'acte collectif, la validité du consentement demeure essentielle. Les conditions de l'adhésion sont strictes du fait de sa portée. La personne morale et les rapports avec les tiers n'ont de sens que si la volonté collective existe. C'est pourquoi en théorie les vices du consentement et l'incapacité sont réprimés plus sévèrement : la nullité comporte un caractère rétroactif : elle est opposable même aux tiers de bonne foi. Cette rétroactivité est toutefois d'interprétation stricte : le défaut de consentement ne doit pas être assimilé à un vice du consentement. Les actes pris sur le fondement d'une délibération nulle ne peuvent être annulés si les tiers sont de bonne foi[5]. On vérifie de nouveau que la non-rétroactivité est le principe endroit des sociétés. Le domaine de la rétroactivité-sanction fait figure d'exception. De surcroît, la régularisation confine cette sanction à sa plus simple expression.

La sanction est renforcée pour protéger l'aspect le plus subjectif de l'acte collectif. Seule la rétroactivité permet d'atteindre ce but. Il faut

---

[1]ESCARRA et RAULT, *op. cit.*, tome 1, n°188.

[2]Exemples de jurisprudence ancienne cités par RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, n°755-1, p.620; cf. également, HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, *op.cit.*, T.III, n°716; MERCADAL et JANIN, *op. cit.*, n°3782; TEMPLE, *th. préc.*, p.501; FALQUE, *th. préc.*, p.445;

[3]J.-P. GASTAUD, *th. préc.*

[4]P. CATALA, La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne, *R.T.D.Civ.* 1967, p.185s, *spéc.*, n°21.

[5]Exemple, pour une absence de convocation à l'assemblée générale, Civ. 3ème, 21 oct. 1998, arrêt Angeli *préc.*, Dr. soc., janv. 1999, note Th. BONNEAU.

dissuader[1] les tiers de traiter avec des associés dont la volonté est viciée ou exprimée par un incapable juridiquement. Il s'agit toujours de trouver l'équilibre des intérêts en présence.

C'est aussi une question de solidarité. La nullité quelle qu'en soit sa cause demeure une sanction en équité. A *fortiori* lorsque la nullité s'analyse comme une dissolution. Le rejet de la rétroactivité est à ce prix.

SECTION 2 : La nullité-dissolution

L'article 1844-7 3° dispose que la société prend fin par l'annulation du contrat de société. La loi du 4 janvier 1978 affirme ainsi une idée en germe dans la loi du 24 juillet 1966[2]. La règle peut surprendre. On enseignait traditionnellement[3] que la dissolution devait être distinguée de la nullité. La première apparaissait à la décision mettant fin à l'exécution du contrat, la seconde comme la sanction du non-respect d'une condition de formation de ce même contrat. Mais les effets de la nullité et ceux de la dissolution étant désormais identiques quelle que soit la société en cause[4], l'intérêt pratique de la distinction disparaît.

La dissolution n'opère que pour l'avenir. La loi du 4 janvier 1978 apporte une consécration de la théorie des sociétés de fait. Cette sanction est originale à plus d'un titre. Tout d'abord, la sanction de nullité en droit des sociétés se caractérise par la disparition corrélative de la personne morale.

La dissolution est une conséquence de l'annulation non rétroactive. Celle-ci découle de la validité provisoire attachée à l'acte annulable. La personne morale est dissoute autant que l'acte qui lui a

---

[1]L. GROSCLAUDE, *th. préc.*: un des objectifs de la sanction est notamment la dissuasion, p.484s.

[2]article 368 pour les sociétés commerciales

[3]J*urisclasseur sociétés*, Fasc. 31-C, Dissolution des sociétés, Causes de dissolution communes à tous les types de sociétés, 1988

[4]JEANTIN, La réforme du droit des sociétés par la loi du 4 janvier 1978, *D.S.* 1978, *chron.*173; CHARTIER, La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978, *J.C.P.* 1978, I, 2917.

donné naissance. C'est là un juste parallélisme de formes. Mais la dissolution n'est que la résultante obligatoire de l'annulation. Cette sanction est autonome et, en elle-même, particulière.

Les personnes morales ont la particularité de nécessiter dans leur genèse l'accomplissement d'un acte collectif[1]. Vienne cet acte à disparaître, l'intérêt collectif qu'il a créé s'effondre en étant privé de sa base constitutive. La dissolution de la personne morale n'est pas spontanée. Il s'agit d'une dissolution à double détente. L'anéantissement touche l'acte constitutif au préalable. Il atteint ensuite l'organisme personnifié. La personne morale s'éteint comme personne juridique par contrecoup de l'extinction de l'intérêt qui l'a engendré. Mais elle demeure pour le passé comme société de fait. Cette situation de fait confère à la nullité son irréductible originalité. Elle oblitère le caractère rétroactif de l'annulation. En ce sens, le résultat de la nullité de l'acte avec disparition pour l'avenir de l'organisme créé s'analyse davantage comme une dissolution ou une caducité.

La dissolution frappe d'ailleurs davantage l'acte que la personne[2]. La dissolution de la personne morale est autonome. L'annulation n'est pas une cause directe de l'extinction de la personne morale. La dissolution n'est qu'une conséquence de l'annulation[3].

La dissolution présente un lien certain avec notre sujet car toute annulation d'un acte constitutif de société conduit derechef à la dissolution de la société et par conséquent à sa liquidation[4], qu'elle soit immatriculée ou non. L'article 368 de la loi du 24 juillet 1966 ne visait que les sociétés commerciales dotées de la personnalité morale. Mais l'article 1844-8 du Code civil s'adresse à toutes les sociétés quel que soit leur degré de formation. L'homogénéité du mode d'extinction des sociétés est ainsi préservée. De ce point de vue, la dissolution ne présente pas de spécificité avec le thème des nullités. L'absence de rétroactivité est un trait original des nullités en matière de sociétés. Mais, de ce fait, cette sanction "se dissout dans la dissolution" quant à ses effets immédiats. C'est pourquoi nos développements sur la dissolution seront brefs.

---

[1]Première partie, Chapitre 1, Titre 2.
[2]T. REVET et F. ZÉNATI, Les personnes, *P.U.F. Thémis*, ouvrage à paraître.
[3]Cf. supra, p.198-199 et 244s.
[4]Cass. com. 24 octobre 1989, *J.C.P*. 1990, II, 21453, note Y. GUYON.

Naissant d'un acte collectif, la société ou la délibération litigieuse disparaissent quand celui-ci est nul. Cette cause de dissolution tient à l'application du droit commun des obligations. C'est d'une manière indirecte la volonté des associés qui conditionne les causes de dissolution. La dissolution est de plein droit du fait de l'annulation de l'acte de volonté originel des associés. C'est pourquoi l'incapacité, l'interdiction légale d'exercer une profession commerciale ou l'absence d'*affectio societatis* sont autant des causes de nullité que de dissolution des actes collectifs de sociétés. Dans le cas d'une annulation *stricto sensu*, elles sont inhérentes à la formation de l'acte. Mais les effets sont identiques.

La nullité-dissolution est intéressante à plus d'un titre. Elle n'opère que pour l'avenir. La loi du 4 janvier 1978 apporte ainsi une consécration de la théorie des sociétés de fait.

Elle se caractérise par la disparition de la personne morale une fois la société liquidée (§2). Le maintien de la personne morale traduit l'existence d'intérêts collectifs spécifiques. Un équilibre entre les intérêts en présence est recherché. C'est une sanction en équité (§1).

§1 Sanction en équité

La proportionnalité de la sanction est un principe qui résulte très clairement de dispositions écrites supranationales. L'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme énonce en effet : "La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires". La création des sociétés de fait par la jurisprudence donne une configuration à la sanction de nullité toute particulière. Celle-ci est majoritairement l'oeuvre du juge. Le législateur ne fait qu'entériner le pouvoir normatif du juge en la matière (A.).

Déjà naissait de l'annulabilité l'idée d'une sanction purement éventuelle dont les nullités facultatives constituaient l'apothéose. Une fois les différents obstacles au prononcé de la nullité, levés, la portée de l'annulation demeure encore à l'appréciation des tribunaux. La dissolution n'emporte pas liquidation immédiate. La personne morale

survit pour les besoins de la liquidation qui peut s'étaler sur trois ans compte tenu des pouvoirs conférés à l'organe liquidateur. La nullité-dissolution est une sanction collective. Elle relève d'un contentieux objectif. La non-rétroactivité consacrée par les textes ménage les tiers. Elle protège également la collectivité des associés Les intérêts collectifs donnent la mesure du pouvoir judiciaire (B.).

A. Pouvoir normatif du juge

La validité provisoire implique que l'acte déploie des effets juridiques qui sont bien réels ; elle ne se confond pas en théorie avec l'apparence de réalité même si, *de lege feranda* , ces deux catégories se rejoignent[1].

Les sociétés nulles sont des sociétés, certes irrégulières, mais bien réelles : elles sont qualifiées de sociétés de fait par le juge en l'absence de rétroactivité (1.). Le juge a en la matière un pouvoir souverain d'appréciation (2.).

1. Réalité des sociétés de fait.

La réalité s'oppose à l'apparence. Il ne faut pas confondre l'apparence de validité qui méconnaît la réalité et la validité provisoire attachée à un acte irrégulier mais dont l'inefficacité n'a pas encore été déclarée. C'est dire que la présomption de validité, corollaire indispensable de la conclusion des actes juridiques, exclut la reconnaissance de plein droit de la nullité. Les sociétés annulables sont tenues pour valables jusqu'au prononcé de la nullité : c'est une question de sécurité juridique. Les sociétés nulles ou les délibérations litigieuses produisent donc de réels effets juridiques : elles ne sont pas seulement régulières en apparence (a.). La nullité sanctionne les actes imparfaits pour mettre un terme à leur intervention sur la scène juridique (b.).

[1]GUGGEHEIM, *th. préc.*, p.89.

a. Réalité et non apparence de régularité

La jurisprudence admet depuis longtemps que la nullité des actes de société opère pour l'avenir. La société annulée est considérée comme ayant eu une existence de fait susceptible de produire des effets juridiques. Les règles de validité des actes de société ont donc un rapport lointain avec la conception de droit commun des nullités[1].

Le recours au concept de société de fait évite l'effet rétroactif de l'annulation. Il permet de conserver la validité aux actes effectués dans le passé qui devraient être anéantis en application de la maxime "*Quod nullum est, nullum producit effectum*". C'est une illustration à souhait de la théorie de la nullité "droit de critique". La société est réputée avoir valu dans le passé au titre de société de fait ce qui permet de rattacher les actes accomplis à la personne morale initiale[2]. Il convient d'exécuter les opérations entreprises, consommées ou commencées au nom de la société. Il convient du fait de leur validité de les exécuter et de les liquider[3]. Auparavant on parlait de "communauté d'intérêts". L'expression de "société de fait", que LABBÉ demandait de proscrire, est postérieure à la promulgation du Code de commerce. Elle est utilisée pour la première fois dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 8 avril 1825[4].

La société de fait a réellement existé, de même que la délibération litigieuse produit des effets juridiques avant son annulation. Elle ne consiste pas en une pure apparence[5] qui nécessite l'erreur commune[6] pour être reconnue comme juridiquement efficace : la société de fait existe comme telle nonobstant la considération de la communauté des tiers. Il n'est plus opéré de différence selon les créanciers de la société. Le nombre est indifférent. La non-rétroactivité s'applique à tous également. L'option était fondée sur la théorie de

[1]J. DEPREZ, *th. préc.*, p.413.
[2]TEMPLE, Les sociétés de fait, *L.G.D.J.* 1975, Tome CXLI, *Bibliothèque de droit privé*, p.1, n°2.
[3]J. HÉMARD, *th. préc*, p.17.
[4]Cf. références précises citées par Joseph HÉMARD, *thèse précitée*, p.16
[5]M. de GAUDEMARIS, Théorie de l'apparence et sociétés, *Rev. soc.* 1991, 465; F.DERRIDA et J.MESTRE, *Rép. civ. Dalloz*, v°Apparence.
[6]Cass. com. 15 novembre 1994, *Rev. soc.* 1995, p.33; *Quot. jurid.*, 20 déc. 1994, n°101, p.2: appréciation globale, rejet de l'erreur commune quand un seul tiers est concerné.

l'apparence non sur l'existence d'une société qui a réellement fonctionné. Dans ces cas -là, M. TEMPLE estime que la réalité n'étant pas dissimulée, et coïncidant même exactement avec l'apparence, le fait est coupé de la loi par le défaut d'une condition essentielle. Le juge et parfois la loi, faisant abstraction du vice reconnaissent au fait une certaine valeur juridique[1]. Les sociétés de fait ou les délibérations annulées répondent à cette qualification.

C'est alors davantage un conflit entre le droit et le fait qui se manifeste où la situation de fait l'emporte[2]. Celle-ci se conforte dans une position anti-légaliste à laquelle le réalisme accorde quelque légitimité. Certains y ont vu un cheval de Troie risquant de provoquer le déclin du droit[3]. La supériorité de la loi a ses détracteurs critiques[4]. L'instabilité de la loi à saisir le réel laisse songeur face à la constance des situations de fait. De même la dissociation entre l'ordre juridique réel et l'ordre juridique formel donne le plus grand argument en faveur des situations de fait[5] alors que celles-ci sont l'oeuvre savante du juge, dans un effort d'adaptation à la réalité conférant des solutions satisfaisantes[6].

La situation de fait se définit alors comme un fait matériel rattaché suffisamment à la loi avec un lien imparfait[7]. L'élément volonté se retrouve dans les situations de fait consécutives à l'assimilation de l'acte constitutif de la situation de droit[8]. Tout dépend alors de la définition de l'acte juridique retenue. C'est toute la difficulté de cerner la frontière entre l'acte et le fait juridique[9].

Si l'on en croit M. MARTIN DE LA MOUTTE, l'acte juridique n'existe que si "l'intention de réaliser des effets de droit est absolument indispensable et nécessaire à la production de ces effets"[10]. Pour cet

---

[1]*ibidem*, n°64 p.32.
[2]R. SAVATIER, "Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui", *in* Etudes offertes à G.RIPERT.
[3]G. RIPERT, "Le déclin du droit", 1949, p.28s. et surtout le chapitre intitulé l'Esprit de désobéissance, p.95s.
[4]F.GÉNY, Méthodes d'interprétation et sources du droit privé positif, 2ème éd., 1954, t.1, n°31.
[5]G. RIPERT, Les forces créatrices du droit, *L.G.D.J.*, 1955, p.410.
[6]J. CARBONNIER, Sociologie juridique, *éd. Colin*, 1972, p.159.
[7]TEMPLE, *th. préc.*, n°126.
[8]*ibidem*, n°129, p.60.
[9]HAUSER, *th. préc.*, n°24.
[10]Thèse précitée, p.26 et p.27, souligné par l'auteur.

auteur, la qualification résulte surtout de l'absolue nécessité d'unir la volonté à l'effet de droit. Cette définition-là qui privilégie le lien causal conduit à reléguer en quelque sorte la volonté au second plan, car elle constitue un critère trop mouvant pour permettre une qualification stable des opérations juridiques envisagées dans l'abstrait. Une telle définition, si elle est retenue, aboutit à une représentation dualiste parfaitement nette de la réalité[1]. A chaque fois que l'intention de réaliser l'effet constaté est certaine et que cette intention était indispensable à la production de l'effet escompté, nous sommes en présence d'un acte juridique. Dans tous les autres cas, il s'agit d'un simple fait juridique et l'obligation n'est alors pas imputée à la volonté du sujet. C'est le cas à chaque fois que la volonté (sans lien avec les effets) se superpose avec une règle légale. Ainsi en est-il de la notion des sociétés de fait assimilée quant à son régime à une situation de droit régulière[2].

Mais cette définition clivée de l'acte juridique conduit inexorablement à baliser de manière très stricte de l'acte juridique : tout pouvoir créateur aux formes non parfaites de la volonté est niée. Or, la perfection n'est pas de ce monde. Il convient nécessairement d'assouplir cette vision de l'acte juridique sans conférer pour autant une toute puissance non fondée à la volonté, comme source d'obligations. Toute logique bivalente, c'est-à-dire celle qui ne connaît que le oui ou le non et en-dehors de laquelle il n'y aurait pas de raisonnement valable suscite des contestations : dogmatisme et raideur sont "incompatibles avec la complexité du réel[3] et la souplesse de la vie"[4]. L'excès de rigueur trahit la réalité. Les sociétés de fait sont le fruit d'un acte juridique même s'il est imparfait. Les effets juridiques ont été voulus par les parties nonobstant le fait que la volonté viciée les rend fragiles et provisoires puisqu'attaquables sur le terrain de la responsabilité[5] ou par la voie de la nullité.

La loi ne connaît qu'une logique de classification binaire : le contrat et les faits juridiques. Or, il faut savoir renoncer à la simplicité

[1]M.-L. IZORCHE, *th. préc.*, n°278, p.190.
[2]Cf. notamment L. LEVENEUR, *th. préc.*, p.355s.
[3]Marie-Laure IZORCHE parle de complexité du vouloir, *th. préc.*, n°324, p.215.
[4]BERGEL, *art. préc.*, p.259.
[5]Cf. chapitre suivant.

de la classification et tolérer une certaine marge d'incertitudes[1]. Les actes juridiques ne sont pas soit valables, soit nuls. C'est donc bien là encore le concept d'annulabilité qui est consacré : toute société est annulable avant d'être nulle. Ainsi toutes les conséquences de la validité d'une société sont rattachées à la société irrégulière jusqu'au prononcé de la nullité[2]. L'acte imparfait produit des effets juridiques à l'instar des actes réguliers.

b. La nullité, sanction des actes juridiques imparfaits

Le régime juridique des situations de fait est une sanction de l'imperfection. Il existe un acte apparemment valable mais surtout un acte rattaché à la loi par un lien imparfait. Ce n'est pas l'apparence qui est sanctionnée par la nullité mais la réalité imparfaite. Il est vrai que la question est intimement liée à l'apparence puisque les tiers réclament à leur profit l'application de certaines conséquences des sociétés de droit[3]. Sont invoqués le réalisme, la sécurité juridique et l'équité[4]. Le réalisme conduit le juge à une recherche de la vérité. Les tiers se fondent sur l'apparence ou parfois un certain réalisme de sorte que les solutions prétoriennes consacrent ces deux fondements. Le législateur cristallise le régime des sociétés de fait lorsqu'il préconise l'annulation pour l'avenir notamment par la fin de l'option entre les créanciers. La situation devient-elle de cette emprise de la légalité une situation de droit ? HOUIN le pense[5]. En ce sens, c'est le concept de réalité qui l'emporte sur l'apparence.

Joseph HÉMARD a élaboré sur ces principes un véritable traité des sociétés de fait qui se distingue nettement de la théorie générale de la nullité. La société n'est nulle que pour l'avenir. Elle n'a pas atteint un degré de perfection suffisant pour lui permettre de poursuivre son existence, elle est seulement imparfaite. Mais a elle a réellement existé.

---

[1]J.-J. BIENVENU, "Actes juridiques et classification", Droits, n°7, L'acte juridique, P.U.F. 1988, p.24.
[2]Deen GIBIRILA, Droit des sociétés, *Ed. Ellipses*, 1997, n°259, p.126; GUYON, *op. cit*., n°158, p.160; DELGA, *op. cit*., p.140§1, a); COZIAN et VIANDIER, *op. cit*., n°228, p.81.
[3]TEMPLE, *th. préc*., n°135, p.62.
[4]*ibidem*, n°136, p.63.
[5]Rapport général sur les situations de fait *in Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1957, T.XI, *Dalloz*, 1960, p.323.

Dans ces conditions, la notion de société de fait est davantage qu'un tempérament d'équité apporté aux conséquences de la nullité[1]. Ainsi peut-il bâtir une nouvelle théorie à partir de ces constats. Trois règles peuvent la résumer : 1° La société irrégulière produit tous ces effets en tant que contrat, jusqu'au jour où son irrégularité est déclarée ; 2° Elle conserve son autonomie patrimoniale ou la personnalité morale, tant que l'irrégularité n'est pas prononcée. 3°Elle emprunte sa nature à la société qu'elle aurait dû constituer si elle avait été régulière, pourvu qu'elle ait été publiée, ou, à défaut de toute publication, pourvu qu'elle se soit présentée aux tiers sous cette forme[2].

Au contrat, nous avons substitué l'idée d'acte collectif ; mais ces principes dégagés par la jurisprudence restent sinon inchangés. Les sociétés de fait, issues d'un acte juridique imparfait, sont une création prétorienne.

2. Pouvoir souverain d'appréciation

En matière de fait, le juge a un pouvoir souverain pour attacher certaines conséquences juridiques à cette réalité sociologique. En matière d'actes de société, la décision judiciaire constitue une règle juridique : générale, elle ne tranche pas uniquement un conflit de type individuel. Le pouvoir du juge est grand, en ce domaine, car il crée une notion cadre sans délégation expresse du législateur. Le juge sort de sa fiction purement juridictionnelle et se prononce non pas tant pour des raisons de légalité que pour des raisons d'opportunité. Il ne constate pas seulement un droit. Il le crée[3]. Ainsi en est-il des nullités non rétroactives et des sociétés de fait qui en sont une des applications pratiques. En matière de fait, l'oeuvre du juge a primé. C'est l'éclosion d'une norme judiciaire au sein d'un ordre de protection collective. L'arbitraire du juge est ainsi maîtrisé.

Le législateur a pris acte d'une construction entièrement jurisprudentielle. En l'espèce, la réglementation sur la liquidation de société conforte *a posteriori* la théorie des sociétés de fait. On assiste à

[1]Joseph HÉMARD, *th. préc.*, n°352, p.459s.
[2]*ibidem*, n°354, p.463.
[3]G. RIPERT, Les forces créatrices du Droit, *L.G.D.J.* 1955, p.119.

une réception de la norme par le législateur. En outre, le déclin du droit n'est pas à craindre du fait de la légalisation de la théorie jurisprudentielle. Les sociétés de fait offrent en effet une prise au droit par le biais du concept d'intérêt collectif qui en demeure le fondement. Dans une logique de codification minimaliste, c'est le principe de proportionnalité de la sanction qui a ainsi triomphé[1].

B. Équilibre des intérêts collectifs en présence

Cet équilibre est du ressort du législateur. Pourtant, concept fluide, l'intérêt collectif est apprécié par la Cour de cassation car c'est un intérêt juridiquement protégé. Il ne demeure pas à l'appréciation exclusive des juges du fond. Ce n'est pas une pure notion de fait[2]. Laurence BOY le définit comme l'intérêt intermédiaire entre l'intérêt particulier et l'intérêt général. Il concerne un ensemble de personnes juridiques mais qui qualitativement est distinct de la somme arithmétique de leurs propres intérêts particuliers[3].

La théorie des sociétés de fait consacre cette notion puisqu'elle instaure un équilibre entre intérêts antagonistes. L'annulabilité ou l'annulation reflète en effet les intérêts en présence, d'un côté les associés, de l'autre, les tiers en relation avec la société. La nullité, sans en négliger aucun, suffit à obtenir judiciairement une ligne de convergence. Nuisible à la sécurité juridique, la rétroactivité a été mise de côté. La volonté collective est préservée par la nullité même non rétroactive.

Les intérêts collectifs indivisibles sont source de solidarité. Ces notions sont corrélatives[4]. La socialisation et le dépérissement du droit sont une des interprétations du phénomène[5]. Les créanciers sociaux ne doivent pas partager le sort des associés victimes de la nullité. Pour ce faire, la rétroactivité de la nullité ne leur est pas opposable : seule la

[1]L.GROSCLAUDE, th. préc., p.493s.
[2]Note précitée de Y. GUYON sous Civ.3ème, 21 oct. 1998, 2 arrêts, p.87 *in fine*.
[3]Thèse précitée, introduction, p.XII et XVI.
[4]A. ROUAST, *th. préc.*, n°41s., p.88s.
[5]Laurence BOY, *th. préc.*, p.303.

dissolution des actes collectifs entachés de nullité s'impose *erga omnes*. C'est un juste équilibre.

La nécessaire cohésion sociale entraîne une sanction en équité. La recherche d'un équilibre vise moins à trancher un conflit donc à consacrer des droits subjectifs qu'à organiser des fonctions. Les droits d'associé ou les droits des créanciers ne sont pas exclusifs et absolus. Le droit est conçu comme étant au service de l'économie[1]. Le droit n'apparaît plus fondé sur la seule notion de liberté individuelle mais sur celle de solidarité entre les hommes. Les juristes du début du siècle l'ont pressenti lorsqu'ils dégagent la notion de droit-fonction, traduction de la protection juridique accrue des intérêts collectifs[2]. La liberté de chacun connaît pour limite les obligations de solidarité sociale. Ainsi à côté des droits subjectifs sont reconnus unanimement des fonctions sociales dans lesquelles les droits conférés aux individus le sont, non pas dans leurs intérêts égoïstes, mais dans l'intérêt de certains ou de la société[3]. En matière de sociétés, la valeur protégée est un intérêt collectif, soit celui des associés ou des créanciers, soit l'intérêt de la société de son ensemble, soit une association de plusieurs intérêts contradictoires. Les nullités de protection trouvent dans cet ordre de protection collective leur pleine et entière justification.

Au droit se substitue l'équité. Le juge se trouve alors aux prises avec le juste, une idée ambivalente car à la fois universelle et subjective, qui a fait l'objet des réflexions de penseurs tels ARISTOTE ou KANT[4]. Celui-ci tend aujourd'hui vers un certain esprit de solidarité et de fraternité[5].

L'opposition des intérêts privés est dépassée par l'unité du but dans le système des nullités érigé en droit des sociétés. Toutes les conséquences des nullités en droit des sociétés sont élaborées sur ce

---

[1]Alexis JACQUEMIN et Guy SCHRANS, Le droit économique. Que sais-je? n°1383, P.U.F. 1970, p.96.

[2]L.BOY, *th. préc*., n°308, p.221.

[3]P. ROUBIER, *op. cit.*, p.9s.; MARTY et RAYNAUD, *op. cit.*, t. 1, p.180.

[4]Nathalie DION, "le juge et le désir du juste", D. 1999, chron., p.195s. : ARISTOTE insiste sur la juste mesure et l'esprit de modération : "Le juste est un milieu...", in Ethique à Nicomaque, Livre V, chap. III, tandis que KANT étudie le juste à la lumière de l'empirisme, cf. P. MALAURIE, Anthologie de la pensée juridique, *Cujas*, 1996, p.21 et 126.

[5]Catherine GUELFUCCI-THIBIERGE, "Libres propos sur la transformation du droit des contrats", *R.T.D.Civ*. 1997, p.362.

même schéma. La survie de la personne morale pour les besoins de la liquidation répond ainsi à cette ligne directrice de protection collective.

La disparition de la personne morale est en effet progressive : elle fait l'objet d'une procédure spécifique pour ménager les différents intérêts en présence.

§2 Disparition de la personne morale

Une société est en liquidation dès l'instant de la dissolution au moins entre les parties[1], et ceci quelle que soit la volonté ultérieure des associés[2]. Vis-à-vis des tiers, il faut attendre la publication[3]. C'est une conséquence inéluctable de la nullité[4] qui ne supporte aucune exception. Tel est le sens de l'article 391 de la loi du 24 juillet 1966.

La liquidation et le partage résultent de la dissolution contentieuse quel que soit le degré de personnification de la société (A.). La société n'est plus qu'une société de fait. Pour les sociétés immatriculées, cette période s'achève par la disparition de la personne morale. Toutefois de manière originale, la personne morale survit pour les besoins de sa liquidation (B.).

A. Liquidation -partage

On entend par liquidation d'une société l'ensemble complexe d'opérations consécutif à la dissolution de celle-ci et qui poursuit trois objectifs : apurer le passif social, rembourser les apports aux associés, établir une masse active nette répartie par voie de partage[5]. Ses sociétés annulées ne font pas l'objet d'une liquidation judiciaire. Ce sont des

---

[1]Maurice COZIAN et Alain VIANDIER, Droit des sociétés, 2ème éd., *Litec* 1988, p.165, n°590s.

[2]Com. 24 octobre 1989, *J.C.P.* 1990, II, 15708, note Y. GUYON.

[3]Article 1844-8 alinéa 1 du Code civil

[4]Notamment HOUIN et GORÉ, La réforme des sociétés commerciales, *D.*1967, chron. 121, HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, Sociétés commerciales, *op. cit*., Tome 1, p.15; JUGLART et IPPOLITO, 2ème vol., par E.DU PONTAVICE, J.DUPICHOT, Traité de droit commercial, Les sociétés, *Montchrestien*, n°492, p.650; Rép. min., n°24966, *J.O.A.N.* 15 juillet 1972, p.3219.

[5]Michel JEANTIN, refondu par Anne CATHELINEAU, Jurisclasseur Sociétés commerciales, Fasc. 31-10, Principes généraux et personnel, 1996, n°3.

sociétés *in bonis* : *a priori*, l'actif est supérieur au passif lors de la dissolution. Il y a donc lieu, une fois les créanciers payés, au remboursement des apports. De manière probable, un *boni* de liquidation peut subsister. Les opérations de liquidation (1.) s'achèvent par un partage (2.).

1. Les opérations de liquidation

Littéralement, liquider, c'est transformer en liquidités les biens composant l'actif de l'entreprise[1]. C'est la mission du liquidateur, nommé en principe, conformément aux statuts ; dans le silence de ces derniers, il faut une décision des associés ou de la justice[2] Chargé de la liquidation, sa mission le conduit d'abord à recouvrer les sommes dues à la société par les tiers, ou même par les associés qui n'auraient pas encore intégralement libéré leurs apports ou auraient bénéficié d'avances de la société. Il procède ensuite à la vente même à l'amiable des biens sociaux, meubles et immeubles. Avec les liquidités ainsi recueillies, il paie les créanciers de la société au fur et à mesure qu'ils se présentent. Ce sont les modalités de la liquidation (a.). L'acte collectif est dissous mais l'intérêt collectif qui a présidé à la naissance de la personne morale perdure jusqu'à la clôture des opérations de liquidation. Les associés, parties à l'acte collectif, surveillent le liquidateur qui incarne l'intérêt social. Dans une moindre mesure, les créanciers ne sont pas dépourvus de toute influence sur le déroulement des opérations. La loi a ainsi pris en considération les intérêts collectifs interne et externe (b.) c'est-à-dire garantir l'intégrité du patrimoine social et les intérêts des tiers.

a. Modalités de la liquidation

Le liquidateur représente la société en liquidation[3]. Ses pouvoirs sont déterminés par la mission qui lui est confiée de réaliser l'actif,

[1]COZIAN et VIANDIER, *op. cit.*, n°595, p.167.
[2]article 1844-8 alinéa 2 du Code civil
[3]GUYON, *op. cit.*, n°210; MERCADAL et JANIN, *op. cit.*, n°3631-3645; RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, t. 1, n°799-4.

acquitter le passif et répartir le solde disponible. Pour ce faire, il peut être désigné un ou plusieurs liquidateurs. En cas de dissolution judiciaire, c'est le tribunal qui les nomme. Le régime légal impératif s'applique[1].

L'achèvement des affaires sociales est la première tâche dévolue aux organes de liquidation. A cet égard, le liquidateur est investi des pouvoirs les plus étendus[2]. Parfois une simple continuation de l'activité sociale antérieure est insuffisante pour valoriser l'actif social[3]. La société en liquidation doit être gérée de façon efficace et dynamique. Les actes conservatoires sont autorisés. Les opérations nouvelles ne sont effectuées que dans la limite des besoins de la liquidation[4]. Le liquidateur ensuite réalise l'actif social[5]. Il recouvre les créances et cède les éléments d'actif qui permettent de désintéresser les créanciers sociaux[6]. Enfin, il règle le passif. En l'absence de dispositions législatives imposant une procédure d'apurement collectif du passif dans les sociétés en liquidation, les créanciers sont désintéressés au fur et à mesure qu'ils se présentent[7]. La compensation est également possible. Les créanciers à terme ne peuvent exiger un paiement immédiat. Toutefois, lorsqu'ils sont connus, le liquidateur commettrait une faute engageant sa responsabilité s'il procédait sciemment au paiement de certains d'entre eux à l'exclusion des autres en sachant que l'actif ne peut suffire à régler la totalité du passif[8]. Mais la liquidation apparaît à tous égards comme une procédure collective de répartition de l'actif[9] puisque la société liquidée pour cause de nullité est en principe *in bonis*. Même s'il n'y a pas de représentant de la masse, ni même d'ordre fixé pour régler les créanciers, le terme de procédure collective est approprié car tous les associés sont concernés ainsi que les créanciers qui seront désintéressés à hauteur de leur créance.

---

[1]Articles 402 à 418 de la loi du 24 juillet 1966.
[2]Article 412 de la loi du 24 juillet 1966.
[3]GAVALDA, La personne morale des sociétés en voie de liquidation, *études Hamel*, p.259-260.
[4]M.JEANTIN refondu par A. CATHELINEAU, Fasc. 31-20, 1996, Liquidation des sociétés, opérations et clôture, n°12.
[5]RIPERT et ROBLOT, *op . cit.*, n°804, p.658.
[6]MERCADAL et JANIN, *op. cit.*, n°3648.
[7]*ibidem*, n°3650.
[8]Dijon, 19 juin 1986, *Bull. Joly*, 1986, 1142.
[9]THALLER et PERCEROU, Droit commercial, Faillites, banqueroutes, liquidation judiciaire, n°146, p.149.

Durant toute la durée de la liquidation, le liquidateur est tenu de réunir périodiquement les associés afin de les informer de l'état d'avancement des opérations. Outre, les mesures d'information, des formalités de publicité jalonnent le cours de la liquidation. Celle-ci s'achève par une décision de clôture prise par tous les associés qui statuent sur le compte définitif de la liquidation et le *quitus* à donner au liquidateur à l'issue de ses fonctions. Le liquidateur qui sciemment n'aurait pas convoqué les associés en fin de liquidation serait passible d'un emprisonnement de six mois et/ou une amende de 60 000 Fr[1]. La société est enfin radiée du R.C.S. avec insertion de la mesure au B.O.D.A.C.C. dans les huit jours. La personne morale disparaît. Une indivision prend place entre associés.

La date de cette disparition est toutefois sujette à controverse. L'article 1844-8 du Code civil dispose que la personne morale prend fin avec la publication de la décision de clôture. L'article 391 alinéa 2 quant à lui ne retient pas la radiation comme date de disparition de la personne morale pour les sociétés commerciales. Il choisit le jour de la clôture de la liquidation. L'opposition est relative. Par un juste parallélisme des formes avec la naissance de la personne morale, on peut considérer que la personne morale disparaît réellement à la date de clôture de la liquidation mais que l'opposabilité de l'extinction de la personne morale suppose une mesure de publicité équivalente à l'immatriculation. La notion de personne morale intéresse, il est vrai, davantage les tiers que les associés. Selon que l'on opte pour la théorie de la réalité de la personne morale ou de la fiction, l'article 391 apparaît complémentaire ou dérogatoire par rapport à l'article 1844-8 du Code civil. Selon notre conception de la nature de la personne morale, l'article 1834 du même code ne trouve pas matière à s'appliquer : la personne morale prend fin à la clôture de la liquidation mais son anéantissement ne s'impose logiquement aux tiers qu'à la date de radiation au R.C.S., quelle que soit la forme de la société. L'effet déclaratif du partage se produit à la date de clôture de la liquidation, ce qui incite à penser que la radiation au R.C.S. n'a qu'une portée limitée. Comme le souligne M. J.-C. BOUSQUET, "la perte de la personnalité morale du seul fait de la radiation de la société alors que les opérations de liquidation ne sont

[1]Article 486-2 de la loi du 24 juillet 1966.

pas achevées est contraire à l'article 391 de la loi du 24 juillet 1966"[1]. La radiation apparaît ainsi davantage comme une mesure de publicité que comme une destruction de l'être moral[2]. C'est un juste parallélisme des formes puisque, selon nous, l'immatriculation joue essentiellement un rôle d'information vis-à-vis des tiers.

Un partage peut s'ensuivre si une soulte demeure[3].

b. Partage

Il porte sur les éléments suivants : l'actif restant après apurement total du passif ou le passif demeurant après réalisation complète de l'actif qui conduit au dépôt de bilan. L'article 1844-9 du Code civil qui régit le partage renvoie notamment aux règles prescrites pour le partage des successions, avec cependant quelques particularités énoncées à l'alinéa 3 : les associés peuvent décider que certains biens seront attribués à certains d'entre eux ; à défaut, tout bien apporté qui se retrouve en nature dans la masse partagée est attribué, sur sa demande, et à charge de soulte, s'il y a lieu, à l'associé qui en avait fait l'apport.

Le maintien dans l'indivision pour certains biens sociaux ne peut excéder deux ans. L'article L.417 de la loi du 24 juillet 1966 pour les sociétés commerciales fixe le droit des associés sur le *boni* de liquidation. Lorsque la personne morale a disparu, les anciens associés deviennent copropriétaires indivis des éléments de l'actif social qui peut subsister après règlement des dettes, la part de chaque associé dans les bénéfices étant elle-même déterminée par les statuts ou à défaut, à proportion de la part de chacun dans le capital social[4].

Le partage n'est pas en lui-même une opération de restitution même s'il peut mettre en jeu des mécanismes proches : le partage assure une répartition des biens. Un allotissement a lieu à la fin de l'indivision[5].

---

[1]Note sous Cass. com. 30 mai 1978, *Rev. soc.*, 1979, p.361.
[2]Jurisclasseur Sociétés commerciales, Fasc. 31-10 *préc.*, n°39.
[3]Article 1844-9 alinéa 1 du Code civil.
[4]Article 1844-1 du Code civil.
[5]Marie MALAURIE, *th. préc.*, p.40.

Le pacte social détermine en général comment doit se faire la répartition. C'est encore une conséquence de l'absence de rétroactivité de l'annulation de la société. A défaut, il est tout d'abord attribué à chaque associé le montant de son apport, l'apporteur en industrie n'ayant droit à rien à ce titre. C'est l'application stricte de l'article 417 et des dispositions de la section V du chapitre 6 de la loi du 24 juillet 1966. Le surplus représente les bénéfices accumulés sauf clause contraire des statuts, la répartition se fait en principe en proportion des apports et non pas d'après les règles fixées pour la distribution des bénéfices en cours de vie sociale[1]. Comme pour le partage des successions, le partage des sociétés peut être annulé pour vice de forme, incapacité, dol ou violence[2]. Il peut également être rescindé pour lésion de plus du quart[3].

Certains auteurs refusent cependant l'application des statuts lorsque la nullité a été prononcée pour une cause très grave (illicéité et immoralité de la cause ou de l'objet de la société, voire fraude)[4]. Les arrêts ont tantôt refusé, tantôt admis la liquidation de sociétés entachées de nullités absolues pour faire obstacle à l'action en enrichissement sans cause qui en résulte : la jurisprudence refuse, en effet, la restitution des apports, telle une opposition à la répétition de l'indu à celui qui poursuit un but répréhensible[5]. Madame FALQUE propose même une application distributive de l'article 368 de la loi du 24 juillet 1966 selon la nature de l'irrégularité puisque cet article renvoie à la fois aux statuts et à la loi. Si les statuts s'avèrent impraticables pour une raison quelconque, la loi lui supplée[6]. Cette solution est judicieuse

---

[1]RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, n°812, p.663-664.

[2]Article 878 du Code civil.

[3]Article 887 alinéa 2 du même code.

[4]GUYON, *op. cit.*, p.161; DELGA, *op. cit*, p. 141; TEMPLE, *th. préc.*, n°519; G.LAGARDE, *Rép. soc.*, V°Société de fait, n°34; MESTRE, *Lamy, op. cit.*, n°2258; RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, n°724; Ph. MERLE, *op. cit.*, n°72, p.87; *contra*, MERCADAL et JANIN, *op. cit.*, n°3782; GIBIRILA, *op. cit.*, n°259; Yves CHARTIER, "La société dans le code civil après la loi du 4 janvier 1978", *J.C. P.* 1978, I, 2917, n°203; JUGLART et IPPOLITO, Traité de droit commercial, Les sociétés, 2ème vol. 3ème éd., par E. DUPONTAVICE et J. DUPICHOT, *Ed. Montchrestien*, 1980, n°440, p.466; René RODIÈRE et Bruno OPPETIT, Droit commercial, *Précis Dalloz*, 1980, 10ème éd., n°38, p.53.

[5]Cf. nombreux arrêts anciens cités par Marcel PLANIOL et Georges RIPERT repris par Pierre ESMEIN, Traité pratique de droit civil français, Tome VI, Les obligations, *L.G.D.J.* 1930, notes p.439;

[6]*Contra* L. LEVENEUR qui estime que là où la loi ne distingue pas, il ne doit pas être opéré de distinction, *th.préc.*, note 38, p.363 .

dans son principe. Mais, la section V relative à la liquidation des sociétés n'énonce rien que des règles très générales ; nul doute qu'en cas de litige ou tout simplement de vide juridique, légal ou statutaire[1], il revienne au juge de trancher en équité...

La liquidation des sociétés annulées, dépourvues de personnalité morale soulève également des polémiques ; elle n'est pourtant pas un non-sens[2]. L'article 1844-15 alinéa 1 du Code civil s'applique, à notre avis, aux sociétés en participation et aux sociétés créées de fait[3]. Si la société a fonctionné, il s'agit d'une société créée de fait dont la nullité n'empêche pas qu'elle puisse valoir comme société de fait et faire l'objet en tant que telle d'une liquidation[4]. Puisque la nullité est prononcée, l'exécution passée n'est pas remise en cause : les textes du droit des sociétés ne sont pas écartés du fait de l'absence d'immatriculation[5]. Toute société est soumise à un régime dérogatoire par rapport au droit commun. Il est donc nécessaire de faire disparaître la société pour l'avenir, si bien qu'à nouveau, une liquidation s'impose comme si la société venait d'être dissoute. Toutefois, la liquidation de telles sociétés, de fait non immatriculées, prend un tour particulier en raison précisément du défaut de personnalité morale.

Certes un auteur a bien envisagé de leur attribuer celle-ci *a posteriori* pour les besoins de la liquidation[6]. Mais cette proposition ne peut être sérieusement retenue[7]. On ne saurait transformer l'annulation en un mode d'acquisition de la personne morale au profit de sociétés qui n'en sont pas dotées[8]. Puisque la société ne dispose pas de patrimoine, sa liquidation ne pourra donc consister à réaliser l'actif, régler le passif et répartir le solde qui n'ont pas d'existence. Néanmoins les associés ont entrepris une activité commune et force est maintenant

---

[1]L'article 390 de la loi du 24 juillet 1966, partie intégrante de la section V susmentionnée dans le texte, renvoyant expressément aux statuts !?

[2]G. RIVES, *art. préc.*, n°6 à n°9.

[3]Cf. *supra*, première partie, Titre 2, chapitre 1.

[4]Y. GUYON, *op. cit.*, n°158; *contra*, HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, *op. cit.*, T3, n°717; RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, T1, n°724.

[5]Cf. *supra*, Première partie

[6]G. RIVES, *art. préc.*, n°18.

[7]Jean HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, *op. cit.*, T.3, Addendum, n°620; NGYUYEN XUAN CHANH, *art. préc.*, n°29; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *art. préc.*, spéc., n°85.

[8]L. LEVENEUR, *th. préc.*, n°218, p.395.

de régler les comptes de cette "entreprise commune" (au sens de l'article 1832 du Code civil) à laquelle le jugement de nullité met fin.

Les opérations seront assez différentes de celles qu'exige la liquidation d'une société de fait immatriculée. L'absence de personnalité morale est, en effet, une bonne raison de ne pas appliquer les règles de liquidation des sociétés civiles ou en nom collectif, dont le régime ne vaut pour les sociétés en participation et les sociétés créées de fait "qu'en tant que de raison" (articles 1871-1 et 1873 du Code civil). L'article 1844-9 alinéa 1 du Code civil qui utilise les termes "capital social" et "partage de l'actif" semble ainsi inapplicable aux sociétés dépourvues de personnalité morale[1]. Mais les règles relatives à la liquidation ne présentent pas d'originalité par rapport à celles qui convient de suivre en cas de simple dissolution d'une société en participation ou créée de fait, puisque tout se passe comme si la société nulle avait été valable.

Ainsi chaque associé reprend les biens en nature qu'il avait seulement mis à la disposition de la société sans jamais avoir cessé d'en être le propriétaire exclusif[2] ou sinon la restitution s'opère en valeur[3].

Il peut arriver qu'une indivision ait pris naissance entre les associés : elle comprend les biens qu'ils ont pu convenir de mettre en indivision, et ceux acquis en cours de vie sociale avec des sommes indivises (article 1872 du Code civil). Le partage de cette masse commune s'effectuera suivant les règles de partage de toute indivision conventionnelle[4]. Dès lors que la société n'a pas d'existence autonome, chaque associé contracte en son nom propre et est seul engagé à l'égard des tiers (article 1872-1 du Code civil). Il revient à chaque associé de recouvrer les sommes qui lui sont dues et de payer lui-même les dettes qu'il a fait naître. Cependant, si les associés avaient recelé leur société aux tiers, "chacun d'eux est tenu à l'égard de ceux-ci des obligations nées des actes accomplis en cette qualité par l'un d'entre eux, avec

[1]F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, "L'indivision dans les sociétés en participation", *J.C.P.* 1980, I, 2970, n°49.

[2]MERCADAL et JANIN, *op. cit.*, n°3956; M.JEANTIN, *Rép.soc.*, Sociétés en participation, n°227.

[3]HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, *op. cit.*, T1, n°371; RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, T1, n°900-901; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, "Illusions et dangers du statut des sociétés créées de fait", *art. préc.*, n°86.

[4]Pour les réserves émises sur l'application du jeu de l'attribution préférentielle, cf. L.LEVENEUR, *th. préc.*, n°156, p.396.

solidarité si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas" (article 1872 alinéa 2 du Code civil).

Tout l'intérêt de la non-rétroactivité de l'annulation est de laisser subsister cet engagement solidaire ou seulement conjoint, des membres de la société non immatriculée, et donc de permettre aux tiers d'atteindre d'autres associés que leurs cocontractants, la société étant considérée comme valable jusqu'au prononcé de l'annulation.

L'établissement des comptes permet de déterminer si en définitive l'activité commune s'est révélée bénéficiaire ou déficitaire. Il donne lieu à un règlement entre associés afin que chacun reçoive sa part de bénéfices ou au contraire s'acquitte de sa contribution aux pertes conformément aux clauses statutaires ou à défaut, proportionnellement aux apports[1].

2. Droit de regard des associés

Dans le cadre d'une liquidation judiciaire pour cause de nullité, la décision du tribunal s'est substituée à la volonté déficiente des associés dans la nomination du liquidateur. Pour autant, la collectivité des associés, fondement du groupement personnalisé ou non, est toujours présente. Les associés ont en outre un droit de créance général sur la société à hauteur de leurs apports et vocation au partage de l'actif social résiduel à la clôture de la liquidation. A ce titre, le déroulement des opérations de liquidation intéresse les associés à qui les liquidateurs doivent alors rendre compte de leur mission. Dans les six mois de sa nomination, le liquidateur doit convoquer une assemblée des associés pour leur présenter un rapport sur la situation active et passive de la société et leur faire connaître les prévisions sur les opérations et la durée de la liquidation[2]. D'autre part, dans les trois mois suivant la clôture de chaque exercice, le liquidateur établit les comptes annuels et un rapport écrit. Dans les six mois de la clôture de l'exercice une assemblée doit être réunie pour statuer sur les comptes annuels et donner les autorisations pour renouveler le cas échéant le

[1]Argument tiré de l'article 1844-1 du Code civil applicable à toutes les sociétés.
[2]RIPERT et ROBLOT, *op. cit*., n°807, p.660.

mandat des contrôleurs, commissaires aux comptes ou membres du conseil de surveillance[1]. Les associés jouissent ainsi de larges prérogatives de contrôle et d'information pendant la liquidation de la société. Des sanctions pénales s'attachent même à la violation de ces règles[2].

Ne bénéficiant que d'une créance à terme, les associés ne peuvent toutefois exercer l'action oblique. Alors que les créanciers comme tout intéressé peuvent intervenir pour remédier à l'inaction du liquidateur qui n'est pas en cause les représente[3].

L'intérêt collectif quel que soit sa nature fonde le droit d'intervention de chacun des protagonistes, qu'il s'agisse des associés ou des tiers. Les créanciers sont particulièrement bien protégés du fait de la survie de la personne morale durant la liquidation.

B. Survie de la personne morale pour les besoins de la liquidation

La survivance de la personne morale est indispensable pour maintenir le patrimoine social jusqu'au moment où il sera partagé. Cette autonomie juridique permet de sauvegarder les droits des créanciers sociaux par rapport aux créanciers personnels des associés[4] (1.). Les besoins de la liquidation marquent toutefois une limite à l'extension de la capacité juridique de la personne morale (2.).

1. Autonomie juridique dans l'intérêt des créanciers sociaux

Fiction ou réalité, le débat rebondit. La survie de la personne morale a pour objet la protection des intérêts collectifs. Nécessaire et

[1]Article 413 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966
[2]Articles 486 et 487 de la même loi.
[3]Articles 398, 405 alinéa 1, 407 alinéa 2, 413 alinéa 3, 415 alinéa 2, 416 de la loi sur les sociétés commerciales et article 1844-8 alinéa 4 du Code civil.
[4]RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, n°799, p.655; Michel JEANTIN, "Liquidation des sociétés, principes généraux et personnel de la liquidation", *Jurisclasseur Sociétés commerciales*, Fasc. 31-G, 1983, spéc., n°42 à 44.

naturelle, elle appelle une conception réaliste de la liquidation[1]. La survie de la personne morale de la société en liquidation entraîne le maintien en fonction des organes chargés d'exprimer les décisions collectives des associés. Ainsi l'assemblée générale des associés subsiste. Elle fonctionne toujours selon le principe majoritaire[2]. Les éléments distinctifs de la société demeurent également, tel le siège social ou encore la dénomination sociale. Ainsi, les tiers peuvent l'assigner sous la raison sociale au lieu de son domicile.

Le maintien de la personne morale a d'autres conséquences juridiques. La plus importante réside dans le fait que la société en liquidation conserve un patrimoine autonome. La société en liquidation reste propriétaire de son actif social qui demeure le gage des créanciers sociaux. En résumé, la liquidation n'entraîne aucune conséquence juridique sur la situation des créanciers. La dissolution n'entraîne pas la déchéance du terme. Mais un créancier peut soumettre la société à une procédure collective tant que la liquidation n'est pas close. L'activité peut être poursuivie pour les besoins de la liquidation. Telle est la limite apportée au principe de survie de la personne morale. En revanche, si la liquidation est achevée, la reprise éventuelle de l'activité malgré la radiation ne peut faire renaître la personne morale. La société constitue alors une hypothèse de société créée de fait qui ne peut faire l'objet d'aucune procédure collective.

2. Limites de la survie de la personne morale aux besoins de la liquidation

Les articles 391 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966 et 1844-8 alinéa 3 du Code civil consacrent une solution jurisprudentielle ancienne : la limitation de la survie de la personne morale de la société

[1]C.GAVALDA, "La personnalité morale des sociétés en voie de liquidation", in Dix ans de conférences d'agrégation, Études offertes à Joseph HAMEL, 1961, p.267; Alain BOUILLOUX, "La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation", *Rev. soc.* 1994, 393, *contra* : Dictionnaire permanent de droit des affaires, 1995, V°Dissolution-Liquidation-Partage, n°56; D.BASTIAN, La survie de la personnalité morale des sociétés pour les besoins de la liquidation, *Journal des sociétés*, 1937, p.1 et 65; LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, Tome 2, n°366; HOUPIN et BOSVIEUX, *op. cit.*, Tome 1, 276.

[2]Articles 397 à 405 de la loi du 24 juillet 1966.

aux seuls besoins de la liquidation. Toutefois cette formule large n'indique pas les actes que le liquidateur est autorisé à accomplir[1]. Ont été refusés : la prorogation ou la transformation de la société dissoute. L'utilisation de termes vagues induit une analyse finaliste des actes passés[2]. S'agit-il uniquement du partage de l'actif social ou bien de mettre tout en oeuvre pour valoriser le patrimoine au besoin à l'aide de nouveaux contrats ?[3] L'article 412 alinéa 3 de la loi du 24 juillet 1966 admet que le liquidateur puisse, à condition d'y être expressément autorisé, engager de nouvelles opérations : la portée du principe de survie de la personne morale est notoirement élargie par une conception antérieure, au critère de l'utilité à la liquidation. Ainsi la fusion-absorption est-elle autorisée[4]. Mais le vote d'une indemnisation d'un président directeur général du fait de la dissolution est interdite[5].

La clôture de la liquidation doit intervenir dans les trois ans à compter de la dissolution. A défaut, le ministère public ou tout intéressé peut saisir le tribunal pour que celui-ci fasse procéder à la liquidation ou à son achèvement[6]. La durée du mandat du liquidateur coïncide avec la période maximale de liquidation. Au-delà de cette échéance légalement arrêtée, une conception souple de la liquidation conduit à considérer que la liquidation ne s'achève que lorsque toutes les opérations de liquidation ont été réalisées et que le groupement ne perd sa personnalité morale qu'à cet instant[7]. La Cour de cassation a accepté cette extension de la survie de la personne morale aussi longtemps que les droits et obligations à caractère social ne sont pas liquidées[8]. Un mandataire *ad hoc* (autre que le liquidateur) doit alors être désigné afin de régler les dernières opérations de liquidation[9].

Cette ultime survie est fondée sur le lien collectif persistant entre associés qui peut justifier la représentation de la société par l'un d'entre

---

[1]BASTIAN, *chron. préc.*
[2]*Jurisclasseur Sociétés commerciales*, Fasc. 31-G préc., n°33.
[3]A. BOUILLOUX, *article préc.*, p.414.
[4]Article 1844-4 du Code civil.
[5]Cass. com. 21 juillet 1983, *Bull. civ.*, IV, n°235.
[6]Article 1844-8 alinéa 4 du Code civil.
[7]*Jurisclasseur Sociétés commerciales*, Fasc. préc., n°40.
[8]Cass. com. 25 janvier 1983, *Rev. soc.*, 1984, p.51, note J.-P.SORTAIS.
[9]Notamment Cass. com. 11 juillet 1988, *Bull. civ.*, IV, n°521; *Rev. soc.* 1988, p.521, *Bull. Joly*, 1988, p.673, note Y.GUYON.

eux[1]. C'est dire que l'acte collectif générateur de la personne morale est toujours la source de la collectivité qui préside à l'existence et à la survie de la personne morale par-delà la clôture de la liquidation. La destruction de l'être moral ne dépend pas de la loi. C'est encore une consécration de la théorie de la réalité de la personne morale[2].

C'est aussi un certain pragmatisme qui conduit le législateur en matière de société à consacrer l'idée de nullité partielle.

[1]*Jurisclasseur Sociétés commerciales*, Fasc. préc., n°41.

[2]M. le Professeur Y. GUYON, de manière plus nuancée, y voit une "hésitation" du droit positif entre la théorie de la réalité et la théorie de la fiction de la personnalité morale. Fiction lors de l'attribution de la personnalité morale, réalité lors de la disparition, note sous 30 mai 1978, *J.C.P*. 1979, II, 19087.

CONCLUSION

L'existence de sociétés de fait donne naissance à une théorie des nullités pour l'avenir des plus originales. Réalité s'oppose à rétroactivité. Le temps écoulé fait obstacle à toute remise en cause des effets de droit dans le passé. Aucune fiction ne peut y déroger. La personne morale survit même pour les besoins de sa liquidation. Tous les effets de l'acte juridique collectif ne peuvent être anéantis du seul fait du jugement d'annulation. La liquidation d'une collectivité nécessite une certaine durée. Le pacte social régit encore les effets d'une situation passée. Une survivance provisoire de l'acte juridique collectif est indispensable. La théorie des sociétés de fait est assimilable à l'application d'un droit transitoire spécifique en matière de nullités de sociétés.

Ainsi que la société soit dotée ou dépourvue de la personnalité morale, tout se passe comme si elle avait été valable. Seule la disparition pour l'avenir d'une société dissoute s'organise. On vérifie le principe de l'annulabilité ou validité provisoire d'une société. L'annulation dans ces conditions met fin sans rétroactivité à l'exécution de l'acte collectif qui pourtant, par hypothèse, est vicié dès l'origine. La découverte de cette justification nous permet de conclure que la théorie des sociétés de fait absorbée par les différentes lois sur les sociétés depuis 1966 relègue son domaine aux sociétés annulées en phase de liquidation jusqu'à la clôture des opérations. Désormais les anciennes sociétés de fait jusqu'au prononcé de l'annulation sont des sociétés considérées comme valables avec toutes les conséquences qui en découlent : reconnaissance de l'entreprise commune des associés, règlement de comptes possible, protection des tiers, responsabilité du fait de l'annulation... L'absence de rétroactivité consacre l'impossibilité d'un retour au *statu quo ante* indépendamment des préjudices occasionnés : la validité même précaire des sociétés atteintes d'un vice originaire est une solution peu réaliste. La société de fait n'est plus aujourd'hui qu'une société annulée sans rétroactivité. La société viciée fonctionne quant à elle comme une société valable[1].

[1]Cette interprétation nouvelle des textes résout la question posée notamment par M.LEVENEUR de savoir pourquoi l'annulation d'une société ne fait que mettre fin

L'acte juridique collectif survit également lorsque la nullité est limitée à certaines de ses clauses uniquement : la volonté de réduire tous les effets de la nullité est présente dans la législation sur les sociétés. Limitée dans le temps, l'annulation l'est également dans son objet. Tous les moyens pour évincer la nullité totale des actes collectifs de sociétés sont privilégiés par le législateur. Le champ d'application de la nullité est alors encore sensiblement diminué au niveau de ses effets, au point d'être parfois absorbé par d'autres sanctions.

sans rétroactivité à l'exécution du contrat qui pourtant, par hypothèse, est vicié depuis son origine, *th. préc.*, p.397.

TITRE 2 : L'ÉTENDUE DE LA NULLITÉ DANS SON OBJET

"Nous ne connaissons pour limiter la force contractuelle que le moyen brutal de la nullité. Le législateur se trouve dans l'alternative de tout briser ou de tout subir. La convention est loi suivant l'article 1134 ou n'est rien suivant l'article 6. Ce tout ou rien n'est pas satisfaisant pour l'ordre économique. Il faudrait pouvoir pétrir le contrat, ... le faire servir à l'ordre économique"[1].

La nullité consiste dans le rétablissement de la légalité transgressée, par la suppression de la situation juridique illicite créée par la conclusion de l'acte au mépris d'une règle impérative de formation[2].

Si tous les auteurs s'accordent sur l'idée d'une sanction pour violation de la loi, peu distinguent l'enjeu de l'annulation : répression ou réparation, la frontière est mal définie au point que l'action en responsabilité est parfois englobée dans l'action en nullité[3].

Certes l'histoire peut conduire à une telle confusion. La *restitutio in integrum*, ancêtre de la nullité[4] recouvrait en fait une véritable action en responsabilité. Elle avait pour but de réparer le dommage subi par la

[1]Georges RIPERT, L'ordre économique et la liberté contractuelle, *Mélanges Gény*, t. II, p.347s., spéc.p.353.
[2]Catherine GUELFUCCI-THIBIERGE, Nullité, restitutions et responsabilité, Préface Jacques GHESTIN, *L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé*, Tome 218, 1992, n°375, p.223.
[3]Cf. nos remarques sur la violation d'une clause statutaire, première partie.
[4]Cf. *supra*, introduction du chapitre sur les nullités absolues et relatives

victime d'un comportement précontractuel déloyal. Les romanistes ont assimilé ces actions délictuelles à des voies de rescision des actes juridiques. Puis les glossateurs dissocièrent les fonctions de peine ou de réparation de l'annulation proprement dite. L'avènement du Code civil paracheva l'évolution en distinguant le vice du consentement, source de nullité du délit[1]. L'action en nullité et l'action en responsabilité ont depuis lors des finalités différentes malgré un creuset d'origine commune. Des interférences voient le jour ; une classification des rapports entre ces deux modes de réparation s'impose.

La mise en oeuvre de la responsabilité civile prend le relais pour réparer le préjudice causé par des vices inhérents à la formation des actes collectifs. Elle ne consiste pas uniquement dans le rétablissement de la légalité. Revenir au *statu quo ante* est une vue de l'esprit. L'idée d'un retour à une situation antérieure conforme à la loi se heurte, en effet, à une objection duale. D'une part, le droit des sociétés a renoncé à la rétroactivité de la nullité. La régression à un état idéal passé est définitivement éliminée au profit d'un changement de situation pour le futur. L'annulation n'a d'effet que pour l'avenir. D'autre part, en admettant que le caractère successif de l'acte ne fasse pas obstacle à une rétroactivité hypothétique, c'est la nature collective de la sanction qui, par son iniquité, conduit nécessairement à la réalisation du dommage du fait de son prononcé. Toutes les parties à l'acte ne sont pas, soit victimes de la cause de nullité, soit auteurs de l'illicéité[2]. Neutres, celles-ci subissent le contrecoup de l'annulation.

Le jugement de nullité n'équivaut pas à une réparation en nature; la liquidation n'est pas une forme de restitution[3]. C'est donc bien le changement de situation qui constitue le préjudice lié à l'annulation et non la cause de nullité qui ne les affecte pas, puisque l'acte juridique vicié s'applique quoiqu'il en soit. Ce dernier propos est à nuancer aussitôt car existe désormais une responsabilité hors annulation ; mais le préjudice occasionné est alors d'une autre nature[4]. Il faut donc admettre que l'annulation peut causer un préjudice

[1]C.GUELFUCCI-THIBIERGE, *th. préc.*, p.2s.
[2]*ibidem*, p.3.
[3]*ibidem*, p.724s.
[4]*ibidem*, p.126s.

spécifique quelle que soit son étendue. *A fortiori* quand la situation créée par l'annulation s'avère irréductiblement nouvelle.

Le législateur tâche de réduire, il est vrai, ce préjudice au néant par plusieurs artifices. L'absence de rétroactivité en est une des composantes maîtresses. Réduire l'étendue de la nullité dans son objet en est une autre. La nullité partielle en est en effet une autre facette, non moins développée. L'annulation comporte en effet des effets partiels sur certains actes collectifs de société. Dans cet esprit, de nombreuses clauses réputées non écrites sont prescrites. Elles s'apparentent bien que leur régime soit quelque peu hésitant à des nullités partielles.

Là encore, la question de la nature de la sanction se renouvelle. La nullité a-t-elle vocation à réparer un préjudice ou plutôt à rétablir la légalité ? La nullité partielle ne conduit-elle pas à une réfaction de l'acte voire à la réfection de celui-ci ? Le rétablissement de la légalité peut-il justifier une telle modification du contenu de la sanction ? Sur quel fondement peut-on considérer que les clauses réputées non écrites sont des nullités, quoique partielles ?

Ces questions soulèvent de véritables enjeux de politique législative. La recherche d'une sanction adéquate, proportionnée conduit à l'idée de réparation. La nullité ne peut être conçue comme une peine privée, ni même seulement comme l'exaucement d'un voeu pieux de rétablissement de la légalité. Elle modifie substantiellement la situation juridique sans revenir à un état antérieur : elle sanctionne l'insertion d'une cause de nullité en mettant un terme aux effets provisoires de l'acte ou en supprimant la clause litigieuse. Elle répare certes l'acte lorsqu'il subsiste, tronqué pour l'avenir, mais n'indemnise jamais le préjudice causé par l'irrégularité.

Pour autant, la nullité demeure avant tout une sanction, même partielle. Elle anéantit l'acte ou les parties de l'acte viciées sans compensation. Elle n'est pas un euphémisme voire une figure de langage à laquelle peut se substituer une autre plus significative. La responsabilité ne supprime pas l'illicéité même si elle rétablit subjectivement l'équilibre entre les parties. La réparation n'est pas du même ordre.

La nullité répond à des intérêts purement objectifs ou formels de soumission à la loi. Elle doit se conformer à un ordre de protection

collective tel que nous l'avons défini[1], et, à ce titre, l'intérêt général n'est plus le but à atteindre. La norme devient plus précise et la correspondance avec l'intérêt en jeu est alors presque parfaite. La sanction de nullité gagne de ce fait en souplesse. Le cadre a évolué. Le droit des sociétés imprime sa marque spécifique. Les clauses réputées non écrites méritent d'être étudiées à la lueur de ces considérations.

Certes, l'adéquation ne signifie pas nécessairement correction. Même dans le cas de la nullité, un préjudice peut subsister. La nullité n'a pas pour objectif de rétablir entièrement l'équilibre entre les parties en présence. Son objectif est plus ciblé. Se soumettre à un ordre public de protection collective peut conduire alors à créer un préjudice à titre individuel. Si le préjudice devient collectif, la nullité n'est pas prononcée : la suppression de l'illicite s'opère par d'autres biais[2]. Il faut admettre, par conséquent, que l'annulation puisse causer un préjudice[3].

Ainsi, la responsabilité devient le complément nécessaire de la nullité. Souvent elle lui est préférée. L'étendue de la nullité n'en est que plus restreinte. Dans cette optique, la responsabilité du fait de l'annulation peut donc être comprise comme une limitation de l'objet de la nullité.

Cependant, la nullité partielle (Chapitre 1) et la responsabilité du fait de l'annulation (Chapitre 2) représentent le plus souvent les effets secondaires complémentaires de la sanction de nullité des actes collectifs de société.

Elles méritent de retenir toute notre attention compte tenu des spécificités de la matière.

---

[1]Cf. *supra*, Première partie, p.126s., §2, notion d'ordre public sociétaire.
[2]Marie-Ève ROUJOU DE BOUBÉE signale que la réparation ne peut se concevoir sans dénonciation préalable de l'illicéité, *in* Essai sur la notion de réparation, *L.G.D.J.* 1974, p.218.
[3]*Contra* GUELFUCCI-THIBIERGE, *th préc.*, n°117s., p.87s.

CHAPITRE 1 : LES NULLITÉS PARTIELLES

"Alors que l'annulation partielle est l'exception dans le droit classique, elle tend à devenir la règle en ce qui concerne la sanction de l'ordre public interventionniste"[1].

Pour favoriser la dénonciation de l'illicite sans pénaliser ceux qui souhaiteraient le maintien de l'acte collectif dans sa globalité, le législateur ou le juge préconise la nullité partielle. Fréquemment prononcée par les tribunaux, la nullité partielle devient la sanction de droit commun. Ainsi en est-il chaque fois qu'une délibération ou une nomination est annulée en tout ou partie sans que cette décision se répercute sur les actes subséquents. Ces techniques de réparation sont classiques et connues. L'efficacité de la sanction est l'objectif recherché sans porter atteinte à la collectivité des associés voire aux tiers. C'est un moyen de concilier dans le cadre des actes collectifs l'impératif de sécurité juridique avec la nécessité d'une annulation.

Cette nouvelle forme d'interventionnisme permet de faire respecter la norme tout en garantissant un minimum de stabilité aux actes juridiques. Son origine légale lui confère un statut distinct sans raison profonde. Moins étudiée que la nullité partielle prononcée par le juge selon que la clause est jugée déterminante ou non, elle soulève aujourd'hui de nombreuses interrogations.

Les contrats d'adhésion sont très touchés par ce type de sanctions très ciblées. Les actes collectifs de société sont donc concernés au premier chef. L'acte d'adhésion n'est pas remis en cause dans son ensemble. Seules certaines clauses sont susceptibles d'être annulées comme portant atteinte à l'ordre public collectif. On échappe du même

[1]G. FARJAT, L'ordre public économique, *op.cit.*, n°380, p.311

coup aux incertitudes provoquées par l'application des distinctions entre les nullités relatives et absolues, les nullités de droit et facultatives...[1]

De ce point de vue, la technique légale des clauses réputées non écrites est tout à fait remarquable. Elle permet d'agir sur l'étendue de l'annulation, tout spécialement dans les actes complexes en évitant toutes les perturbations inhérentes à cette sanction[2]. Combinée avec d'autres sanctions, elle connaît une montée en puissance à compter de la loi du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis. Le mouvement consumériste a mis en lumière, tout particulièrement en France, l'engouement législatif pour ce procédé[3]. Le droit des sociétés en fait également grand usage[4].

Le recours à ce mode de protection *a posteriori*, outre sa fréquence, est érigé en sanction principale des vices de formation des actes constitutifs de sociétés quel qu'en soit la forme. En effet, l'article 1844-10 alinéa 2 du Code civil dispose que "toute clause statutaire contraire à une disposition impérative du présent titre, dont la violation n'est pas sanctionnée par la nullité de la société, est réputée non écrite." Le domaine de la nullité des clauses statutaires est circonscrit de façon précise par une liste exhaustive de causes d'annulation[5]. La nullité totale demeure l'exception.

Le droit français des sociétés réserve ainsi une place très originale et prépondérante aux clauses réputées non écrites. La définition de la règle impérative étant laissée le plus souvent à la libre appréciation du juge[6], l'option entre la nullité totale ou la nullité partielle de l'acte qui s'y rattache appartient au pouvoir souverain des

---

[1]Raymonde BAILLOD, "A propos des clauses réputées non écrites", Mélanges dédiés à Louis BOYER, *Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse*, 1996, p.14s., n°13.
[2]*ibidem, spéc*. n°7.
[3]art. L132-1 du Code de la consommation, conformément à la directive 93/13 "concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs" du 5 avril 1993, *cf. par ex* : Gilles PAISANT, "La lutte contre les clauses abusives des contrats dans l'Union européenne", dans Actes et débats de colloque sous la direction de Filali OSMAN, Vers un code européen de la consommation, Lyon 12 et 13 décembre 1997, *Ed. Bruylant, Bruxelles*, 1998, n°20, p.174.
[4]COZIAN et VIANDIER, *op. cit.*, n°231, p.83-84.
[5]Article 1844-10 alinéa 1 du Code civil.
[6]Cf. *supra*, chapitre sur les nullités textuelles et virtuelles

juges du fond. L'admission d'une telle sanction entraîne par là même un système de nullités à deux vitesses : l'un textuel, l'autre virtuel[1].

Le droit italien (article 1419-1 du Code civil italien) ou le droit suisse (article 20 alinéa 2 du Code suisse des obligations) ont une position similaire. Le droit allemand (article 139 du B.G.B.) adopte le principe inverse. La *Common Law* supprime ou limite l'application des clauses considérées comme odieuses (*unconscionable clauses*) selon les prescriptions de l'article 2-302 de l'*Uniform Commercial Code*.

Quant aux dispositions du Code civil français (articles 900 et 1172), elles placent les nullités partielles dans une position exceptionnelle[2] par rapport au droit commun des nullités même si celles-ci font partie intégrante de la théorie des nullités[3]. De nombreux textes spéciaux reconnaissent également le principe de la nullité partielle[4]. De même la jurisprudence n'hésite pas à retenir la nullité partielle pour endiguer le flot de contrats annulés en raison d'une seule clause litigieuse[5]. La recevabilité d'une action en nullité partielle est admise dès lors que l'intérêt pour une nullité totale n'est pas démontré[6]. Le juge s'arroge le droit d'interdire une clause illicite même en l'absence de texte[7].

Les enjeux théorique et pratique sont loin d'être négligeables selon que l'on accorde ou refuse une marge de manoeuvre lui permettant de trancher entre l'anéantissement de la clause litigieuse ou de l'acte juridique dans sa globalité. Le pouvoir du juge dépend de la nature juridique attribuée aux clauses réputées non écrites. Quel en est leur fondement ? Sont-elles une variante des nullités partielles ? Tout le régime de la sanction en dépend des solutions que l'on adopte.

---

[1]L.GROSCLAUDE, *th. préc.*, p.140 : la virtualité disparaît dans le cas des clauses réputées non écrites car il est posssible d'en dresser un catalogue.

[2]Seuls les actes à titre gratuit étaient concernés, au départ : P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, n°583,p.333s.

[3]P. SIMLER, *th. préc.*, p.25.

[4]Cf. références légales citées par Vincent COTTEREAU, dans "La clause réputée non écrite", *J.C.P.* 1993, 3691, notes 5 à 18.

[5]Ex: Civ. 1ère, 8 janvier 1985, arrêt de rejet n°30, pourvoi n°83-14-708, Lexilaser.

[6]Lexilaser : Civ. 1ère 13 nov. 1990, arrêt n°1367, rejet, pourvoi 89-13430; Civ. 1ère, 13 dec. 1988, arrêt n°1408, rejet, pourvoi n°87-11-894; Civ. 1ère, 8 janv. 1985, arrêt n°30, rejet, pourvoi n°83-14-708.

[7] V. COTTEREAU, *chron. préc.*, p.315 *in fine* ; R.BAILLOD, *art. préc.*, *spéc.* n°3.

Stigmatisées par le législateur, les clauses réputées non écrites semblent émerger comme une sanction *sui generis*. Pourtant, leur régime ne se distingue pas exactement de celui de l'inexistence d'une part, et de la nullité d'autre part. Bien plus, l'étude approfondie du sort des clauses illicites dans les actes juridiques révèlent une appartenance certaine à la catégorie plus générale des nullités, nonobstant quelques particularités les gouvernant.

La qualification de nullité partielle s'impose logiquement (section 1) malgré de nombreuses incertitudes ou imprécisions quant au régime qui en découle (section 2).

SECTION 1 : Clause réputée non écrite ou nullité partielle

Les clauses réputées non écrites n'appellent pas de régime dérogatoire en droit des sociétés. Toutefois, elles foisonnent en ce domaine[1]. Elles participent donc à la théorie générale des nullités en droit des sociétés. Clauses réputées non écrites prévues expressément en matière de sociétés commerciales, celles-ci sont énoncées virtuellement pour toute société quelle qu'elle soit dans le régime primaire (article 1844-10 alinéa 2 du Code civil).

Plus que les nullités expresses, voire les nullités obligatoires, les clauses réputées non écrites lient le juge. Il appartient seulement aux tribunaux d'apprécier le caractère contradictoire ou non de la clause statutaire avec la loi.

Il s'agit d'une nullité partielle, bien que les textes emploient une formule différente : le droit positif actuel ne reconnaît pas, il est vrai, sauf exception, la nullité partielle. La doctrine utilise en revanche ce

[1]Ainsi les articles 1844-1 alinéa 2 et 1843-4 du Code civil et les articles 16, 18 alinéa 1 *in fine*, 19 alinéa 2, 22 alinéa 2 *in fine*, 31 alinéa 3, 45 alinéas 3 et 7, 48 (sur renvoi à l'article 45), 52 alinéa 4, 55 alinéa 1, 56 dernier alinéa, 57 alinéa 3, 58 dernier alinéa, 60 alinéa 2, 100 alinéa 1, 107, 110, 142 alinéa 3, 153, 161 alinéa 3, 161-1 alinéa 1, 166, 174, 180 alinéa 4, 183 alinéa 2, 185 *in fine*, 246, 250 (sur renvoi à l'article 246), 251 (sur renvoi), 252 alinéa 4, 269-4 alinéa 2, 291 alinéa 2, 307, 317, et 339-1 alinéa 4 (sur renvoi à l'article 183 alinéa 2), 348, 417-1 alinéa 4 de la loi du 24 juillet 1966 édictent des cas de clauses ou de délibérations réputées non écrites.

vocable[1]. Mais l'abus de terminologie n'est pas innocent. Les nullités partielles sont destinées à limiter l'étendue de la nullité sans l'éluder entièrement. Le droit des sociétés ne peut balayer d'un trait de plume tous les cas de nullité sans palliatifs. Il n'est pas certain que le législateur de 1966 ait perçu toutes les répercussions de l'insertion de ces clauses réputées non écrites dans les textes de loi[2].

D'aucuns prétendent qu'il s'agit de nouveaux cas d'inexistence par volonté ou détermination de la loi[3]. Tout en rejetant la théorie organique de l'acte[4], ils réintègrent en fait le régime de l'inexistence par le biais de ces clauses[5]. Les Hauts magistrats utilisent eux-mêmes des formules dénuées d'ambiguïté, telles une clause réputée non écrite est "non avenue par le seul effet de la loi"[6] ou encore "censée n'avoir jamais été rédigée"[7]. La clause est frappée originellement d'inefficacité par le jeu d'une fiction, sans qu'il soit donc nécessaire d'obtenir une décision de justice. Elle est invocable par tout intéressé, prononçable à tout moment par le juge, obligatoire et imprescriptible. Quelle différence alors avec l'ancienne théorie de l'inexistence ?

Le régime des clauses réputées non écrites limite certes beaucoup l'office du juge, car la seule clause est considérée comme anéantie dès l'origine, quelle que soit la gravité du vice entachant l'acte. Celles-là apparaissent alors davantage comme une correction de l'acte que comme une véritable sanction. Mais elles ne peuvent être réputées non écrites de plein droit[8]. L'action est, quant à elle, prescriptible comme toutes les actions en justice[9]. Le mythe de l'inexistence s'estompe aisément. Les clauses réputées non écrites ont tous les traits des nullités partielles, qui sont particulièrement présentes en matière d'ordre public économique interventionniste[10].

---

[1]cf. *thèse précitée* de P. SIMLER.
[2]Jérôme KULLMANN, "Remarques sur les clauses réputées non écrites", *D.*1993, p.60.
[3]*ibidem*, p.59; COZIAN et VIANDIER, *op. cit.*,p.84; Ch. HANNOUN, "Remarques sur la prescription ...", *art. préc.*, p.51.
[4]R. JAPIOT, *th. préc.*, p.272s.
[5]R. BAILLOD, *art. préc.*, *spéc.* , n°10, qui est tentée de préconiser l'emploi à leur sujet du qualificatf "mort-né"...
[6]Civ.3ème, 1ère avr.1987, *Rev. dr.immob*. 1987, p.278, obs. F.GIVORD et C.GIVERDON; *J.C.P.* 1987, II, 21028, note Alain BLAISSE; *R.T.D.Civ.* 1988, p.736, obs.J.MESTRE.
[7]Civ.3ème, 2 déc. 1987, *Bull. civ*. III, n°198.
[8]R. BAILLOD, synthèse de jurisprudence et de doctrine, *art. préc.*, n°11s.
[9]Article 2262 du Code civil
[10]P. SIMLER, *th. préc.*, p.128.

La disposition impérative violée prend immédiatement le relais[1]; il ne subsiste pas de lacune dans les statuts[2]. C'est un procédé plus efficace que la demande en nullité de la délibération modifiant les statuts. Mais c'est encore à la catégorie des nullités qu'il appartient. Aucune contradiction dans la démonstration n'apparaît. Seule l'étendue de la nullité est alors limitée afin de ne pas porter atteinte à la validité du contrat de société ou de l'acte juridique collectif. Ainsi en est-il par exemple des rémunérations des dirigeants de sociétés : l'article 107 de la loi du 24 juillet 1966 édicte une clause réputée non écrite qui s'apparente davantage à la rescision pour lésion[3], c'est-à-dire à un cas de nullité partielle.

Il convient donc de rechercher avec précision les indices présidant à une classification des clauses réputées non écrites. Cela implique de vérifier si ce vocable ne renvoie pas finalement à des concepts déjà connus telles que l'inexistence, l'inopposabilité, la caducité ou encore la nullité.

La définition de la clause réputée non écrite offre quelques éléments de réponse : c'est une clause illicite "tenue pour" ou considérée comme n'ayant pas été stipulée[4]. Apparemment, c'est à la théorie de l'inexistence que la clause réputée non écrite fait référence. Pour autant, la coïncidence est loin d'être totale au point que certains auteurs ont inventé une nouvelle dénomination pour fixer la nature véritable de cette sanction. Ainsi voit-on éclore des termes comme "effacement"[5], "éradication"[6], "déracinement"[7], "amputation"[8], "biffage"[9], "caviardage" ou "gommage"[10], voire "cancellation"[11]. Ces appellations variées laissent présager quelque particularité dans le mode de fonctionnement de la

---

[1]B. TEYSSIÉ, "Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat", *D.*1976, II, n°31, p.286.
[2]P. SIMLER, *th. préc.*, p.118, n°96.
[3]Y. GUYON, conférence sur les avants contrats, Université LYON III, 22 mars 1995.
[4]Définition du verbe latin, *reputare*, Petit Robert.
[5]H. ROLAND et L. BOYER, Adages du droit français, *Vitiantur et vitiant*, *Litec* 1992, p.955; V. COTTEREAU, *chron.préc.*, spéc. n°19s.
[6]Jacques MESTRE, *R.T.D.Civ.* 1987, 737; KÜLLMANN, *art. préc.*, note 4.
[7]L. GROSCLAUDE, *th. préc.*, p.125s. qui postule plus loin la définition de la clause réputée non écrite suivante : "la négation par anticipation de l'effet juridique d'une stipulation sans qu'il soit besoin d'en démontrer l'irrégularité par voie d'action", p.132.
[8]F. TERRÉ, Introduction générale au droit, *Dalloz* 1991, n°408, p.341.
[9]Civ. 3ème, 26 avril 1984, *Toth c/Entreprise da Costa*, inédit.
[10]J. CARBONNIER, Les obligations, *P.U.F.*1992, n°104, p.201.
[11]R. BAILLOD, *art. préc.*, n°14.

clause réputée non écrite. Mais la spécificité de la sanction n'est peut-être pas démontrée scientifiquement du fait de l'absence de rattachement évident à une notion existante. Le passage au crible de toutes les théories bien ancrées ou nouvelles est donc nécessaire.

Or, ranger les clauses réputées non écrites dans une catégorie préétablie, c'est chercher inévitablement le but de cette institution. Il faut, par conséquent, pour déterminer la nature des clauses réputées non écrites (§2), s'interroger au préalable sur le fondement d'une telle sanction (§1).

§1 Fondement des clauses réputées non écrites en droit des sociétés

Les raisonnements les plus savants ramènent toujours à l'euclidien principe de la force obligatoire des conventions. L'éviction de la clause contraire tient à ce que la volonté contractuelle ne saurait se contredire elle-même. Sans le secours d'aucune règle particulière, les clauses contraires à la volonté-type sont évincées. Le législateur tout comme le juge se bornent à constater qu'on ne saurait vouloir une chose et son opposé. Essence du contrat ou moule qui s'offre à l'adhésion des volontés particulières, c'est toujours à une à une volonté originelle des parties qu'il est fait référence. Pour autant il ne faut rien exagérer de la force propre du contrat.

L'idée d'une obligation fondamentale irréductible a été avancée. Celle-ci se caractérise par le fait que les parties peuvent la restreindre sans pouvoir la priver de tout contenu[1]. Entrerait dans cette catégorie l'*affectio societatis.* La confusion avec les conditions essentielles à la validité des actes collectifs de société est tentante. De prime abord, le consentement, la cause ou l'objet sont des notions proches voire assimilables. Pourtant le recours à l'*affectio societatis* , comme critère de l'obligation fondamentale en matière de sociétés, ne connaît pas d'équivalent. Quoique le droit communautaire nie la spécificité d'une telle cause de nullité[2], notre étude des conditions de la formation des

[1]Philippe JESTAZ, "L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale", Mélanges offerts à P. RAYNAUD, *Dalloz Sirey*, 1985, *spéc*.p.282.
[2]Cf. *supra*, Première partie, Chap. sur les nullités textuelles et virtuelles

actes collectifs[1] a suffisamment démontré, si besoin était, l'absence totale de logomachie en ce domaine. L'*affectio societatis* permet de définir avec plus d'exactitude l'étendue de la nullité. Une rupture de l'égalité n'appelle pas nécessairement une nullité totale[2], tant que l'intérêt social est préservé. Si le rétablissement de la légalité peut être obtenu par une nullité partielle, l'intérêt collectif commande alors le maintien de l'acte en dépit de l'extraction de certaines clauses. Le concept d'obligation fondamentale montre les limites de l'examen de l'intention des parties pour déceler les caractères de la nullité. Il peut être généralisé à toutes les clauses réputées non écrites. Tel est le fondement avancé dans un arrêt de la Cour suprême[3].

En outre, l'acte d'adhésion suppose de nombreuses clauses indépendantes dont le contenu fixé abstraitement et au préalable n'a pu être négocié par l'adhérent[4]. Certaines stipulations peuvent être valables et faire preuve d'une réelle équipollence entre les prestations des parties. C'est l'équilibre général de l'acte qui est recherché. Dans ces conditions, l'*affectio societatis* représente la pierre angulaire du droit des sociétés. Car l'égalité est l'âme des contrats d'adhésion[5].

A défaut, la nullité totale ou partielle est prononcée. Les critères du consentement, de la cause ou de l'objet s'avèrent, en ce cas, très insuffisants pour statuer sur la validité d'une clause litigieuse. C'est reconnaître indirectement une cause de nullité spécifique à la matière : la lésion.

Modifier l'étendue de la nullité, c'est en effet avoir un droit de regard sur le contenu de l'acte collectif de société.

La nullité totale servirait encore la partie dominante. Les juges s'en défient. Mais, sous peine d'arbitraire, c'est surtout au législateur qu'il appartient d'empêcher un abus de puissance économique[6]. A cet

---

[1]Cf. *supra*, Première partie, Titre 2, Nullités des actes collectifs de sociétés

[2]*A contrario*, la nullité totale est requise dans le cas de l'abus de droit car à la rupture de l'égalité s'ajoute la contradiction à l'intérêt social : cf. *supra*, Première partie, La nullité des actes collectifs de sociétés.

[3]Com. 22 oct. 1996, *J.C.P. Ed. E*, 1997, n°924, note Kibalo ADOM.

[4]G. BERLIOZ, *th. préc.*, n°41, p.27.

[5]Georges RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, 4ème éd., *L.G.D.J*. 1949, n°57, p.100.

[6]FORTIER, Les pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion, thèse Dijon, 1909; DEREUX, De l'interprétation des actes juridiques privés, Paris, 1905.

égard, les clauses réputées non écrites ressortissent à son pouvoir. Ainsi, un ordre juridique incompressible apparaît sous-jacent.

Plus qu'une simple sanction, les clauses réputées non écrites participent effectivement à une forme d'interventionnisme positif plus ou moins étendu destiné à limiter les parties, et influer sur le contenu des actes juridiques dans un but d'ordre public. Il est entendu qu'elles contribuent à l'élaboration d'un ordre public moderne, fédérant l'ordre public classique et l'ordre public contemporain[1].

Le développement des actes d'adhésion va de pair avec la reconnaissance d'un pouvoir normatif[2]. En droit de sociétés, la qualification d'ordre public de protection collective a été mise en évidence. Les clauses réputées non écrites manifestent donc un recul certain du principe de l'autonomie de la volonté comme la majorité des causes de nullité en la matière (A.). L'acte d'adhésion suppose un acte complexe où une partie est dominante. Quelle que soit la volonté des parties à l'acte collectif, c'est surtout l'équilibre entre les prestations des parties qui est visé. Les clauses qui méconnaissent l'intérêt collectif peuvent être annulées à l'instar des clauses abusives qui sont réputées non écrites[3]. C'est reconnaître que les actes collectifs sont rescindables en tout ou partie pour lésion (B.).

A. Ordre public de protection collective et clauses réputées non écrites

Dans l'acte d'adhésion, la protection de la partie la plus faible est assurée par la loi : les clauses réputées non écrites attentent à la volonté du plus fort. Ainsi, le déclin de la volonté individuelle (b.) va de pair avec le développement de l'interventionnisme législatif (a.).

[1]V.COTTEREAU, *chron. préc.*, n°18.
[2]Georges BERLIOZ, Le contrat d'adhésion, Préf. B. GOLDMAN, *L.G.D.J.* 1973, *Bibliothèque de droit privé,* Tome CXXXII, p.14.
[3]Articles 35 à 38 de la loi n°23 du 10 janvier 1978 relative à la protection et l'information des consommateurs de produits et services.

a. Développement de l'interventionnisme législatif

L'abus de position dominante n'appelle pas nécessairement la nullité totale. Il appartient au législateur d'empêcher qu'une partie dicte ses conditions unilatéralement lors de la conclusion des actes collectifs de société. Seules certaines clauses peuvent tomber sous le coup de la législation de protection de l'intérêt collectif. Ce qui explique la recrudescence de clauses réputées non écrites en ce domaine. L'intervention du législateur est indispensable en matière d'actes d'adhésion[1] (1.). Quelques auteurs ont mis en relief ce lien étroit entre la notion d'ordre public de protection collective et la nullité partielle[2] (2.).

1. Ordre public de protection collective et actes d'adhésion

En matière de sociétés, un certain nombre de règles sont supplétives de volonté. Les parties peuvent y déroger. Mais, plus la personnalité morale fait écran, moins les parties aux actes collectifs de sociétés ont de liberté[3]. Un cadre quasi institutionnel s'impose à elles au point que certains auteurs ont cru à un changement de nature de la société, notamment à propos des sociétés anonymes[4]. En fait, ce mouvement vers un cadre conceptuel rigide s'explique par la nature même des actes collectifs de société. Ce sont des actes d'adhésion où il convient de protéger par une réglementation stricte les pouvoirs et les droits de l'associé, c'est-à-dire de l'adhérent. L'ordre public collectif établit un subtil équilibre entre les intérêts en présence. Tout est mis en oeuvre pour assurer la coexistence de l'intérêt social avec celui des associés en évitant tout détournement de pouvoir voire confiscation au profit d'une classe dirigeante dans la société.

En maintenant l'acte valable, les clauses réputées non écrites ressortissent à cette recherche d'équilibre des pouvoirs. Toute rupture d'égalité est sanctionnée. L'*affectio societatis* se retrouve obligatoirement

[1]MAZEAUD et CHABAS, *op. cit.*, n°88, p.78; FLOUR et AUBERT, *op. cit.*, n°259, p.184.
[2]G. FARJAT, *th. préc.*, p.367s.; P. MALAURIE, *th. préc.*, p.243s.; P. SIMLER, *th. préc.*, Chapitre IV, p.397s.
[3]Cf. schéma, *supra*, Première partie, fin du chapitre sur le domaine des nullités.
[4]Cf. introduction de la thèse

à tout niveau. C'est dire que l'acte d'adhésion connaît un certain nombre de normes à laquelle aucune dérogation n'est permise. Alors que le contrat négocié se révèle par la création de normes semi-impératives (*jus dispositivum*), les actes collectifs de société supposent pour leur validité le respect de tout un complexe d'obligations irréductibles (*jus cogens*)[1] : obligation de contribuer aux pertes, responsabilité des gérants, égalité dans la prise de décisions sociales, information des actionnaires, conditions de majorité, droit de vote...

Un droit "imposé" prend le pas sur le droit "négocié"[2], même si certains nient l'aspect contraignant du dirigisme privé[3]. Lorsque la loi prive une des parties de son pouvoir de détermination du contenu de l'acte juridique, on constate nécessairement le déclin de la volonté individuelle. Tous ses efforts de protection sociale font appel à un interventionnisme néo-libéral destiné exclusivement à rétablir l'équilibre dans les contrats : ils sont interprétés à juste titre comme une limitation de l'autonomie de la volonté[4]. La loi est l'instrument d'un dirigisme de protection[5]. L'acte d'adhésion est né, inéluctablement son inventeur le compare à la Lex[6]. Ordre public de protection collective et acte d'adhésion ne font qu'un. Le subjectivisme disparaît.

Toutes les causes de nullité que nous avons relevées et qui conduisent à une annulation totale de l'acte collectif constituent des vices objectifs, sauf exception : nullité textuelle ou virtuelle, seule la violation de l'impératif collectif est en définitive prise en considération. Ainsi a-t-on pu mettre en lumière l'évolution vers une action sociale en nullité[7] et l'obligation de démontrer l'existence d'un intérêt légitime dans chaque procédure.

Ces mutations s'appliquent aux clauses réputées non écrites. La recevabilité de l'action est appréciée à l'aune de l'ordre public collectif : la clause ne peut être déclarée non écrite que si elle est "contraire à une

---

[1]G. BERLIOZ, *th. préc.*, p.72.
[2]JACQUEMIN et SCHRANS, Le droit économique, *op. cit.*, p.38.
[3]G. RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne, 1951, p.219.
[4]G. BERLIOZ, *th. préc.*, n°3-4, p.8, n°316s. , *spéc.* n°325, p.157; l'auteur développe même l'idée d'une "interprétation de protection" par le juge lorsque celui-ci doit faire application d'actes juridiques de ce type .
[5]*ibidem*, n°315, p.154.
[6]SALEILLES, De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand, 1901, p.219.
[7]Cf. *supra*, première partie, notion d'intérêt à agir dans l'action en nullité

disposition du présent titre" (article 1844-10 alinéa 2 *in* Titre neuvième du Code civil) qui ne relève pas de l'ordre public classique ; l'intérêt général n'est pas en cause.

En droit des sociétés, sauf exception, ce n'est pas l'intérêt général ou un intérêt particulier qui est visé. L'ordre public classique ou l'ordre public de protection simple ne sont que rarement concernés. Seule la théorie générale des vices du consentement et le droit des incapacités protègent une des parties au contrat : la sanction est donc relative. L'annulation des actes constitutifs de société pour objet social illicite relève, quant à elle, de l'intérêt général. Hormis ces cas, nous avons découvert un ordre public collectif dont la violation est réprimée par des cas de nullité d'essence collective[1]. Ce sont des nullités de protection où l'intérêt protégé est collectif.

Ce même fondement s'applique pour les mêmes raisons aux clauses réputées non écrites. Celles-ci visent le même objectif : dès lors que le crédit, l'épargne publique ne sont pas en cause, ces clauses protègent l'intérêt collectif bien compris de la société. Le législateur rejette expressément la nullité totale de l'acte juridique.

2. Ordre public de protection collective et nullité partielle

En matière d'ordre public de protection, la solution de la nullité partielle impérative s'impose avec plus d'évidence encore[2]. La sécurité et la continuité contractuelle sont mieux assurées par ce biais[3]. L'idée de nullité partielle est parfaitement adéquate à la notion d'ordre public collectif. Elle correspond davantage à une riposte graduée par rapport à l'objectif recherché. La sanction n'est pas générale. Limiter la portée de la nullité, c'est toujours protéger à la fois la collectivité interne et externe. Seule l'étendue de la nullité varie. Dans cet esprit, les clauses réputées non écrites sont conformes au droit communautaire[4].

La cible des clauses réputées non écrites est rigoureuse : "clauses-couperet", celles-ci sont nettement plus efficaces que l'annulation totale

[1]cf. *supra*, Première partie, Titre 1, Chapitre 2 sur les nullités relatives et absolues
[2]P. SIMLER, *th. préc.*, n°332, p.404.
[3]G. FARJAT, *th. préc.*, p.362-363.
[4]B. LECOURT, *th. préc.*, n°441, p.334.

de l'acte. Le juge doit en faire un usage modéré tout comme pour toutes les causes de nullité.

Jusqu'à présent, la jurisprudence admettait de façon constante qu'une clause jugée illicite ou injuste ne devait être réputée non écrite que lorsqu'elle ne constituait qu'un élément secondaire de l'engagement des parties. Qu'en revanche la clause convenue paraisse objectivement essentielle, la totalité devait être annulée[1]. Pourtant, la Cour régulatrice s'est arrogé le droit de détecter des clauses comme abusives dans n'importe quel contrat. Or, en dépit de leur impact sur l'ensemble du contrat, la loi les répute non écrites. Cette jurisprudence audacieuse inaugurée par la chambre civile[2] a été renouvelée récemment par la chambre commerciale dans l'arrêt *Chronopost*[3]. La nullité partielle a sanctionné une clause exonératoire de responsabilité qui ôtait tout intérêt à une obligation de célérité jugée essentielle dans le contrat principal. Il s'agissait d'un contrat d'adhésion qui relève donc d'un protectionnisme contractuel dérogatoire au droit commun[4]; la société qui avait confié l'acheminement d'un pli devant parvenir à son destinataire le lendemain avant midi ne pouvait pas discuter les stipulations du contrat : il convenait donc de protéger cet adhérent placé dans une situation défavorable. Considérer le contrat comme indivisible aurait conduit à une annulation totale pour contradiction de clauses ou bien, au contraire, le juge aurait pu prononcer la résolution du contrat pour inexécution laissant alors intacte la clause limitative de responsabilité[5]. Ces deux solutions étaient contraires à l'équité car elles privilégiaient la position du plus fort. Seule une clause réputée non écrite pouvait véritablement rétablir l'équilibre entre les parties tout en maintenant la validité du contrat.

---

[1]A. SÉRIAUX, Avant-propos à P. STOFFEL-MUNCK, "Regards sur la théorie de l'imprévision, vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain", P.U.A.M., 1994, n°33.

[2]Cass. civ. 1ère, 14 mai 1991, *D.*1991, II, 449, note J. GHESTIN; *D.*1991, *Somm.* 320, obs J.-L. AUBERT.

[3]Cass. 22 oct. 1996, *D.*1997, II, 121, note A. SÉRIAUX; *J.C.P.* 1998, Doctr., 152, "Théorie de la cause et justice contractuelle, À propos de l'arrêt *Chronopost*", par Jean-Pascal CHAZAL; *Dalloz Affaires* 1997, p.247; *R.J.D.A.* 1997-1, n°6; *Contrats, conc., consomm.*, fév. 1997, n°24, obs. LEVENEUR.

[4]Ch. LARROUMET, "Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité", *D.* 1997, I, n°4, p.146.

[5]J. GHESTIN, "L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive", *Mélanges Pierre Raynaud*, n°29, p.221.

A y regarder de plus près, aucune sanction autre que la nullité partielle ne peut rendre compte de la définition des clauses réputées non écrites. La nullité est en effet apparue comme la sanction la plus classique pour réparer un vice lié à la formation des actes collectifs de société. Les clauses réputées non écrites sont requises tout particulièrement en matière d'actes et de délibérations de sociétés. La liste des clauses réputées non écrites n'est pas exhaustive, l'ordre public collectif n'étant pas nécessairement défini par le législateur. Tout comme la majorité des causes de nullité en droit des sociétés, les clauses réputées non écrites sont donc des nullités d'ordre public. C'est en fonction de cet objectif de protection collective qu'elles sont prononcées. Le juge peut ainsi dans son pouvoir souverain d'appréciation gommer une clause si elle lui paraît illicite. Tout est mis en oeuvre pour que la sanction soit proportionnée à son but selon les principes dégagés par JAPIOT.

Peu importe la cause de l'acte juridique. Le fait que la clause a été déterminante du consentement est indifférente. Le poids de la volonté est négligeable dans le choix de la sanction.

b. Recul du principe de l'autonomie de la volonté

En réputant non écrites des clauses contenues dans les actes collectifs de sociétés, le législateur qualifie l'opération juridique : il s'agit d'actes complexes et plus précisément d'un acte d'adhésion, c'est-à-dire où une partie est dominante. Dans ce cadre, peu importe que l'acte ait été accepté globalement et sans hiatus par les contractants. Le principe de l'autonomie de la volonté est exclu. C'est l'abus de position dominante qui est sanctionné. En droit de la consommation, le raisonnement est similaire[1]. Le "labyrinthe" de l'indivisibilité des obligations est alors mis hors jeu (1.). De même, l'application des articles 900 et 1172 du Code civil est inappropriée car la recherche de la commune intention des parties ne peut être que conjecturale : le

[1]Pour une étude d'ensemble sur la recherche d'un équilibre contractuel, *cf.* Jean CALAIS-AULOY, "L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats", R.T.D.Civ. 1994, p. 239.

consentement des associés s'avère indifférent ; la notion de cause est également inopérante (2.)

1. Hors du "labyrinthe" de l'indivisibilité des clauses

Voici plus de 400 ans qu'une partie substantielle de l'oeuvre de Charles DUMOULIN est régulièrement maudite par nombre d'auteurs qui ont à présenter, telle une sorte de jeu du Minotaure, les écrits touchant à l'indivisibilité des clauses d'un acte juridique complexe pour découvrir le "fil" directeur. Le jurisconsulte humaniste de la Renaissance distinguait[1] trois types d'indivisibilité en matière d'obligations, dont une relative, car conçue par l'homme à partir d'éléments originairement divisibles[2]. L'exemple cité le plus couramment, dans ce dernier cas de figure, est la maison, qui n'est pas, en principe, livrable en pièces détachées.

L'indivisibilité intellectuelle est, en matière de sociétés, celle qui retient également notre attention. On la retrouve dans tous les actes collectifs de sociétés, qui masquent en réalité toujours une forme d'adhésion de tous les participants à un accord-cadre, tels pacte social, conventions entre associés, agrément, action de concert... Quel que soit l'acte complexe envisagé, l'effet d'anéantissement en chaîne qui en résulte est source de dangers que le législateur a cherchés à maîtriser.

Rebelle à une exécution fractionnée, l'acte collectif de société devrait effectivement faire l'objet d'une annulation totale dès lors qu'un vice l'entache. Des clauses réputées non écrites ont été alors expressément édictées en ce domaine. Cela signifie-t-il que l'acte est indivisible, par principe, et que seule la loi peut dénouer le fil d'Ariane? Ou plus simplement, l'indivisibilité de plein droit est-elle un mythe qui laisse place au prononcé de nullités partielles en tous genres ? A l'égard des indivisibilités déduites d'une implicite volonté des parties, la Cour

---

[1]Pierre-Yves GAUTIER, *R.T.D.Civ.* 1993, Obligations et contrats spéciaux, p.376s. *spéc.* n°3, 381s. Jean-Michel MARMAYOU, "Remarques sur la notion d'indivisibilité des contrats", *Revue de juris. comm.*, 1999, p.293s.

[2]Articles 1217 à 1225 du Code civil inspirés par POTHIER qui résuma le traité de DUMOULIN, *spéc.* article 1218 : "L'obligaion est indivisible qouique la chose ou le fait qui en est l'objet soit divisible par sa nature, si le rapport sous lequel elle est considérée dans l'obligation ne la rend pas susceptible d'exécution partielle".

suprême a toujours manifesté une certaine réserve[1]. La nature subjective de l'indivisibilité empêche que l'on puisse la présumer[2]. De ce fait, se pose un problème de preuve. Si l'on y ajoute la question épineuse du lien d'indivisibilité, celle-ci devient alors une mine de contentieux[3]. Il suffit de se reporter à l'affaire récente du réseau Sedri[4] pour réaliser à quel point l'indivisibilité est un sujet crucial aux conséquences ravageuses en matière de nullités[5].

Les clauses réputées non écrites mettent un terme à cette interdépendance et ce, de manière objective. Tout le débat sur l'indivisibilité et l'indissociabilité[6] de la clause par rapport à l'acte dans son ensemble est ainsi occulté. La sanction contourne ainsi l'obstacle formé par "le caractère particulièrement fuyant"[7] que revêt le concept d'indivisibilité. Notion de droit ou notion de fait, la confusion qui règne[8] est éteinte. La discussion sur la qualification de la clause en litige est alors déplacée sur le terrain de la sanction apportée : caducité, clause réputée non écrite ou nullité partielle, le législateur a tranché : l'acte collectif devient divisible par détermination de la loi. La marge de manœuvre du juge est nettement plus étroite : il ne peut faire application de la section V du Code civil sur "l'interprétation des conventions", le consentement des parties et la cause de l'obligation étant sans incidence sur le choix de la sanction par le législateur.

---

[1]Jacques MESTRE, *R.T.D.Civ.* 1985, 171, n°7, ex : Civ. 1ère 11 janvier 1984, *Bull. civ.* I, n°12, p.11.

[2]MARMAYOU, *art. préc.*, p.298; Jacques MOURY, "De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats", *R.T.D.Civ.* 1994, p.255s., *spéc.* p.259.

[3]Jacques MESTRE, obs. *R.T.D.Civ*. 1991, p.112.

[4]Le litige portait certes sur l'existence d'un lien entre un ensemble de contrats d'adhésion dont les effets étaient conjugués, non sur une question d'indivisibilité entre des obligations d'une convention unique, mais le principe énoncé, en l'espèce, par la Cour de cassation peut, sans difficulté aucune, s'appliquer aux différentes clauses d'un même acte juridique : "Chacun des contractants ne s'est engagé qu'en considérant l'engagement de chacun comme une condition des engagements des autres", Com. 4 avril 1995, *Bull. civ.* IV, n°115 et n°116; *D.*1995, somm. comm. p.231, Laurent AYNÈS; *D.*1996, p.141, note S.PIQUET; *J.C.P. Ed. E* 1996, II, 792, note E.TARDIEU-GUIGUES et M.C. SORDINO; *R.J.D.A.* 5/95, p.414, rapport P.LECLERCQ, n°533; *Contrats, conc., conso.* 6/95, n°105, obs. Laurent LÈVENEUR.

[5] Philippe DELEBECQUE, Contrats et obligations, Indivisibilité, *Jurisclasseur civil*, Fasc. 55 à 57, 1987, n°12; J.MOURY, *art. préc.*, n°25.

[6]J. BOULANGER, "Usage et abus de la notion d'indivisibilité dans les actes juridiques", *R.T.D.Civ.* 1950, *spéc.* p.4-5.

[7]J.MOURY, *art. préc.*, *abstra.*

[8]MARTY et RAYNAUD, Droit civil, Les obligations, t.2, 1er vol, n°770; Fernand DERRIDA, Indivisibilité, *Recueil Dalloz*, n°23-24; P.SIMLER, *th. préc.*, p.355, n°291 ou p.356, n°293.

2. Abstraction du consentement et nonobstant la notion de cause corrélative

Le rejet légal de tout consentement des parties par le jeu des clauses réputées non écrites s'explique aisément par le fondement dégagé sans recourir pour autant à la théorie de l'inexistence. Chaque clause doit correspondre à l'intérêt collectif indépendamment de la volonté exprimée. Les parties à l'acte ne peuvent avoir l'intention que d'intégrer des stipulations conformes à l'ordre public collectif. Sinon la sanction de nullité est encourue. L'éventualité d'une nullité partielle produit même selon certains auteurs un effet dissuasif[1]. Cette vision est un peu idéaliste mais elle évite une recherche sans nul doute divinatoire de la volonté des parties. Celle-ci est donc présumée non valable lorsque le juge décide de considérer la clause comme n'ayant jamais été rédigée. Toute autre interprétation serait quelque peu difficile à soutenir.

De la même façon, la théorie de la cause est abandonnée lorsqu'il s'agit d'appliquer la sanction de nullité à des clauses jugées abusives (c'est-à-dire selon M. GHESTIN, sans contrepartie particulière) dans les contrats d'adhésion[2]. Le critère textuel peut sembler arbitraire ; il pallie toutefois une référence subjective somme toute bien empruntée[3].

L'acte est maintenu en dépit de l'extraction de la clause pour des motifs d'ordre public. La volonté collective n'est pas contrariée dans son ensemble puisque l'acte subsiste. Ses effets perdurent par-delà la disparition de la clause illicite. Les tiers et les parties sont protégés à égalité. C'est un juste retour des choses dans le cadre d'actes d'adhésion où ne peut être discutée la majorité des clauses. L'exemple le plus caractéristique est celui des clauses léonines qui tombent sous le coup de l'annulation sans conséquence aucune sur la société elle-même quelle que soit la volonté des associés[4].

[1]P. SIMLER, *th. préc.*, n°170; GUELFUCCI-THIBIERGE, *th. préc.*, n°519.
[2]J. GHESTIN, *op. cit.*, n°875s.
[3]C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *th. préc.*, n°502.
[4]Cf. *infra*, B.

La volonté devient l'instrument de l'idéologie du législateur. C'est cette volonté que le juge devra s'efforcer de découvrir[1]. Elle gagne en objectivité.

La violation de l'impératif légal s'apprécie en effet objectivement. Le but à respecter est extérieur à la volonté des parties. Peu importe que la stipulation viciée constitue la "cause impulsive et déterminante"[2] de l'acte. Les motifs qui ont animé les parties n'ont pas à être pris en considération par le juge. Toute l'appréciation subjective de la clause est éludée. Seule cette dernière tombe quelle que soit la volonté des parties. Telle est la finalité des clauses réputées non écrites. La politique législative serait compromise par une annulation totale. L'efficacité commande une annulation partielle[3]. Alors qu'au nom de la volonté des parties, l'acte dont l'une des clauses est entachée de nullité est frappé de nullité totale si la clause viciée joue un rôle primordial.

Ainsi peut-on relever des arrêts faisant une application exacte de ses principes[4]. Ce recul de l'autonomie de la volonté est la preuve de la préséance d'un ordre public interventionniste en droit des sociétés. Il est déjà sensible dans la nomenclature des causes de nullité en ce domaine[5] : le respect de l'ordre public collectif prime sur la protection à accorder à la volonté des parties.

Toutes les causes de nullité de droit commun ne sont effectivement pas nécessairement reçues par les tribunaux. La question reste notamment ouverte pour l'absence ou l'illicéité de la cause qui ne sont pas toujours retenues comme une hypothèse de nullité de société. Le droit communautaire a en effet prohibé la cause dans la liste des cas de nullité de sociétés concernant les sociétés par actions[6]. L'examen de

---

[1]Bernard TEYSSIÉ, "Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat", *D.*1976, 2, *chron.* XLVIII, n°11.

[2]Req. 3 juin 1863, Martal, *D.P.* 63, I, 429; *S.*64, I, 269; A. PONSARD et P.BLONDEL, *Rép. civ.*, v°Nullité, n°155.

[3]P. SIMLER, *th. préc.*, p.117.

[4]Civ.3ème, 2 déc. 1987, *Bull.civ.* III, n°198; *D.*1987, *I.R.*255 : pourvoi : nullité du bail demandée dans sa globalité, la clause litigieuse relative à la durée du bail étant considérée comme essentielle; rejet : "Mais attendu qu'une clause réputée non écrite étant censée n'avoir jamais été rédigée, l'arrêt en décidant qu'elle ne peut entraîner la nullité du bail lui-même, ne viole aucun texte"; Civ. 3ème, 9 juillet 1973, *D.*1974,24, *inédit* : dispositions d'ordre public... "qui protègent... et laissent subsister la validité du bail au cas d'annulation de clauses, même déclarées déterminantes par les parties.".

[5]Cf. *supra*, Première partie

[6]Cf. *ibidem, spéc.*, chap. sur les nullités textuelles et virtuelles

la cause impulsive et déterminante est exclu du fait de son caractère trop subjectif. Seul l'objet social illimité ou le défaut d'objet, vices objectifs, trouvent grâce aux yeux du législateur européen. L'appréciation des clauses réputées non écrites procède de la même politique législative. L'annulation partielle obligatoire serait une caractéristique de l'ordre public économique. Ainsi dans sa thèse, M. FARJAT écrit : "Chaque fois qu'un texte d'ordre public économique a prévu la nullité d'un élément du contrat ou la modification du contrat, quels que soient les termes utilisés, quelle qu'ait été la volonté des parties, il convient d'annuler toujours ce seul élément"[1].

Mais, les juges, observe M. Philippe MALAURIE, "préfèrent habiller l'ordre public avec une prétendue volonté contractuelle ; ils continuent à présenter des règles impératives sous forme d'interprétation de volonté tacite, en suivant une sorte de réflexe héréditaire"[2]. Or, l'ordre public fait échec à la volonté des parties. Il touche autant la formation que l'étendue de la nullité du contrat[3]. En fait, c'est une remise en cause pure et simple du principe en vertu duquel l'étendue de la nullité dépend de l'intention des parties selon une interprétation bien connue des articles 900 et 1172 du Code civil combinés[4].

Deux articles du Code civil forment une paire indissociable, en effet, à partir de laquelle le principe de nullité partielle a été dégagé conformément à la volonté des parties dans les actes complexes. Les actes collectifs de société sont donc concernés. L'article 900[5] pour les actes à titre gratuit et l'article 1172[6] pour les actes à titre onéreux fixent le cadre des conséquences d'une annulation partielle sur le contrat entier[7].

---

[1] *Op. cit*., p.382, même idée, p.385.
[2] *Th. préc*., p.248.
[3] P. SIMLER, *th. préc.*, p.99.
[4] J. RUBELLIN-DEVICHI, "L'irrecevabilité de l'action civile et la notion d'intérêt général", *J.C.P.* 1965, n°1922; Comp. A. HUET, *R.T.D.Civ.* 1967, 80.
[5] "Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites."
[6] "Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend."
[7] Le mot "condition" employé dans ces deux textes n'est pas à prendre ici dans son sens technique de modalité affectant l'acte mais il désigne toutes les clauses du contrat, FLOUR et AUBERT, *op. cit*., note 1, p.272.

Par un double mouvement inverse, les tribunaux ont unifié les deux régimes[1]. A toute fin, et sans considération de la nature gratuite ou onéreuse de l'acte, ils recherchent dans chaque espèce si les parties ont considéré la clause illicite comme un élément déterminant ou comme un élément accessoire de leur accord. Dans le premier cas, la nullité est totale, même si l'acte est à titre gratuit : l'article 900 est écarté au motif que ladite clause est devenue la clause de la libéralité dans le sens de cause impulsive et déterminante. Dans le second cas, la nullité n'est que partielle même si l'acte est à titre onéreux : l'article 1172 est évincé pour la raison que la convention ne dépend plus vraiment de la clause ; celle-ci est donc simplement réputée non écrite, et pour le reste, le contrat subsiste[2]. Il y a là une recherche d'intention qui, en principe, échappe au contrôle de la Cour de cassation (sauf fraude ou dénaturation des termes du contrat). Mais sous couvert d'une interprétation de volonté, les tribunaux s'inspirent de considération d'intérêt général ou d'exigences de l'ordre public. L'opportunité commande finalement la nullité totale ou partielle. L'objectif doit rester le même que celui, autrefois poursuivi, par les rédacteurs de l'article 900 : encourager la "dénonciation de l'illicite" en la rendant avantageuse pour celui qui en prend l'initiative[3]. Arbitraire ou artifice du juge, la nullité partielle est au service de l'ordre public quelle que soit la volonté des parties.

Certes, le juge ne s'est pas senti lié par ces dispositions législatives dans les deux cas. La jurisprudence commerciale exige jusqu'à présent une cause licite comme condition de formation de l'acte constitutif de société. De même le juge recouvre son empire dès lors qu'il s'agit de qualifier une clause litigieuse[4]. C'est à lui qu'échoit le soin de déterminer si la violation d'une disposition impérative est sanctionnée par la nullité de la société ou s'il suffit de réputer la clause non écrite. Cette appréciation de l'étendue de la sanction en fonction de la norme transgressée revient à trancher entre l'annulation totale ou partielle. Le débat sur le caractère déterminant ou non de la clause est seulement décalé : l'office du juge est incontournable.

---

[1]B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, Droit civil, Les obligations, 2. Le contrat, 6ème éd., 1998, n°1097.
[2]*ibidem*, n°367.
[3]P. MALAURIE, note sous Civ. 3ème, 9 juillet 1973, *D.*1974, 24, spéc., n°10.
[4]P. SIMLER, *th. préc.*, p.407.

La référence à la théorie de la cause est purement formelle voire fausse car l'acte est causé indépendamment de la contradiction apparente ou profonde entre certaines clauses. Les clauses contraires ne s'annulent plus. L'obligation principale doit subsister. Seule sa portée varie en fonction d'autres paramètres. La nullité totale n'est donc pas de mise. La nullité partielle rétablit toute l'étendue de l'obligation initiale sans remise en cause de sa validité intrinsèque. Ainsi dans l'arrêt *Chronopost* précité, l'obligation de célérité mise à la charge de la Poste a pour contrepartie un prix. L'acte est donc causé. L'exonération de responsabilité en l'absence de faute lourde ne dispense pas de l'exécution de l'obligation[1]. Elle limite seulement la portée de l'obligation. Considérée comme essentielle, celle-ci ne peut subir de réduction : la nullité partielle est encourue ; mais le contrat n'est pas entièrement nul car les obligations réciproques demeurent valables. Seule l'étendue de la nullité est source d'interrogations.

Il en va de même en droit des sociétés où la suppression de certaines clauses statutaires ou non, contraires à des dispositions impératives, ne remet pas en cause la validité globale de l'acte collectif. Celui-ci subsiste dans son essence.

Le fondement est sans conteste différent, plus objectif en apparence, mais guère plus précis en fait. Le juge a un pouvoir souverain d'appréciation de la norme impérative équivalent à celui dont il use pour définir la loi des parties. Les clauses réputées non écrites ne dérogent pas sur ce point à la classification traditionnelle. L'alternative qui s'offre aux tribunaux est toujours la même : l'acte juridique doit-il être annulé en tout ou partie ?

Le législateur tranche quelquefois en faveur de l'une ou l'autre des solutions. La vision manichéenne de l'acte, fruit d'une volonté consciente et éclairée (causée) ou non, s'estompe face à l'émergence d'un critère plus précis : l'équilibre des prestations. La nullité totale sanctionne la contradiction totale entre clauses de même valeur. La nullité partielle sanctionne, quant à elle, la disproportion. Le consentement, l'objet et la cause ne sont pas les conditions uniques de validité des actes d'adhésion. Les actes collectifs de société, actes

[1]C. LARROUMET, *chron. préc.*, n°3.

d'adhésion par excellence, requièrent, en outre, un élément supplémentaire : l'absence de lésion.

B. Reconnaissance de la lésion comme cause de nullité

La rescision des actes juridiques pour lésion n'est admise qu'exceptionnellement. De par son caractère formaliste, le droit romain ignorait la lésion. Au Bas-Empire seulement, cette cause de rescision atteignit la vente d'immeubles et les partages. En revanche, sous l'Ancien droit, les canonistes soucieux de faire régner la moralité dans les contrats restaurèrent la doctrine du juste prix avancée en particulier par Saint-Thomas. Source d'insécurité avec le développement du commerce, la rescision pour lésion est abandonnée par le droit coutumier. Les rédacteurs du Code civil, quant à eux, sont restés fidèles à l'optique très libérale des révolutionnaires considérant que les parties à l'acte juridique demeurent les meilleurs juges de leurs intérêts et de la portée de leurs engagements. La règle est donc que la lésion n'est pas une cause de rescision des contrats (article 1118 du Code civil) sauf exceptions[1]. L'hostilité à la lésion a triomphé[2]. Soit la lésion est rejetée comme cause de nullité, soit elle est assimilée aux autres vices du consentement ou à l'absence de cause[3]. Ce n'est que très récemment que la législation a protégé, notamment les consommateurs, contre la lésion en réputant non écrites les clauses abusives[4]. Pourtant, la généralisation de la lésion comme cause d'annulation de certaines clauses est souhaitable dans le cadre des actes d'adhésion[5].

La lésion est une cause de nullité partielle spécifique des actes d'adhésion (a.). C'est une question de politique législative. Il existe ainsi

---

[1]Article 1305 du Code civil à l'égard des mineurs, article 891 du même code à propos du partage et article 1674 du même code relativement à la vente d'immeubles ; textes spéciaux, ex : L212-5 du Code de la construction.

[2]PEROT et MOREL, De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat, Paris, 1961, p.277s.

[3]MAZEAUD et CHABAS, *op. cit*., Dixième leçon, La lésion, p.194s.; Jean-Pascal CHAZAL, *chron. préc*., qui se demande, en approfondissant la réflexion, si,en fin de compte, si elle n'est pas révélatrice de l'émergence du concept de lésion en droit positif...

[4]Article 132-1 alinéa 6 de la loi n°93-949 du 26 juillet 1993.

[5]G. RIPERT, La régle morale... *op. cit*., p.125-126.G.BERLIOZ, *th. préc*., n°210, p.109.

des cas de clauses réputées non écrites expresses à l'image des nullités textuelles traditionnelles. L'hypothèse la plus intéressante est sans nul doute celle des clauses léonines (b.).

a. Cause de nullité spécifique aux actes d'adhésion

La définition de la lésion (1.) appelle la sanction de nullité partielle (2.).

1. Définition de la lésion

C'est un contrôle explicite de l'équilibre des prestations qui permet de déceler la lésion[1] alors que dans la théorie classique, le droit positif se contente d'un minimum de sincérité contractuelle[2]. Le contrat d'adhésion ou tout contrat entre un professionnel et un non-professionnel appelle une certaine équivalence dans les obligations réciproques des parties. Dès lors qu'une partie ne peut pas discuter les clauses contenues dans l'acte juridique, les engagements des contractants ne sont pas égaux.

Le principe de l'autonomie de la volonté qui suppose que la conclusion d'un acte juridique rend celui-ci juste exclut par là-même toute lésion[3]. En outre, les contrats aléatoires échappent en principe à la rescision pour lésion[4]. Tel est le cas du contrat de société où les bénéfices ne sont pas la contrepartie systématique de l'apport.

Pour échapper à la contradiction, les auteurs classiques ont conçu la lésion subjectivement comme un vice du consentement. La lésion n'est-elle pas prévu sous l'intitulé "Du consentement" dans le Code civil, à la suite de l'erreur, de la violence et du dol ? Cette analyse dissimule en fait une grave équivoque[5]. A partir de la disproportion excessive des prestations, il est certes raisonnable de présumer que la

[1]G. BERLIOZ, *th. préc.*, p.108s.
[2]J. CARBONNIER, Les obligations, t. 1, 4ème éd., 1970, p.106, n°32.
[3]FLOUR et AUBERT, *op. cit.*, n°250.
[4]F.TERRÉ, P.SIMLER, Y.LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, 7ème éd., *Précis Dalloz*, 1999, n°302.
[5]*ibidem*, n°252.

volonté a été altérée. Mais en ce cas, la lésion devrait pouvoir être relevée dans tous les contrats, *a fortiori* dans les contrats d'adhésion. Or, force est d'admettre qu'une telle conception n'a pas prévalu. Il faut donc considérer une définition plus objective de la lésion. La lésion serait alors davantage fondée sur une justice commutative dominant l'accord de volonté. L'égalité serait alors perçue comme un principe supérieur à la liberté contractuelle : ce qui est juste prime sur ce qui a été accepté librement[1]. La Cour de cassation[2] et la doctrine[3] ont largement consacré la théorie objective de la lésion.

Les effets reconnus à la lésion sont très variés. En tous les cas, la nullité totale sanctionnant les vices du consentement ou la nullité absolue généralement encourue pour absence de cause, n'ont pas cours lorsque l'hypothèse de la lésion est retenue : la sanction est plus originale.

2. La nullité partielle

En maintenant l'acte valable, les clauses réputées non écrites ressortissent à la catégorie des nullités partielles. Telle est la conception française dans sa grande majorité[4]. C'est une forme de nullité relative avec, en théorie, rétroactivité à la différence de la nullité totale imposée en droit des sociétés pour les actes constitutifs sans rétroactivité.

---

[1]J. GHESTIN, "L'utile et le juste dans les contrats", Archives de philosophie du droit, Tome XXVI, *Sirey* 1981, p.36s., *spéc.* p.43 : La volonté ne serait qu'une condition de mise en oeuvre de règles qui lui sont extérieures. Les parties au contrat manifesteraient leur volonté en se soumettant aux règles du droit positif qui existe en dehors de leur volonté.

[2]Com. 12 mars 1996, *Lexilaser*, arrêt 512, rejet, pourvoi n°94-10-292 : "pas assimilable à l'erreur sur la substance car il existe une contrepartie"; Com. 13 fév. 1996, *Bull. civ.*; *contra*, Com. 27 mai 1997, *Lexilaser*, arrêt 1392, cassation partielle, pourvoi 95- 15-930.

[3]TERRÉ, LEQUETTE et SIMLER, *op. cit.*, n°300, *contra* MAZEAUD et CHABAS, n°211, p.197s, n°219, qui assimilent la lésion à l'absence de cause.

[4]cf. par ex: G.CORNU, Vocabulaire juridique Association H. CAPITANT, 1ère éd. 1987, v° Non écrit (réputé) : "Se dit, dans un acte juridique, d'une clause illicite (notamment une condition) dont la nullité n'emporte pas celle de l'acte qui la contient, la clause seule annulée étant censée n'avoir pas été stipulée"; P. SIMLER, *th. préc.*, *spéc.* note n°37; H.BRICKS, "Les clauses abusives", *L.G.D.J.* 1982, note n°157; C.GUELFUCCI-THIBIERGE, *th. préc.*, n°498; GHESTIN, *op.cit.*, n°178, p.157; Ch.LARROUMET, Droit civil, Les obligations, 1ère partie, T.III, 3ème *éd. Economica*, 1996, n°439; MAZEAUD et CHABAS, *op. cit.*, n°329, p.304; STARCK, ROLAND, BOYER, *op.cit.*, n°953s.; B.TEYSSIÉ, *chron. préc.*, 281; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, Les obligations, 6ème éd., *Dalloz* 1996, n°311; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, Droit commercial, 5ème éd., *Domat Montchrestien*, 1997, n°509.

L'annulation partielle consiste à détruire une fraction de ce que les parties ont conclu[1]. La sanction a un rôle objectif : conserver au maximum ce que l'acte recèle de valable. Le meilleur remède est de rétablir l'équilibre des avantages retirés et des sacrifices opérés, plutôt que d'anéantir tout ce qui a été effectué[2]. En matière de sociétés, le législateur privilégie ce type de sanction qui assure une continuité à l'acte pour la collectivité des associés et en préservant les droits des tiers. La nullité partielle pour cause de lésion maintient l'*affectio societatis*; cette riposte graduée est conforme aux principes gouvernant la sécurité juridique dans le commerce.

La réticence à admettre officiellement la lésion comme cause générale de nullité en droit des sociétés repose sur l'hésitation que l'on a toujours éprouvée à fonder un tel texte sur la conception objective ou sur la conception subjective de la lésion : hésitation qui a créé l'apparente abstention[3]. Mais derrière le masque des clauses réputées non écrites surgit la notion de valeur.

Une classification entre les obligations des parties s'impose. Certaines sont essentielles. D'autres sont jugées accessoires. La nullité partielle a pour objectif avéré de rendre l'acte juridique équitable pour chacune des parties : elle comporte un élément irréductible de subjectivité laissée à l'appréciation du juge. Le législateur édicte conformément à l'ordre public de protection collective un certain nombre de cas de clauses non écrites. Le juge, quant à lui, qualifie la clause litigieuse dans son pouvoir souverain d'interprétation. C'est là l'infime marge de manœuvre qui lui reste mais elle n'est pas sans conséquence juridique.

En outre, elle correspond au nouveau fondement doctrinal de la nullité partielle proposé par certains auteurs. L'identité de but avec la nullité totale est avancée[4]. Les clauses réputées non écrites ressortissent, sans contradiction majeure, de cette catégorie. En effet, l'étude du concept de nullité a permis de le définir comme la sanction juridique consistant en la suppression des effets juridiques de l'acte, dans la mesure nécessaire au rétablissement de la légalité transgressée lors de

[1]P.SIMLER, *th. préc.*, n°316s., spéc., n°321.
[2]*ibidem*, n°225; FLOUR et AUBERT, *op. cit.*, n°254, p.181.
[3]FLOUR et AUBERT, *op. cit.*, n°287.
[4]C.GUELFUCCI-THIBIERGE, *th. préc.* , n°495s.

sa conclusion. Cette définition s'applique indistinctement à la nullité totale et à la nullité partielle voire aux clauses réputées non écrites[1]. On pourrait objecter que, pour ces dernières, les effets juridiques subissent un anéantissement rétroactif. Une jurisprudence pragmatique a montré que cette rétroactivité théorique ne relève pas de l'évidence : excessive ou impossible à mettre en oeuvre, elle est souvent rendue inefficiente.

Le fondement de la nullité des actes collectifs de société quelle que soit son étendue gagne en objectivité : il réside essentiellement dans la violation de l'ordre public sociétaire qu'il soit textuel ou virtuel. La considération de l'illicite peut se doubler de circonstances subjectives comme l'existence d'une faute contractuelle ou d'une mauvaise intention des parties[2], comme par exemple dans l'hypothèse de la fraude. Mais l'objectif est unique pour assurer une parfaite cohérence du concept de nullité.

Ce critère téléologique s'accorde, au demeurant très bien avec les solutions retenues par la jurisprudence. L'idée d'une nullité proportionnée au degré d'illicéité contenue dans l'acte a déjà été évoquée en doctrine[3]. La jurisprudence contemporaine tend à éviter de prononcer l'annulation totale de l'acte quand l'élément vicié peut être seul anéanti, préférant la nullité partielle même au prix d'une motivation parfois artificielle liée à la volonté des parties[4]. Au lieu d'alléguer une hypothétique volonté des parties, les clauses réputées non écrites sanctionnent la violation de la norme impérative dans une mesure stricte.

A défaut de trancher objectivement ou subjectivement pour la sanction adéquate, leurs auteurs ont été amenés à subordonner l'annulation à une double preuve : que l'une des parties soit dans une

---

[1] *ibidem*, n°498; J.MESTRE, *R.T.D.Civ*. 1988, 736, n°4.

[2] P. SIMLER, *th. préc*., n°11; *contra*, C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *th. préc*., n° 495.

[3] P.MALAURIE et L.AYNÈS, *op. cit*., , p.253 selon lesquels "l'énergie" de la nullité devrait être variable suivant l'importance de la règle violée; J.GHESTIN, *op. cit*., n°876, p.885, qui observe que la nullité pour absence de cause doit aujourd'hui permettre l'annulation de clauses abusives ayant pour effet de conférer à l'une des parties un avantage illicite comme dépourvu de contrepartie. La Cour de cassation en déduit que les clauses litigieuses sont réputées non écrites : *cf.* note 224, comm. sous Civ. 1ère, 19 déc. 1990, 3 arrêts, *Bull. civ.* I, n°303, p.212 en matière d'assurance ; DROGOUL, Essai d'une théorie générale sur la nullité, th. *L.G.D.J*. 1902, p.207-208; P.SIMLER, *th. préc*., n°9, n°28 et n°100; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *th. préc*., n°496.

[4] P.SIMLER, *th. préc*., n°281; J.FLOUR et J.-L.AUBERT, *op. cit*., n°368; G.FARJAT, *th. préc*., n°494; C.GUELFUCCI-THIBIERGE, *th. préc*., n°497.

situation d'infériorité[1]; que l'autre en ait profité pour obtenir des conditions trop avantageuses en exploitant la gêne, la légèreté ou l'inexpérience de la première[2].

Si les textes allemands ou suisses ont cédé à l'attrait d'une telle mode, le Code civil a rejeté ce verbalisme vers la preuve positive d'un vice du consentement ou de l'absence de cause. Ainsi, la lésion serait niée dans sa spécificité.

Pourtant la révision du contrat par le juge est inévitable : l'arrêt *Chronopost* en est une parfaite illustration où le prononcé de la nullité partielle n'emprunte à la théorie de la cause qu'un fondement purement formel. Les dispositions légales sont strictement impératives : il s'agit d'un cas de nullité partielle d'ordre public[3].

En droit des sociétés, les clauses réputées non écrites suppriment ainsi par une réglementation impérative l'iniquité. Ainsi le gérant ne peut-il se soustraire à l'obligation de faire approuver ses comptes par l'assemblée générale[4], à sa responsabilité[5] ou aux conditions de sa révocation[6]; la valeur des droits sociaux doit en cas de contestation être fixée par expert[7]; les conditions de *quorum*[8]; les majorités pour modifier les statuts dans les sociétés à commandite simple[9] ou sociétés à responsabilité limitée[10]; développement des droits des minoritaires[11]; limitations des rémunérations[12]; pouvoirs des actionnaires[13]; limites aux pouvoirs du conseil d'administration ou du directoire[14]...

Elles sont perçues comme un moindre mal plutôt que d'admettre la lésion comme cause de nullité au stade de l'échange des

---

[1]G.BERLIOZ, *th. préc.*, ,n°16 et n°17.
[2]G.RIPERT, La règle morale..., *op. cit.*, n°69s.
[3]FLOUR et AUBERT, *op. cit.*, n°191.
[4]Articles 16 et 56 de la loi du 24 juillet 1966
[5]Article 52 de la même loi
[6]Article 55 de la même loi; contrainte identique pour les présidents de sociétés par actions (article 110).
[7]Articles 18,22,45 et 48 de la même loi.
[8]Articles 100 et 161-1 de la même loi
[9]Article 31 de la même loi
[10]Article 60 de la même loi
[11]Article 57 de la même loi
[12]Articles 107 et 142 de la même loi; cf. nos remarques, supra, Première partie, Chapitre sur les nullités textuelles et les nullités virtuelles.
[13]Articles 161, 166 et 174 de la même loi; état d'esprit identique pour les associés des S.A.R.L.
[14]Article 180 de la même loi.

consentements tout en permettant postérieurement au juge de modifier ce dont les parties ont convenu. Le dirigisme législatif est très présent. Les nullités partielles textuelles évitent ainsi l'écueil d'un renforcement de la police judiciaire en ce domaine. Les clauses léonines échappent ainsi, d'une certaine façon, à l'arbitraire du juge.

b. Les clauses léonines

Selon les termes de l'article 1832 du Code civil, l'objet du contrat de société est le partage de bénéfices (alinéa 1) et chaque associé doit s'engager à contribuer aux pertes (alinéa 3). Cet article est d'ordre public. Dès lors que par une convention ou dans une clause statutaire, les parties dérogent à ces prescriptions, la nullité est encourue. Si l'ancien article 1855 du Code civil ne spécifiait pas l'étendue de la nullité, l'article 1844-1 alinéa 2 du Code civil issu de la loi du 4 janvier 1978 dispose, quant à lui, que "la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites". L'article 360 de la loi du 24 juillet 1966 écarte expressément la nullité de la société pour les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes. L'article 1844-1 du Code civil concerne, quant à lui, toutes les sociétés.

Ces clauses sont appelées léonines par référence à la fable de Phèdre, reprise par La Fontaine, de la génisse, la chèvre et la brebis en société avec le lion... ce dernier s'attribuant la totalité des parts d'un cerf en dernier argument parce qu'il s'appelle le lion[1].

Les clauses léonines relèvent également de la catégorie des nullités partielles[2] afin de limiter l'étendue de l'annulation pour non-respect des conditions relatives à la formation des sociétés à responsabilité limitée ou par actions. C'est une sanction efficace car elle

[1]Y.CHAPUT, *op. cit.*, n°4, p.14 et n°26, p.29.

[2]Com. 18 oct. 1994, *Bull. Joly* 1994, 1995, p.157, obs. Paul LE CANNU; *R.J.D.affaires*, 12/94, n°1292; MERCADAL et JANIN, *op. cit.*, n°219 : la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir déclarée nulle une clause léonine alors qu'une telle clause est réputée non écrite par l'article 1844-1 alinéa 2 du Code civil.; dans le même sens, Y.GUYON, *op. cit.*, n°122, p.123.

prend à leur propre piège les associés qui avaient stipulé de telles clauses à leur profit. Elle rétablit ainsi l'équilibre dans la société.

La question de la sanction est donc aujourd'hui tranchée (1.). La société n'est plus nulle du fait de l'insertion d'une telle clause. Pour autant, le débat mérite d'être soulevé. Car le critère de la nullité partielle suscite de nombreuses polémiques (2.).

1. Sanction des clauses léonines

La prohibition des clauses léonines découle de la nature de la société[1]. Chaque associé a vocation aux bénéfices ou aux économies et doit en contrepartie contribuer aux pertes sociales si l'exploitation est déficitaire. Dès lors qu'une clause ou un pacte équivaut à une exclusion des bénéfices ou à une exonération des pertes, l'incidence de la nullité sur le contrat de société lui-même se pose. Exclure du nombre des causes de nullité de société les clauses léonines disqualifie le contrat de société en prêt, louage de services *etc*. L'anéantissement du contrat de société peut donc s'opérer par d'autres biais. C'est toujours à l'intention des parties que le juge se réfère en dernier recours[2].

A ce sujet, une vive controverse s'est élevée en doctrine comme en jurisprudence. Selon les uns, la nullité de la clause léonine ne se répercutait pas (forcément) sur le contrat[3]; selon d'autres, elle entraînait automatiquement la nullité de celui-ci[4].

La nullité partielle permet de sauver le contrat mais n'emporte pas toujours l'intime conviction. Les partisans de la nullité totale invoquent en général divers arguments. C'est vraiment dénaturer la volonté des cocontractants que de réputer non existante une clause aussi importante que celle qui donne à l'un tous les bénéfices ou l'affranchit des pertes[5]. Le contrat dans son entier doit alors disparaître

---

[1]J. MESTRE, Lamy Sociétés commerciales, 1998, n°296.
[2]Y. CHAPUT, *op. cit*., n°29, p.30.
[3]COZIAN et VIANDIER, *op. cit*., question ouverte, n°190, p.73.
[4]Cf. toutes les références jurisprudentielles et doctrinales citées par P. SIMLER, notes p. 142; exs: Civ. 2 mars 1931, *D.H*. 1931, 285; Req., 21 déc. 1937, *D.H*. 1938, 67.
[5]MAUBERT, Les clauses léonines dans les sociétés commerciales, thèse Paris, 1962, p.255-256; J. PELLERIN, Les clauses relatives à la répartition des risques financiers entre cocontractants, th. Paris II, 1977.

comme formant un tout indivisible selon les termes de l'article 1172 du Code civil applicable aux contrats à titre onéreux. Parfois, c'est à la théorie de la cause, à son caractère impulsif et déterminant qu'il est fait appel. L'argument le plus décisif porte sur l'objet du contrat de société, plus précisément sur l'essence du contrat de société. C'est parce que la clause léonine affecte un élément du contrat de société, l'*affectio societatis*, que ce contrat ne peut subsister.

Historiquement, l'atteinte au *jus fraternitatis* suffisait pour interdire les clauses léonines[1]. Pour autant, la prohibition des pactes léonins affranchissant un associé de toute contribution aux pertes n'est pas issue de la tradition romaine. Celle-ci n'était pas défavorable à ce type de pacte. Dans l'ancien droit, l'opinion de POTHIER ne s'inscrivait pas davantage en faux à son encontre[2]. Mais, les travaux préparatoires au Code civil sont plus sévères et précis à cet égard que le droit romain. "La société", dit TREILLARD[3], "est un contrat commercial et la loi ne peut voir de consentement véritable dans un contrat de société dont un seul recueillerait tout le profit". "Une convention qui donnerait à l'un des associés tous les profits et l'affranchirait de toutes les pertes n'est pas une société", ajoute BOUTTEVILLE[4].

Dans l'abstrait, le raisonnement semble irréfutable. Toutefois tous les associés ne sont pas nécessairement contraints par un pacte léonin : ceux-ci peuvent y consentir dans le dessein de favoriser un associé en échange de services rendus à la société. Selon M. SIMLER, La nullité partielle s'impose en ce cas pour qu'une nullité totale systématique de la société ne vienne pas briser tout *affectio societatis*[5]. La disproportion ne peut être approuvée.

Mais une telle conception ne résiste pas à l'examen même si elle emporte l'adhésion de certains arrêts de la Cour de cassation[6]. Car si l'idée de M. SIMLER avait force de loi, l'on devrait conclure que ne sont pas visées par la prohibition les clauses léonines "librement consenties"

---

[1]Dig. 17, 2, Fr. 29§2; RIPERT et ROBLOT, *op. cit*., n°780, p.638.
[2]HAMEL-LAGARDE-JAUFFRET, Droit commercial, T. II, *Dalloz*, 1980, p.48, §406; P.DIDIER, Droit commercial, L'entreprise en société, Tome 2, 2ème éd. refondue, *Thémis , P.U.F., coll. Droit privé*, 1997, p.59.
[3]FENET, Tome XIV, p.395.
[4]FENET, Tome XIX, p.411.
[5]*Th. préc.*, n°119-120, p.145.
[6]ex: Cass. com., 20 mai 1986, *Bull. civ*., IV, 81.

entre les associés. Or, l'*affectio societatis* représente davantage que le simple consentement des parties. Peu importe que les clauses soient acceptées en dehors de tout rapport de contrainte ou d'arbitraire. Encore faut-il pour que le contrat de société soit valable que tout associé ait vocation aux bénéfices et contribue aux pertes. En clair, la clause léonine sera de celles qui supprimeront l'aléa, le risque que devrait prendre chaque associé dans la conclusion de l'acte collectif de société[1].

Cependant, c'est toujours à la lueur de l'*affectio societatis*, que la nullité partielle trouve son fondement adéquat. Le critère de la collaboration sur un pied d'égalité permet d'annuler des clauses jugées léonines.

2. Critère de la nullité partielle

Tous les associés doivent contribuer aux pertes et ont vocation à partager les bénéfices dans une juste proportion. L'exclusion totale de la perception de dividendes ou la vocation à une part insignifiante[2] est sanctionnable[3]. La vocation des associés aux bénéfices présente un caractère irréductible[4] quelle que soit la société (articles 1844-1 alinéa 2 du Code civil et 360 alinéa 1 de la loi du 24 juillet 1966) parce que la jurisprudence considère que le droit aux dividendes est un droit essentiel de l'actionnaire[5]. Le partage de bénéfices est alors enfermé dans un cadre strict.

Les pactes extrastatutaires visant à adapter les dispositions statutaires aux impératifs particuliers de certains associés ne peuvent s'épanouir à l'écart d'un droit des sociétés envahi par l'ordre public. La liberté contractuelle est limitée par ce que la loi prohibe dans les statuts. Ainsi sont interdites les clauses léonines (article 1844-1 alinéa 2 précité), les clauses d'intérêt fixe (article 348 de la loi du 24 juillet 1966) ou la

[1]Hervé LE NABASQUE et Marion BARBIER, "Les clauses léonines", *Droit des sociétés, Actes pratiques, Ed. Jurisclasseur*, n°29, sept. oct. 1996, n°4, p.3.
[2]A. COURET, Groupements de moyens et pactes léonins, *Bull. Joly*, 1992, 1057.
[3]Hervé LE NABASQUE et Marion BARBIER, *chron. préc.*, n°29.
[4]Req. 14 juin 1882, *D.P.* 1884, 1, 222; Civ. 11 juillet 1894, *D.P.* 1894, 1, 531; Req. 9 avril 1941, *D.A.* 1941, 275.
[5]Req. 21 déc. 1937, *Rev. soc.* 1938, 534, note JAUFFRET; Com. 16 nov. 1959, *J.C.P.* 1950, 2, 11725.

répartition des bénéfices est parfois strictement réglementée notamment dans les sociétés civiles professionnelles parmi lesquelles il faut citer les S.C.P. de médecins (D. 14 juin 1977, article 24)[1].

Le droit conditionnel de l'associé aux bénéfices peut cependant être aménagé (clauses de subordination, répartition inégalitaire) voire suspendu ponctuellement en raison par exemple de clauses disciplinaires[2]. Mais la vocation de l'associé ne peut être supprimée même temporairement sans cause[3]. La renonciation aux bénéfices d'un exercice a été toutefois admise[4]. La vocation doit, en outre, demeurer aléatoire : les pactes de rémunération forfaitaire sont ainsi annulés car, en définitive, ils exonèrent l'associé de toute contribution aux pertes[5]. Pour les mêmes raisons, les pactes de dividende minimum encourent également la nullité selon certains auteurs[6].

En dehors de ces limites, on recense de nombreux pactes relatifs aux bénéfices lors d'une cession de droits sociaux ou en cours de vie sociale dont la licéité de principe est reconnue[7]. La jurisprudence est toutefois controversée sur ce point.

Après un second revirement, la chambre commerciale de la Cour de cassation estime qu'une convention conclue "même entre associés dont l'objet n'est autre, sauf fraude, que d'assurer moyennant un prix librement convenu, la transmission des droits sociaux" est licite[8]. Ainsi,

---

[1]Henri HOVASSE, René GENTILHOMME et Michel DESLANDES, Pactes extra statutaires et partage de bénéfices, *Droit des sociétés, Actes pratiques, Ed. Jurisclasseur*, 1995, p.2.

[2]H. LE NABASQUE et M.BARBIER, *chron. préc.*, n°30-33-52.

[3]*ibidem*, n°17.

[4]Cass. com., 13 fév. 1996, *Dr. soc.*, 1996, n°93, note Th. BONNEAU; *Bull. Joly* 1996, 404, §143, P.L.C.

[5]Req. 18 mai 1896, *D.P.* 1897, 1, 249; plus récemment, Com., 18 oct. 1994, *Dr. soc.*, 1994, n°205, note H. LE NABASQUE, *Bull. Joly*, 1995, p.157, §40, note P.L.C; *Rev. soc.* 1995, 44, P. DIDIER ("... est réputée non écrite la convention extra-statutaire..."); voir également, Com. 13 fév. 1996, *Bull. Joly* 1996, 404, §143, P.L.C.; *Dr. soc.* 1996, n°94, Th.BONNEAU.

[6]H. LE NABASQUE et M.BARBIER, *chron. préc.*, n°27; *contra*, Y.GUYON, Traité des contrats, sous la direction de Jacques GHESTIN, "Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés, *L.G.D.J.* 3ème éd., 1997, n°238, p.304; HOVASSE, *chron. préc.*, n°15, p.12

[7]Sébastien PRAT, Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières, *Litec,* 1992.

[8]Com. 20 mai 1986 (arrêt Bowater), *J.C.P. Ed. E*, 1986, II, 15846, n°1, obs. VIANDIER et CAUSSAIN, *Rev. soc.* 1986, 587, D. RANDOUX; *R.T.D.Com.* 1987, 66, n°4, obs. C. CHAMPAUD et P.Le FLOCH; 205, n°3, obs.Y.REINHARD; *R.T.D.Civ.* 1987, 744, n°3, obs. J. MESTRE; Paris, 13 fév. 1996, *Dr. soc.* 1996, n°144, D. VIDAL.

selon les hypothèses, la validité de promesses de cessions de droits sociaux pour un prix déterminé à l'avance a été admise[1], ou, au contraire, refusée[2].

La position de la première chambre civile est plus intransigeante. Depuis un arrêt du 7 avril 1987, toute clause de protocole d'accord de cession d'actions qui fixerait un prix plancher au cédant contribuerait "par son effet" à affranchir les cessionnaires de toute participation aux pertes[3]. Toutes les clauses de prix seraient ainsi visées par la nullité[4]. Le pacte est jugé léonin dès lors que l'associé ne contribue plus aux pertes. Sont de ce fait soumises à cassation les ventes à réméré[5] et les conventions de portage[6].

La solution est critiquable[7]. L'opposition entre les deux juridictions suprêmes peut trouver une justification dans la distinction des espèces qui leur étaient soumises[8]. Dans les affaires dont la chambre commerciale a été saisie, la clause litigieuse avait pour seul objet d'assurer la transmission des droits sociaux. En revanche, les montages complexes que la première chambre civile a eu à connaître tendaient par-delà la cession de parts à organiser une certaine répartition de bénéfices[9]. Par un arrêt du 29 octobre 1990, cependant,

---

[1]Com. 10 janvier 1989 (arrêt Jallet), *J.C.P. Ed. E*, 1989, II, 15492, note VIANDIER, *Bull. Joly*, 1989, p.256, §81, note P.L.C.; Com. 19 mai 1992, *Bull. Joly* 1992, 779, §250, note P.L.C.

[2]Com. 24 mai 1994, *D.* 1994, 503 note A. COURET, *Rev. soc.*, 1994, 708, note Y.REINHARD, *Dr. soc*. 1994, n°141, note H.L.N., *Bull. Joly* 1994,§214, 797, note P.L.C.; *Defrénois* 1994, art. 35881, n°1, p.1015, obs. H.HOVASSE : le critère de la cause, sauf fraude à la loi, a été jugé inefficient.

[3]*J.C.P. Ed.E*, 1987, II, 16444, n°1*J.C.P. Ed. E*, 1988, II, 15133, note M. GERMAIN, *J.C.P.* 1988, II, 21006, note M.GERMAIN; *Rev. soc.*, 1987, 395, note D.RANDOUX, *Bull. Joly*, 1987, p.278, note P.L.C.; *R.TD.Com*. 1987, 523, n°1, E.ALFANDARI et M.JEANTIN, 1988, 66, n°5, Cl.CHAMPAUD et P.LE FLOCH; sur renvoi C.A. Caen (ch. réunies), 16 janv. 1990, *D.* 1991, p.410 note DELAPORTE, *Bull. Joly* 1991, 916, §326, P.L.C.; *J.C.P. Ed E*, 1990, II, 15784, n°3, A.VIANDIER et J.J. CAUSSAIN; puis sur nouveau pourvoi, Cass. civ. 1ère, 16 déc. 1992, *Bull. Joly*, 1993, p.319, note P.L.C.; cf. déjà, Civ. 1ère, 22 juillet 1986, *Bull. Joly*, 1986, 859, §258, note P.L.C.; *J.C.P*. 1987, *Ed. E*, II, 16644, obs. VIANDIER et CAUSSAIN, n°1; *D*. 1987, Somm., 396, obs. J.Cl. BOUSQUET; *R.T.D.Com.* 1987, 70, obs. ALFANDARI et JEANTIN.

[4]P.PETEL, Rapport de synthèse à la journée d'études organisée le 28 septembre 1991 à Montpellier sur le thème "Les pactes extra-statutaires", *Cah. dr., entr*., 1992, n°1, p.41.

[5]Y.GUYON, *op. cit*., n°253, p.339.

[6]*ibidem*, n°256, p.344 *in fine* et p.345.

[7]Courant considéré comme très minoritaire, V. Jurisprudence Joly, 1986-1990, *G.L.N. Joly, Ed*. 1992, n°94 à 98.

[8]M.GERMAIN, note sous l'arrêt Lévêque-Houist, *J.C.P*. 1988, II, 21006, *précité.*

[9] *ibidem*, n°209, p.292.

celle-là s'est rapprochée de la position de la chambre commerciale[1]. Aussi regrettable puisse être l'appréciation de la légalité des clauses de prix, elle peut trouver un terme dans l'extension de la commercialité des pactes de cession d'actions par la chambre commerciale[2]. Seule cette dernière instance aurait ainsi à estimer leur validité.

En définitive, après une évolution jurisprudentielle, l'opposition au sein de la Cour suprême repose sur l'existence de clauses léonines statutaires ou non statutaires. Dès lors que la clause léonine jugée fait partie intégrante des statuts, la nullité est encourue. Si celle-ci n'est issue que d'une convention extra statutaire, seuls des dommages-intérêts peuvent être exigés : telle est la position de la chambre commerciale. Au contraire, la chambre civile généralise la sanction de nullité quelle que soit la source de la clause léonine[3].

La doctrine approuve cette solution et considère de façon générale que la validité des accords extra-statutaires entre associés devrait s'apprécier au regard de la seule théorie générale des obligations. Qu'un associé "ait pu imprudemment conclure une convention déséquilibrée. Tant pis pour lui. Le droit des sociétés ne doit pas lui fournir l'échappatoire que lui refuse le droit commun" écrit M. Yves GUYON[4].

Mais, c'est au regard de l'acte collectif de départ que logiquement les pactes entre la société et les associés voire entre associés devraient être examinés. Ils sont légions : le législateur ne peut ignorer ces protocoles, conventions ou *consortiums*... selon la dénomination choisie. C'est un aveu d'un engagement collectif incontournable. La consécration législative de l'action de concert en est une illustration[5]. Dès lors qu'ils portent atteinte à l'*affectio societatis*, la

---

[1]Civ. 1ère 29 octobre 1990, *Bull. Joly* 1990, 1052, §343, P.L.C.; *R.T.D.Com*. 1991, 395, n°3, obs. Cl. CHAMPAUD; Ph. MERLE, Droit commercial, Sociétés commerciales, *Précis Dalloz, 5ème éd*., 1996, p.53, n°42.

[2]Com. 28 nov.1978, *D.* 1980, 316, note BOUSQUET; Com. 3 janv. 1985, *Bull.* IV, n°7; Com. 28 avril 1987, *Bull. Joly* 1987, p.377; Com. 11 juillet 1988, *Bull.* IV, n°249; Com. 24 nov. 1992, *Dr. soc.,* 1993, n°11, note H. LE NABASQUE, *Bull. Joly* 1993, p.224, note P.L.C., *R.F.compt*., fév. 1993, n°242, p.38, note P. REIGNE; LE NABASQUE et BARBIER, *chron. préc*., n°97.

[3]COZIAN et VIANDIER, *op. cit*., n°191.

[4]Traité des contrats, *op. cit*., n°243, p.331-332.

[5]Y. REINHARD, "Pactes d'actionnaires et groupes de sociétés", Actes de la journée d'études du 19 novembre 1993, *in* Groupes de sociétés : contrats et responsabilités, av.-propos de Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, *L.G.D.J.* 1994, p.4-5.

nullité est encourue, selon notre conception. L'acte étant collectif, il est préservé dans son intégrité par le prononcé d'une nullité purement partielle où seul le pacte léonin est réputé non écrit pour que la volonté collective puisse subsister. Si celui-là était déterminant du consentement des parties, nul doute que la société pourrait être annulée pour défaut d'*affectio societatis* ou dissoute *a posteriori* pour la même cause. C'est une question d'équilibre contractuel que la chambre commerciale devrait peser au cas par cas[1].

La position de la chambre civile est un peu trop rigoureuse, à cet égard, car de nombreuses dérogations au caractère égalitaire de la collaboration entre associés ont déjà été acceptées dans d'autres circonstances. Le choix du législateur de réputer la clause non écrite évite, quant à elle, toutes les discussions âpres au sujet de l'incidence de la clause. Elle représente pour les associés une sanction parfois plus redoutable par le maintien du pacte indépendamment de la clause de prix. La nullité partielle peut ainsi sembler plus adaptée au contexte économique : c'est une sanction de la lésion.

L'opposition entre nullité partielle et clause réputée non écrite ne repose donc que sur une coquetterie de langage. Leur fondement est identique. *A fortiori* en est-il de leur nature véritable.

§2 Nature juridique des clauses réputées non écrites ou nullité partielle

En interdisant *a priori* l'insertion d'une clause, le législateur intervient positivement afin de protéger certaines personnes et garantir un équilibre contractuel dans un enjeu collectif. Hormis la nullité, les autres classifications ne répondent pas à cet objectif.

L'inopposabilité, c'est l'inefficacité de l'acte aux yeux des tiers. Or, la clause réputée non écrite est tout autant protectrice de la volonté

[1]Telle a été l'interprétation donnée par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans l'arrêt du 19 mai 1992 *précité* : l'auteur du pourvoi faisait valoir que la convention qu'il avait conclue s'insérait dans un ensemble, qu'elle tendait à assurer l'*équilibre de conventions qui transmettaient le pouvoir dans un groupe*; les juges du second degré sont alors approuvés d'avoir considéré que la convention en cause ne portait pas atteinte aux statuts de la société dont les titres étaient cédés.

des parties, notamment de la plus faible. Leur nature juridique n'est donc pas assimilable.

Quant à la caducité, elle intervient lors de la survenance d'un événement postérieur à la formation de l'acte juridique. La clause réputée non écrite se situe à l'opposé en ce qu'elle est inhérente à l'acte juridique collectif. Sa validité peut être remise en cause dès l'origine. Les clauses réputées non écrites ne sont donc en aucun cas rattachables à ces deux catégories existantes. Plus intéressant est le rapprochement avec l'ancienne théorie de l'inexistence (A.). La correspondance avec la nullité est autrement plus remarquable (B.).

A. Clause réputée non écrite et théorie de l'inexistence

Décriée[1], la théorie de l'inexistence n'en a pas moins permis aux juristes du XIXème siècle de répondre à des situations où la sanction de nullité semblait insuffisante. L'application distributive de l'annulabilité et de l'inexistence s'établit selon la distinction organique de l'"acte malade" et de "l'acte mort-né". La critique[2] réitérée[3] de cette conception a conduit à une exclusion quasi définitive de la notion d'inexistence. La clause réputée non écrite en serait une résurgence conférée, cette fois-ci, par le législateur. L'identité n'est qu'apparente. Dans tous les cas, l'idée de fiction est présente mais l'ancienne théorie de l'inexistence correspond de nos jours à la nullité absolue, c'est-à-dire à l'absence d'un élément fondamental à la validité d'un acte dès sa formation alors que la théorie moderne de l'inexistence, *via* les clauses réputées non écrites implique la suppression d'une partie d'un acte incompatible avec son ensemble. Dans un cas, l'anéantissement est rétroactif. Dans l'autre, les parties appliquent l'acte comme si la clause n'existait pas. L'office du juge varie : soit il constate le manquement à une disposition impérative, soit il retranche une clause litigieuse. L'un des procédés ferait preuve de réalisme, l'autre relèverait de la fiction. L'opposition demeure toutefois très relative. D'une part, la confusion actuelle entre la vieille

[1]G. DURRY, Inexistence et annulabilité des actes juridiques, *article précité*.
[2]Cf. *supra*, R. JAPIOT, références citées, première partie, introduction au chapitre sur les nullités absolues et relatives.
[3]LA PRADELLE, *th. préc.*, n°60s., p.43s.

théorie de l'inexistence et la catégorie des nullités absolues montre que la théorie de la fiction peut être combattue. En outre, le juge doit constater l'existence de la clause à retrancher ou à annuler, selon les cas : un certain réalisme prévaut. De même que les nullités de plein droit sont une expression dénuée de portée pratique, de même la fiction de l'inexistence demeure dans l'entremise du juge : les parties ne peuvent appliquer un acte en réputant eux-mêmes une clause comme non écrite.

La fiction ne peut en l'occurrence être l'oeuvre exclusive du législateur. En outre, l'action en restitution qui se greffe sur les conséquences possibles de l'application d'une clause réputée non écrite ôte tout intérêt à la théorie de la fiction. Si la clause réputée non écrite produit des effets qu'il convient d'anéantir, c'est donc qu'elle existe juridiquement sans que le législateur n'y puisse rien.

Le juge va même au-delà puisqu'il décide à l'instar des nullités, que la disparition des conséquences juridiques d'une clause réputée non écrite ne peut être rétroactive[1]. L'idée de "l'inexistence par détermination de la loi" fait naufrage.

Au contact de la matière, ici le droit des sociétés, les concepts s'affinent. Le recours à une "théorie de l'effacement" autonome[2] est superfétatoire. Autrement dit, le caractère exorbitant de la fiction n'est pas justifié parce que le but peut être atteint par la voie de la nullité[3].

B. Clause réputée non écrite et nullité

La nullité se définit comme la clause réputée non écrite, c'est-à-dire la sanction de la violation d'une disposition impérative. Dans tous les cas de figure, la validité de l'acte est atteinte. L'atteinte à l'ordre public collectif justifie la qualification de nullité. Le fait que des tiers peuvent exiger le retrait d'une clause réputée non écrite n'est pas incompatible avec la notion de nullité. Il existe, en effet, des cas de nullité où les tiers peuvent demander l'annulation[4]. Dans les deux cas,

[1]Civ. 3ème, 3 mai 1990, *Bull. civ.* III, n°106; *D.*1990, *I.R.* 134; H.CHARLIAC, Jurisclasseur civil, articles 544 à 577, Fasc. 61, n°58.
[2]V.COTTEREAU, *chron. préc.*, n°14.
[3]*Contra* J.KULLMANN, *chron. préc.*, p.59 *in fine*, et p.61
[4]Exemple : pour objet social illicite ou violation d'une condition de forme (article 361 de la loi du 24 juillet 1966).

le juge intervient pour qualifier l'atteinte et en mesurer l'étendue[1]. C'est au législateur de déterminer, il est vrai, l'étendue de la sanction dans les clauses réputées non écrites. Mais les juges sont souverains pour apprécier la nature de la clause litigieuse. C'est pourquoi, la jurisprudence oscille souvent entre la qualification de clause nulle ou réputée non écrite[2]. La distinction n'est pas marquée selon un critère précis[3].

Le vocabulaire semble indifférent. Pourtant, dans un cas, la nullité est partielle sans que le juge puisse statuer sur le caractère déterminant ou non de la clause : son pouvoir sur la fixation de la portée de la sanction demeure restreint par la loi si la clause est réputée non écrite. Dans un autre cas, l'étendue de la nullité demeure à sa discrétion, si la qualification de nullité est retenue. En posant le principe des clauses réputées non écrites, hormis les cas de nullité, le législateur a limité considérablement l'étendue de la nullité, c'est-à-dire l'office du juge. La liberté d'appréciation ne repose plus que sur la qualification de la clause litigieuse. Le critère de distinction est indéterminé. La jurisprudence utilise alors indifféremment l'un ou l'autre des termes. Comment pourrait-on alors distinguer la clause réputée non écrite de la nullité partielle ?

Dans tous les cas, l'ordre public est en cause. Ordre public positif, interventionniste voire collectif, tel est son caractère en droit des sociétés. L'action en nullité comme celle qui permet de retrancher une clause non écrite[4] s'inscrit dans le cadre du droit d'action collective. La nullité revêt quelquefois la nature d'une action sociale. L'étude de la

---

[1]Exemple récent en droit des sociétés : T.C. Paris, 22 fév. 1993, R.T.D. aff. 1993, n°521: stipulation d'un règlement intérieur d'une société au capital variable prévoyant l'exclusion d'un associé sans la présence de l'intéressé à la décision; le juge a estimé la clause contraire au principe du contradictoire.

[2]Civ. 1ère 14 mai 1991, *R.G.A.T*. 1991; 623 note J.KÜLLMANN; Civ. 1ère, 2 juillet 1991, *R.T.D.Civ*. 1991, 527, obs. J.MESTRE; Cass. com. 10 déc. 1991, *Bull. civ*. IV, n°378; Cass. com. 15 juillet 1986, *Bull. civ.*, IV, n°155; *D*. 1987, Somm. 449, obs. L. AYNÈS; Defrénois 1987, 1176, obs. L.AYNÈS.

[3]MAZEAUD et CHABAS, *op. cit.*, n°329, p.305; TANDOGAN, La nullité, l'annulation et la résiliation partielle des contrats, Genève, 1952; MALAURIE et AYNÈS, *op. cit*., n°581, p.332; J.MESTRE, *R.T.D.C.iv.*, 1988, 737; F.TERRÉ, Introduction générale au droit, *op. cit*., n°408; nombreux cas cités dans lesquels la loi se borne à déclarer la clause seule sans effet, par TEYSSIÉ, *chron. préc.*; pour la discussion générale : P. SIMLER, *th. préc*., note 4 p.406 et n°337, p.410; P. REIGNÉ, La notion de cause efficiente du contrat en droit privé, th. Paris II, 1993, n°289, p.312.

[4]Il est d'ailleurs à remarquer que cette action n'a pas reçu une qualification précise et distincte.

recevabilité d'une demande pour réputer une clause non écrite révèle le même particularisme. Le bipartisme de la nullité a été rejeté comme semant une confusion certaine en ce domaine[1]. De même, protection collective et protection individuelle se côtoient dans la clause réputée non écrite ; Cet argument ne les oppose pas[2].

Si la définition de la clause réputée non écrite en cours d'élaboration n'offre que peu d'éléments distinctifs précis, les connaissances relatives à la nullité partielle ne font que conforter une ressemblance certaine. Philippe SIMLER propose le concept de nullité partielle suivant : c'est "la sanction qui frappe un acte vicié seulement dans un de ses éléments accessoires ou dans le quantum d'un élément essentiel et qui se réalise par la suppression dans l'acte de l'élément accessoire vicié ou par la réduction du *quantum* excessif à la mesure de ce qui est permis" et "qui, lorsque cela est conforme à l'intention des parties, laisse subsister l'acte lui-même"[3].

Il n'existe pas davantage de clause réputée non écrite de plein droit que de nullité sans décision de justice[4]. La théorie de l'inexistence bute sur ce constat. La Cour de cassation reconnaît, en ce sens, une action en constatation du caractère non écrit de la clause. Le recours à la fiction légale de l'inexistence pourrait pallier ce passage obligé[5].

Mais la fiction se heurte quant à elle aux effets passés de la clause qui ne peuvent être effacés. L'anéantissement de la clause ne joue en effet que pour l'avenir[6]. C'est dire que la demande de restitution est toujours consécutive et automatique. De même, l'annulation et la restitution s'articulent pour former un tout indissociable[7]. La finalité et l'objet de la clause réputée non écrite et de la nullité partielle sont donc identiques.

---

[1]Cf. *supra*, Première partie, Titre 1, Chap. sur les nullités absolues et les nullités relatives.

[2]*contra* COTTEREAU, art. préc., n°17.

[3]*th. préc.*, p.10-11.

[4] MAZEAUD et CHABAS, *op. cit.*, n°297; FLOUR et AUBERT, *op. cit.*, n°340, p.246; pour une étude générale des nullités de plein droit : GUELFUCCI-THIBIERGE, *th. préc.*, n°540; BAILLOD, *art. préc.*, n°11.

[5]KÜLLMANN, *art. préc.*, p.66.

[6]*ibidem*, p.65; COTTEREAU, *art. préc.* ,n°24 *in fine*; Civ. 3ème, 3 mai 1990, *Bull. civ.* III, n°106, *D.*1990, *I.R.*134.

[7]Marie MALAURIE ne relève qu'un seul cas où restitution et annulation sont issues d'une action séparée : *th. préc.*, p.71 : Req. 3 janv. 1849, *D.P.* 1849, 1, 139.

La catégorie des nullités partielles semble englober la clause réputée non écrite tout en s'ouvrant sur un domaine plus vaste. En effet, la clause réputée non écrite correspond à la nullité partielle conçue comme une réduction de l'acte ; la stipulation litigieuse est extraite. L'acte amputé survit, autonome. Les articles 900 et 1712 du Code civil illustrent ce propos. Ni le terme de nullité partielle, ni celui de clause réputée non écrite ne sont pourtant utilisés. Les auteurs ne se sont pas sentis liés par le vocabulaire choisi. L'examen du régime de la clause réputée non écrite permet de se convaincre de l'intégration de ces nouvelles stipulations dans l'ensemble plus large des nullités partielles.

SECTION 2 : Régime des clauses réputées non écrites ou nullité partielle

Le législateur est roi : c'est lui qui postule à l'éradication d'une clause indépendamment de la volonté des parties. Le juge n'a plus à trancher pour savoir si la clause est déterminante ou non du consentement. La nullité partielle s'impose à lui. Le débat sur l'indivisibilité ou l'indissociabilité de la clause est écarté, sans portée aucune. La loi a évalué l'intérêt à protéger : l'acte juridique doit être préservé pour assurer l'efficacité de la sanction. L'étendue de la nullité est fixée *a priori*. Le juge doit s'incliner. L'annulation totale n'est pas de mise. Mais du fait de son caractère légal, la nullité présente quelques originalités dans son régime. Ainsi la confirmation n'a aucun sens puisque la sanction tombe quelle que soit la volonté des parties (§1). Et curieusement les règles sur la prescription semblent avoir été mises à l'écart (§2).

§1 Confirmation

Il existe un principe général de régularisation même hors annulation[1]. C'est une forme de régularisation négative qui intervient

[1]cf. argument tiré de l'article 1839 du Code civil, pour une action en régularisation antérieure à l'immatriculation.

en matière de clauses réputées non écrites[1]. Sinon la protection des associés risquerait de se trouver "bridée"[2].

En fait, la confirmation est inutile. La loi supplée la volonté défaillante des parties. C'est l'intérêt de la nullité partielle par rapport à la nullité totale. En quelque sorte, c'est le législateur qui confirme la volonté des parties en maintenant l'acte dans sa globalité, dont quelques clauses sont effacées.

L'acte est corrigé : les parties ne peuvent s'opposer au rétablissement de la légalité. Seule la réfection de l'acte juridique a alors une signification. Mais la clause disparaît avant que de pouvoir en rédiger une nouvelle. La nullité précède en tout état de cause l'idée d'une autre stipulation. Au demeurant, les normes impératives violées prennent le relais. L'autonomie de la volonté cède face à la sécurité juridique : la nullité partielle maintient l'acte juridique amputé de la clause ; la volonté reste intacte en dépit de l'exclusion d'un de ses éléments. C'est le principe de réalité qui gouverne une telle démarche, non la fiction[3]. La volonté est ainsi considérée comme parfaite hors de tout consentement des parties à la nullité partielle[4].

En ce sens, même la nullité partielle est une sanction. Maintenant engagés les associés contre leur gré, elle apparaît même plus draconienne que la nullité totale. La volonté doit être conforme au droit objectif : elle est interprétée dans la direction la plus favorable à l'intérêt collectif. L'abus de position dominante est démasqué et reçoit une sanction adéquate. Il ne manque pas un élément à la validité de l'acte juridique : il n'est donc pas annulé dans son ensemble. On ôte à celui-ci ce qui est en trop : on supprime juste la partie invalide.

Le lien avec le caractère imprescriptible de la clause réputée non écrite est contingent.

---

[1]Y. GUYON, *op. cit.*, n°160, p.160; B. LECOURT, n°462, p.347 et toutes les références citées: M. GERMAIN, *op. cit.*, n°724; R.SINAY, "Le droit nouveau...", art. préc., n°100, p.287; NGYUEN CHANH, art. préc., n°37, p.35; *contra* BASTIAN, "La réforme...", n°163; H.T.M., *op. cit.*, t. 1, n°213; G.RIVES, *art. préc.*, p.410, note 6.

[2]B. LECOURT, *th. préc.*, n°463s.

[3]*Contra*, KÜLLMANN, *art. préc.*, p.61.

[4]WEILL et TERRÉ, Les obligations, 1986, n°291, p.302-303.

§2 Prescription

La recevabilité de l'action qui conduit à réputer une clause non écrite suppose en effet résolue la question de la prescription. Dès lors qu'une action est nécessaire, le mécanisme de la prescription a vocation à s'appliquer. En matière de clauses réputées non écrites, plusieurs points de vue ont été défendus.

Les partisans de la théorie de l'inexistence penchent pour l'imprescriptibilité. Mais la solution est plus opportuniste[1] que véritablement scientifique. Il convient de dégager des arguments plus probants pour soutenir une telle assertion. L'idée est de "permettre au néant d'échapper à l'emprise du temps"[2]. Le propos n'est pas très juridique. L'obligation d'une part de constater l'existence de la clause pour la réputer non écrite met bas la théorie de la fiction. D'autre part, toute action quelle qu'elle soit fait l'objet d'une prescription. La première chambre civile fait prévaloir l'article 2262 du Code civil au terme duquel "toutes les actions tant réelles que personnelles sont prescrites par trente ans et qu'il en est ainsi même des actions en nullité absolue"[3]. En aucun cas, l'ordre public collectif, qui est visé, nécessite l'imprescriptibilité. La passivité des créanciers de l'action est pénalisée au-delà d'un délai fixé par le législateur.

L'imprescriptibilité peut toutefois renaître par la détermination d'un point de départ retardé. Elle trouve alors un fondement plus juste. C'est ainsi, qu'en développant le concept d'irrégularité successive, à l'image des infractions continues en droit pénal, M. Charley HANNOUN a dissocié l'ouverture de l'action en nullité du point de départ de la prescription. Le délai de prescription même abrégé ne commencerait à courir que du jour où le vice (ou l'activité illicite) a pris fin[4]. Concrètement, le délai pour agir est prolongé d'autant. Appliqué aux clauses réputées non écrites, le raisonnement suivant conduit à soustraire celles-ci de toute prescription, tant qu'elles ne sont pas supprimées. Si la clause est retirée, c'est l'action en nullité elle-même

---

[1]COTTEREAU, *art. préc.*, n°23.
[2]J. MESTRE, *R.T.D.Civ*. 1987, 535.
[3]Cass., 26 janv. 1983, *Bull. civ*. I, n°39, *D.*83, p.773, *obs.* PATARIN, p.749, note CHABAS.
[4]*chron. préc.*, n°11.

qui est éteinte faute d'intérêt[1]. L'action qui répute une clause non écrite peut ainsi relever de la même prescription que l'action en nullité qui procède de la même nature.

Aucune confirmation n'est envisageable dans la mesure où le vice continue[2].

De même, c'est en principe au jour de la décision définitive constatant que la clause est non écrite que commence à courir la prescription de l'action en restitution, le parallélisme avec les conséquences de l'annulation judiciaire s'impose[3].

L'inertie du créancier est ainsi condamnée. Il en va de même des effets futurs des clauses réputées non écrites.

Si la clause n'est pas dénoncée, la prescription de l'action en nullité reprend son empire à compter des actes pris sur le fondement des clauses réputées non écrites.

Au demeurant, en dépit de l'effet extinctif de la prescription, l'exception de nullité subsiste. En matière de clause réputée non écrite, elle trouve d'ailleurs à s'appliquer de façon très fréquente. Là encore, la perpétuité est la règle. Peu importe, dans ces conditions, que la prescription soit abrégée significativement. L'article 367 de la loi du 24 juillet 1966 peut conserver une portée générale. Le délai de trois ans pourrait très bien s'appliquer aux clauses réputées non écrites, l'exception de nullité permettant de s'opposer à l'exécution des clauses réputées non écrites voire des actes de délibération pris sur leur fondement. Nul besoin alors de faire renaître la prescription de l'action pour déclarer la clause non écrite à chaque effet futur de la clause litigieuse. Il suffit de soulever l'exception d'illégalité à chaque décision prise par ricochet.

Il existe, il est vrai, quelque contradiction à affirmer d'une part l'absence d'emprise de la prescription du fait d'une irrégularité continue, et d'autre part à restituer son extinction ou sa renaissance à chaque effet futur de la clause réputée non écrite. Soit la clause réputée

---

[1]Article 1844-11 du Code civil et 362 de la loi du 24 juillet 1966 ; Ch. HANNOUN, *chron. préc.*, n°15.
[2]*ibidem*, n°27.
[3]Catherine GUELFUCCI-THIBIERGE, Nullité, restitutions et responsabilité, L.G.D.J. 1992, n°708, p.408; KÜLLMANN, *chron. préc.*, p.65.

non écrite est une irrégularité continue et la prescription faute de commencer ne peut s'éteindre, soit le concept d'irrégularité continue ne joue pas : la prescription s'éteint et un nouveau droit d'action, auquel est attaché encore une fois un délai de prescription peut se concevoir. M.HANNOUN doit choisir à laquelle des conceptions il adhère, indépendamment de toute considération sur la validité de leurs postulats.

Pour notre part, la notion d'infraction continue ne nous paraît guère transposable au droit des sociétés. Seul le vice de violence justifie une prescription retardée car la partie victime ne peut agir tant qu'elle est en prise à un phénomène de violence. Tel n'est pas le cas pour les autres vices, encore moins pour les clauses réputées non écrites inscrites de manière définitive dans les statuts. Il est excessif de conférer une portée générale à l'article 1304 du Code civil. Excepté pour le cas du vice de violence, il est toujours possible d'agir pour dénoncer le vice de la clause litigieuse. La prescription de l'action en nullité peut commencer dès le moment où la partie peut exercer ses droits. Ainsi dès la rédaction des statuts, les clauses réputées non écrites peuvent faire l'objet d'un recours par les parties et les tiers à l'acte.

Toute autre solution ruinerait les principes de prescription de l'action. Les actes, clauses ou délibérations ne pourraient pas être annulés car leurs effets seraient continus dans le temps. C'est absurde ! Au contraire, l'instauration d'une prescription abrégée suppose une sécurité juridique renforcée. L'action en nullité doit être limitée dans le temps. Seule l'exception de nullité est perpétuelle. C'est d'ailleurs une tolérance à la limite de l'hérésie. L'option pour la nature du délai s'oppose à la remise en cause de l'exception de nullité. Mais en matière de société, il aurait été sans nul doute plus simple et davantage en accord avec le principe de la sécurité juridique de considérer ce délai comme préfix[1].

Même pour les clauses réputées non écrites, la prescription abrégée de l'article 1844-17 du Code civil nous semble de mise. L'imprescriptibilité préconisée par la jurisprudence[2] en matière de

[1]Cf. *supra*, refus du droit positif en ce sens.
[2]Civ. 3ème, 1 avril 1987, *J.C.P.* 1987, II, 21028, note BLAISE ; *R.T.D.Civ.* 1988, 736, obs. MESTRE. Il n'est pas dit expressément que ces actions sont imprescriptibles : le but est

clause réputée non écrite nous semble contradictoire avec les textes et surtout l'esprit des lois qui va dans le sens d'un respect maximum des situations acquises. L'imprescriptibilité retenue par la jurisprudence peut avoir deux fondements : soit la fiction d'inexistence, "la clause réputée non écrite étant censée n'avoir jamais existé"[1], mais la théorie de l'inexistence a été rejetée ; soit la nullité absolue[2]. Il est vrai que l'idée de nullité partielle absolue peut se concevoir[3]. Mais sauf pour l'objet social illicite, l'intérêt général est rarement en cause dans les clauses réputées non écrites. L'ordre public collectif ne justifie pas la qualification de nullité absolue. L'imprescriptibilité nous paraît disproportionnée en matière de société. Toutefois, en l'absence d'arrêts en la matière, il n'est guère possible de dégager un fondement avec certitude.

D'autre part, l'action en restitution qui lui est attachée demeure quant à elle soumise au délai de prescription de droit commun. L'intérêt pour l'imprescriptibilité demeurerait donc en tout état de cause, très limité. Il conviendrait sur ce point de clarifier le régime des clauses réputées non écrites. Ce peut être l'oeuvre de la jurisprudence ou du législateur selon que l'on reconnaît à l'une ou à l'autre le soin d'établir les fictions juridiques[4].

---

d'échapper aux courtes prescriptions, MAZEAUD et CHABAS, *op. cit*., n°329 *in fine*, p.305.

[1]Civ. 3ème, 9 mars 1988, *Bull. civ*., *D*.1989, 143, note Ch. ATIAS, *J.C.P.* 1989, II, 212-48, note G.V.; *contra*, 3ème civ., 27 nov. 1990, *Bull. civ.* : fondement rejeté : interprétation différente de la même loi du 10 juillet 1965 en matière de copropriété

[2]M.BANDRAC, *th. préc.*, n°150, p.151; Com. 28 avril 1987, *R.T.D.Civ.* 1987, obs. J.MESTRE.

[3]GUELFUCCI-THIBIERGE, *th. préc*., notamment, n°377 ou n°399-I.

[4]KÜLLMANN, *chron. préc.*, n°48, p.63; WICKER, *th. préc*., p.9.

CONCLUSION

La nullité partielle est une des sanctions adéquates d'un acte juridique mal formé puisqu'elle le corrige davantage qu'elle ne le détruit. Elle confère à la nullité une fonction réparatrice.

Dans les actes d'adhésion, le procédé est préconisé comme "un remède beaucoup plus efficace parce qu'il est préventif et collectif"[1]. Ainsi dans les actes complexes, la Cour de cassation a pu étendre le cercle des personnes intéressées, qui peuvent constater l'absence de conformité des clauses au droit objectif[2]. Or, même pour les cas de nullité partielle, le droit de critique a évolué vers une action sociale : cette assertion n'est donc pas spécifique aux clauses réputées non écrites.

Quel avantage d'opter pour une clause réputée non écrite plutôt qu'une nullité partielle : en cas de litige, le juge devra départager les parties à l'instance et obligatoirement qualifier la clause en fonction des termes de la loi, en interprétant bien souvent la volonté des parties si les stipulations sont obscures. L'impératif de sécurité juridique s'oppose à toute rétroactivité quelle que soit la sanction choisie ; pour des raisons identiques l'imprescriptibilité est rarement de mise. Le régime des clauses réputées non écrites reste bien fluctuant et, le plus souvent, calqué sur celui plus connu des nullités. Les textes regorgent pourtant de clauses réputées non écrites ; les juges ne cachent pas leur malaise face à une sanction plus rigoureuse dont le champ sémantique n'est pas complètement maîtrisé. Cet effort de renouvellement de la sanction ne nous paraît pas très convaincant[3]. De surcroît, ce qui complique l'appréciation de la situation juridique, les clauses réputées non écrites se rapprochent, dans leur finalité, d'une forme de réparation en nature.

Pour autant, l'annulation partielle n'est pas une manifestation de responsabilité. Le but de la nullité partielle se distingue de celui de la responsabilité. Certes, l'amputation d'une clause litigieuse peut être

---

[1]A propos des clauses abusives au stade de la rédaction dans les contrats d'adhésion, Jean CALAIS-AULOY, note sous Civ.1ère, 16 juillet 1987, *D.*1988, II, 49.

[2]R. BAILLOD, *art. préc.*, n°23, note 91.

[3]*Contra* GROSCLAUDE, *th. préc.*, pour qui les clauses réputées non écrites sont un principe d'organisation, avant tout, p.128.

perçue, à juste titre, comme une sanction ou une réparation en nature. Cependant, en aucun cas, elle ne peut être confondue avec une technique particulière d'indemnisation d'un préjudice, car, elle n'est pas la conséquence d'une faute mais, de la violation de la loi dans la formation des actes collectifs de société. C'est la mesure de l'illicéité entachant les effets de l'acte qui fixe l'étendue de la nullité. C'est une réduction objective du *quantum*. La finalité n'est pas de compenser un déséquilibre subjectif comme pour la responsabilité même si la nullité partielle peut avoir un but dissuasif accessoire[1].

Il peut donc parfaitement exister un préjudice lié à la malformation des actes juridiques que seule une action en responsabilité est susceptible de compenser. L'analyse de la responsabilité du fait de l'annulation est d'autant plus intéressante que le droit communautaire ne l'a pas prévue escomptant une purge des nullités par la mise en place d'un contrôle préalable des sociétés. C'est une particularité du droit français.

En matière de sociétés, la responsabilité du fait des actes collectifs est tout à fait spécifique puisqu'elle peut découler de l'annulation. Elle existe même de façon autonome.

[1]C.GUELFUCCI-THIBIERGHE, *th. préc.*, n°514s., p.306s.

CHAPITRE 2 : RESPONSABILITÉ DU FAIT DE L'ANNULATION

"Créer, c'est renoncer à la capacité infinie des possibles pour n'en retenir qu'un seul."[1]

La responsabilité peut découler de l'annulation d'une société. Sous l'empire de la loi de 1867[2], seule cette cause de responsabilité était envisagée. L'imbrication nullité-responsabilité était étroite. Mais le plus souvent, la responsabilité s'impose comme une sanction à part entière.

Il existe, en effet, deux actions en responsabilité prévues par des textes spéciaux, selon qu'il s'agit d'un vice de forme ou de fond, qui mettent en jeu une responsabilité hors annulation.

Associées avec l'action en régularisation, elles sont susceptibles d'être exercées à l'encontre des fondateurs et des premiers membres.

---

[1]Jean GUITTON, Le travail intellectuel, *Ed.Aubier*, 1986, p.156.

[2]Article 8 modifié par le décret-loi du 30 octobre 1935 (*D.P.* 1935, 4, 415) et article 42 modifié par la loi du 1er août 1893 (*D.P.* 1893, 3, 68) auxquels s'ajoute l'article 10 de la loi du 13 juillet 1925 transformé par le décret-loi précité : "Lorsque la société est annulée (...), les membres du premier conseil de surveillance peuvent être déclarés responsables, avec le gérant, du dommage résultant pour la société ou pour les tiers de l'annulation de la société. La même responsabilité peut être prononcée contre ceux des associés dont les apports ou les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés (...). *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, en outre, que trois ans se sont écoulés depuis le jour où la nullité était encourue. Si, pour couvrir la nullité, une assemblée générale devait être convoquée, l'action en nullité ne sera plus recevable à partir de la date de la convocation régulière de cette assemblée. Ces actions en nullité contre les actes constitutifs des sociétés sont prescrites par dix ans. Cette prescription ne pourra, toutefois, être opposée avant l'expiration des dix années qui suivront la promulgation de la présente loi".*

Cette technique est très originale car elle intervient lorsque l'acte a reçu un commencement d'exécution[1].

Dans tous les cas, les conditions de mise en oeuvre sont indépendantes de celles de la nullité[2]. La question des modalités de cette sanction sont posées avec d'autant plus d'acuité que l'octroi de dommages-intérêts n'apparaît plus comme le prolongement logique du prononcé de la nullité. Mais la responsabilité demeure toujours la conséquence d'une dénonciation de l'illicite[3], même si la nullité est écartée pour des motifs impérieux d'intérêt collectif. Tout en la maintenant, le juge peut reconnaître la situation illégale et ouvrir ainsi le droit à réparation[4].

Ainsi en est-il également du non-respect des conditions de forme qui n'est plus sanctionné par la nullité. La réforme de 1966 a en effet opéré une véritable purge des nullités de forme en matière de vices de constitution de société. Celle-ci se réalise concrètement par l'immatriculation. A cette date, la cause de nullité éventuelle disparaît rétroactivement. Mais le préjudice issu de l'acte vicié dans la forme subsiste. Lui succède alors une autre sanction : la responsabilité. Le point de départ de l'action en réparation trouve en conséquence un fondement naturel dans l'immatriculation. Au délai de trois ans, préconisé pour les actions en nullité de société ou d'actes et de délibérations postérieures à leur formation et en régularisation corrélative, est substituée une prescription décennale[5]. Ce délai de prescription abrégé est classique dans le domaine de la responsabilité civile de droit commun.

Les actions en responsabilité contractuelle se prescrivent par trente ans sauf les délais abrégés retenus fréquemment par le législateur alors que les actions en responsabilité civile extra contractuelle se prescrivent par dix ans[6]. La redondance n'est pas

---

[1]En règle générale, la responsabilité pour inexécution de l'acte juridique, cf. M.-L. IZORCHE, *th. préc.*, p.16.

[2]C.GUELFUCCI-THIBIERGE, *th. préc.*, p.203s.

[3]Cass. com. 22 mai 1991, *Bull. civ.* : preuve de la réalité des manœuvres dolosives non rapportée ; la cour d'appel n'a donc pas à rechercher le préjudice allégué.

[4]M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *th. préc.*, p.241.

[5]Y. CHAPUT, *op. cit.*, n°170; F.TERRÉ, P. SIMLER et Y.LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, *Précis Dalloz*, 6ème éd.,1996, n°1381 et 1378.

[6]Article 2270-1 du Code civil ajouté par la loi du 5 juillet 1985.

inutile afin de bien marquer l'autonomie de cette prescription par rapport à celle de l'action en nullité non requise dans ce cas. L'idée d'une responsabilité de type contractuel se conçoit en effet aisément car il s'agit d'un acte collectif, qui, de surcroît, demeure valable jusqu'à son annulation : l'action en responsabilité corrélative ne peut donc tomber sous le coup d'une annulation non rétroactive. L'article 7 de la loi du 24 juillet 1966 ou l'article 1840 du Code civil édictent somme toute un délai de prescription d'une action en responsabilité contractuelle.

Le délai est réduit à trois ans lorsque l'action en responsabilité est liée à l'action en régularisation[1]. Cette seconde catégorie d'action en responsabilité portant sur des vices de fond est également exclusive de l'annulation mais à un moindre degré. Elle concerne toutes les sociétés. Le délai de prescription commence à courir du jour où la nullité a été couverte.

Le lien avec la nullité est ténu mais bien réel. Le délai de trois ans en témoigne : l'action en nullité est éteinte par l'action en régularisation mais l'acte collectif vicié laisse subsister un préjudice susceptible d'être réparé. L'action en responsabilité succède automatiquement à la disparition de l'action en nullité. Elle supplée l'action en nullité jugée inopportune. Régularisation et responsabilité se complètent.

Les textes ne font aucune allusion comme précédemment à la faute des fondateurs : la responsabilité est de nature objective[2].

Pour tous les autres vices de fond non susceptibles d'entraîner une annulation (souscription incomplète du capital ou libération insuffisante voire action en nullité prescrite), l'action en réparation peut être exercée conformément aux principes de la responsabilité civile classique[3]. L'existence d'un régime propre de responsabilité en droit des sociétés n'exclut en effet l'application du droit commun de la responsabilité civile[4]. Le droit commun de la prescription s'applique alors.

---

[1]Article 370 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966 et article 1844-17 *in fine* du Code civil.
[2]*ibidem*, n°30, p. 27
[3]RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, n°1140, p.860.
[4]GROSCLAUDE, *th. préc.*, p.182.

Il n'existe ainsi pas moins de quatre régimes différents pour l'action en responsabilité indépendante de l'annulation. Une harmonisation de la législation serait souhaitable. Les points communs avec le régime de la responsabilité du fait de l'annulation méritent à cet égard d'être relevés.

A l'inverse, la responsabilité du fait de l'annulation d'une société, ou bien d'un acte ou d'une délibération postérieurs à sa constitution, connaît un régime unique. Celui-ci nous intéresse au tout premier chef. Toutefois l'étude est plus théorique que pratique dans la mesure où la nullité n'étant que rarement prononcée lors de la constitution de société notamment, la régularisation suffisant à couvrir la nullité et compenser le préjudice, la responsabilité qui en découle n'a suscité que très peu d'interventions judiciaires et à quelques rares exceptions près, les arrêts relevés en ce domaine sont très anciens.

La question de la responsabilité du fait de l'annulation des actes collectifs en cours de vie sociale, quant à elle, a été déjà quasiment entièrement absorbée par l'étude de la sanction de l'abus de majorité et du détournement de pouvoirs[1] qui demeure l'hypothèse de mise en jeu de l'action en réparation la plus fréquente. Nous n'y reviendrons donc plus.

Par définition, la nullité supprime les conséquences de droit d'un acte juridique quel qu'il soit, selon les principes nouveaux dégagés par JAPIOT. L'effet créateur d'obligations prend fin à compter de l'annulation. Aucune exécution d'une obligation ne peut être exigée[2]. Toutes les actions nées d'un acte juridique valable sont ainsi paralysées. Plusieurs questions restent alors en suspens. L'acte annulé a pu être entièrement ou partiellement exécuté dès avant l'annulation. L'annulation implique une remise en état. Les prestations fournies doivent en principe être restituées[3]. C'est tout l'objet du droit des

[1]Cf. *supra*, Première partie, Titre 2, La nullité des actes collectifs, chapitre 2.
[2]J. CARBONNIER, Droit civil, Les obligations, tome IV, *P.U.F., coll. Thémis*, 14ème éd., 1985, n°149; D. VEAUX, *Jurisclasseur civil*, articles 1304 à 1314 du Code civil, Fasc. 4, n°5; A.GALLET, *th. préc.*, p.145; Jérôme HUET, Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, Essai de délimitation des deux ordres de responsabilité, Thèse Paris II, 1978, n°228; Alain BÉNABENT, Droit civil, Les obligations, *Coll. Domat, Droit privé, Ed. Montchrestien*, 6ème éd. 1997, n°221.
[3]TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.*, n°393.

restitutions. Toutefois, en matière de sociétés, l'étude de la liquidation a fait place aux restitutions en l'absence de rétroactivité de la sanction[1].

D'autres conséquences matérielles sont également exclues du champ de l'annulation notamment les faits juridiques nés à l'occasion de la conclusion de l'acte collectif et régis par le droit de la responsabilité. La nullité laisse intactes les actions nées de faits juridiques survenus à l'occasion de l'acte annulé. En effet, le préjudice n'est pas un effet juridique que la nullité se doit d'anéantir, mais la conséquence d'un fait volontaire, la faute contractuelle.

Cette action permet d'obtenir réparation du préjudice causé par la disparition de la société ou de la délibération consécutivement à l'annulation. La responsabilité délictuelle est exclue car le fondement demeure l'acte juridique collectif (section 1). Les responsables sont les fondateurs et les membres en fonction auxquels la nullité est imputable. La nécessité d'une faute démontrée n'apparaît pas dans les textes, seul le préjudice étant invoqué (article 1844-17 alinéa 1 du Code civil et article 370 alinéa 1 de la loi du 24 juillet 1966). A la différence des responsabilités encourues dans la constitution de société, on a fondé la responsabilité liée à l'annulation sur la faute présumée des fondateurs[2].

S'agissant d'une présomption simple, la preuve de l'absence de faute serait admise[3].

Cette responsabilité quasi objective est originale. De même, le préjudice causé par un contrat vicié puis annulé se distingue de celui issu d'une nullité simplement encourue. Le régime de la responsabilité du fait de l'annulation est donc tout à fait spécifique et intéressant (section 2).

[1]cf. *supra*, Deuxième partie, Titre 1, chapitre 2.
[2]Civ. 26 novembre 1930, *S.* 1931, 1, 306.
[3]RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, T1, n°760; Com. 6 juillet 1970, *J.C.P.* 1971, II, 16724, note BERNARD.

SECTION 1 : Fondement de la responsabilité du fait de l'annulation

L'annulation des faits juridiques ne se conçoit pas. L'existence de l'acte juridique collectif est fondamental : celui-ci confère sa nature à la responsabilité en cause. La société de fait n'est pas qu'une simple situation de fait[1]. En aucun cas, la responsabilité ne peut être purement délictuelle. Pourtant cette solution est loin d'être partagée par la majorité des auteurs (§1). Le débat sur la nature juridique de la responsabilité peut paraître bien théorique. Toutefois, les enjeux pratiques soulevés par une telle question sont loin d'être négligeables (§2).

§1 Exclusion du fondement délictuel de la responsabilité du fait de l'annulation

Les données de la controverse sur la nature de la responsabilité dans la formation d'un contrat annulé méritent d'être exposées (A.) pour dégager la solution la plus appropriée (B.).

A. Exposé de la controverse doctrinale

Parce que les responsabilités délictuelle et contractuelle ne supposent pas les mêmes conditions et ne produisent pas les mêmes effets, un débat académique fort ancien et non encore épuisé divise les auteurs sur la nature de la responsabilité encourue dans la conclusion du contrat annulé. Par définition, la responsabilité contractuelle suppose l'existence d'un contrat ou, en l'espèce, d'un acte juridique collectif alors que la responsabilité délictuelle s'applique dans tous les autres cas, c'est-à-dire en l'absence d'acte juridique quel qu'il soit.

Qu'en est-il en cas d'annulation ? L'acte existe-t-il suffisamment pour conférer sa nature à la responsabilité ou faut-il considérer que rétroactivement anéanti à la suite de l'annulation, il ne peut donner lieu

[1]cf. supra, Titre 1, notion de société de fait

qu'à une responsabilité délictuelle ? Le rapport de fait instauré entre les parties qui s'apparente à une situation contractuelle, doit-il prévaloir sur la fiction de l'anéantissement rétroactif de l'acte juridique ? Nous avons vu qu'en matière de société, l'annulation ne présente que rarement un caractère rétroactif. L'acte annulable demeure valable jusqu'au jour de la déclaration d'invalidité. Seuls les effets de l'acte juridique collectif sont remis en cause. L'acte en lui-même est indélébile. Une responsabilité spécifique en découle.

C'est donc entre la logique juridique surannée des tenants de la nature délictuelle et le pragmatisme des défenseurs de la nature contractuelle liée à la théorie moderne des nullités qu'il faut choisir. La responsabilité dans la conclusion des actes juridiques collectifs de société annulés se situe aux frontières des deux ordres de responsabilité et c'est précisément son caractère frontalier qui nourrit la controverse doctrinale[1].

Une minorité d'auteurs y décèle une responsabilité contractuelle (2.) s'opposant à une forte majorité pour laquelle la nature délictuelle de la responsabilité relève de l'évidence (1.).

1. Responsabilité délictuelle

Il n'existe pas de textes relatifs à la responsabilité du fait de la nullité en droit civil. Sans nul doute les contrats de type classique ne nécessitent pas de garantie contractuelle supplémentaire. La responsabilité délictuelle suffit à protéger les contractants contre toute insertion d'une cause de nullité. Seule une faute contractuelle caractérisée peut engager la responsabilité de son auteur.

En droit des sociétés, le raisonnement est inverse : l'existence d'une cause de nullité crée une présomption de responsabilité contre l'auteur du vice entachant l'acte ou contre celui qui a laissé en toute connaissance de cause un défaut dans la formation de l'acte collectif.

[1]Antoine JEAMMAUD, Des oppositions de normes en droit privé interne, Thèse Lyon III, 1975, n°169s., p.345 à 356.

Pour la doctrine majoritaire, la nature délictuelle de la responsabilité encourue par les parties dans la conclusion d'un contrat annulé ne fait aucun doute[1].

Un nouveau courant de pensée juridique va même jusqu'à nier l'intérêt de la responsabilité contractuelle[2].

Ces assertions suppléent alors l'absence de véritable démonstration. Pour autant les prémisses sur lesquelles repose la thèse de la responsabilité délictuelle (a.) sont fausses (b.).

a. Prémisses de la responsabilité délictuelle

En vertu de la maxime traditionnelle "*Quod nullum*...", le contrat annulé est de nul effet. Censé n'avoir jamais existé, le contrat ou l'acte juridique est insusceptible d'engendrer la responsabilité qui en découlerait.

Il en résulte, pour les auteurs classiques, que la responsabilité encourue à l'occasion de la nullité de l'acte juridique est une responsabilité délictuelle[3]. Un auteur a pu résumer ainsi l'argumentation des partisans de la nature délictuelle "pas de responsabilité contractuelle sans contrat"[4].

En effet, l'enchaînement causal des événements interdit de voir dans la faute commise lors de la conclusion du contrat, une violation

---

[1]Notamment AUBRY et RAU, *op. cit.*, §343, p.437, note 9 et p.442, note 22; CARBONNIER, *op. cit.*, t.4, n°49; DEMOLOMBE, I, n°171; FLOUR et AUBERT, I, n°371; GHESTIN, n°371, n°397, n°439 et 938; MALAURIE et AYNÈS, *op. cit.*, n°593, p.341; RIPERT, La règle morale dans les obligations, n°49; MAZEAUD et CHABAS, t. 2, vol. 1, n°397; ROUBIER, Essai sur la responsabilité précontractuelle, th. Paris, 1911, p.232-246; TERRÉ , LEQUETTE et SIMLER, *op. cit.*, p.342; D.VEAUX, *Jurisclasseur civil*, Droit à réparation, Rapports entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, 1991, Responsabilité civile, *Fasc. 175*, articles 1146 à 1155, *Fasc. 15*, n°8; VINEY, *op. cit.*, n°193, p.351.

[2]Philippe RÉMY, "La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept", *R.T.D.Civ.* 1997, 323; Laurence LETURMY, "La responsabilité délictuelle du contractant", *R.T.D.Civ.* 1998, 839; Eric SAVAUX, "la fin de la responsabilité contractuelle?", *R.T.D.Civ.* 1999, 1.

[3]D.SCHMIDT, "La sanction de la faute précontractuelle", *R.T.D.Civ.* 1974, 46, spéc. 48s.; M.ESPAGNON, *Jurisclasseur civil*, Droit à réparation, Domaine des responsabilité délictuelle et contractuelle entre contractants, articles 1146 à 1155, Fasc. 16-1, Responsabilité civile, *Rép. not.*, Fasc. 176-1, n°19 à 22.

[4]MALINVAUD, La responsabilité des incapables et de la femme dotale à l'occasion d'un contrat, *Th. L.G.D.J.* 1965, p.164, n°13.

des obligations qui ne sont pas encore nées et qui précisément, ne pourront naître par l'effet de cette faute déterminante de la cause de nullité entachant l'acte juridique. Il n'est pas possible d'inclure parmi les manquements aux obligations contractuelles une faute commise lors de la conclusion de l'acte juridique. La logique chronologique s'y oppose.

Tous les auteurs ou presque considèrent cette faute comme antérieure au contrat lui-même ce qui confère à celle-là une nature précontractuelle[1]. Cette préséance participerait alors de la dissociation de la faute et de la cause de nullité[2]. En d'autres termes, la responsabilité demeurerait délictuelle jusqu'à la conclusion du contrat où elle deviendrait contractuelle[3].

Ce raisonnement repose toutefois sur des postulats très critiquables.

b. Critiques

Les zélateurs de la nature délictuelle de la responsabilité encourue du fait d'un contrat annulé méconnaissent complètement la situation de fait. Leurs conclusions pêchent par irréalisme.

Tout d'abord, la faute n'est pas exactement précontractuelle dans la mesure où elle est inhérente à l'acte juridique conclu : elle est la cause de l'imperfection. Sinon la faute réalisée à l'occasion d'un contrat nul ne se distinguerait pas de la faute commise lors des pourparlers[4].

Ensuite, l'anéantissement des actes juridiques collectifs de société n'est pas rétroactif : la société de fait et les relations qui ont effectivement existé entre les parties à l'acte juridique ne peuvent disparaître. La rétroactivité est excessive : plus qu'une fiction, elle offre une vision faussée de la réalité en la matière.

---

[1]P. ROUBIER, *th. préc.*, LARROUMET, *op.cit*, n°99; TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *op.cit.*, n°408s., D.SCHMIDT, *art. préc*...

[2]C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *th. préc.*, n°400s., p.238s., *spéc.*, n°450, p.270.

[3] *ibidem*, n°134, p.150-151.

[4]Sauf le cas des vices du consentement qui préexistent nécessairement à la conclusion de l'acte juridique.

La nature de la responsabilité ne change pas du fait de l'annulation puisque la responsabilité peut être engagée pour un vice ne conduisant pas à l'annulation. Certains auteurs préconisent même d'appliquer les règles de la responsabilité contractuelle par analogie ![1] L'acte collectif valable même provisoirement confère donc tout son caractère à la responsabilité. La rétroactivité n'aurait de toute façon pas d'influence sur les faits juridiques.

En outre, la distinction entre formation et exécution du contrat se prête mal à un découpage rigoureux[2]. La difficulté pour délimiter les domaines respectifs de la nullité pour erreur et la garantie des vices cachés en fournit la preuve[3]. Il y aurait ainsi quelque contradiction à opter pour la responsabilité délictuelle au cas d'erreur. Aussi l'interprétation du Code civil conduit-elle davantage à un rattachement à la responsabilité contractuelle pour les fautes commises dans la période préparatoire même[4].

Les personnes qui relèvent de l'article 1382 du Code civil, selon les principes généraux de la responsabilité civile délictuelle sont des tiers les uns par rapport aux autres ; tel n'est pas le cas des parties aux actes de société ; même annulés, ces actes subsistent pour le passé : la qualité de partie ne disparaît que pour l'avenir[5]. Un certain pragmatisme oblige à reconnaître la situation de fait ainsi créée. Les règles de la responsabilité civile délictuelle ne sauraient s'appliquer[6]. Ainsi en est-il en particulier de la responsabilité en cas d'abus de majorité. La dénonciation de la collusion frauduleuse des majoritaires n'a de sens qu'au regard des droits des minoritaires. Ceux-ci ne sont pas des tiers par rapport aux majoritaires. L'ensemble des associés forment les parties d'un tout.

Ces remarques abondent dans le sens d'une responsabilité contractuelle.

---

[1]B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, Droit civil, Les obligations, 2. Le contrat, 6ème éd. 1998, n°1087; P. MALAURIE, note sous Cass. soc. 8 avril 1957, *D.*1958, 221.

[2]Mostapha Mohammed EL GAMMAL, L'adaptation du contrat aux circonstances économiques, th. *L.G.D.J.* 1967, n°437; J. HUET, *th. préc.*, n°238 et n°239.

[3]C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *th. précit.*, n°236, p. 152-153.

[4]J. CARBONNIER, *op. cit.*, t.4, n°18.

[5]STARCK, ROLAND et BOYER, t. II, *op. cit.*, n°896.

[6]M.MEIGNIÉ, Essai d'une délimitation des responsabilités délictuelle et contractuelle, th. Lille, 1924, 46.

2. Responsabilité contractuelle

Si quelques auteurs[1] préfèrent la théorie contractuelle pour qualifier la nature de la responsabilité du fait de l'annulation, les fondements évoqués (a.) ne sont pas exempts de critiques. Toutefois, ces objections n'emportent pas notre conviction (b.).

a. Fondements évoqués en faveur de la nature contractuelle de la responsabilité du fait de l'annulation

Ce courant minoritaire reçoit un écho favorable dans des législations étrangères[2], notamment les dispositions du B.G.B. (article 122). Il est vrai que le principal défenseur de la qualification contractuelle n'est autre qu'IHERING, célèbre auteur allemand, dans une étude demeurée classique, "*De la culpa in contrahendo*" ou les dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites[3], s'appuyant sur les fondements romains de l'époque. Il considère que le contractant qui fait annuler un contrat est de plein droit responsable du dommage causé en raison de la faute commise par le seul fait de conclure un contrat nul, chaque contractant étant en quelque sorte garant de la validité du contrat. L'action en nullité serait ainsi constitutive d'une violation de l'obligation de bonne foi résultant de l'accord tacite précontractuel portant sur la conclusion d'un contrat valable[4].

Il est vrai que la faute ne réside pas dans le refus d'exécuter le contrat irrégulier ou le fait d'en avoir demandé la nullité ; elle remonte plus loin : elle consiste à avoir contracté, soit en connaissant les vices du contrat, soit en les y insérant intentionnellement. Toutefois, la bonne foi

[1]R. JAPIOT, *op. cit*., p.674, note 1; SALEILLES, De la responsabilité précontractuelle, *R.T.D.Civ.* 1907, p.697; J. HUET, *th. préc*., n°258s.; P. ROUBIER, *th. préc*., spéc. p.49.
[2]C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *th. préc*., p.153, spéc. note 24.
[3]Œuvres choisies traduites de MEULENAËRE, t. II, p.1-100.
[4]TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *op. cit*., n°409, p.397.

ne suffit pas à constituer un critère de responsabilité[1]. La nécessité d'une faute est affirmée.

L'obligation de concilier l'exigence d'une faute d'une part et la prise en considération de la bonne foi d'autre part, conduit à présumer la faute quasi irréfragablement[2]. Or, la responsabilité du fait de l'annulation en matière de sociétés parvient à l'idée d'une responsabilité objective. Retenir la responsabilité du fait de l'acte juridique en-dehors de toute faute confère donc tout son intérêt à cette théorie[3]. L'obligation de bonne foi est intrinsèque à la manifestation de volonté par opposition au fait juridique qui, non voulu par définition, ne peut requérir un tel devoir lors de sa réalisation.

Outre l'exigence d'un contrat, il est nécessaire en second lieu, que l'auteur du dommage soit le cocontractant de la victime[4]. Dans le cadre des nullités de sociétés et *a fortiori* pour les nullités des actes collectifs en cours de vie sociale, la condition est bien remplie. Par le jeu de la représentation, sont toujours concernées les parties à l'acte.

La responsabilité contractuelle suppose enfin que le dommage subi par la victime soit consécutif à l'inexécution par le cocontractant de ses obligations contractuelles. C'est là, sans doute, la condition la plus subtile[5]. Elle dépend avant tout de l'étendue des obligations que fait naître le contrat : plus celles-ci sont nombreuses, plus la responsabilité de l'un des cocontractants à l'égard de l'autre a des chances d'être contractuelle.

Dès lors, on sait que la jurisprudence n'hésite pas à découvrir pour les besoins de la cause toutes sortes d'obligations contractuelles : obligation d'information, obligation de conseil, obligation de sécurité... De l'article 1135 du Code civil aux termes duquel "les conventions obligent non seulement à tout ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature" a pu être dégagée toute une liste non exhaustive d'obligations que les parties sont tenues d'assumer. La Cour de cassation en a extrait

---

[1]IHERING, *op. cit.*, p.31s.
[2]P. ROUX, Des dommages-intérêts pour nullité du contrat, th. Paris, 1901, p.31-32.
[3]C. LARROUMET, *op. cit.*, p.583.
[4]A. SÉRIAUX, Droit des obligations, 2ème éd. mise à jour, *Coll. P.U.F. Fondamental*, Droit civil, 1998, p.348.
[5]*ibidem*, p.349.

toute une kyrielle[1], quoique l'interprétation de la responsabilité contractuelle doit être entendue strictement. En principe, les obligations contractuelles n'ont aucune ambition normative, elles ne traduisent pas un impératif moral, ni même social[2]. Les obligations sont destinées à servir les intérêts des contractants. Elles varient dans chaque relation contractuelle même si certaines constantes peuvent être relevées qui s'apparentent à des règles de conduite. Les obligations de sécurité, d'information ou de conseil ressortissent de cette catégorie : toutes contractuelles qu'elles soient, elles demeurent l'expression de préceptes d'ordre général. Au même titre, l'obligation de bonne foi est une prescription fondamentale qui pourrait s'ajouter à cette liste[3].

A l'opposé la garantie des vices cachés est plus spécifique. Au demeurant, la garantie est contractuelle bien que les vices préexistent à la conclusion de l'acte juridique. A mi-chemin, l'obligation de ne pas insérer de cause de nullité peut être assimilée à la garantie des vices cachés. Énoncée de façon négative comme beaucoup de devoirs dont la transgression entraîne la responsabilité[4], elle peut s'insérer dans une dénomination plus générique, telle l'obligation de bonne foi. La loi exige déjà cette dernière dans l'exécution des contrats[5]. Le caractère diffus du devoir de bonne foi émane semble-t-il également de l'article 1135 du Code civil qui dispose que "les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature". Cet article constitue un instrument d'intervention judiciaire dont la portée est loin d'être négligeable[6].

Mais la jurisprudence hésite à imposer systématiquement une régle si générale qu'elle en devient imprécise[7]. Le droit civil justifie cependant certaines décisions, telles que l'exécution forcée, la résiliation

---

[1]*ibidem*, n°44, p.173; Laurent AYNÈS, *Jurisclasseur civil*, Conditions de la responsabilité contractuelle, fait générateur, 1986, articles 1146 à 1155, Fasc. 11, Responsabilité civile, Rép. not., Fasc. 171, n°8.

[2]G. VINEY, Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, 2ème éd., 1995, *L.G.D.J.*, p.284.

[3]Civ. 28 fév. 1989, D.1989, IR, 96; à propos de l'obligation de loyauté des dirigeants sociaux, Com. 27 fév. 1996, *J.C.P.* 1996, II, 22665, note GHESTIN; Com. 24 fév. 1998, *Rev. soc.*, 1998, 546, note COQUELET.

[4]G. VINEY, *op. cit.*, p.365, n°104.

[5]Article 1134 alinéa 3 du Code civil.

[6]Cf. exemples jurisprudentiels cités par L. GODON, *op. cit.*, note 13, n°139, p.91.

[7] *ibidem*, spéc. n°156, p.101.

d'un contrat, l'allocation de dommages et intérêts... par l'obligation de bonne foi[1]. La difficulté éprouvée à discerner les contours de la notion explique sans nul doute que le droit français des sociétés se soit réfugié derrière le concept d'*affectio societatis* [2] ou d'intérêt commun[3]. La bonne foi est alors assimilée à une discipline collective. Dans une conception extensive, la formation tout comme l'exécution des actes collectifs de société pourraient alors s'accompagner du respect de l'intérêt social voire de l'entreprise[4]. Aussi fugitive soit l'*affectio societatis*, elle recouvre toutefois une définition autre que celle de la bonne foi[5]. Cette dernière s'apparente à un devoir moral d'ordre individuel nonobstant le fait qu'elle doit être partagée par tous les associés.

Responsabiliser les contractants en cas d'annulation du contrat revient à créer légalement une obligation de bonne foi en matière de formation des actes juridiques. Cette obligation de bonne foi recouvre deux facettes. Elle peut signifier loyauté, au sens courant du terme[6], ou bien connaissance du vice qui entachait l'acte[7]. Les nullités pour vices du consentement ou dissimulation frauduleuse de l'incapacité entraînent, selon nous, une responsabilité pour violation de l'obligation de bonne foi-loyauté. La responsabilité du fait de l'annulation pour vice de forme découle davantage de la méconnaissance de l'obligation de bonne foi-connaissance[8]. La distinction suivant les causes de nullité n'est pas toujours aussi tranchée.

---

[1]Pour des exemples, Ph. DELBECQUE, Les clauses allégeant les obligations dans les contrats, th. Aix., 1981, n°360s.

[2]A. VIANDIER, *th. préc.*, 79 : "L'*affectio societatis* n'est que la manifestation, dans le contrat de société, de l'obligation générale de bonne foi édictée par l'article 1134 du Code civil. *Affectio societatis* et bonne foi ne font qu'une"; J.-M. de BERMOND DE VAULX, "Le spectre de l'*affectio societatis*", *J.C.P. éd. E*, 1994, 346, qui cantonne le rôle de l'*affectio societatis* à une pure intention préparatoire mais distincte de l'acte volitif de créer une société à plusieurs.

[3]D.SCHMIDT, "De l'intérêt commun des asociés", *J.C.P.Ed.E* 1994, I, 3793; du même auteur, "De l'intérêt social", J.C.P. Ed. E, 1995, I, n°488; M.GERMAIN, "L'intérêt commun des associés", *J.C.P. Ed. E, Cah. dr. entr. suppl.* 4/1996, p.13; Dossier sur l'intérêt social, *Droit et patrimoine*, 1997, p.42s.

[4]GODON, *op. cit*., n°137, p.91.

[5]cf. *supra*, notre analyse sur le concept de société, Première partie, Titre 2, Chap.1.; pour une bibliographie très récente sur la notion de bonne foi en droit des sociétés, consulter GODON, *op. cit*., *spéc*. note 1., p.89

[6]C'est-à-dire attente légitime, confiance..., M.-L. IZORCHE, *th. préc.*, p.133; MOUSSERON, *art. préc.*, p.511; GODON *op. cit*, n°104, p.92.

[7]Com. 16 juin 1992, *D.*1993, p.508, note L. COLLET; Com. 15 juillet 1992, *Rev. soc*. 1992, p.757, note P.L.C. : la mauvaise foi signifie la connaisssance du risque d'annulation.

[8]Selon MALAURIE et AYNÈS, seule la bonne foi connaissance serait en jeu, *op. cit*., n°593.

La responsabilité du fait de l'annulation comporte en outre un aspect général et un aspect particulier. Elle sanctionne, d'une part, une obligation traditionnelle de bonne foi renforcée et, d'autre part, l'obligation spécifique de ne pas insérer de cause de nullité. L'idée d'une obligation de bonne foi renforcée conçue comme une obligation accessoire du contrat est l'aboutissement d'un mouvement qui s'est développé depuis le début du vingtième siècle principalement dans le contrat d'adhésion[1]. Mais on en trouve déjà la trace dans l'exposé des motifs relatifs à l'interprétation de l'article 1833 du Code civil[2].

L'acte collectif de société a en effet la nature d'un acte d'intérêt commun ou d'adhésion : les conditions relatives à sa conclusion sont donc nécessairement plus strictes car bon nombre de conditions s'imposent à tous sans possibilités de négociation. L'exigence de la bonne foi rejoint ici la nécessité d'une cohésion sociale fondée sur l'*affectio societatis*. Les deux notions parfois se recouvrent. Elles peuvent être source de responsabilité.

Ainsi, selon plusieurs auteurs, le principe de bonne foi est "un devoir d'assistance, de collaboration, d'aide mutuelle et à la limite d'amitié et de fraternité"[3]. On assiste ici à l'apogée du concept.

C'est une question d'équilibre contractuel. Tout est mis en oeuvre pour réduire les causes de nullité. C'est dans la logique de cette exigence que l'idée d'une obligation de nature contractuelle prend sa source. Inhérente au contrat lui-même, la responsabilité ne peut revêtir qu'une nature contractuelle, *a fortiori* en cas de responsabilité hors annulation.

---

[1]G. VINEY, *op. cit*., p.286, BERLIOZ, *th. préc*., p.83; G. FARJAT, Droit économique, *op. cit*., p.44; PEROT et MOREL, *op. cit*., p.201.

[2]"Ce contrat (de société) est de droit naturel ; (...) il doit surtout reposer sur la bonne foi : sans doute est-elle nécessaire dans tous les contrats; mais elle est plus expressément requise dans les contrats de sociétés; *elle devrait être excessive*, s'il est permis de dire, et s'il pouvait y avoir des *excès de bonne foi*. Si la société n'était formée que pour l'intérêt d'un seul, la bonne foi ne serait-elle pas étrangement violée ? Il faut donc l'unir pour l'intérêt commun des parties qui contractent. C'est la première règle, la règle fondamentale de toute société". (Propos au Corps Législatif de M. TREILHARD relatif au Titre XIV du Code civil, n°2).

[3]N. CHARDIN, commentant les écrits de M. CORNU, *th. préc*., n°288, p.224; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, "Libres propos sur la transformation du droit des contrats", *art. préc* ., spéc. p.377s.; J. MESTRE, "D'une exigence de bonne foi à l'esprit de collaboration", *J.C.P.* 1988, I, 3318; cf. également, Y.PICOD, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, Bibliothèque de droit privé, Tome 208, préf., G.COUTURIER, *L.G.D.J*. 1989.

Outre un certain pragmatisme, ce fondement repose sur la théorie moderne des nullités. En proportionnant les effets de la nullité au but visé par la règle bafouée, la théorie contemporaine des nullités permet de justifier le maintien de conséquences juridiques secondaires et indirectes de l'acte survivant à la disparition de ses effets principaux recherchés par les parties ou conférés par la loi. Cette idée juste et éprouvée suffit à fonder la possibilité d'une responsabilité engendrée par le contrat annulé puisqu'il s'agit d'un effet indirect de l'acte que les parties n'ont pas spécialement recherché et auquel elles n'ont la plupart du temps même pas songé. La preuve en est que la faute est un fait juridique par opposition aux actes juridiques sur lesquels la nullité a une prise. En aucun cas l'annulation ne peut revenir sur les effets produits par un fait juridique : les conséquences juridiques de la faute sont indirectes même si elles sont nées à l'occasion de la conclusion de l'acte juridique considéré. L'objectif n'est pas de fournir à la partie créancière un équivalent voulu du contrat ; l'exécution du contrat c'est-à-dire l'effet direct du contrat n'est pas en cause. Le préjudice est constitué par l'absence de conclusion d'un acte parfait et de sa disparition du fait de l'annulation. L'évaluation de l'acte manqué diffère du gain résultant de l'inexécution d'un acte non annulé[1].

En revanche l'obligation de bonne foi disparaît naturellement pour l'avenir. Mais cette obligation contractuelle a produit ses effets dans le passé. Son non-respect a engendré une faute, une situation de fait indélébile. L'annulation est indépendante à telle enseigne que la responsabilité est envisagée pour réparer les conséquences d'un acte vicié mais non annulé[2]. Ce ne sont pas les effets juridiques de l'acte collectif qui sont visés par la responsabilité. La nullité ne peut donc les supprimer. L'objet de la sanction diverge. La responsabilité répare les conséquences de la faute. La nullité met un terme aux effets d'un acte vicié. En ce sens la réparation est indirecte : la cause de nullité subsiste en l'état jusqu'à l'annulation. La nullité n'agit pas comme la régularisation : elle sanctionne la violation de la légalité sans remédier au vice qui atteint l'acte ; elle n'atteint que les conséquences juridiques de l'acte. Alors que la responsabilité porte sur la faute en elle-même pour en effacer les conséquences matérielles sans affecter l'acte

[1]Cf. *infra*, l'évaluation du préjudice.
[2]Cf. *supra*, introduction du chapitre

juridique qui peut survivre à sa mise en oeuvre. Pour autant l'assise substantielle de la faute demeure l'acte juridique à l'occasion duquel elle a été commise. La faute est donc par nature un fait juridique sur lequel la nullité n'a pas de prise. Responsabilité et nullité ont des champs d'application superposés. Leur source demeure l'acte juridique collectif.

Le choix d'un principe de responsabilité délictuelle par la Cour de cassation et une doctrine contemporaine quasi unanime mérite par conséquent d'être révisé à la lumière de ces arguments. Toutefois les critiques adressées à la théorie contractuelle ne peuvent être ignorées même si elles n'altèrent pas fondamentalement la nature de la responsabilité.

b. Critiques non dirimantes

Le fondement contractuel invoqué de la responsabilité du fait de l'annulation repose, sans l'exprimer, sur un avant-contrat tacite[1]. Son inexécution entraînerait une responsabilité de nature contractuelle[2].

Or, une construction basée sur un prétendu pacte précontractuel est contestable car elle ne correspond pas à la réalité : les parties n'entendent se créer d'obligations que pour l'avenir. Le contrat ne peut atteindre rétroactivement une faute qui lui est antérieure. Les détracteurs de cette théorie dénoncent ainsi l'impossibilité causale du rattachement de cet avant-contrat au contrat pour obtenir l'application de la responsabilité contractuelle. Cette garantie tacite est une fiction[3].

Mais paradoxalement d'autres détracteurs soulignent l'impossible indépendance de ce prétendu accord précontractuel par rapport au contrat entaché d'une cause de nullité : comment cette

[1]M.-L. IZORCHE, *th.préc.*, n°56, p.49 : thèse qui se rattache à celle de DEMOLOMBE et qui présente l'offre comme une sorte d'avant-contrat tacite.
[2]En ce sens, A. PIÉDELIÈVRE, *th. préc.*, p.155.
[3]P. ROUX, *th. préc.*, p.53s.; ROUBIER, *th. préc.*, p.62s.; M. MEIGNIÉ, *th. préc.*, p.127; BRUN, Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle, Th. 1930, n°143, p.161; MAZEAUD, Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, *R.T.D.Civ.* 1929, n°23 et n°28; J. HUET, *th. préc.*, p.237; Albert LEGROS, Essai d'une théorie générale de la responsabilité en cas de nullité des contrats, th. Dijon, 1900, p.252; GHESTIN, *op. cit.*, n°213, p.299s.; J.-L. AUBERT, *th. préc.*, n°107, spéc., p.106s.

garantie tacite peut-elle survivre à l'annulation du contrat principal sans être elle-même atteinte par le même vice ?[1] Ainsi, en application implicite de la maxime "*Quod nullum...*", des arrêts anciens refusent le droit à des dommages-intérêts liés à un contrat annulé[2].

Or, excepté pour le vice d'incapacité, les causes de nullité diffèrent. Quand bien même l'indépendance de la faute et de l'acte juridique ne serait pas admise, c'est l'hypothèse de l'absence de rattachement qui est à rejeter. Aucun démenti à la thèse contractuelle n'est apporté.

Et surtout, la responsabilité du fait de l'annulation ne découle pas à proprement parler d'un avant-contrat[3]. Il n'y a pas d'acte juridique préalable mais un fait juridique volontaire accompagnant la conclusion d'un acte collectif annulé. La nullité ne peut supprimer ce fait juridique attaché à l'acte. C'est l'objet de la responsabilité liée à l'acte juridique qui lui succède, celle-ci ne peut être de nature délictuelle. Le recours à un avant-contrat tacite est donc superfétatoire voire faux. La fiction est ici d'une complexité inutile.

La démonstration peut être effectuée en sens inverse. A propos de la rupture des relations qui précèdent la conclusion de l'acte juridique, un auteur a fait ainsi une remarque pertinente : "la logique impose que, pour pouvoir parler de responsabilité contractuelle, un contrat ait été effectivement conclu. Donc, s'il l'on n'en est encore qu'au stade des pourparlers, une éventuelle responsabilité ne saurait être que délictuelle"[4].

L'obligation de bonne foi qui naît lors de la conclusion du contrat suffit donc à rattacher l'existence de la faute à l'acte juridique. Elle n'est pas dissociable de l'acte juridique collectif. L'annulation postérieure ne l'atteint que pour l'avenir. L'acte juridique confère à cette obligation et à la responsabilité qui en découle sa véritable nature. Dès lors que les pourparlers sont achevés, la faute commise du fait de l'annulation de

---

[1]M. MEIGNIÉ, *th. préc.*, p.127; BRUN, n°144, p.162; MALINVAUD, *th. préc.*, n°14, p.17 la responsabilité des incapables et de la femme dotale à l'occasion d'un contrat, th. *L.G.D.J.* 1965.

[2]Bordeaux, 27 mai 1874, *S.*1875, 2,101; T.C. Marseille, 14 mars 1946, *D.*1946, J, 220.

[3]PLANIOL et RIPERT, P. ESMEIN, Traité pratique de droit civil français, Tome VI, *L.G.D.J.* 1930, n°324.

[4]obs. DURRY sous Com. 20 mars 1972, *R.T D.Civ.* 1972, p.719.

l'acte juridique est un manquement à une obligation valablement contractée. La responsabilité délictuelle n'a pas sa place[1].

Les conditions classiques de la responsabilité contractuelle supposent une faute dans l'exécution d'un contrat valable. L'acte annulable est un acte valable. Son annulation postérieure ne remet pas en cause cette validité provisoire. Ces dispositions ne concernent logiquement que les parties à l'acte. *A contrario*, cela signifie que lorsque la faute dans la conclusion du contrat annulé émane d'un tiers, la responsabilité de ce dernier est délictuelle. Une telle solution ne heurte pas les efforts doctrinaux pour unifier la responsabilité des personnes placées dans des situations de fait similaires[2] puisqu'en réalité, les tiers et les parties ont une position différente par rapport à l'acte juridique collectif.

En outre, qu'il s'agisse de la conclusion ou de l'exécution de l'acte juridique, c'est toujours à l'occasion de l'acte juridique que la responsabilité est mise en cause. La différence est sur ce point de départ non dirimante. Seul le préjudice change ; aussi subtile puisse être la distinction entre le préjudice pour exécution et le préjudice pour annulation, celle-ci n'en existe pas moins.

Dans cette conception, les bénéficiaires de l'action en responsabilité peuvent coïncider avec ceux de l'action en nullité. Ainsi peuvent être poursuivis toutes les personnes auxquelles la nullité dans l'acte collectif de société sont imputables[3].

La durée de la prescription de l'action en responsabilité s'harmonise alors parfaitement avec celle de l'action en nullité. L'hypothèse de la responsabilité délictuelle est ainsi réfutée. La responsabilité contractuelle est à retenir.

Les auteurs favorables à la théorie de IHERING soulignent qu'elle présente l'avantage de dispenser la victime de la preuve d'une faute de son contractant. Celle-ci aboutit à un renversement de la charge de la preuve en laissant place à la preuve par ce dernier d'une absence de faute de sa part[4]. Tel est en pratique le schéma de la

[1]C.GUELFUCCI-THIBIERGE, *th. préc.*, n°253, p.159.
[2]*ibidem*, n°254, p.160; P.ESMEIN, Le fondement de la responsabilité contractuelle, rapprochée de la responsabilité délictuelle, *R.T.D.Civ.* 1933, 627.
[3]MACQUERON, *th. préc.*, p.366.
[4]C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *th. préc.*, n°15, p.18; E. GAUDEMET, *op. cit.*, p.198.

responsabilité du fait de l'annulation en matière de sociétés. Il existe en effet quelque contradiction à retenir comme le fait le droit français majoritairement la qualification délictuelle pour la responsabilité encourue, qui implique qu'une faute soit prouvée, alors qu'en réalité, la responsabilité du fait de l'annulation est quasi objective[1].

La classification des fautes selon leur gravité implique également une hiérarchie qui est inconnue de la responsabilité délictuelle, uniquement sensible à l'étendue du dommage[2]. Or, en matière de société, une telle distinction est présente : l'appréciation de la loyauté des parties suffit à qualifier la responsabilité de contractuelle car la réparation n'est complète qu'en cas de faute dolosive ou de faute lourde[3]. Si la faute est légère, seule l'indemnisation du dommage prévisible lors de la conclusion de l'acte juridique est possible. Alors qu'en matière délictuelle, le dommage, soit dû à un délit, soit à un quasi-délit, est toujours réparé dans son entier[4]. La présomption est réfragable ou irréfragable selon qu'il s'agit d'une obligation de moyen ou de résultat. Là encore, cette distinction n'existe pas en matière délictuelle. Créée par DEMOGUE[5], elle trouve matière à s'appliquer à la responsabilité du fait de l'annulation en droit des sociétés. En effet, divers articles prévoient une responsabilité automatique. Seule la preuve de l'annulation suffit à engager la responsabilité. Il s'agit d'une obligation de résultat. La faute doit être prouvée en ce qui concerne les sociétés par actions, la responsabilité étant diluée en ce cas.

Ces différences peuvent apparaître contingentes[6]. Elles ont cependant leur raison d'être. Selon la forme des sociétés, l'acte d'adhésion est en effet plus ou moins contraignant. En matière de sociétés par actions, la rigidité et la lourdeur de la réglementation qui s'imposent aux cocontractants suffisent pour assurer le respect des conditions présidant à la conclusion de l'acte d'adhésion. Les parties n'ont pas connaissance de toutes les clauses et des vices de forme qui

---

[1] *ibidem*, p.185s., n°305s.; TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *op. cit*., n°409, p.397.
[2] P. MALAURIE, *op. cit*., 1998, préc., n°57; L. AYNÈS, Jurisclasseur, Fasc.11, *op.cit*, n°26.
[3] M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *th. préc*., p.321.
[4] P.MALINVAUD, Droit des obligations, mécanismes juridiques des relations économiques, *Coll. Droit et gestion, Litec*, 1992, n°224, p.274.
[5] Traité des obligations, t. V, n°1237; t. VI, n°599.
[6] P.SIMLER considère que la différence séparant les obligations de moyens et les obligations de résultat n'est que de degré non de nature, obs. J.C.P. 1995, 3851, n°10.

peuvent s'y glisser. Leur loyauté est sans influence puisqu'il ne discute quasiment pas le contenu des dispositions statutaires. L'insertion d'une cause de nullité est de ce fait moins fréquente. La bonne foi joue un rôle subsidiaire. Les parties n'ont qu'une obligation de moyen. La présomption de responsabilité est simple[1]. Les présumés responsables peuvent s'exonérer en établissant qu'ils n'avaient pu connaître le vice[2]. La responsabilité devient plus subjective en matière de société de personnes, la volonté des parties étant plus manifeste. Plus la marge de négociation des clauses de l'acte juridique est importante, plus l'obligation de bonne foi est sévèrement appréciée. Aucune cause de nullité ne devrait échapper aux contractants. La responsabilité est plus lourde : il s'agit d'une obligation de résultat.

Les différences de régime relativement au fait générateur de responsabilité suppose résolue la question de son fondement en la matière. L'intérêt révélé de cette analyse s'appuie sur un raisonnement fondé sur la conception moderne de la théorie des nullités. Si cette démarche pragmatique est contestable, le fondement dégagé n'encourt pas les mêmes reproches[3].

L'adhésion à un fondement de nature délictuelle en matière de responsabilité du fait de l'annulation n'est, au demeurant, ni totale ni toujours franche. Il faut relever tout d'abord quelques décisions isolées des juges du fond en faveur de la nature contractuelle de la responsabilité[4]. Ce courant minoritaire ne suscite pas nos réserves. A noter également que de nombreuses décisions restent totalement silencieuses sur cette question[5]. Des arrêts de la Cour de cassation même cultivent l'ambiguïté[6]. Parfois une référence implicite à la nature délictuelle de la responsabilité peut être décelée[7]. Quant à la position explicite de la Cour de cassation pour une nature délictuelle de la

---

[1]Cass. civ. 26 novembre 1930, *S.* 1931, 1, 305, 2ème esp., note LAGARDE
[2]Nîmes, 21 janv. 1881, *D.*1881, 2, 126.
[3]*ibidem*, n°250, p.158.
[4]Rennes, 9 juillet 1975, *D.*1976, J417 note J. SCHMIDT, *R.T.D.Civ*. 1976, 547, note DURRY; T.G.I Brest, 5 nov. 1974, *D.*1975, J295, note J.SCHMIDT.
[5]cf. jurisprudence détaillée par C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *th. préc*., notes 213 à 215, p.186.
[6]Req. 5 mai 1930, *S.*1930, 1, 328; Com. 26 mai 1970, *Bull. IV*, n°178.
[7]Civ. 15 janvier 1872, *S.*1872, 1,9; Req. 9 mai 1905, *DP* 1908, I, 476; Req. 29 nov. 1876, *D.*1877, I, 49; Civ. 15 fév. 1898, *DP* 1898, 1,192; Civ. 6 avril 1898, *DP* 1898, I, 305.

responsabilité du fait de l'annulation, elle ne résiste pas à un examen scientifique minutieux de sa motivation.

Les arrêts en ce sens sont récents[1]. D'autres un peu plus anciens se contentent de se référer au principe général de la responsabilité délictuelle contenu dans l'article 1382 du Code civil[2].

Chaque fois, c'est la théorie classique des nullités qui sous-tend le raisonnement de la Cour suprême. La nullité étant assimilée à une inexistence, la responsabilité née du contrat ne saurait survivre à l'annulation. Tout ce que l'acte juridique crée, disparaît rétroactivement avec lui. Dans cette conception extrémiste toute responsabilité liée à l'acte juridique s'efface sans réparation possible autre que l'application d'un principe de responsabilité de nature délictuelle, par définition, entièrement indépendant de l'acte. Le système traditionnel des nullités ne distingue pas selon la source des effets de droit : fait juridique ou acte juridique, tous deux sont anéantis fictivement dès l'origine. Plusieurs erreurs d'appréciation se cumulent dans ce raisonnement quelque peu simpliste.

D'une part, en toute rigueur, la nullité ne porte pas sur les faits juridiques. La responsabilité et la nullité n'ont pas le même objet[3]. La théorie moderne des nullités ne confond pas la sanction de la faute avec celle de la violation de la loi dans la formation de l'acte juridique.

D'autre part, l'indépendance de la faute par rapport à l'acte juridique conclu est une conséquence excessive de cette construction logique : dans le souci de mettre en oeuvre l'action en responsabilité sans que l'annulation affecte dans son principe la faute est considérée comme complètement détachable de l'acte juridique à l'occasion duquel elle a été commise. Pour échapper aux effets du prononcé de la nullité la jurisprudence confère à la faute un caractère non contractuel ou précontractuel. Quelle distinction opérer alors entre la nature de la responsabilité engagée dans les pourparlers et celle qui découle d'un contrat conclu puis annulé ? L'existence de l'acte juridique ne peut être

[1]Com. 11 janv. 1984, *Bull. IV*, n°16; Com. 25 fév. 1986, *Bull. II*, n°33.
[2]Civ.1ère 4 février 1975, *D.*1975, 405, note Charles GAURY, *J.C.P.* 1975, II, 18100, note LARROUMET; *R.T.D.Civ*. 1975, 537, note DURRY; Civ. 1ère, 14 nov. 1979, *Bull. I*, n°279.
[3]cf. *supra*, introduction de la seconde partie

indifférente sauf à admettre un domaine de la responsabilité délictuelle exorbitant.

La spécificité de la responsabilité du fait de l'annulation d'un acte juridique ne peut être gommée aussi facilement. La conclusion de l'acte juridique collectif place les parties dans une situation originale indépendamment de sa validité. A compter de cette situation de fait que l'acte juridique soit finalement valable ou annulé, la responsabilité devient contractuelle[1]. La volonté même viciée a produit des effets juridiques comme si l'acte juridique était valable. Cette situation objective ne peut être annihilée : l'acte juridique collectif a nécessité une durée incompressible pour se former qui rejaillit sur la nature de la responsabilité[2]. La responsabilité du fait de l'annulation entre ainsi dans la sphère contractuelle à compter de la conclusion de l'acte juridique.

Le terme est trop restrictif dans la mesure où il s'agit d'un acte juridique collectif qui modifie la nature juridique de la responsabilité et non un contrat. Il indique cependant clairement que la responsabilité n'est plus délictuelle[3]. L'existence d'un acte juridique, même postérieurement annulé, a transformé les conditions de la responsabilité : la charge de la preuve est renversée ; celle-ci est présumée. Et le délai pour la dénoncer est abrégé ; un texte dérogatoire par rapport à la responsabilité délictuelle l'atteste (article 370 de la loi de 1966 et article 1844-17 du Code civil).

La responsabilité du fait des actes collectifs découle de la formation de l'acte. Elle est à tout le moins "obligationnelle"[4] puisque le terme contractuel est ici inapproprié, l'acte étant collectif et non synallagmatique. Elle ne résulte pas d'un fait quelconque de l'homme mais d'une obligation qui n'a pas été respectée dans la conclusion de l'acte.

---

[1]J. HUET, *th. préc.*, n°240, p.233; Françoise BÉNAC-SCHMIDT, "Essai sur la notion "d'être moral nouveau", Réflexions sur son aspect fiscal", *D.* 1992, Chron., p.37.

[2]J.M. MOUSSERON, "La durée dans la formation des contrats", *art. préc.*, p.509s.

[3]Vers une extension de la responsabilité contractuelle du fait de la nature de l'acte, Civ. 1ère, 8 mars 1988, *D.*1988, I.R.87; Civ. 1ère, 21 juin 1988, *D.*1989, 15, note LARROUMET, *D.*1989, somm.232, obs. AUBERT.

[4]C.LARROUMET, Droit civil, Les obligations, *Economica*, 4ème éd., 1998, n°140 et n°148; référence à un "contenu obligationnel" implicite et impératif, L.GODON, op. cit., n°139, p.92.

De toute évidence, la responsabilité du fait de l'annulation des actes collectifs de société ne relève plus d'une responsabilité délictuelle de type classique.

Le point de départ du délai court en outre de l'annulation non de la date de commission de la faute.

B. Solution

La responsabilité du fait de l'annulation des actes collectifs (2.) est similaire à la garantie des vices cachés dans la vente (1.).

1. Responsabilité à l'image de la garantie des vices cachés

Les parties à l'acte collectif doivent garantir l'absence de cause de nullité dans l'acte. Sinon leur responsabilité est engagée. De même, le vendeur doit délivrer à l'acheteur la chose apte à l'usage prévu, c'est-à-dire exempt de vices cachés (article 1641 du Code civil)[1].

C'est toujours l'idée de sécurité matérielle (vices cachés) ou juridique (nullité) qui est sous-jacente. Telle est la conception d'une directive du Conseil des Communautés européennes (25 juillet 1985) qui prévoit une responsabilité du fait des produits défectueux.

La mise en jeu de la responsabilité suppose dans les deux cas des conditions similaires (a.). Les ressemblances au stade des effets sont non moins remarquables (b.).

---

[1]P. MALAURIE et L. AYNÈS, Droit civil, Contrats spéciaux, 12ème éd., par P.-Y. GAUTIER, *Cujas*, 1998/1999, p.239; A. MORIN, préf. A. GHOZI, Contribution à l'étude des contrats aléatoires, *L.G.D.J. ,P.U.F.* Faculté de droit, Université d'Auvergne, 1998, n°230, p.102; B.STARCK, L.BOYER, et H. ROLAND, Obligations, 2, le contrat, 4ème éd., *Litec*, 1993, n°1382, p.578.

a. Conditions

Les conditions requises pour que la garantie soit engagée sont de deux ordres : des conditions de fond, essentiellement le vice caché et des conditions d'exercice, le délai notamment. Il en va de même en matière de nullité.

La première condition implique l'existence d'un contrat (vente ou acte collectif de société). Il faut que la chose soit impropre à l'usage auquel on la destine, c'est-à-dire un vice rédhibitoire. Une cause de nullité doit être décelée dans l'acte collectif de société entraînant l'annulation.

Le vice temporaire n'est pas rédhibitoire. De même, la cause de nullité qui disparaît postérieurement fait obstacle au prononcé de la nullité (articles 1844-11 du Code civil et 362 de la loi du 24 juillet 1966).

Le vice doit être, en outre, caché, sinon l'acheteur ne peut s'en plaindre[1]. Ainsi en est-il de la cause de nullité : si celle-ci est acceptée en connaissance de cause, soit le préjudice est jugé inexistant ou, à tout le moins, un partage des responsabilités est prononcé[2].

Le vice doit exister au moment de la vente[3]. Tel est le cas de la faute commise à l'occasion de la conclusion de l'acte collectif.

La loi veut que l'action résultant des vices rédhibitoires soit exercée dans un bref délai (article 1648 du Code civil). Tel est bien le cas de l'action en responsabilité du fait de l'annulation (article 1844-17 du Code civil ou 370 de la loi du 24 juillet 1966).

Il faut prouver le vice, puis son caractère occulte, et enfin la mauvaise foi du vendeur sauf présomption selon la qualité des parties. Les mêmes preuves sont requises en matière de responsabilité du fait de l'annulation. Selon que la responsabilité est objective ou non, la preuve de la mauvaise foi sera ou non présumée selon la forme de la société.

La concordance des effets est tout aussi étonnante.

---

[1] P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, 1990, n°390.

[2] C'est une application stricte de l'article 1150 du Code civil

[3] Com. 10 déc. 1973, *D.*1975,122, note GHESTIN, *J.C.P.* 1975, II, 17950, note MALINVAUD.

b. Effets

Les effets de la garantie légale sont variés. Deux actions sont offertes à l'acquéreur : l'action rédhibitoire (l'acheteur demande que le prix lui soit remboursé moyennant restitution de la chose); l'action estimatoire (l'acheteur demande que le prix soit réduit, la vente étant maintenue). De toute évidence, la première action correspond à une action en annulation totale, la seconde à une action en nullité partielle ou en réfaction de l'acte.

Dès lors qu'il existe un lien de causalité entre le vice et le dommage, la responsabilité peut être retenue. La preuve du même lien suffit à engager la responsabilité du fait de l'annulation.

La garantie des vices cachés est contractuelle[1]. La responsabilité du fait de l'annulation revêt donc une forme similaire.

2. La responsabilité du fait des actes collectifs

Les obligations nées de l'acte collectif servent de canevas pour trouver le fondement adéquat. La responsabilité, objective pour l'essentiel, seule la cause étrangère permettant de s'en exonérer, est de nature quasi contractuelle.

Il y a assimilation fréquente de l'acte juridique générateur d'obligations au contrat qui conduit toutefois la doctrine à estimer qu'une personne qui prend librement l'engagement d'entretenir un enfant, puis, qui refuse d'exécuter l'obligation souscrite "met en jeu sa responsabilité contractuelle"[2]. On a pu critiquer dans le même ordre d'idées le recours au visa de l'article 1134 du Code civil pour marquer la force obligatoire de certains engagements unilatéraux[3].

[1]G. VINEY, *op. cit.*, n°746.
[2]J. MASSIP, note sous Civ. 1ère, 21 juillet 1987, D.1988, p.225 (affaire Chauvet), *D.*1987, *I.R.* 186; *R.T.D.Civ.* 1988, 134, comm. MESTRE; *Rép. not.*, 1988, n°34186, p.313.
[3]Emmanuel DOCKÈS, *art. préc.*, spéc. p.233, notes 53-54; M.-L.IZORCHE, *th. préc.*, note 291*bis*, p.138.

Si la nature de la responsabilité varie entre celle découlant des faits collectifs et celle issue des actes collectifs, les conditions de la mise en oeuvre de l'action en réparation sont, en revanche, identiques. La responsabilité revêt un caractère collectif (a.)[1] et implique par conséquent une certaine solidarité (b.).

a. Responsabilité collective

L'annulation de la société ou des actes et délibérations postérieurs peut engager la responsabilité de celui à qui elle est imputable. Les termes des dispositions légales sont très généraux[2] : aucun texte n'affirme cette règle aussi catégorique mais plusieurs l'admettent de façon implicite et certaine[3].

Dans les sociétés à responsabilité limitée, les premiers gérants et les associés auxquels la nullité de la société est imputable sont responsables envers les autres associés et les tiers du dommage résultant de l'annulation (article 41). Dans les sociétés anonymes, les fondateurs de la société auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonction au moment où celle-ci a été encourue peuvent être déclarés responsables du dommage résultant pour les actionnaires ou pour les tiers de l'annulation de la société (article 241 alinéa 1). La même responsabilité peut être prononcée contre ceux des actionnaires dont les apports ou les avantages n'ont pas été vérifiés et approuvés (article 242 alinéa 2).

Les dispositions de l'article L. 242 concernant les sociétés anonymes sont étendues aux sociétés en commandite par actions en ce qui concerne les gérants et les membres du conseil de surveillance (article L260 alinéa 1). L'article 249, dans le cadre de la société anonyme de type nouveau, prévoit en effet qu'il est possible d'agir contre les membres du directoire puisqu'ils sont soumis à la même responsabilité que les administrateurs dans les conditions prévues à l'article 242. L'article 250 organise contre les membres du conseil de surveillance une action car ils répondent "des fautes personnelles commises dans

[1]Expression déjà utilisée par Max RICHIER, *th. préc.*, p.110.
[2]Articles 41, 242 alinéa 1 et 370 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966.
[3]MERCADAL et JANIN, *op. cit.*, n°3784.

l'exécution de leur mandat". Il appartient aux juges du fond, par une souveraine appréciation des faits, de rechercher si quelqu'un a été administrateur et en a rempli les fonctions[1]. "Les fondateurs sont responsables parce qu'ils ont violé les prescriptions impératives de la loi ; les administrateurs parce qu'ils ont manqué de vigilance. Dans le premier cas, il y a faute par commission, dans le second, faute par omission"[2].

S'agissant des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite simple, aucun texte particulier n'a été édicté. Néanmoins l'article 370 relatif à la prescription de l'action en responsabilité du fait de l'annulation s'applique à toutes les sociétés commerciales. Le vide législatif n'est qu'apparent : une responsabilité du même ordre atteint les auteurs et coauteurs des vices de constitution et de fonctionnement dans toute société[3]. Le même raisonnement *a fortiori* à partir de l'article 1844-17 du Code civil peut être étendu à toute société quelle qu'en soit sa forme. La responsabilité est collective dans toutes les formes de société envisagée dans la mesure où les auteurs de la nullité ne sont jamais pris individuellement comme responsables du préjudice. C'est toujours un ensemble de personnes qui sont concernées, sauf si les dirigeants présumés responsables collectivement peuvent s'exonérer en établissant n'avoir pu connaître le vice[4]. La responsabilité des premiers gérants, des fondateurs[5] et des administrateurs en fonction[6] est ainsi collective alors que seuls les associés "auxquels la nullité de la société est imputable" sont susceptibles d'être atteints par l'action en réparation.

L'aspect collectif est encore plus marqué lorsque l'action est dirigée non pas contre certains membres d'une société mais contre la société elle-même comme portant globalement la responsabilité[7].

---

[1]Req. 13 novembre 1876, *D.*1878, 1, 8.
[2]J. RAULT, Les sociétés commerciales, in Traité théorique et pratique de droit commercial de J. ESCARRA, E. ESCARRA, J. RAULT, *Sirey*, 1951, t.2, n°883.
[3]MACQUERON, Jurisclasseur, *op. cit.*, n°144
[4]Nîmes, 21 janv. 1881, *D.*1881, 2, 126
[5]Cass. com. 6 juillet1970, *Bull.* 1970, IV, n°231; *J.C.P.* 1971, 2, 16724, note BERNARD; *Rev. soc.*, 71, 191.
[6]Req. 7 janv. 1930, *D.*1932, 1, 191, note CORDONNIER; *S.*1931, 425, note LESCOT.
[7]Civ. 1ère, 19 janv. 1988, *Bull. civ.*, I, n°20; plus récemment, Com. cass. 18 février 1997, *préc.* : les agissements fautifs de la *société* Dassault pour prendre le contrôle d'une autre société...

Cette responsabilité collective va de pair avec une certaine solidarité.

b. Responsabilité solidaire

Le législateur a expressément prévu la solidarité dans le cas de la responsabilité du fait de l'annulation d'une société anonyme, d'une société à responsabilité limitée ou d'une commandite par actions[1]. Le postulat est le suivant : "s'ils sont solidairement responsables des fautes commises, les administrateurs seront plus diligents pour les faire éviter"[2].

Dans les autres cas, sociétés en commandite simples, société en nom collectif voire société en participation[3], ou toute autre société, même si la solidarité ne se présume pas, on peut par analogie considérer que la responsabilité encourue par les fondateurs, gérants et associés auxquels la faute est imputable, est *in solidum*[4]. Les obligations *in solidum* ont été créées par la jurisprudence. Dans les rapports des codébiteurs entre eux, c'est-à-dire des sujets passifs de l'action en responsabilité, l'obligation *in solidum* produit les mêmes effets que l'obligation solidaire[5].

Cette solidarité est le propre des actes (ou faits) collectifs. Dès lors que le dommage résulte d'un acte et que le fait de chacun est connexe à celui de l'autre. Il s'agit d'une présomption simple de causalité qui cède lorsqu'un ou plusieurs défendeurs démontrent que l'acte dommageable n'a pu être commis que par une des autres personnes qu'ils désignent ou par une cause étrangère[6]. La conception

---

[1]Dans certaines sociétés de type particulier, la même solidarité est prescrite : exs : article 16 alinéa 2 de la loi n°90-1258 du 31 déc. 1990 relative aux sociétés d'exercice libéral ou article 16 alinéa 2 de la loi n°66-879 du 29 novembre 1966 sur les sociétés civiles professionnelles ; la solidarité est alors étendue à la société elle-même.

[2]R. DEMOGUE, *essai critique précité*, p.161.

[3]Même si la société n'a pas en tant que telle un caractère ostensible, l'associé qui par son immixtion a laissé croire au cocontractant qu'il entendait s'engager à son égard est tenu dans les mêmes conditions que l'associé d'une société ostensible (article 1872-1 alinéa 3 du Code civil): RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, n°817, p.708.

[4]*Contra* MERCADAL et JANIN, *op. cit., loc. cit*.

[5]MAZEAUD et CHABAS, op. cit., n°1072, p.1132.

[6]Civ. 2ème, 15 déc.1980, *Bull. II*, n°269; *D.* 1981, 455, note E. POISSON-DROCOURT; Civ. 2ème, 1 er avril 1981, *Bull. II*, n°84; Civ. 2ème, 14 déc. 1982, *Bull. II*, n°197, *R.T.D.Civ*. 1984, 316 note DURRY; Civ. 2ème, 19 mai 1976, trois arrêts, *Bull. II*, n°163,

individualiste de la responsabilité ne peut que reculer au profit d'une compréhension plus collective de la répartition des risques en matière d'actes collectifs, chaque volonté étant interdépendante. La dissémination des responsabilités est le but de l'entreprise sociétaire : c'est là encore une preuve de la socialisation du droit[1]. La situation est inverse en matière délictuelle.

La solidarité coule de source dans le cadre d'actes collectifs où l'autonomie de la volonté connaît de nombreuses dérogations. Sa prescription légale est redondante. Elle s'explique par le rattachement habituel, quoique erroné, de la nature de la société à un contrat dans lequel chaque obligation a son individualité propre.

Le fondement d'une telle règle est à rechercher dans le fonctionnement même de la société[2].

Si l'attribution des conséquences de l'acte annulé sont imposées par une loi de solidarité, il faut logiquement admettre que l'associé (fondateur) est tenu de supporter les dommages causés par ses actes parce qu'il peut récupérer des profits de son apport en société. Le risque de voir sa responsabilité engagée est contrebalancé par l'espérance d'un profit. Aux droits correspondent des devoirs[3]. La responsabilité individuelle de chaque membre de la société pourrait en principe suffire. Toutefois, le lien de causalité est si difficile à prouver en ce domaine que la solidarité est présumée. Le juriste peut ainsi rattacher un dommage à sa cause, en analysant l'acte d'un fondateur même non fautif, dans les multiples conséquences qu'il engendre.

Responsabilité objective et solidarité entre parties à l'acte annulé permettent de réparer les effets des actes dommageables. En l'absence de lien de solidarité créé par la loi, c'est la preuve même de la causalité qui est empêchée. Car l'homme ne se sent normalement responsable que des dommages qu'il cause par sa faute mais non de ceux causés par autrui dans une activité commune. A défaut de concevoir une certaine

---

165,166; *D.* 1976, 629, note D.MAYER; *J.C.P.* 78, II 18773, note N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *R.T.D.Civ*. 1977, 129, note DURRY; Civ. 2ème, 4 mai 1988, *Bull. II*, n°103, *R.T.D.Civ*.1988, 769, note P.JOURDAIN.

[1]René DEMOGUE, Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique, *L.N.D.J. Ed. Rousseau*, 1911, p.163 et p.169.

[2]Pour une étude intéressante, Deen GIBIRILA, Conditions de la responsabilité solidaire des associés à 'égard des tiers, *J.C.P.* 1997, II, 22904.

[3]*arg*. tiré des développements sur le principe de solidarité sociale, *ibidem*, n°118.

solidarité dans l'acte collectif, tout associé pourrait repousser l'imputabilité de la faute[1]. Toute autre solution rendrait vaine toute recherche de responsabilité, ou plus exactement, du lien de causalité. Les textes sur la responsabilité du fait de l'annulation sont donc indispensables en droit des sociétés afin d'aménager le régime de droit commun.

Les conséquences de l'option pour la responsabilité spécifique du fait des actes collectifs divergent notablement de celles de la responsabilité délictuelle. Il convient d'en faire état plus en détail.

§2 Conséquences du choix d'un fondement autre que délictuel pour la responsabilité du fait de l'annulation

Elles portent essentiellement sur la compétence des tribunaux (A.) et la prescription (B.).

A. Compétence des tribunaux

Ratione temporis (a.) ou *ratione materiae* (b.), le choix pour un fondement de type contractuel s'impose.

a. *Ratione temporis*

La loi traditionnellement applicable en matière délictuelle est celle en vigueur au jour du délit[2] alors qu'en matière contractuelle, il s'agit de la loi en vigueur au jour de la conclusion du contrat[3]. Dans le cas de la responsabilité du fait de l'annulation des actes collectifs de société, l'article 1382 est ainsi écarté au profit de règles spécifiques du contrat de société. Cette solution présente l'avantage de soumettre à une même loi la nullité de l'acte collectif et la responsabilité encourue

[1]RIPERT, La règle morale..., *op. cit.*, note 2, p.211;
[2]J. HUET, *th. préc.*, n°83.
[3]PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. IV, n°490.

lors de sa formation. Nullité des actes collectifs de société et responsabilité corrélative relèvent ainsi du droit des sociétés.

La théorie moderne des nullités ne s'y oppose pas. Rattacher les effets secondaires et indirects de l'annulation aux règles régissant le contrat de société ne remet absolument pas en cause l'effet bien compris de l'annulation ; la responsabilité n'est pas un effet principal de l'acte annulé qui justifie que la nullité le supprime. Cette conséquence n'a pas été recherchée par les parties qui au plus par la conclusion de l'acte collectif de société ont entendu le soumettre au régime spécifique des sociétés.

Le régime particulier édicté par la loi de 1966 puis repris par la loi du 4 janvier 1978 relativement à la responsabilité du fait de l'annulation n'aurait aucune raison d'être si le prononcé de la nullité supprimait toute responsabilité née de l'existence du contrat de société : les règles du droit des sociétés ne s'appliqueraient pas comme n'ayant pas fait l'objet d'une adhésion valable !

Seule la responsabilité délictuelle de droit commun fondée sur l'idée d'une faute précontractuelle entièrement détachable de l'acte juridique conclu postérieurement puis annulé trouve application dans la théorie classique des nullités. Poussé à l'extrême ce raisonnement conduirait à exclure le régime dérogatoire des nullités à un acte collectif de société annulable afin de réduire à néant tous les effets d'une volonté viciée.

Outre les contradictions relevées ci-dessus à propos de faute précontractuelle, une solution aussi rigide aboutit à une impasse. Il faut nécessairement reconnaître certains effets à la volonté des parties pour lui appliquer les dispositions du droit des sociétés. Or, ces dernières concernent exclusivement les actes juridiques de société. Respecter ces prescriptions même si elles relèvent d'un ordre public de protection collectif, c'est entrer dans un champ quasi contractuel ; toute faute commise à l'occasion des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit en matière de société ne peut revêtir un caractère délictuel.

L'obligation qui est bafouée par la faute commise prend sa source dans l'acte juridique et les normes du droit des sociétés qui s'y attachent. La responsabilité est contractuelle. Seules les conséquences

juridiques recherchées par les parties et heurtant le but de la règle violée sont effacées par l'annulation. La responsabilité issue d'un contrat annulé n'est pas déclenchée par la volonté de l'homme mais par un fait juridique. Elle ne fait donc pas corps avec les effets principaux du contrat qui sont annulés. Les effets juridiques secondaires selon la théorie moderne des nullités, telle que définie par François DROGOUL, René JAPIOT et Alain PIÉDELIÈVRE au début de ce siècle conservent leur autonomie. La responsabilité du fait de l'annulation des actes collectifs de société relèvent donc du droit des sociétés.

b. *Ratione materiae*

Pour les sociétés civiles, la question ne se pose pas : le tribunal de grande instance est toujours compétent quels que soient les actes accomplis.

En revanche, pour les sociétés commerciales, la compétence territoriale n'est autre que celle du tribunal de commerce dans le ressort duquel se situe le siège de la société et non celle du domicile du défendeur, même si les parties n'ont pas la qualité de commerçants. Plusieurs arguments confortent cette solution, quelle que soit la qualité des parties au procès. Aux termes de l'article 632-2° du Code de commerce, la juridiction consulaire a à connaître "des contestations entre associés pour raison d'une société de commerce". L'article 631-3° du Code de commerce ajoute que le tribunal de commerce demeure compétent pour toute contestation relative aux actes de commerce. Même si les actes sont de nature civile, la solution est identique[1].

Certains auteurs sont plus nuancés bien qu'optant pour la compétence du tribunal de commerce, afin de régler les litiges entre sociétés commerciales car ils estiment que la forme doit l'emporter sur l'objet[2].

---

[1]cf. récemment, Com. 10 mars 1998, *Dalloz Affaires*, 1998, n°114, p.722, obs. V.A.R.; même raisonnement chez Ph. MERLE, dès lors que les actes ont été conclus pour les besoins de l'activité et entrent dans l'objet social, *op. cit.*, n°90; *contra*, RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, n°309.

[2]JEANDIDIER, "L'imparfaite commercialité des sociétés à objet civil et à forme commerciale", *D.*1979, chron. p.7.

En outre, si l'action en responsabilité est intentée en même temps que l'action en nullité, il a été jugé antérieurement à la réforme du droit des sociétés qu'il y avait lieu de donner dans tous les cas compétence aux juges du tribunal de commerce[1]. Cette jurisprudence n'est pas démentie depuis lors.

Cette coordination entre annulation et mise en oeuvre de la responsabilité est satisfaisante : elle est pratique et logique[2].

Les règles relatives à la prescription de l'action en responsabilité du fait de l'annulation suscitent davantage de réserves. Elles ne présentent pas la même clarté quant au choix du point de départ de la prescription. Cette remarque est certes valable pour le droit commun des obligations. Le droit des sociétés reflète également la réunification plus que contrastée des deux branches de la responsabilité civile.

B. La prescription

Les principes énoncés paraissent simples. Alors que la responsabilité civile extra contractuelle se prescrit par dix ans, c'est la prescription trentenaire, sauf réduction du délai, qui est applicable en matière de responsabilité civile contractuelle. Les règles relatives à la prescription varient en fonction de la nature de la responsabilité. La prescription abrégée préconisée par les articles 370 alinéa 1 de la loi du 24 juillet 1970 et 1844-17 alinéa 1 du Code civil renvoie donc à l'idée d'une responsabilité contractuelle.

Mais le choix du point de départ de la prescription n'apporte plus d'éléments favorables à la théorie de la responsabilité contractuelle en matière d'annulation ou d'annulabilité des actes collectifs de société. En matière délictuelle, le nouvel article 2270-I du Code civil, issu de la

[1]Colmar, 7 déc. 1937, *G.P.* 1938, 351.

[2]*Contra P.* MACQUERON, qui estime ce lien non obligatoire dans la mesure où la loi de 1966 dissocie désormais l'action en responsabilité de l'action en nullité, *th. préc.* , p.387. Le législateur n'indique cependant pas où est exercée l'action en responsabilité en ce cas. Seule la nature de la responsabilité encourue permet de déterminer la compétence *ratione materiae* du tribunal. La séparation des actions ne présage pas de la nature délictuelle de la responsabilité. La solution peut donc être identique après l'entrée en vigueur de la réforme des sociétés commerciales.

loi du 5 juillet 1985, fait courir en effet la prescription "à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation". A l'inverse s'il s'agit d'une responsabilité contractuelle, la prescription débute au jour de l'exigibilité de l'obligation[1]. Or, l'article 370 alinéa 1 de la loi de 1966 repris par l'article 1844-17 du Code civil fait courir le délai du jour où la décision d'annulation est passée en force de chose jugée[2]. Apparemment, l'option pour la responsabilité délictuelle est avérée.

Pourtant, l'action en responsabilité peut être intentée indépendamment de toute annulation[3] : tel est le sens de l'article 7 ou de l'article 370 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966. Une allocation de dommages-intérêts peut donc être attribuée du fait de l'annulabilité : le point de départ de la prescription de l'action en réparation remonte alors respectivement à l'immatriculation (ou à l'inscription modificative au registre du commerce et des sociétés), ou bien alors, est reporté au jour où la nullité a été couverte. Ainsi, dès que les exigences de fond ou de forme ne sont pas respectées, la responsabilité est encourue. Avant immatriculation, il existe également un régime dérogatoire de responsabilité qui s'applique pour le compte de la société en formation[4].

L'exigibilité de l'obligation et la manifestation du dommage sont donc d'interprétation variable selon l'évolution de la société. C'est dire que l'opposition entre les deux ordres de responsabilité n'est pas facile à déceler en fonction de la prescription : malgré la rédaction malencontreuse de l'article 2270-I du Code civil, le contentieux est artificiel en ce domaine[5]. L'action en responsabilité peut être mise en oeuvre dès la conclusion de l'acte entaché d'une cause de nullité. L'aspect contractuel de l'action renaît par ce biais.

De surcroît, en pratique, si l'action en nullité est exercée, l'instance est souvent commune à celle de l'action en responsabilité.

La responsabilité du fait de l'annulation revêt donc un fondement plutôt contractuel ; *a fortiori*, la nature de la responsabilité est identique lorsque l'acte est vicié mais non annulé puisqu'il subsiste

[1]MEIGNIÉ, *th. préc.*, p.104; J. HUET, *th. préc.*, n°74; G. VINEY, *op. cit.*, n°178.
[2]C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *th. préc.*, spéc. n°274, p.171.
[3]E. LE GALL, *art. préc.*, n°75.
[4]Article 5 de la loi du 24 juillet 1966
[5]G. VINEY, *op. cit.*, p.314-315.

en l'état ou régularisé. L'étude de la prescription de l'action en responsabilité conduit logiquement à une analyse plus générale du régime de cette sanction corrélative ou supplétive de la nullité.

SECTION 2 : Régime de la responsabilité du fait de l'annulation

La responsabilité corrélative de l'annulation est connue ; elle permettait de réparer quasiment tous les préjudices causés par un acte irrégulier, la sanction de nullité ayant un domaine général. La réforme des sociétés commerciales, en 1966, a soulevé un problème nouveau correspondant aux modifications apportées au champ d'application de la nullité. *Quid* de la sanction en cas de préjudice lié à un acte imparfait mais aujourd'hui insusceptible d'annulation ?

Le régime de la responsabilité du fait de l'annulation ne pouvait donc couvrir toutes les hypothèses. L'article 1382 du Code civil aurait pu suffire à pallier cette déficience. Mais, la responsabilité était-elle délictuelle ?

Dans tous les cas où la volonté des parties est enfermée dans un acte juridique considéré comme valable, tant que la critique n'est pas retenue contre lui, voire insusceptible, quoiqu'il advienne, d'être annulé, la légalité provisoire de l'acte ne suffit-elle pas à empêcher toute discussion sur la culpabilité ou l'intention ? Le droit civil ne doit s'occuper que des actes et non des intentions[1]; une responsabilité pénale a alors été mise sur pied avec, au demeurant, un objectif dissuasif afin d'éviter tout commencement d'exécution d'actes jugés imparfaits. Mais est-ce suffisant ?

En outre, la nature contractuelle de la responsabilité en raison du maintien de l'acte s'y oppose. Seule une responsabilité du fait de l'annulabilité est alors concevable.

A ce titre, le préjudice est constitué par l'insertion de la cause de nullité mais il ne se manifeste matériellement que par l'annulation ;

[1]RIPERT, La règle morale..., n°157, p287.

avant le prononcé de la nullité, le préjudice est avant tout moral car l'acte annulable demeure valable jusqu'à la preuve de sa nullité. La jurisprudence est quasi inexistante en la matière : éventuel ou moral, il est difficile de trancher pour reconnaître le véritable caractère du préjudice en ce domaine.

La faute se distingue également de la cause de nullité, sauf pour les vices du consentement où elle coïncide : elle constitue généralement la violation de l'obligation de bonne foi préexistante. L'insertion d'une cause de nullité dans les actes juridiques en droit des sociétés n'est qu'une conséquence de la faute. Pourtant, la cause de nullité est assimilée au délit voire au préjudice lui-même.

De ces préjugés, il faut se départir pour découvrir le vrai fondement de la faute et la source du préjudice en cas de responsabilité pour annulation des actes collectifs de société (§2). Une comparaison avec le régime de la responsabilité du fait de l'annulabilité se révèle alors judicieuse : elle permet un affinement des concepts (§1).

§1 Régime de la responsabilité du fait de l'annulabilité

C'est l'originalité de la réforme des sociétés commerciales. L'effacement des nullités est contrebalancé par une augmentation des responsabilités[1]. Il existe en effet des cas de mise en jeu de la responsabilité hors annulation mais celle-ci ne peut être engagée que si un vice de forme est décelable (article 7 de la loi du 24 juillet 1966) ou un vice de fond ayant fait l'objet d'une action en régularisation (article 370 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966 ou article 1844-17 *in fine* du Code civil).

Contrairement à celle encourue à l'occasion de la nullité, et qui fait l'objet de dispositions dans les divisions de la loi consacrées aux principaux types de sociétés concernées, le principe de cette responsabilité a donc trouvé sa place parmi les articles du chapitre préliminaire réservé aux dispositions générales. Cette position privilégiée traduit clairement l'importance que le législateur a entendue

[1]Y. GUYON, *op. cit.*, p.167.

lui conférer. Cette nouvelle forme de responsabilité voit encore sa valeur accrue en raison de sa consécration dans le régime primaire des sociétés (article 1840 du Code civil)[1].

La responsabilité devient en effet la sanction principale dans le cas où l'irrégularité disparaît ou bien si la nullité est couverte. Les règles qui la régissent sont spéciales et exorbitantes du droit commun[2]. Elle est spéciale parce qu'elle concerne certaines catégories de personnes que la loi a énumérées. C'est ainsi que les fondateurs de la société ainsi que les premiers membres des organes de gestion, de direction ou d'administration sont solidairement responsables du préjudice causé[3]. Elle est exorbitante du droit commun car elle est solidaire et encourue sans qu'il soit besoin pour les associés ou les tiers de démontrer une faute[4].

La nature délictuelle de la responsabilité est, en outre, exclue car, quelle que soit l'action engagée indépendamment de l'annulation, l'acte juridique sert de support aux allégations : les parties cherchent à réparer les conséquences des irrégularités qui l'entachent non à le supprimer.

Ainsi la réparation du préjudice né de la conclusion d'un contrat vicié mais non annulé consiste à compenser par des dommages-intérêts le fait que les parties à l'acte supportent l'aléa d'une annulation future : c'est l'indemnisation d'une situation mettant en péril l'exécution d'un acte juridique. Il faut au préalable faire cesser l'annulabilité, en supprimant la cause de nullité par la régularisation, si besoin est, ou en réparant l'irrégularité même insusceptible de conduire à une annulation, c'est-à-dire remettre les victimes dans une situation équivalente à celle où la faute n'avait pas été commise[5]. Dans cette conception, le préjudice n'est pas seulement éventuel, il est d'ordre moral : il peut résulter des conséquences de l'insertion d'une cause de nullité dans l'acte juridique imparfait.

---

[1]J. MALLET, *th. préc.* , p.290s.; DELGA, *op. cit*., p.144-145.
[2]M. HAGÈGE, *th. préc*., p.256-257
[3]Articles 7 alinéa 1 et 1840 précités.
[4]BASTIAN, *chron. préc*., 2121, n°175.
[5]Laurent AYNÈS, *Jurisclasseur civil*, Articles 1146 à 1155, *Fasc*. 10, 1985, *Rép. not., Fasc.* 170, Droit à réparation, Conditions de la responsabilité contractuelle, Dommage, n°5; Y. CHARTIER, "La réparation du préjudice dans la responsabilité civile", *Dalloz* 1983, n°59s., *spéc*. n°125.

La responsabilité du fait de l'annulabilité consacre ainsi la distinction entre deux notions fondamentales : la sanction et la réparation. En effet, la sanction doit être modulée en fonction de la gravité de la faute ou plus exactement en matière de nullité, en regard de la situation illicite qui en est à l'origine. Inversement, la réparation doit se fonder sur l'importance des conséquences de la situation illicite, les griefs produits et le préjudice subi. Dans cette conception, on peut aisément imaginer un vice bénin qui causerait un grave préjudice. Les solutions prétoriennes n'offrent pourtant aucun exemple de jurisprudence confirmant l'intérêt de cette distinction : absence de contentieux ou enjeu limité de la responsabilité du fait de l'annulabilité, la question reste ouverte[1]. L'inverse n'est pas vrai. La quasi-innocuité de certaines illicéités qui peuvent cependant conduire à l'annulation montre à l'évidence que le législateur n'a pas toujours perçu les sanctions en termes de proportion[2].

Responsabilité de type contractuel dans tous les cas, l'annulation n'est donc pas une condition de la responsabilité[3]. L'exigence d'un lien de causalité suppose toutefois un lien entre la faute du défendeur et le vice entachant l'acte[4].

La violation des dispositions relatives à la constitution de société (défaut d'une mention obligatoire dans les statuts ou accomplissement irrégulier d'une formalité légale ou réglementaire[5]) entraîne la responsabilité solidaire des fondateurs de la société et des premiers gérants et membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance[6]. La preuve d'une négligence n'est pas exigée ; l'irrégularité suffit à constituer la faute[7]. La responsabilité objective se déduit du silence des textes.

---

[1]L.GROSCLAUDE, *th. préc.*, p.445s., *spéc.* p.451.

[2]Ex : convocation des organes sociaux, art. 57 al.4 de la loi du 24 juillet 1966.

[3]Com. cass. 17 fév. 1997, *préc*.

[4]*Contra* C. GUELFUCCI-THIBIERGE, n°45.

[5]Article 7 de la loi du 24 juillet 1966 applicable à toutes les sociétés commerciales puisqu'inséré dans le chapitre préliminaire des dispositions générales ; repris par l'article 1840 du Code civil par la loi du 4 janvier 1978 pour les sociétés civiles

[6]Article 41 pour les premiers gérants et associés auxquels la nullité d'une société à responsabilité limitée est imputable ; article 242 pour les sociétés anonymes et article 260 alinéa 1er pour les commandites par actions ; principes généraux de la responsabilité civile pour les sociétés en nom collectif et société en commandite simple (Lamy, *op. cit.*, n°2384).

[7]RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, n°1139.

L'action se prescrit par dix ans à compter de l'immatriculation de la société au registre du commerce[1]. La durée et le point de départ du délai de prescription trouvent leur double justification dans le reflux de l'annulation comme sanction des conditions de forme dans la constitution des sociétés -ou la modification de statuts- au profit de la responsabilité.

Plusieurs auteurs ont dénoncé la disparité des délais de prescription entre les deux actions, la première sanctionnant des irrégularités les plus vénielles insusceptibles d'entraîner l'annulation se prescrivant par dix ans, la seconde se prescrivant par trois ans[2]. M.MALLET, dans sa thèse, a avancé un argument probant : "le but de la loi est d'inciter les responsables des sociétés à s'acquitter de leur tâche à l'occasion de la constitution des sociétés, afin que toutes les formalités requises par la loi soient régulièrement accomplies, sans susciter l'espoir de la couverture d'une éventuelle irrégularité par l'écoulement d'un bref délai de prescription. L'éventualité pour les fondateurs et les membres des organes sociaux de devoir répondre de leurs actes pendant dix ans est sans conteste de nature à réaliser par les personnes un "auto-contrôle" d'une portée non négligeable, d'autant plus que les personnes soumises au principe de la responsabilité de l'article 7 doivent être déclarées responsables alors même que la faute génératrice du dommage ne leur est pas personnellement imputable"[3]. Les fondateurs ont le choix entre deux épées de Damoclès : l'une, classique, c'est-à-dire l'annulation de tout acte comportant une cause de nullité au sens légal du terme, l'autre, la responsabilité généralisée maintenant à tout préjudice lié une irrégularité quelconque dans la formation des sociétés. Il est à noter que ces deux sanctions ne sont ni équivalentes, ni obligatoirement corrélatives désormais, ni même exclusives. Néanmoins, dès lors que le recours à la nullité n'est plus requis, il apparaît compréhensible que les conditions de la responsabilité soient plus strictes. Ce qui explique, au demeurant, l'entorse faite à la prescription triennale, de principe, en droit des sociétés.

---

[1]Article 7 alinéa 3 de la loi du 24 juillet 1966.

[2]Y. GUYON, Droit des affaires, 4ème éd., *Economica*, 1986, I, n°162; RIPERT et ROBLOT, *op. cit*., n°760.

[3]p.257.

Il faut remarquer également que les points de départ de la prescription sont différents, la plus courte des prescriptions commençant à courir plus tard, du jour de la régularisation, alors que la plus longue débute le jour de l'immatriculation de la société[1]. La prescription décennale paraît, dans ces conditions, moins drastique.

Plus originale encore, est le caractère facultatif de la responsabilité du fait de l'annulation depuis la loi de 1966, sauf en ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée. La sanction de nullité demeure principale ; la responsabilité est alors simplement corrélative et subsidiaire.

§2 Régime de la responsabilité en raison de l'annulation

Les conditions classiques de la responsabilité s'appliquent. Faute, préjudice et lien de causalité sont exigés pour mettre en oeuvre la responsabilité du fait de l'annulation. Causer à autrui un dommage n'est pas nécessairement une faute. Pour que tel soit le cas, deux conditions doivent être remplies. Il faut tout d'abord que le comportement dommageable ait un caractère illicite. Il convient ensuite que ce comportement puisse être imputé à son auteur[2]. Il est difficile, peut-être impossible de donner une définition scientifique de la causalité en matière de responsabilité. Or, selon la loi, on n'est responsable que des suites directes de ses fautes[3]. Savoir ce qui est une suite directe ou indirecte est un problème ressemblant fort à celui de la quadrature du cercle[4]. En droit des sociétés, la question s'est posée, mais la Cour suprême n'a pas encore tranché[5].

Encore convient-il de définir précisément la faute (A.) et le préjudice (B.) pour découvrir le véritable lien qui les unit. Car

---

[1]C.GUELFUCCI-THIBIERGE, *th. préc.*, note 85, p.27.

[2]A.SÉRIAUX, *op. cit.*, p.365.

[3]Article 1151 du Code civil

[4]B.STARCK, H.ROLAND, L.BOYER, Droit civil, Les obligations, 6ème éd., 2. Contrat, 1998, n°261, p.131.

[5]Pour des affaires récentes : C.A. Paris, 19 déc. 1995, *Dr.soc.*, 1996, comm. n°174, Th. BONNEAU; C.A. Paris, 18 déc. 1998, *Dr. soc.*, 1999, p.15, n°61 : Les dirigeants qui dépassent leurs pouvoirs statutaires n'engagent pas leur responsabilité à l'égard de la société dès lors qu'il n'est pas prouvé que l'observation des procédures statutaires auraient empêché la réalisation du préjudice.

l'admission d'une responsabilité du fait de l'annulabilité oblige à un recadrage. Si le fondement contractuel marque leur appartenance à un type de responsabilité de même nature, leur régime diffère nécessairement par ses causes et ses effets. L'annulation appelle une réparation spécifique.

A. Fondement de la faute

Selon PLANIOL, la faute est la violation d'une obligation préexistante[1]. Définie comme l'obligation de bonne foi renforcée en matière de responsabilité du fait de l'annulation en droit des sociétés, il convient d'en dégager les composantes principales[2].

L'analyse traditionnelle de la faute repose tout à la fois sur des considérations d'ordre moral et d'ordre social[3]. L'appréciation peut être abstraite, c'est-à-dire par comparaison à un homme raisonnable, un parangon de vertus.

En délimitant la fonction de la responsabilité civile en cas d'annulation des actes collectifs, la définition de la faute peut gagner en précision ou plus exactement apporter des indications spécifiques. Les critères méritent d'être affinés. La faute n'est pas nécessairement plus grave dans le cadre d'actes collectifs qu'individuels. Les répercussions rejaillissent sur l'évaluation du préjudice[4]. Mais le contenu de la faute est spécifié. L'autorité légale exige en matière de sociétés des exigences plus précises à caractère impératif dont la violation permet de considérer le contrevenant comme fautif.

La loi du 24 juillet 1966 consacre trois articles à ce problème[5]. Elle dispose tout d'abord que "les personnes gérants et les associés auxquels la nullité d'une société à responsabilité limitée est imputable, sont solidairement responsables, envers les auteurs associés et les tiers du dommage résultant de l'annulation (art. L41). Elle précise ensuite que

[1]Du fondement de la responsabilité, *Rev. crit.*, 1905, 80.
[2]MALAURIE et AYNÈS, *op. cit.*, 1999/2000, n°52, p.42.
[3]TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.*, n°686, p.646.
[4]Cf. *infra*, §2, B.
[5]Description par Deen GIBIRILA, *op. cit.*, p.126-127, n°261.

les fondateurs d'une société anonyme auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonction au moment où elle a été encourue peuvent être déclarés solidairement responsables du dommage résultant pour les actionnaires ou pour les tiers de l'annulation de la société. La même responsabilité solidaire peut être prononcée contre ceux des actionnaires dont les apports ou les avantages n'ont pas été vérifiés et approuvés (art. L.242). Les dispositions précitées s'appliquent aux gérants et membres du conseil de surveillance des sociétés en commandite par actions (art. L.260 al.1). Ces textes spéciaux concernent les sociétés anonymes, les sociétés à responsabilité limitée et les commandites par actions. L'article 370 relatif à la prescription s'adresse quant à lui à toutes les sociétés. C'est dire que le principe de la responsabilité du fait de l'annulation est admis quelle que soit la forme de la société. Une uniformisation serait de bon ton.

En outre, l'usage du verbe de modalité "pouvoir" modifie les conditions de mise en oeuvre de cette responsabilité, selon la forme de la société, sans justification particulière. Ainsi les victimes d'un préjudice du fait de l'annulation bénéficient d'une présomption simple de responsabilité dans cadre d'une S.A.R.L. alors que la preuve de la faute reste à apporter pour l'annulation d'un acte collectif dans une société anonyme[1] ou commandite par actions. Cette distinction n'a pas beaucoup de raison d'être[2].

La responsabilité encourue à l'occasion de l'acte collectif annulé incombe en règle générale au défendeur à l'action en nullité. Une faute quelconque commise lors de la conclusion de l'acte juridique sans condition de gravité suffit à mettre en jeu la responsabilité du défendeur pour peu qu'elle lui soit imputable[3].

Peu importe que la faute commise par le défendeur à l'action en responsabilité soit intentionnelle ou de simple négligence[4]. Faute intentionnelle ou le dol aujourd'hui délit civil. La notion de dol de l'article 1116 du Code civil est ainsi incluse dans la notion plus large de

---

[1]*Contra*, Y. GUYON, L'administration. Responsabilité civile des administrateurs, *Jurisclasseur, Sociétés commerciales*, Fasc. 132; HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, *op. cit*., t.III, n°723, pour qui la présomption établie antérieurement à la réforme de 1966 doit être maintenue.
[2]Cf. *supra*, §1; P. MACQUERON, *Jurisclasseur*, *op. cit*., n°148.
[3]C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *th. précit*., n°41, p.33.
[4]*ibidem*, n°42.

faute[1]; il y a concomitance des conditions de nullité et de la responsabilité au cas de dol contractuel. Il en est de même pour la violence[2]. Simple faute d'imprudence telle l'erreur peut suffire à engager la responsabilité[3]. C'est quelque part, le pendant de l'obligation contractuelle de renseignement ou de conseil.

L'influence de la faute du défendeur sur le consentement de la victime ne conditionne que l'admission de la nullité de l'acte. Dol principal et dol incident sont donc indissociables dans la mise en jeu de la responsabilité du fait de l'annulation même si la cause de nullité est distincte de la faute. Il s'agit du dol du cocontractant ; le dol d'un tiers n'ayant pour conséquence que la mise en jeu d'une responsabilité de type délictuel.

La faute du demandeur à l'action en nullité est plus rare. En matière de société, la jurisprudence n'offre aucun cas d'erreur inexcusable de la victime de l'annulation ou de dol avec manœuvres de l'incapable sur sa capacité.

La question de l'imputabilité soulève en la matière des questions plus spécifiques du fait qu'il s'agit en réalité de l'annulation d'un acte collectif. Le défendeur n'est pas nécessairement une personne unique. L'existence d'un vice n'est pas forcément le fait d'un seul. Une responsabilité collective peut être envisagée. Selon les principes généraux de la responsabilité civile, sont responsables tous ceux à qui la nullité est imputable, c'est-à-dire les auteurs et coauteurs du vice de constitution.

L'action en responsabilité peut ainsi être exercée contre la communauté des associés ou contre la société personne morale elle-même. Tel est le cas où les sociétés en nom collectif ou en commandite simple pour lesquelles le droit des sociétés n'a rien prévu spécifiquement[4]. Il y a responsabilité collective dès lors qu'un dommage est causé à une personne indéterminée faisant partie d'un groupe déterminé[5]. Pour les sociétés à responsabilité limitée, une

---

[1]*ibidem*, n°43, p.34.
[2]Com. 17 fév. 1997, *Bull.* IV, n°59, préc.
[3]J. GHESTIN, La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles, *D.* 1971, chron. 247; Civ. 3ème, 29 nov. 1968, *G.P.* 1969, 1, 63.
[4]P. MACQUERON, *Jurisclasseur*, n°144.
[5]P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, Droit des obligations, 2ème éd. 1990, n°210.

responsabilité solidaire est mise sur pied[1] contre les premiers gérants et associés à qui le dommage est imputable. La solidarité est de fait pour les gérants qu'ils soient ou non fautifs. La responsabilité est présumée collective. En l'absence de présomption de faute, la solidarité est également automatique en cas de responsabilité du fait de l'annulation dans les sociétés anonymes. Fondateurs et administrateurs en fonction sont ainsi collectivement responsables si une faute est démontrée[2].

Les bénéficiaires de l'action en responsabilité peuvent être compris plus ou moins largement. *Stricto sensu*, l'action en responsabilité appartient à tous ceux qui ont pu subir un préjudice du fait de l'annulation de la société. Les associés sont concernés au premier chef. C'est là le propre de l'acte collectif, c'est-à-dire d'un acte juridique comportant des effets collectifs parfois indésirables pour quelques membres de la société personne morale. Toutefois l'idée d'une action sociale n'est pas à exclure non plus. Les sommes obtenues à titre de dommages-intérêts devront alors être abandonnées à la société elle-même. Sous l'empire des dispositions antérieures, la jurisprudence approuvée par la doctrine reconnaissait à la société représentée par son liquidateur ou son syndic le soin d'agir en responsabilité. Ces solutions anciennes sont toujours à l'ordre du jour[3].

Il convient d'esquisser ici une définition précise de la faute lors de la conclusion du contrat englobant les actes préparatoires dans une acceptation large[4]. La faute ne réside ni dans le refus d'exécuter un contrat annulé, ni dans le fait d'en demander l'annulation[5]. Cette définition certes négative est plus précise et quelque peu originale. En effet, une fois l'annulation prononcée, l'acte ne saurait faire l'objet d'une quelconque action en exécution : les parties n'ont plus droit à l'exécution de l'acte pour l'avenir et ne sauraient être en faute d'en refuser l'exécution[6].

On ne pourrait davantage qualifier de faute le fait pour l'une des parties de demander l'annulation du contrat, le droit de critique étant

---

[1]Article 41 de la loi du 24 juillet 1966
[2]Y. CHAPUT, *op. cit.*, n°190, p.98-99; MERCADAL et JANIN, *op.cit.*, n°4077; MERLE, *op.cit.*, n°73, p.87-88.
[3]P. MACQUERON, *Jurisclasseur*, Fasc. 32B, n°141.
[4]GUELFUCCI-THIBIERGE, *op. cit.*, n°83, p.64.
[5]*ibidem*, p.70.
[6]MAZEAUD, *R.T.D.Civ.* 1946, 124, n°1; MALAURIE ET AYNÈS, *op. cit.* ,n°383.

octroyé par le législateur pour assurer le respect de la loi. De manière positive, la faute consiste à avoir prononcé ou favorisé la nullité du contrat. Elle peut être de commission, tel l'emploi de manœuvres dolosives ou d'abstention telle la réticence dolosive.

Elle représente une faute contractuelle, c'est-à-dire le fait de ne pas porter à la connaissance de l'autre partie le vice entachant l'acte, soit par négligence, soit délibérément. Il s'agit toujours d'une obligation de bonne foi renforcée qui a été bafouée. La bonne foi doit certes préexister dans tous les contrats. Néanmoins, elle revêt un caractère spécifique ou renforcé du fait que la responsabilité est ici collective.

La faute est donc déterminante du vice entachant l'acte : avoir déterminé le vice du consentement ou de forme, ou l'insertion d'une cause illicite ou immorale ou consister dans la dissimulation frauduleuse d'une incapacité[1]. En conséquence, la faute, n'est pas la cause de nullité. Ce n'est pas la faute en elle-même qui entraîne la nullité, c'est le vice qu'elle a engendré. Toutes les causes de nullité ont pour origine une faute. Mais toutes les fautes, comme telles, ne conduisent pas pour autant à l'annulation de l'acte juridique : elles n'ont pas nécessairement une influence sur les conditions de validité de l'acte ; certaines peuvent être, en outre, couvertes. Les conditions de la responsabilité diffèrent des conditions de l'annulation.

De même, le préjudice se distingue de l'annulation.

B. Le préjudice

Le préjudice doit être défini (1.) avant d'être évalué (2.).

1. Définition

Le préjudice résulte de l'inexécution de l'acte collectif annulé du fait de la violation de l'obligation de bonne foi[2]. Le dommage créé par

[1]C.GUELFUCCI-THIBIERGE, *th. préc.*, n°99, p.75.
[2]*Contra, ibidem*, n°111s., p.82s.

un acte collectif annulé s'analyse comme une inexécution de celui-ci[1]. C'est la perte du droit à exécution de l'acte qui déclenche une responsabilité spécifique. Sinon la responsabilité du fait de l'annulation se confondrait avec la responsabilité hors annulation.

Le préjudice provient justement de l'anéantissement du contrat selon une doctrine très majoritaire. Cette conception n'est pas incompatible avec l'idée que l'annulation rétablit la légalité.

L'application de la règle de droit est générale : à titre particulier, elle peut léser un intérêt. Ainsi celui qui réclame l'annulation du contrat pour dol peut également demander des dommages-intérêts pour l'insertion d'une cause de nullité dans le contrat constitutive de la faute.

Le fait générateur de la responsabilité remonte à la violation de l'obligation de bonne foi. L'action en réparation, même si elle conduit à l'annulation ne constitue pas la faute. Le demandeur à l'action en responsabilité n'est pas l'auteur du dommage. L'action en responsabilité à elle seule ne suffit pas au prononcé de l'annulation. C'est la faute qui entraîne le dommage, c'est-à-dire à l'introduction d'une cause de nullité puis l'annulation[2]. Certes, la faute a déterminé la conclusion d'un contrat entaché d'une cause de nullité sans se confondre nécessairement avec cette cause de nullité simplement consécutive à la faute. Le lien de causalité existe pourtant, même s'il paraît indirect.

Une analyse similaire peut être faite en matière de vices cachés. La garantie ne joue que si le vice a entraîné un préjudice. Le dommage est distinct du vice qui lui-même découle d'une faute présumée. La cause effective du préjudice réside ainsi dans les conséquences dommageables créées par le vice non le vice lui-même. De la même façon, l'annulation est la cause adéquate du préjudice : c'est elle qui fonde directement la réparation du dommage subi du fait de la conclusion de l'acte juridique annulé. En outre, selon la conception de la nullité en matière de société, telle que nous l'avons développée, l'acte

---

[1]P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, p.271; F.TERRÉ, P.SIMLER et Y.LEQUETTE, 7éd, 1999,*op. cit.*, n°534, STARCK, ROLAND et BOYER, *op. cit.*, II, n°896; A. LEGROS, *th. préc.*, p.43; P. ROUX, *th. préc.*, p.72, n°22; MEIGNIÉ, *th. préc.*, p.149,151 et 162, J. HUET, *th. préc.*, p.256, n°266; A. PIÉDELIÈVRE, "Quelques réflexions sur la maxime *Quod nullum*", *chron. préc.*, *Mélanges Voirin*, 1967, 638, spéc.p.644.; J.SCHMIDT, "La sanction de la faute précontractuelle", *R.T.D.Civ*. 1974, p.68, n°38.

[2]*Contra*, raisonnement pernicieux de C. GUELFUCCI-THIBIERGE, n°120-121.

demeure valable jusqu'à son annulation : il est seulement annulable et aucune rétroactivité ne peut être prononcée (sauf pour l'incapacité). Le jugement est constitutif d'une situation nouvelle. Seuls les effets futurs de l'acte collectif disparaissent. Le préjudice est donc bien constitué par l'anéantissement consécutif de l'acte et non par l'insertion de la cause de nullité qui par elle-même n'empêche pas l'exécution du contrat.

Considérer qu'un préjudice provienne de l'annulation, c'est admettre que la réparation compense la disparition future de l'acte. Cette conclusion permet de rejeter encore une fois la théorie classique des nullités qui prétend que le jugement de nullité est déclaratif d'une situation préexistante consistant dans la nullité de l'acte, état qu'il convient de constater comme constituant à lui seul le préjudice. Toute autre interprétation nierait la spécificité de la responsabilité du fait de l'annulation par rapport à la responsabilité hors annulation pour vice constitutif ou vice de forme. La nullité n'est plus considérée comme un état de l'acte originaire ; le préjudice, dans cette hypothèse, ne peut exister dès la conclusion, sinon à l'état de germe. C'est l'annulation qui le concrétise alors pleinement. Dans la responsabilité du fait de l'annulabilité, c'est le risque d'anéantissement de l'acte juridique qui constitue le préjudice ; dans la responsabilité liée à l'annulation, c'est la destruction même de l'acte qui engage la responsabilité de ses auteurs.

Dans ces conditions, la survenance du préjudice n'étant qu'éventuelle à compter de la conclusion de tout acte juridique imparfait, le délai pour agir en responsabilité ne court logiquement qu'à partir de l'annulation[1]. Cela n'est pas incompatible avec l'idée d'une action en nullité ouverte antérieurement puisque les deux actions ne se cumulent pas, leur objectif étant différent[2]. Cela ne l'est pas davantage avec la création d'une responsabilité antérieure à l'annulation en raison des irrégularités qui peuvent entacher les actes collectifs de sociétés.

Une autre critique liée aux règles régissant la nullité a été adressée à l'idée d'une annulation préjudiciable. Considérer que le préjudice provient de l'annulation du contrat serait admettre que la réparation compense l'anéantissement consécutif de contrat auquel la

[1]Cf. article 370 de la loi du 24 juillet 1966 et article 1844-17 du Code civil.
[2]*Contra*, C. GUELFUCCI-THIBIERGE, n°125.

loi dénie toute force obligatoire. Assurer ainsi le maintien du contrat aboutit à remettre en cause les effets de la nullité elle-même.

L'évaluation du préjudice permet de se convaincre des limites de cette argumentation.

2. Évaluation du préjudice

Une véritable dissection des éléments constituants le préjudice est nécessaire. Pour réparer le préjudice dû à la conclusion d'un contrat annulé, il faut rétablir la partie victime dans l'état où elle aurait été si l'acte juridique considéré n'avait pas été remis en cause par un jugement de nullité. Ainsi la situation hypothétique de la victime au cas où le préjudice né de la conclusion d'un contrat annulé ne serait pas produit est celle où le contrat aurait été conclu valablement sans imperfection[1]. Il faut se demander, en définitive, quelle aurait été la situation si l'acte collectif avait été exécuté sans remise en cause postérieure de sa validité. L'indemnisation nécessite une rétrospective pour imaginer ce que la victime de l'annulation aurait fait si elle avait cru à la validité du contrat.

La spécificité du préjudice né de la conclusion d'un contrat entaché d'une cause de nullité puis annulé résulte de la longueur de l'enchaînement causal nécessaire à son émergence. En effet, le préjudice est la conséquence directe et immédiate de la faute contractuelle qui a déterminé la conclusion du contrat entaché d'une cause de nullité. Or, sans cette faute, le contrat n'aurait pas été conclu.

Même avant l'annulation de l'acte, un préjudice peut être évalué quant à la remise en état consécutive à un acte irrégulier. C'est pourquoi sont reconnues dès à présent des cas de responsabilité hors annulation. Mais si le préjudice lui préexiste virtuellement, c'est l'annulation du contrat qui d'éventuel va le rendre certain et lui donner sa consistance définitive.

L'annulation établit en quelque sorte le lien de causalité entre la faute contractuelle et le préjudice né de la conclusion d'un contrat

[1]Voire avec une irrégularité qui, soit a été régularisée ou a disparu, soit n'a pas été critiquée, ce qui représente l'hypothèse précédente de simple annulabilité.

annulé : elle sert de catalyseur en matérialisant le préjudice latent. Elle en est la *causa proxima* mais non la cause efficiente, celle-ci consistant en la conclusion du contrat déterminé par la faute contractuelle sans laquelle il n'aurait pu exister[1]. Cette analyse de la causalité est incontournable dans un système où la constatation de la nullité exige une intervention judiciaire. D'une manière différente, on peut également dire que le préjudice naît au moment de la conclusion de l'acte entaché d'une cause de nullité mais qu'il ne se manifeste que lors de l'annulation[2]. Le préjudice est donc bien réalisé à compter de l'annulation et non auparavant. La démonstration de Madame Catherine GUELFUCCI-THIBIERGE est sans intérêt ou pour le moins contradictoire. L'éclosion de préjudice coïncide avec les principes énoncés à l'article 2270-I du Code civil sur la prescription de l'action en responsabilité délictuelle[3] auxquels elle adhère au demeurant.

L'intérêt de la distinction repose essentiellement sur l'évaluation du préjudice. Celle-ci n'est pas chose aisée.

Au préalable, il faut concevoir l'idée d'une responsabilité corrélative de l'annulation. L'annulation n'est pas en soi fautive. L'anéantissement du contrat, représente donc une première forme de réparation. La responsabilité apparaît ici comme une sanction complémentaire voire contingente au rétablissement de la légalité. Toute personne a droit au respect de la loi.

Une demande de dommages-intérêts supplémentaires ne peut être comprise que si les restitutions post-annulation s'avèrent insuffisantes[4]. L'hypothèse n'est guère fréquente. La nullité des sociétés entraîne leur dissolution. Dès lors que le passif social est suffisant pour désintéresser les créanciers et que les associés récupèrent leurs apports, le préjudice semble réduit à néant. Les sociétés annulées ne sont en effet pas assimilables à des sociétés mises en procédure collective pour insuffisance d'actif. L'annulation atteint *a priori* des sociétés *in bonis*.

---

[1]Com. 1er mars 1961, *Bull.* III, n°117, p.105: préjudice causé par les manœuvres dolosives d'un incapable dans la conclusion d'un contrat de société.

[2]C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *th. préc.* n°140, p.100-101.

[3]Point de départ de la prescription de l'action en responsabilité délictuelle court du jour de la "manifestation" du dommage.

[4]A. LEGROS, *th.préc.*, p.20.

De même lorsque des délibérations ou actes en cours de vie sociale sont annulés, le retour au *statu quo ante* ou la perte d'efficacité de la décision pour l'avenir suffit souvent à satisfaire le demandeur en nullité.

Mais la quête d'une réparation peut-être parfois plus grande. L'évaluation du préjudice suppose une appréciation plus précise encore. Celui-ci peut s'entendre alors des pertes matérielles occasionnées par la formation d'un acte juridique inefficace, du gain perdu par la disparition d'une occasion de réaliser le profit escompté par l'acte. Tels sont les deux éléments dont la somme représente l'intérêt qu'avait le cocontractant à ne pas s'engager dans un contrat nul[1]. C'est ce que IHERING a appelé l'intérêt négatif (*Negative Vertragsinteresse*) par opposition à l'intérêt positif ou d'exécution (*Erfüllungsinteresse*)[2]. C'est la réparation accordée à la victime de la violation de l'obligation de bonne foi renforcée. C'est une moyenne entre le profit escompté si l'acte juridique formé n'avait pas été annulé et le gain espéré si l'acte nul n'avait pas été conclu.

Dans tous les cas, les dommages-intérêts se limitent aux prévisions possibles des parties (article 1150 du Code civil). L'indemnité allouée ne peut être supérieure à celle octroyée en cas d'inexécution de l'acte parce que les parties n'ont pu vouloir s'engager au-delà de cette mesure relativement à la réparation du préjudice causé par la nullité. Il est logique que le préjudice ne puisse pas être évalué au-delà de ce qu'aurait procuré l'acte valablement exécuté. La perte d'une chance ne saurait davantage être envisagée comme un subterfuge destiné à assurer la réparation d'un préjudice final hypothétique. C'est une juste application du principe indemnitaire quelle que soit la nature de la responsabilité. Il ne peut y avoir d'enrichissement sans cause.

L'intérêt négatif est par voie de conséquence difficile à définir. Perte d'une chance, gain manqué, frais inutiles... le concept n'a pas eu d'ambassadeur en France quel qu'en soit le domaine[3]. Terminologie

---

[1]A. LEGROS, *thèse précitée*, p.43.

[2]Les dommages-intérêts pour contrat manqué : œuvres choisies trad. par Meuleanaere, II, p.16-22; R.SALEILLES, Théorie générale de l'obligation d'après le projet du Code civil allemand, p.159.

[3]C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *th. préc.*, n°138p.98.

trop théorique, elle ne permet pas de rendre compte de la réalité[1]. Néanmoins, la réparation du préjudice causé par l'annulation ne doit pas conférer le droit à exécution d'un contrat annulé ou son équivalent. Car cela équivaudrait à faire produire effet à un acte entaché d'une cause de nullité puis annulé. Il nous paraît inconcevable que la nullité du contrat permette au créancier de réclamer, sous forme de dommages-intérêts l'équivalent de ce qu'il peut obtenir en nature par l'action en exécution[2]. La doctrine et la jurisprudence dominantes s'accordent sur ce point même si l'étendue de la réparation n'est pas toujours aisée à délimiter[3].

En matière de responsabilité pour annulation du contrat, les tribunaux adoptent souvent une attitude excessive. Ils refusent à la partie qui est fautive l'exercice même de l'action en nullité. Telle est la sanction traditionnellement appliquée par interprétation de l'article 1307 du Code civil à l'encontre de l'incapable qui a frauduleusement diminué son incapacité.[4]

La réparation du préjudice ne sera en effet pas identique selon que l'on se trouve face à un contrat vicié non annulé ou d'un contrat entaché d'une cause de nullité puis annulé. Un exemple soulignera la dissemblance de ces deux préjudices. Soit une société annulée. Le dommage peut être évalué comme la perte d'une chance[5] d'obtenir des gains dans le futur indépendamment du remboursement de l'apport. Même si le contrat de société est aléatoire, les bénéfices escomptés peuvent être estimés statistiquement. Soit maintenant une société viciée puis régularisée. Le risque d'annulation ne crée qu'un préjudice éventuel mais l'insertion d'un vice dans l'acte collectif de société a pu causer un dommage matériel ou moral. Telle a été la solution retenue par la Cour de cassation dans une espèce où une délibération obtenue

---

[1]*ibidem*, n°137s., p.99s et auteurs cités , *spéc*. note 94.

[2]J. GHESTIN, Conformité et garanties dans la vente, *L.G.D.J.* 1983, p.157, n°180; Civ. 17 févier 1982, *Bull. Civ*. I, n°77, p.66.; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *op. cit*., n°380, p.285.

[3]TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *op. cit*., Les obligations, n°670; GUELFUCCI-THIBIERGE, *th. préc*., n°115, p.85.

[4]GUELFUCCI-THIBIERGE, *th. préc.*, n°240-2°, p.169.

[5]Valérie TACCHINI-LAFOREST, "Réflexions à propos de la perte de chances", *Petites Affiches*, 19 juillet 1999, p.7 ou la difficulté d'octroyer une autonomie à un préjudice éprouvé et calculé en fonction de probabilités qu'avait l'évènement espéré ou redouté de se produire.

par violence n'a finalement pas été annulée mais où l'éventualité d'un dommage personnel a été admise[1].

L'hypothèse a été étendue à l'erreur inexcusable[2]. Outre le fait que le préjudice est en ce cas davantage prévenu que réparé[3], il va à l'encontre des règles gouvernant les nullités. En revanche, l'idée de sanctionner la violation d'une obligation de faire par une sanction par équivalent correspond davantage aux termes de l'article 1142 du Code civil. L'inverse, maintenir un acte ou une décision d'une assemblée générale voire l'adhésion d'un associé contre son gré ne servirait de rien en matière de sociétés. L'*affectio societatis*, pierre angulaire de l'acte collectif serait absent. La demande dissolution ou de retrait serait automatique. Les dommages -intérêts seraient une sanction plus efficace. Le maintien des prestations serait illusoire en ce cas[4]. On équilibrerait beaucoup mieux les intérêts en présence en admettant l'annulation et en l'accompagnant d'une condamnation de l'auteur de la faute à des dommages-intérêts limités à la perte qu'il fait subir à son cocontractant[5].

Toutefois la question de l'évaluation de la perte subie reste entière en dépit de l'admission d'un principe de réparation par équivalent. La difficulté pour chiffrer le préjudice est réelle[6]. Les développements sur ce phénomène sont peu nombreux[7]. La perte subie du fait d'un acte collectif annulé s'analyse comme les frais engagés à raison de la conclusion de son exécution et de son annulation. Elle ne se confond pas avec les restitutions liées à l'annulation[8]. Le gain manqué

---

[1]Com. cass. 18 fév. 1997, *préc.*; Com. cass., 3 déc. 1991, *Lexilaser*, arrêt n°1529, cassation partielle, pourvoi n°90-13-754 : "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".

[2]C. GUELFUCCI-THIBIERGHE, *op. cit.*, n°214, p.147.

[3]FLOUR et AUBERT, *op. cit.*, n°382, p.286.

[4]MAZEAUD et CHABAS, *op. cit.*, n°336, p.309.

[5]Sauf le cas de nullité demandée par celui qui poursuivrait une fin illicite lequel devrait être condamné à réparer ainsi le gain manqué, cf. FLOUR et AUBERT, *op. cit.*, n°382, p.286.

[6]Pour un exemple d'évaluation du préjudice causé par une rupture de pactes d'actionnaires, Com. 12 mai 1992, *Bull. Joly*, 1992, §251, note P.L.C.

[7]L.GROSCLAUDE, *th. préc.*, p.190; A. LEGROS, *th. préc.*, p. 41; P.ROUX, *th. préc.*, p.9; J.PIÉDELIÈVRE, Des effets produits par les actes nuls, *th. préc.*, Paris 1911, p.144; P.MALINVAUD, La responsabilité des incapables et de la femme dotale à l'occasion d'un contrat, Th. Paris, 1965, p.30, n°25.

[8]C.GUELFUCCI-THIBIERGE, *th.préc.*, n°151, p.106.

du fait de la conclusion du contrat annulé est une autre composante du préjudice. Il n'est en général pas indemnisé faute de preuve de son étendue et de difficulté de le cerner[1]. Tout au plus, peut-on indemniser la perte d'une chance moins arbitraire ou hypothétique[2].

Le dommage moral peut, quant à lui, faire l'objet d'une évaluation beaucoup plus souple, variable suivant l'*intuitus personae*, les pouvoirs en jeu... Toutefois en matière de dommage contractuel, l'article 1150 limite l'indemnisation au dommage prévisible lors de la conclusion de l'acte. Les dommages-intérêts seront donc moindres que pour la responsabilité délictuelle sauf l'exception de dol.

[1]P. ROUX , *th. préc.*, p.74, n°22; A. LEGROS, *th. préc.*, p.280; J.FLOUR et J.-L. AUBERT, *op. cit.*, n°370; J.HUET, *th. préc.*, p.261,n°272., *contra* C.GUELFUCCI-THIBIERGE, qui estime que l'indemnisation du gain manqué ne correspond pas à l'équivalent de l'exécution d'un contrat annulé, ce qui permettrait de manière détournée d'obtenir l'exécution de l'acte annulé.

[2]Admis en jurisprudence, cf. G. VINEY, *op. cit.*, n°179, p.343; Com.22 mai 1979 *Bull. IV*, n°169, p.138.

CONCLUSION

En pratique, la responsabilité civile du fait de l'annulation pour acte collectif vicié est peu prononcée en raison du faible nombre d'instances engagées pour dénoncer les causes de nullité. Pour autant le caractère collectif de la sanction de nullité pourrait permettre de comprendre le caractère automatique de la mise en jeu de la responsabilité en ce domaine. L'article 42 de la loi du 24 juillet 1867 prévoyait une responsabilité de plein droit. Une telle disposition n'a pas été reprise par la réforme de 1966.

Il est vrai que le législateur a privilégié les sanctions pénales par rapport à la sanction de nullité. Il a érigé en infractions bon nombre de violation des dispositions légales afférentes à la formation ou à l'administration des sociétés. Aussi de nombreux délits ont été instaurés pour pallier la crainte que la nullité et la menace d'une responsabilité civile ne soient pas toujours suffisantes pour assurer la régularité de la constitution ou du fonctionnement des sociétés[1]. Certains faits punissables se rattachent à la souscription du capital[2], à la majoration frauduleuse des apports en nature[3] auxquels s'ajoutent bon nombre de contraventions[4]. Le droit commun conserve également son empire : escroquerie, abus de confiance, faux et usage de faux sont des délits fréquemment prononcés.

Toutes ces infractions ne sont pas des causes de nullité faute disposition expresse[5] : elles n'entrent donc pas directement dans notre étude[6]. Seule la responsabilité du fait de l'annulation aussi marginale soit-elle méritait-elle par conséquent d'être analysée en détail.

---

[1]RIPERT et ROBLOT, *op. cit*., n°1141, p.860.
[2]*ibidem*, n°1079
[3]*ibidem*, n°1095
[4]Articles 462 ou 480 de la loi du 24 juillet 1966
[5]Cf. *supra*, Première partie, Titre 1 , Nullités textuelles et nullités virtuelles : à quelques exceptions près, une norme pénalement sanctionnée est un bon indice de son caractère impératif mais il existe des actes pris en violation d'une norme pénale qui ne seront pas annulables; cf. également, GROSCLAUDE, *th. préc*., autonomie de la loi pénale p.143.
[6]P. MACQUERON, Jurisclasseur Sociétés commerciales, *op. cit*., n°136.

CONCLUSION GÉNÉRALE

"Tout se passe comme si l'insatisfaction était incapable de susciter une volonté révolutionnaire, parce que les causes en sont si nombreuses et si obscures que nulle théorie globale ne peut les saisir, nulle action les éliminer d'un coup. L'insatisfaction occidentale se refuse au désespoir comme à l'espérance"[1].

Dans le rapport Marini sur la modernisation du droit des sociétés, une refonte des textes sur les nullités n'est pas de mise[2]. Seule la feuille de présence fait l'objet d'un remaniement spécifique visant à annuler la délibération prise en son absence. Cette mesure clarifie une situation quelque peu paradoxale : la feuille de présence était prescrite, mais jugée non impérative, son omission n'était pas sanctionnée par la nullité[3].

Aucune réforme de fond ne voit donc le jour : en l'absence de contrôle réel des constitutions de sociétés et d'une nouvelle directive sur le fonctionnement des sociétés, la sanction de nullité est maintenue dans son principe et, son domaine, loin d'être ridicule, n'est guère modifié. A cet égard, l'extrême mansuétude dont fait preuve le législateur vis -à-vis du pouvoir sanctionnateur des juges contraste singulièrement avec la rigidité apparente du champ d'application des nullités tel qu'il ressort des textes.

---

[1]Raymond ARON, Essai sur les libertés, Coll. Pluriel, *Ed. Calman-Lévy*, 1965.
[2]Philippe MARINI, Collection rapports officiels, Rapport au premier ministre, La modernisation du droit des sociétés, La documentation française, 1996.
[3]cf. *supra*, première partie,

Depuis le Code de commerce de 1807, le droit français des sociétés hésite toujours entre l'approche contractuelle d'inspiration anglo-saxonne et la conception institutionnelle qui caractérise le droit germanique. A défaut d'adopter une conception franche et déterminée, la loi du 24 juillet 1966, enrichie abondamment (excessivement ?), a oscillé au gré des tendances : elle offre ainsi une piètre entreprise de codification.

L'intérêt social, censé transcender les intérêts des actionnaires, reflète cette dichotomie. La jurisprudence décèle, en effet, la coexistence de deux concepts d'intérêt social, l'un concernant le seul intérêt convergent des associés, l'autre celui de l'institution sociétaire[1].

Aujourd'hui, les impératifs de l'ouverture internationale et la nécessité, pour les entreprises, d'évoluer dans un cadre juridique compétitif, semblent appeler une remise en cause de ce modèle. L'acte collectif offre alors des perspectives. Parce qu'il est acte, la théorie générale des obligations joue un rôle moteur dans la définition des causes de nullité. Parce qu'il est collectif, ressemblances et dissemblances avec la conception contractuelle de la société s'expliquent : l'aspect structurel prend le pas ; l'entreprise personne morale se rapproche de l'institution. Les incongruités disparaissent : l'absence de rétroactivité confère un pouvoir modérateur à l'annulation. Une lecture de la loi de 1966 à partir du concept d'acte collectif augmenterait dès lors la cohérence et la "lisibilité" du système des nullités en droit des sociétés.

La question de la nature de la société ainsi résolue, la complexité de l'intérêt social se dissout dans la notion uniforme et plus large d'intérêt collectif[2]. L'ordre public lui fait écho. Non-respect d'une disposition expresse ou violation d'une règle impérative, c'est toujours à l'intérêt collectif, supposé, qu'il est fait référence. La nullité totale ou partielle les sanctionne. Mais le terme d'intérêt collectif n'est que peu usité. Toutefois ces notions ne recouvrent pas les mêmes enjeux politiques. L'intérêt social représente l'intérêt supérieur de la personne

[1]LAMY, Sociétés commerciales, *op. cit.*, n°1262s. et n°1308; M.C.MONSALLIER, L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme, *L.G.D.J.* 1998; Philippe GOUTAY et Frédéric DANOS, "De l'abus de la notion d'intérêt social", *Dalloz Aff.*, n°28, 1997, p.877; Philippe BISSARA, "L'intérêt social", *Rev. soc.* 1999, p.5.

[2]DEMOGUE, *op. cit.*, p.169; Théo HASSLER, "L'intérêt commun", *R.T.D.Com*. 1984, 581, *spéc*., p.593; *contra*, GASTAUD, *th. préc*., n°240.

morale ; le privilégier conduit à légitimer la classe dirigeante de l'entreprise. Et le sénateur Marini de surenchérir que celui-ci est devenu l'alibi d'un nouveau "despotisme éclairé"[1]. L'intérêt commun des associés, quant à lui, souligne l'importance de la propriété du capital et l'objectif final de toute société[2]. L'intérêt de l'entreprise même, n'est à l'heure actuelle pas pris en considération par le droit positif : notion trop large ou reflet d'intérêts trop antagonistes, les efforts doctrinaux restent lettre morte[3].

Seul l'intérêt social, "standard" ou "concept mou", justifie aujourd'hui l'intervention (l'immixtion ?) du juge[4]. Nonobstant le fait que la loi le mentionne rarement dans ses dispositions[5], il domine tout le droit des sociétés ![6] La raison de cette discordance réside sans nul doute dans le fait que la boussole de l'intérêt social indique deux directions : l'intérêt de la société personne morale proprement dit et l'intérêt commun des associés. Toute tentative de définition est alors vouée à l'échec. Coexistence[7] ou opposition[8], la jurisprudence offre une alternative peu propice à l'unité du critère.

Pourtant une nouvelle norme judiciaire s'élabore à l'occasion du contentieux[9]. L'intérêt collectif marque la synthèse entre ces deux branches superposables : c'est le point de convergence entre l'intérêt de la société et la somme des volontés individuelles des associés. L'abus de majorité renvoie à cette définition puisqu'il se caractérise cumulativement par une rupture de l'égalité entre actionnaires et un acte contraire à l'intérêt de la société. L'intérêt commun des associés

---

[1]Propos liminaire, *rapport MARINI précité*, p.5.

[2]Cf. article 1833 du Code civil

[3]Cf. *supra*, Première partie, Titre II, introduction ; également, Paul DIDIER, Esquisse de la notion d'entreprise, *Mélanges VOIRIN*, 1967B.MERCADAL, La notion d'entreprise, *Mélanges DERRUPPÉ*, *G.L.N. Joly*, 1991; G.FRIEDEL, A propos de la notion d'entreprise, *Mélanges ROBLOT*, 1996.

[4]COZIAN et VIANDIER, *op. cit.*, n°466, p.175; tous les exemples de jurisprudence récents cités par Philippe BISSARA, *art. préc.*, p.9s.

[5]Articles 1848 du Code civil, 13, 355-1, 425-4° et 5°, et 437-3° et 4° de la loi du 24 juillet 1966.

[6]COZIAN et VIANDIER, *op. cit.*, n°17; C.DUCOULOUX-FAVARD, "Notes sur le contrat social", *D.*1997, I, p.322

[7]J.-P. BERTREL, "La position de la doctrine sur l'intérêt social", *Droit et patrimoine*, avril. 1997, p.43; P. BISSARA, *art. préc.*, p.12; M.C. MONSALLIER, *th. cit.*

[8]Alain COURET, "L'intérêt social", *J.C.P. Ed. E*, 1996; D. SCHMIDT, "De l'intérêt commun des associés", *J.C.P. Ed. E*, 1994; "De l'intérêt social", *Droit bancaire*, août 1995; *J.C.P.*1995, I, n°488.

[9]L.BOY, *th. préc.*, p.257s., *spéc.*, n°368, p.260.

n'est jamais pris en considération exclusive de l'intérêt social et inversement. Affirmer la prééminence de l'intérêt supérieur de la personne morale tout en reconnaissant les intérêts catégoriels susceptibles d'être invoqués, c'est consacrer la notion d'intérêt collectif. Les propositions n°77 et 78 du rapport Marini qui affirment la validité des conventions de vote et des autres pactes extra-statutaires n'ont guère d'autre fondement : leur légalité de principe à titre individuel est subordonnée au respect de l'intérêt social. Les exemples sont légion.

Plus récemment encore, ce sont tous les développements autour des principes de la *corporate governance*[1] qui offrent à l'intérêt collectif ces lettres de noblesse. Il faut admettre que le débat, bien que d'origine doctrinale, n'est pas un pur jeu intellectuel. Il s'inscrit dans les tendances actuelles[2]. Une réflexion sur la différence devant exister entre l'intérêt social et l'intérêt commun est certes périlleuse. Le risque est grand de verser dans des raisonnements circulaires qui se mordent la queue ou dans des raisonnements-miroir qui se renvoient la même image à l'infini[3].

Requalifier la nature de la société en acte collectif conduit indubitablement à creuser cette idée. Rapports et colloques se multiplient sur la façon de gouverner une entreprise. Ce mouvement parti d'un constat fait aux États-Unis et en Angleterre sur l'inefficacité du conseil d'administration et la trop grande liberté des *managers* a proposé de recentrer l'intérêt de la société sur un équilibre des forces en présence : propriété du capital d'un côté et dirigeants de l'autre. L'introduction des dirigeants indépendants susceptibles d'assurer la séparation de la gestion et du contrôle met un terme alors à une tendance naturelle vers l'affranchissement du contrôle des actionnaires afin d'éviter une gestion de l'entreprise tournée vers l'investissement et

---

[1]Cf. La notice bibliographique sur le "gouvernement d'entreprise", dans "Le gouvernement d'entreprise : feu de paille ou mouvement de fond ?" par J.-J. DAIGRE, *Droit et patrimoine*, juillet/août 1996; cf. également les références bibliographiques citées par Ph. BISSARA, *art. préc.* dans les notes en bas de page: Jean PAILLUSSEAU, "Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit", D.1997, I, 98, Rose-Marie BORGES, "Le droit d'information individuel des administrateurs de société anonyme", *Bull. Joly* 1997, §309, note1, p.843...

[2]A. COURET, "Première traduction législative de la *corporate governance* : la loi sur les fonds de pension (libres propos autour de la loi n°97-277 du 25 mars 1997)", *D.*1997, I,241.

[3]Antoine PIROVANO, "La "boussole" de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?", *D.*1997, p.193.

la croissance dans l'intérêt propre des dirigeants de l'entreprise au détriment des propriétaires du capital.

Là encore la signification profonde de la question peut être dégagée à partir de l'opposition classique entre la société contrat et la société institution, c'est-à-dire de la finalité de l'exercice du pouvoir dans la société. Faut-il viser exclusivement l'intérêt commun des associés, autrement dit l'intérêt financier à gouverner ou la pérennité de l'entreprise qui peut être le moyen d'une confiscation du pouvoir au profit d'une petite oligarchie de dirigeants. Quelle conception de l'intérêt social privilégier ?

La loi de 1966 avait opté pour la sécurité juridique, la prise en considération de l'intérêt économique à long terme de l'entreprise, favorisant la technostructure. Le projet Marini renforce au contraire l'aspect contractuel de la société et rappelle de ce fait l'intérêt commun des actionnaires[1].

La protection juridique des intérêts collectifs n'est cependant qu'apparente puisque le droit vise moins à trancher des conflits, donc à consacrer des droits subjectifs, qu'à organiser des fonctions. Le caractère instrumentaliste du droit est lié au développement de l'idéologie économique ainsi qu'à la prise en compte de la nécessaire cohésion sociale[2]. C'est l'expression et l'avènement d'une société nouvelle. La protection plus scientifique que juridique des intérêts collectifs est le signe d'un déclin du droit, lié à la disparition des antagonismes et l'annonce du règne de la réglementation technique.

La notion d'acte collectif opère la synthèse. Elle offre un cadre où peuvent s'épanouir plusieurs intérêts catégoriels parfois divergents dans un souci constant d'équilibre vers un objectif collectif : maximiser les profits tout en protégeant les différentes composantes de la société. L'introduction de toutes les théories de "gouvernement d'entreprise" liées à la nature de la société se fera difficilement sans l'apport d'une réforme législative. La jurisprudence a déjà offert des innovations marquantes, telle la société de fait entièrement validée par la loi.

De lege lata, le système des nullités reflète cette évolution : il est au service du droit des sociétés. La sanction de nullité n'est plus une

[1]Synthèse opérée par COZIAN et VIANDIER, *op. cit.*, n°137, p.42.
[2]L.BOY, *th. préc.*, n°310, p.222.

"arme perfide"[1]. Elle n'est pas non plus un remède miracle. Elle demeure un "mal nécessaire"[2].

En résumé, le domaine des nullités est déplacé plus que réduit. La nullité apparaît comme la sanction de la violation de l'ordre public exprès ou tacite lors de la formation des actes collectifs. Elle est pour l'essentiel facultative et non rétroactive. L'acte collectif annulable demeure valable jusqu'au prononcé de l'annulation en justice. Toute société annulée quelle qu'en soit sa forme devient une société de fait jusqu'à sa complète liquidation. Outre le faible contentieux qu'elle suscite, la théorie des sociétés de fait en tant que telle n'existe plus : elle a cédé sa place à une étude générale et plus riche sur les causes et les effets de la nullité des actes collectifs de société. Compte tenu des divergences avec le droit communautaire concernant les nullités de sociétés par actions en raison de l'absence d'un véritable contrôle de constitution des sociétés et d'une directive relative au fonctionnement des sociétés, le sujet conserve encore toute son actualité et son intérêt.

L'action en nullité est l'expression d'un droit subjectif d'intérêt collectif : la démonstration d'un grief est souvent nécessaire notamment en cas de vice de forme. La responsabilité qui en découle est donc le plus souvent objective puisque la preuve du préjudice résulte de l'annulation, et solidaire.

De lege ferenda, l'éclairage que nous avons porté sur le système des nullités à travers le prisme de l'acte collectif offre de nombreuses perspectives qui mériteraient d'être approfondies voire généralisées. La sanction de nullité ne doit pas sombrer dans les oubliettes du droit des sociétés. L'édifice comporte des points forts et des points faibles, mais rien qui permît d'y ensevelir définitivement l'espoir d'un remodelage.

Le fait n'est pas le refus d'un statut juridique : il est seulement appréhendé par le droit *a posteriori*. Ainsi les sociétés nulles sont considérées comme régulières jusqu'à leur annulation compte tenu du principe de non-rétroactivité posé par la jurisprudence puis le législateur.

---

[1]Expression de THALLER, dans *Journal des sociétés*, 1884, p.765.
[2]P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, n°539, p.311.

Les clauses réputées non écrites sont la marque de l'existence d'un acte collectif où chaque partie de l'acte juridique peut faire l'objet d'une adhésion séparée. Elles se fondent dans la nullité partielle retournant ainsi dans le "giron maternel"[1]. Ce sont exactement, selon une appellation autorisée, des nullités stipulées.

La prescription abrégée de trois ans devrait d'une part être appliquée avec plus de rigueur voire systématiquement : le retour à la qualification de délai préfix serait judicieux. Ainsi, la critique des actes collectifs sous l'angle de la nullité serait limitée dans le temps. Seule l'hypothèse de la fraude, faisant exception à toutes les règles, pourrait peut-être justifier l'imprescriptibilité et l'annulation de sociétés même par actions. Pour le moment, le droit interne des sociétés n'a pas connu de "choc frontal"[2] avec les dispositions du droit européen mais les acrobaties intellectuelles pour se conformer à la directive communautaire sont en la matière vaines et dilatoires.

Mais, d'autre part, le système des nullités en droit des sociétés devrait être "déverrouillé" pour intégrer tous les actes relatifs à la vie des sociétés. Une lecture par trop littérale de la notion d'"acte" ou de "disposition impérative" enferme le raisonnement dans un schéma réducteur, parfois incohérent. Car à la moindre faille, le droit commun des nullités du droit civil refait surface et la coexistence de règles inadéquates voit le jour.

Dans un système libéral où l'idée d'un contrôle des sociétés n'est pas au goût du jour, il faut mettre un terme à une réduction excessive et illogique des causes de nullité. Il faut faire un choix : soit une suppression totale des nullités de sociétés est préconisée, auquel cas, des dispositions pénales doivent suppléer l'absence de sanction civile : aucune société fictive ou frauduleuse notamment ne doit pouvoir prospérer à l'abri de sanctions civiles inefficaces ou inexistantes ou bien de sanctions pénales dissuasives, compatibles avec le droit communautaire, mais restées lettres mortes; soit en l'état actuel du droit positif, une telle révolution est impossible compte tenu de l'absence de maturité des textes législatifs et de la jurisprudence en la matière (malgré une nette tendance en ce sens) : il faut alors encore tolérer

[1]L. GROSCLAUDE, *th. préc.*, p.164.
[2]B. SAINTOURENS, "Les causes de nullité...", *art. préc.*, au *Bull. Joly*, 1991, p.123.

quelques divergences non négligeables avec le droit communautaire et retenir certaines causes de nullité prohibées par la directive 68/151.

A long terme, il faudra en définitive revoir de manière globale et réécrire les dispositions relatives au régime des nullités en droit des sociétés compte tenu de leur spécificité. Pour gagner en efficacité, la sanction doit être prévisible, même si pour lui conserver toute sa souplesse, elle doit demeurer facultative.

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

I OUVRAGES GÉNÉRAUX

AUBRY Charles et RAU Charles

Cours de droit civil, tomes 1 à 9, 1897-1922.

BÉNABENT Alain

Droit civil, Les obligations, Coll. Domat, Droit privé, Ed. Montchrestien, 6ème éd., 1997.

BEUDANT Charles

Contrats et obligations, Tome 8, avec René RODIÈRE, 1952.

Le droit individuel et l'État, 1891.

BIENVENU Jean-Jacques

Actes juridiques et classification, Droits, n°7, L'acte juridique, P.U.F. 1988.

BONNECASE Julien et BAUDRY-LACANTINERIE Gabriel

Traité théorique et pratique de droit civil, Tome 2, Sirey, 1925.

BOULOUIS Jean

Droit institutionnel des communautés européennes, Droit public, Précis Domat, 2ème éd. Montchrestien, 1991.

BOULOUIS Jean et CHEVALLIER Roger-Michel

Les grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes, Dalloz, 1997.

CADART Jacques

Institutions politiques et droit constitutionnel, 3ème éd. Economica, Tome 1, 1990, Tome 2, 1991.

CADIET Loïc

Droit judiciaire privé, Ed. Litec, 1992.

CARBONNIER Jean

Droit civil, Tome 1, Les personnes, Coll. Thémis, P.U.F., Tome 4, Les obligations, 20ème éd., 1996.

Sociologie juridique, Ed. Colin, 1972.

CHAPUS René

Droit administratif général, Domat/Droit public Montchrestien, Tome 1, 13ème éd., 1999, Tome 2, 12ème éd., 1999.

Droit du contentieux administratif, Domat/Droit public, Montchrestien, 8ème éd., à paraître, 2000.

CHAPUT Yves

Droit des sociétés, Droit commercial, Collection droit fondamental, 1993.

CHARTIER Yves et MESTRE Jacques

Les grandes décisions de la jurisprudence, Sociétés commerciales, P.U.F. Paris, 1988.

COLIN Ambroise et CAPITANT Henri
Cours élémentaire de droit civil français, Paris, T.2, Théorie générale, Droits réels spéciaux, Dalloz, 1959.
CONTE Philippe et MAISTRE du CHAMBON Patrick
Procédure pénale, Coll. U, Armand Colin, Masson, 1995.
COPPER ROYER
Traité des sociétés anonymes, Tome 1, 4ème éd, Dalloz 1931, Tome 4,
CORNU Gérard
Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens, Coll. Domat/Droit privé, Montchrestien, Tome 1, 1997.
Vocabulaire juridique association Henri CAPITANT, P.U.F., réed., 1994.
COUCHEZ Gérard
Procédure civile, Collection cours élémentaire de droit économique, Ed. Sirey, 7ème éd., 1992.
COZIAN Maurice et VIANDIER Alain
Droit des sociétés, 11ème éd., Litec, 1998.
CROZE Hervé et MOREL Christian
Procédure civile, Droit juridictionnel, Collection Fondamental, Ed. P.U.F. 1988.
COURET Alain et CHOUVÉRIAT Anne, S.A.S., nouveau régime, Coll. dossiers pratiques, Ed. Francis LEFEBVRE, 1999.
DAIGRE Jean-Jacques et SENTILLES-DUPONT Monique
Pratique des affaires, Pactes d'actionnaires, Ed. G.L.N. Joly, 1995.
DELGA Jacques
Le droit des sociétés, Dalloz, 1998.
DEMOGUE René
Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique, L.N.D.J. Ed. Rousseau, 1911.
DEMOLOMBE Charles
Cours de Code Napoléon, Tome 3, Traité du mariage, 1845-1882.
DERRUPÉ Jean
Jurisclasseur Sociétés, Constitution des sociétés en participation, Fasc. 44B, 1986.
DIDIER Paul
Droit commercial, Tome 1, 1992, P.U.F. Thémis, Droit privé, Introduction, L'entreprise, entreprise individuelle, 2ème éd., mise à jour, Tome 2, L'entreprise en société, 2ème éd. refondue, 1997.
DUGUIT Léon
Traité de droit constitutionnel, Tome 1, 3ème éd., 1927.
DUPONTAVICE Emmanuel et DUPICHOT Jean
JUGLART Michel et IPPOLITO Benjamin, Traité de droit commercial, vol. 2, Les sociétés, Ed. Montchrestien, 3ème éd. 1981.

ESCARRA Jean et Edouard, et RAULT Jean
Traité théorique et pratique de droit commercial, Sociétés, groupements d'intérêts, Sociétés commerciales, T.4, Sociétés par actions, Administration des sociétés anonymes, Sirey 1959.,

FERRAND Frédérique
Droit privé allemand, Précis Dalloz, Collection Droit privé, 1997.

FLOUR Jacques et AUBERT Jean-Luc
Droit civil, Les obligations, Tome 1, L'acte juridique, Collection U, Ed. Armand Colin, 6ème éd. 1999.

GAUDEMET Eugène
Théorie générale des obligations, Sirey, Ed. 1937.

GAUDEMET Jean et DESBOIS Henri
Théorie générale des obligations, Sirey, 1965.

GAVALDA Christian et PARLÉANI Gilbert
Traité de droit communautaire des affaires, 2ème éd., Litec 1992.

GÉNY François
Étude sur la fiducie, 1885.
Méthodes d'interprétation et sources du droit privé positif, 2ème éd., 1954.

GHESTIN Jacques
Traité de droit civil, La formation du contrat, 3ème éd., L.G.D.J. 1993.

GHESTIN Jacques et GOUBEAUX Gilles
Traité de droit civil, Introduction générale, 4ème éd.,1994.

GIBIRILA Deen
Droit des sociétés, Ed. Ellipses, Coll. Universités, 1997.

GIRARD François
Manuel élémentaire de droit romain, 8ème éd., Ed. Rousseau, 1929.

GLASSON Ernest et TISSIER Albert
Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile, Recueil Sirey, Tome 2, 1926.

GODON Laurent
Les obligations des associés, préf. Yves GUYON, Ed; Economica, Coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 1999.

GUINCHARD Serge et VINCENT Jacques
Procédure civile, Dalloz, 25ème éd., 1999.

GUYON Yves
La société anonyme, Coll. Connaissance du Droit, Ed. Dalloz, 1994.
Droit des affaires, tome 1, Droit commercial général et sociétés, Coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 10ème éd. Ed. Economica, 1998.

Traité des contrats, Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés, L.G.D.J. 3ème éd. 1997, n°238, p.304.

HAMEL Joseph, LAGARDE Gaston et JAUFFRET Alfred

Introduction, règles communes à toutes les personnes du droit commercial, tome1, Vol. 1 par Jauffret, et Sociétés, groupements d'intérêt économique, entreprises publiques, Vol. 2, par Lagarde, 2ème éd., Dalloz 1980.

HAURIOU Maurice

Précis élémentaire de droit administratif, Recueil Sirey, 5ème éd., 1943.

HEGEL Georg

Phénoménologie de l'Esprit, Science des expériences de la conscience, 1807.

Principe de la philosophie du droit, Coll. Idée, Ed. Gallimard, 1940.

HÉMARD Jean, TERRÉ François et MABILAT Pierre

Sociétés commerciales, Tome 1, Dalloz 1972, Tome 2, 1974, Tome 3, 1978.

HOUPIN Charles et BOSVIEUX Henry

Traité général théorique et pratique des sociétés commerciales et des associations, 5ème éd., Sirey, 1925.

ISAAC Georges

Droit communautaire général, Ed. Masson, 1990.

JACQUEMIN Alexis et SCHRANS Guy

Le droit économique, Que sais-je ? n°1383, P.U.F. 1970.

JEANDIDIER Wilfrid

Droit pénal des affaires, Précis Dalloz, 2ème éd., 1996.

JEANTIN Michel

Droit des sociétés, 3ème éd., Ed. Monchrestien, Coll. Domat, Droit privé, 1994.

JOSSERAND Louis

Cours de droit civil positif français, Tome 2, 3ème éd., 1939.

De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus de droits, Dalloz 1927.

JOUVENEL Bertrand de

Du pouvoir, Coll. Pluriel, Ed. Hachette, 1972.

LAMBERT Guy

Le droit de l'entreprise et le contentieux des affaires, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1983.

LARROUMET Christian

Droit civil, Les obligations, Le contrat, Tome 3, Economica, 4ème éd., 1998.

LAURENT François

Principes de droit civil, Tome 1, Tome XVII, 3ème éd., Bruxelles, Bruylant Christophe et Compagnie, 1878.

LYON-CAEN Antoine et LYON-CAEN Gérard
La doctrine de l'entreprise, *in* Dix ans de droit de l'entreprise, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Tome 7, Litec, 1978.
LYON-CAEN Charles, RENAULT L. et AMIAUD A.
L.G.D.J. Tome 2, 2ème éd., 1929.
MACQUERON Patrice
Nullités des sociétés, Jurisclasseur sociétés, Fasc. 32A; Régime de l'action en nullité, Fasc. 32-B., 1985.
MALAURIE Philippe et AYNÈS Laurent
Droit civil, Introduction, Les obligations, Cujas 1999/2000.
Droit civil, Contrats spéciaux, 12ème éd., par P.-Yves GAUTIER, Cujas, 1998/1999.
MALINVAUD Philippe
Droit des obligations, mécanismes juridiques des relations économiques, Coll. Droit et gestion, Litec, 1992.
MARCADÉ Victor-Napoléon
Explication théorique et pratique du Code Napoléon, Ed. Delamotte, Paris, Tome 1, 1869.
MARTY Gabriel
La théorie de l'institution dans la pensée du doyen Hauriou et son influence, Paris, 1969.
MARTY Gabriel et RAYNAUD Pierre
Traité de droit civil, Paris, Sirey :
- Introduction générale à l'étude du droit, 2ème éd. 1972,
- Les personnes, 3ème éd., par P.RAYNAUD, 1976,
- Les obligations : tome 1, Les sources, 2ème éd., par P.RAYNAUD, 1988; tome 2, Le régime, 2ème éd. par P.RAYNAUD et P.JESTAZ, 1989.
MAY Gaston
Éléments de droit romain à l'usage des étudiants des facultés de droit, 15ème éd., Tome 1, Sirey, 1923.
MAZEAUD Henri, MAZEAUD Léon et CHABAS François
Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit, Ed. Montchrestien, 1996.
MERCADAL Barthélémy et JANIN Philippe
Mémento pratique Francis Lefebvre, Sociétés commerciales, 1999.
MERLE Philippe, Droit commercial
Sociétés commerciales, 6ème éd., Ed. Précis Dalloz, Coll. Droit privé, 1998.
MERLE Roger et VITU André
Traité de droit criminel, Procédure pénale, Ed. Cujas, Tome 2, 1989.
MESTRE Jacques et SÉBASTIEN-BLANCHARD Christine
Lamy, Sociétés commerciales, 1999.

MORIN Gaston
La révolte des faits contre le Code, Grasset, 1920.
MONTESQUIEU (Charles-Louis de Secondat)
L'Esprit des Lois, 1748, par Gonzague TRUC, Ed. Garnier, 1949.
PATAULT Anne-Marie
Introduction historique au droit des biens, P.U.F., Coll. Droit fondamental, 1989.
PERROT Roger et SOLUS Henri
Droit judiciaire, Introduction, Notions fondamentales, Organisation judiciaire, Tome 1, P1961.
PIC Paul
Des sociétés commerciales *in* Traité général théorique et pratique de droit commercial de E. THALLER, T. 2., 1925.
PLANIOL Marcel et RIPERT Georges
Traité pratique de droit civil français, Tome 1, Tome 6, Les obligations, Paris 1952, 2ème éd. revue par Pierre ESMEIN, tome 4,
PLATON
La République, Livre I, notamment Répliques à Thrasymaque, et Livre IX, Introduction, trad. et notes par Robert BACCCOU, Ed. Garnier-Flammarion, 1966.
PRAT Sébastien
Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières, Litec, 1992.
RAULT Jean
Les sociétés commerciales in Traité théorique et pratique de droit commercial de Jean ESCARRA, E. ESCARRA et J. RAULT, Sirey 1951, Tome 2.
RIDEAU Joël
Droit institutionnel de l'Union et des communautés européennes, L.G.D.J. 1994.
RIPERT Georges
La règle morale dans les obligations civiles, 4ème éd., L.G.D.J. 1949.
Le déclin du droit, L.G.D.J., 1949.
Les aspects du capitalisme moderne, 1951.
Les forces créatrices du droit, L.G.D.J., 1955.
RIPERT Georges et BOULANGER Jean
Traité de droit civil d'après le traité de PLANIOL, tome 2, Obligations, Droits réels, L.G.D.J. 1957.
RIPERT Georges et ROBLOT René/ Louis VOGEL
Traité élémentaire de droit commercial, Tome 1, 17ème éd., 1998.
RODIÈRE René et OPPETIT Bruno
Droit commercial, Groupements commerciaux, 10ème éd., Précis Dalloz, 1980.

ROLAND Henri et BOYER Laurent
Adages du droit français, *Vitiantur et vitiant*, Litec 1992.
Obligations, T.2, Le contrat, 4ème éd., Litec, 1993.
ROUBIER Paul
Droits subjectifs et situations juridiques, Dalloz, 1963.
ROUSSEAU Jean-Jacques
Du contrat social ou principes du droit politique (1762), Classiques Garnier, 1962.
SALEILLES Raymond
De la personnalité juridique, Histoire et théories, Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur la personnalité juridique, L.G.D.J. 1910.
SCHMIDT Dominique
Les conflits d'intérêts dans les sociétés anonymes, Pratiques des affaires, Ed. Joly, 1999.
SÉRIAUX Alain
Droit des obligations, 2ème mise à jour, Coll. P.U.F. Fondamental, Droit civil, 1998.
SOYER Jean-Claude
Droit pénal et procédure pénale, 10ème éd., L.G.D.J. 1993.
STARCK Boris, ROLAND Henri et BOYER Laurent
Obligations, Tome 2, 5ème éd., Litec 1995.
STEFANI Gaston, LEVASSEUR Georges et BOULOC Bernard,
Procédure pénale, Coll. Droit privé, 16ème éd., Précis Dalloz, 1996.
STOUFFLET Jean et BETANT Solange
Jurisclasseur Sociétés commerciales, Actions judiciaires, 1986, Fasc. 149.
TERRÉ François et LEQUETTE Yves
Les grands arrêts de la jurisprudence civile, par Henri Capitant, 18 ème éd., Dalloz, 1994.
TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves
Introduction générale au droit, Précis Dalloz 1998.
Droit civil, Les obligations, 7ème éd. , Dalloz 1999.
THALLER Edmond et PIC Paul
Traité élémentaire des sociétés, T.1, 1908, T. 2, 1914; 7ème éd. mise à jour par Jean PERCEROU, 1925.
TOULLIER Charles-Bonaventure-Marie
Le Droit civil français suivant l'ordre du Code, Tome VII, 6ème éd., 1830-1843.
VINCENT Jacques et GUINCHARD Serge
Procédure civile, 24ème éd., Précis Dalloz, Coll. Droit privé, 1996.
VINEY Geneviève
Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, 2ème éd., L.G.D.J., 1995.
ZÉNATI Frédéric
Les biens, Coll. Droit fondamental, Ed. P.U.F. 1988.

II THÈSES

ABEILLE Jean

La simulation dans la vie juridique et particulièrement dans le droit des sociétés, thèse Aix-Marseille, 1938

ATALBERT Victor

Comparaison entre les techniques jurisprudentielles de l'abus de droit en droit privé et du détournement de pouvoir en droit public, Dijon, 1951.

AUBERT Jean-Luc

Notion et rôles de l'offre et de l'acceptation, Thèse Paris, 1968, préf. Jacques FLOUR.

BANDRAC Monique

La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile, thèse Paris II, Collection droit civil, Série Études et recherches, Economica, 1996.

BASTIAN Daniel

Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité, Paris Sirey, 1929.

BERLIOZ Georges

Le contrat d'adhésion, Bibliothèque de droit privé, Tome CXXXII, L.G.D.J. 1973, Préface Jacques GOLDMAN.

BEROLATTI Gilles

Le régime juridique des conventions sur le droit de vote dans les sociétés, thèse Paris II, 1975.

BERR Claude

L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales, gérance et administration des sociétés commerciales, Sirey, 1961.

BOITÉ Laurian

Sociétés de fait, thèse Paris, 1906.

BOY Laurence

L'intérêt collectif en droit français, réflexions sur la collectivisation du droit, thèse Nice, 1979.

BOYER Louis

La notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif, Paris Sirey, L.G.D.J.1947, Préf. Jean CALAIS-AULOY.

BRICKS Hélène

Les clauses abusives, L.G.D.J., 1982

BRUN André

Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle, 1930.

BUFFELAN-LANORE Yvaine

Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., Tome XLIII, 1963.

CALAIS-AULOY Jean
La notion d'apparence en droit commercial, Thèse L.G.D.J., 1959.
CHABAS François
De la déclaration de volonté en droit civil, Paris, 1931.
CHAMPAUD Claude
Le pouvoir de concentration de la société par actions, Paris, Sirey, 1962.
CHAPUT Yves
De l'objet social des sociétés commerciales, Clermont-Ferrand, 1973.
CHARDIN Nicole
Le contrat de consommation, de crédit et l'autonomie de la volonté, Préf. Jean-Luc AUBERT, Bibliothèque de droit privé, Tome 199, L.G.D.J.,1988
COUTURIER Gérard
La confirmation des actes nuls, thèse Paris, L.G.D.J. 1972.
DABIN Jean
Le droit subjectif, 1952.
DAGOT Michel
La simulation en droit privé, Toulouse, 1965, L.G.D.J. 1967.
DELBECQUE Philippe
Les clauses allégeant les obligations dans les contrats, Aix, 1981.
DEPREZ Jean
La rétroactivité dans les actes juridiques, Rennes, 1953.
DEREUX Georges
De l'interprétation des actes juridiques privés, Paris, 1905.
DUCLOS José
Essai d'une théorie générale de l'opposabilité, Bibliothèque de droit privé, Tome CLXXIX, L.G.D.J. 1984.
DUPEYRON Christian
La régularisation des actes nuls, Toulouse, L.G.D.J. 1973.
DESPAX Michel
L'entreprise et le droit, Paris, L.G.D.J.,1956.
DROGOUL François
Essai d'une théorie générale des nullités, thèse Aix, 1902.
EL GAMMAL Mostapha Mohamad
L'adaptation du contrat aux circonstances économiques, L.G.D.J. 1967.
ESMEIN Pierre
Les effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits, thèse Paris, 1914.

FALQUE Dominique
Les nullités de constitution des sociétés commerciales dans la loi du 24 juillet 1966, thèse, Paris II, 1970.
FARJAT Gérard
L'ordre public économique, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J. 1963.
FORTIER Georges
Les pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion, Dijon, 1909.
FOURNIER Stéphanie
Essai sur la notion de prescription en matière civile, thèse Grenoble, 1992.
FRAIMOUT Jean-Jacques
Langage et droit, thèse Paris I, 1994.
GAILLARD Émile
La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme, thèse Lyon, 1932.
GAILLARD Emmanuel
Le pouvoir en droit privé, Préf. G. CORNU, Coll. Droit civil, Ed. Economica, 1985.
GALLET A.
Étude sur la notion de fiction de rétroactivité, Poitiers, 1903.
GASTAUD Jean-Pierre
Personnalité morale et droits subjectifs, Essai sur l'influence du principe de personnalité morale sur la nature et le contenu des droits des membres des groupements personnifiés, L.G.D.J. 1977, Bibliothèque de droit privé, Tome CXLIX.
GÉNY François
Méthodes d'interprétation du droit, thèse Paris, 1899.
GOUNOT Emmanuel
Principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, Thèse Dijon, 1912.
GOUTAL Jean-Louis
Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat, L.G.D.J. 1981
GROSCLAUDE Laurent
Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés, Paris I, 1997.
GUELFUCCI-THIBIERGE Catherine
Nullité, restitutions et responsabilité, Préf. Jacques GHESTIN, Bibliothèque de Droit privé, tome 218, L.G.D.J.1992.
GUERRIERO Marie-Antoinette
L'acte juridique solennel, préface José VIDAL, L.G.D.J. 1975.

GUGGENHEIM Daniel
L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé, Essai d'une théorie générale, Bibliothèque de droit privé, Tome CXV, L.G.D.J. 1970.

GUINCHARD Serge
Essai d'une théorie générale de l'affectation des biens en droit privé français, thèse Lyon 1974.

HAGEGE Michèle
Le contrôle de la constitution des sociétés en droit comparé, Paris II, 1977.

HANNOUN Charley
Le droit dans les groupes de sociétés, Préf. A. LYON-CAEN, Bibliothèque de droit privé, Tome 216, L.G.D.J. 1991.

HAUSER Jean
Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, L.G.D.J., 1971.

HÉMARD Joseph
Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait, Étude de jurisprudence et de droit comparé, Recueil Sirey, 2ème éd., 1926.

HUET Jérôme
Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, Essai de délimitation des deux ordres de responsabilité, Paris II, 1978.

IONESCU Octavian
La notion de droit subjectif dans le droit privé, Paris, 1931, Préf. G.RIPERT.

IZORCHE Marie-Laure
L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain, Aix-Marseille, 1989, Préf. J.MESTRE, Presses universitaires Aix-Marseille, 1995.

JAPIOT René
Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1909.

JEAMMAUD Antoine
Des oppositions de normes en droit privé interne, thèse Lyon III, 1975.

LANDRAUD Gérard
La prescription extinctive et l'ordre public, thèse Lyon, 1971.

LEBAUT-FERRARESE Bernadette
La communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres, thèse Lyon III, déc. 1996.

LECOURT Benoît
Droit communautaire et constitution de société, Thèse Paris I, juillet 1998.

LEGROS Albert
Essai d'une théorie générale de la responsabilité en cas de nullité des contrats, th. Dijon, 1900.
LE TOURNEAU Philippe
La règle "*nemo auditur*"..., Bibliothèque de droit privé, Tome 108, L.G.D.J. 1970.
LEVENEUR Laurent
Situations de fait et droit privé, Paris II, L.G.D.J. Bibliothèque de droit privé, Tome 212, Préf. Michèle GOBERT, 1990.
LOUBERS Henry
Essai d'une théorie générale des sociétés de fait, thèse Paris, 1908.
LUTZESCO Georges
Essai sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial, thèse Paris, Sirey 1938.
MACQUERON Patrice
Les nullités de sociétés dans la loi du 24 juillet 1966, thèse, Rouen, 1981.
MALAURIE Marie
Des restitutions en droit civil, Préf. Gérard CORNU, Ed. Cujas, 1991.
MALAURIE Philippe
Les contrats contraires à l'ordre public, Étude de droit civil comparé, France, Angleterre, Union soviétique, Thèse Paris, 1951, Ed. Matot, Braine, Reims, 1953.
MALINVAUD Philippe
La responsabilité des incapables et de la femme dotale à l'occasion d'un contrat, L.G.D.J.1965.
MALLET Jean
Les nullités de sociétés dans la loi du 24 juillet 1966, thèse, Aix, 1973.
MARMOZ Franck
La délégation de pouvoirs, Lyon III, 1999.
MARTIN de la MOUTTE Jacques
L'acte unilatéral, Toulouse, 1949.
MARTINE Edmond-Noël
L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, Bibliothèque de droit privé, Tome 6, L.G.D.J., 1957.
MAUBERT Marc
Les clauses léonines dans les sociétés commerciales, Paris, 1962.
MEIGNIÉ Maurice
Essai d'une délimitation des responsabilités délictuelle et contractuelle, Lille, 1924.
MERLE Roger
Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif, thèse Toulouse, 1949.

MICHOUD Léon
La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, thèse Paris, L.G.D.J. 1906, 2 tomes.
MONSALLIER Marie-Claude
L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme, L.G.D.J. 1998.
MONTAGNE Henri
De l'effet déclaratif ou constitutif des jugements, thèse Paris, 1912.
MORIN Anne
Contribution à l'étude des contrats aléatoires, préf. A.GHOZI, P.U.F, Faculté de Droit, Université d'Auvergne, 1998.
MOTULSKY Henri
Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs, thèse Lyon, Recueil Sirey, 1948.
PAILLUSSEAU Jean
La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise, Bibliothèque de droit commercial, Tome 18, Sirey 1967.
PELLERIN Jean
Les clauses relatives à la répartition des risques financiers entre cocontractants, Paris II, 1977.
PIÉDELIÈVRE Jacques
Des effets produits par les actes nuls, Ed Rousseau, 1911.
RAKOTONIANA Justin
La sanction de l'inobservation des règles de la constitution des sociétés commerciales, thèse Nancy, 1970.
RICHIER Max
Régime des sociétés nulles à raison de leur objet ou du consentement des parties, thèse Paris, 1910.
RIEG Alfred
Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, Strasbourg, L.G.D.J., 1961.
ROLAND Henri
Chose jugée et tierce-opposition, préf. Boris STARCK, Bibliothèque de Droit privé, L.G.D.J. 1938, Tome XIII.
ROUAST André
Essai sur la notion de contrat collectif, thèse Lyon, 1909.
ROUBIER Paul
Essai sur la responsabilité précontractuelle, Paris, 1911.
ROUHETTE Georges
Étude critique de la notion de contrat, Paris, 1965.
ROUJOU DE BOUBÉE Gabriel
L'essai sur l'acte juridique collectif, Bibliothèque de droit privé, Tome XXVII, Préface Gabriel MARTY, L.G.D.J. 1961.

ROUJOU DE BOUBÉE Marie-Ève
Essai sur la notion de réparation, L.G.D.J. 1974.
ROURE Damien
La transformation des sociétés, thèse Lyon III, 1993.
ROUX Paul
Des dommages-intérêts pour la nullité du contrat, Paris, 1901.
RUELLAN Caroline
La loi de la majorité dans les sociétés commerciales, Paris II, 1995.
SALEILLES Raymond
De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand, (articles 116 à 144), Paris, F.Pichon, 1901. Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand, 3ème éd., L.G.D.J. 1925.
SCHMIDT Dominique
Les droits de la minorité dans les sociétés anonymes, thèse Strasbourg, Sirey, 1970.
SIMLER Philippe
La nullité partielle des actes juridiques, Bibliothèque de droit privé, Tome CI, L.G.D.J., 1969.
SOUSI Gérard
L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales, Lyon, 1974.
STORCK Michel
Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, Bibliothèque de droit privé, Tome CLXXII, L.G.D.J. 1982.
TANDOGAN Halk
La nullité, l'annulation et la résiliation partielle des contrats, Genève, 1952.
TEMPLE Henri
Les sociétés de fait, Bibliothèque de droit privé, Tome CXLI, préface Jean CALAIS-AULOY, L.G.D.J. 1975.
TERRÉ François
L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, thèse Paris, L.G.D.J., 1957.
TRIFONESCU J.
De la confirmation des actes nuls, thèse Paris, Jouve et compagnie Éditeurs, 1911.
VIANDIER Alain
La notion d'associé, Préface François TERRÉ, Bibliothèque de droit privé, Tome CLVI, L.G.D.J. 1978.
VICHATZKY Sophie
Bilan de l'unification du droit des sociétés dans la communauté européenne, Paris II, 1990.

VIDAL José

Théorie générale de la fraude en droit français, le principe "*fraus omnia corrumpit*", thèse Toulouse, 1956.

VITERBO François

Le contrôle de la constitution et les nullités des sociétés anonymes selon la première directive européenne du 9 mars 1968 en droit français et italien, Paris I, 1997.

WICKER Guillaume

Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique, thèse Perpignan, 1994, Bibliothèque de droit privé, Tome 253, L.G.D.J. 1997.

ZAMPINI Florence

La responsabilité de l'État du fait du droit communautaire, thèse Lyon III, 1992.

ZÉNATI Frédéric

Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif, thèse Lyon III, 1981.

III ARTICLES, CHRONIQUES ET RAPPORTS

ATIAS Christian et LINOTTE Didier

Le mythe de l'adaptation du droit au fait, D.1977, 1, 257.

Conditions de la responsabilité contractuelle, fait générateur, 1986, articles 1146 à 1155 du Code civil, Jurisclasseur civil, Fasc. 11; Responsabilité civile, Rép. not., Fasc. 171.

AUBERT Jean-Luc

Droit pour le créancier d'agir en nullité des actes passés par son débiteur, R.T.D.Civ. 1969, 692.

A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers, R.T.D.Civ. 1993, 203.

AUZERO Gilles

L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé, Dalloz Affaires, n°110, 26 mars 1998, p.502.

AYNÈS Laurent

Jurisclasseur civil, Articles 1146 à 1155, Fasc. 10, 1985, Droit à réparation, Conditions de la responsabilité contractuelle, Dommage.

BAILLOD Raymonde

A propos des clauses réputées non écrites, Mélanges dédiés à Louis BOYER, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, 1996, p.14.

BASTIAN Daniel

La survie de la personnalité morale des sociétés pour les besoins de la liquidation, Journal des sociétés, 1937, 1. La réforme du droit des sociétés commerciales, J.C.P. 1967, I, 2121.

BERGEL Jean-Louis

Différence de nature égale différence de régime, R.T.D.Civ. 1984, 255.

BERGERES Maurice-Christian

La théorie de l'inexistence en droit communautaire, R.T.D.Europ. 1989, 407.

BERMOND DE VAULX Jean-Marie

Le spectre de l'*affectio societatis*, J.C.P. Ed. E, 1994, 346.

L'empire des faits et l'émergence de la notion de société, D.1996, chron. 185.

BISSARA Philippe

L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions, REv. soc., 1990, 553.

L'intérêt social, Rev. soc., 1999, 5.

BORNHAUSER-MITRANI Laurence
La violation d'une clause statutaire, Les Petites Affiches, 8 avril 1998,
BOUILLOUX Alain
La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation, Rev. soc., 1994, 393.
BOULANGER Jean
Usage et abus de la notion d'indivisibilité dans les actes juridiques, R.T.D.Civ. 1950, 1.
BOULOC Bernard
Le cautionnement du dirigeant de société, R.J.Com., 1992, p.1370.
Faut-il réformer le droit des sociétés, R.J.Com. juin 1998, 209.
BROUILLAUD Jean -Pierre
Les nullités de procédure : des procédures pénale et civile comparées, D.1996, chron.p.100.
CALAIS-AULOY Jean
L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, R.T.D.Civ. 1994, 239.
CATALA Pierre
La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne, R.T.D.Civ. 1967, 185.
CHAMPAUD Claude
Rapport sur les groupements et les organismes sans personnalité juridique en droit français, Travaux de l'Association Capitant, D.1969, p.130.
CHARLIAC Henri
Jurisclasseur civil, Contentieux de la copropriété, articles 544 à 577, Fasc. 61, 1991.
CHARTIER Yves
La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978, J.C.P. 1978, I, 2917.
La réparation du préjudice dans la responsabilité civile, D. 1983, n°59.
CHEVALLIER Jean
Inexistence, nullité et annulabilité en droit civil, Travaux de l'Association Capitant, TXIV, 1961-1962, Rapport général, p.513.
CODANI René
Réforme du registre du commerce et des sociétés, Petites Affiches, n°56, 10 mai 1995, p.4.
CORLAY Paul
La protection des tiers dans le nouveau droit des sociétés civiles, R.T.D.Com. 1981, 233.
COTTEREAU Vincent
La clause réputée non écrite, J.C.P. 1993, 3691.
COURET Alain
Groupements de moyens et pactes léonins, Bull. Joly, 1992, 1057.

L'intérêt social, J.C.P. Ed. E, 1996.
Première traduction législative de la *corporate governance* : la loi sur les fonds de pension (libres propos autour de la loi n°97-277 du 25 mars 1997), D.1997, I, 241.

DAIGRE Jean-Jacques

Un arrêt de principe : le nu-propriétaire de droits sociaux ne peut être totalement privé de son droit de vote, Bull. Joly 1994, §62, 249.
Le gouvernement d'entreprise : feu de paille ou mouvement de fond ? Droit et patrimoine, Juillet/août 1996.

DAL FARRA Thierry

L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité, R.T.D.Europ., 1992, 642.

DALSACE André

Les modifications apportées au droit des sociétés par actions par le décret-loi du 31 août 1937, Rev. soc. 1937, 297.

DAUBLON Georges

La pérennité des procurations consenties par les représentants légaux d'une société, Rép. Defrénois, 1981, 32695.

DAVID René

Le caractère social du droit de vote, Journal des sociétés, 1929, 404.
La personnalité morale et ses limites, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé, Paris, 1961, 1.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise

Illusions et dangers du statut des sociétés créées de fait, D.S. 1982, chron.1983.
L'indivision dans les sociétés en participation, J.C.P. 1980, I, 2970.

DELBECQUE Philippe

Contrats et obligations, Indivisibilité, Jurisclasseur civil, Fasc. 55 à 57, 1987.

DERRIDA Fernand

Répertoire civil Dalloz, V°Indivisibilité.

DERRIDA Fernand et MESTRE Jacques

Répertoire civil Dalloz, v°Apparence.

DERRUPÉ Jean

Jurisclasseur sociétés, constitution de sociétés en participation, Fasc. 44B., 1986.

DIDIER Paul

Le consentement sans l'échange : le contrat de société, R.J.Com., nov. 1995, n°spécial, 73.

DOUVRELEUR Olivier

Faut-il admettre un droit de retrait des minoritaires, Rev. jurisp. com. 1988, Colloque de l'Association droit et commerce, n°spécial, p.122.

DRAGO Roland

Aspects institutionnels, administratifs et politiques, Colloque de l'Association droit et commerce, n°spécial, nov. 1991, p.36.

DUCOULOUX-FAVARD Claude

Nature juridique du contrat de société, un exemple d'écueil possible pour le comparatiste, Rev. soc. 1966, 3.

Le contrôle judiciaire et la réforme du droit français des sociétés, Rev. soc. 1967, 1.

Trente années d'influence du droit communautaire sur le droit français des sociétés, Rev. soc., 1995, n°4, 649.

Notes sur le contrat social, D. 1997, p.322.

DURRY Georges

Rapport sur "L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français", Travaux de l'Association Capitant, Ed. Dalloz, 1965, 611s.

EMMERT Franck et PEREIRA de AZEVEDO Monique

L'effet horizontal des directives, la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes : un bateau ivre ? R.T.D.Europ. 1993, 504.

ESMEIN Pierre

Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle, R.T.D.Civ. 1933, 627.

ESPAGNON Michel

Droit à réparation, Domaine des responsabilité délictuelle et contractuelle entre contractants, articles 1146 à 1155 du Code civil, Jurisclasseur civil, Fasc. 16-1, Rép. not. Fasc. 176-1, 1992.

FALAISE Muriel

La sanction de l'acte irrégulier, distinction entre nullité et inopposabilité, Petites Affiches, 27 août 1997.

FOYER Jean

La réforme du titre IX du Livre III du Code civil, Rev. soc., 1978, p.1.

FLOUR Jacques

Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, *in* Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Études dédiées à G. Ripert, T.1, L.G.D.J. Paris 1950, p.93.

GALMOT Yves et BONICHOT Jean-Claude

La Cour de Justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national, R.F.D.A. 1988, 2.

GAUDEMARIS de, Michel

Théorie de l'apparence et sociétés, Rev. soc., 1991, 465.

GAVALDA Christian

La personne morale des sociétés en voie de liquidation, in Dix ans de conférences d'agrégation, Études offertes à Joseph Hamel, 1961, 267.

GERMAIN Michel

Société en formation et société créée de fait, Dr. soc., 1982, chron., p.2.

Le statut des administrateurs, Jurisclasseur Sociétés, Fasc. 130-3, 1992.

Naissance et mort des sociétés commerciales, Études dédiées à René ROBLOT, Aspect actuel du droit commercial, L.G.D.J. 1994, 217.

GHESTIN Jacques

La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles, D.1971, chron.247.

L'utile et le juste dans les contrats, Archives de philosophie du droit, Tome XXVI, Sirey 1981, 36.

L'échange des consentements, R.J.Com. nov. 1995, n°spécial, Introduction, p.12.

L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive, Mélanges Pierre RAYNAUD, 221.

GIBIRILA Deen

La société en formation et la protection des tiers, Petites Affiches, 19 juillet 1983, n°86, p.16.

Recevabilité de l'action en nullité de l'article 360 de la loi du 24 juillet 1966, Petites Affiches, 26 janv. 1996, chron. 18.

Conditions de la responsabilité solidaire des associés à l'égard des tiers, J.C.P. 1997, II, 22904.

GORÉ François

Le contrôle de constitution des sociétés dans le projet de code des sociétés, *in* Études sur le projet français de réforme des sociétés commerciales, projet de loi n°1003 du 18 juin 1964, Travaux de l'Association internationale du droit commercial et du droit des affaires, Ed. Sirey, 1965, 5.

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,

GUEUGANT André

L'attribution du droit de vote en cas de démembrement de la propriété d'actions et parts sociales, J.C.P; Ed. E, n°12, 1994.

GUYÉNOT Jean

Les nouveaux rapports résultant de l'article 1873 du Code civil, entre les sociétés en participation, les sociétés créées de fait et les sociétés de fait, D.1979, I, 155.

Les huit causes communes de dissolution des sociétés civiles et commerciales, G.P. 1980, 2, 357.

GUYON Yves

Les dispositions générales de la loi du 4 janvier 1978, portant réforme des sociétés, Rev. soc., 1979, 1.

Répertoire des sociétés, Dalloz, V°Assemblées d'actionnaires, 1984.
Jurisclasseur Sociétés commerciales, Constitution des sociétés, 1992, Fasc. 27A, L'administration, Responsabilité civile des administrateurs, Fasc. 132.
La coordination communautaire du droit français des sociétés, R.T.D.europ. 1992, 242.
Présentation générale de la société par actions simplifiée, Rev. soc., 1994, 207.
L'évolution de l'environnement juridique de la loi du 24 juillet 1966 (aspects de droit interne), Rev. soc. 1996, 501.

HAMEL Joseph

L'*affectio societatis*, R.T.D.Civ. 1925, 176.

HANNOUN Charley

Remarques sur la prescription de l'action en nullité en droit des sociétés, Rev. soc. 1991, 45.
L'action en nullité et le droit des sociétés, (Réflexions sur les sources procédurales du droit de critique et leurs fonctions), R.T.D.Com. 1993, 227.

HASSLER Théo

L'intérêt commun, R.T.D.Com. 1984, 581.

HÉBRAUD Pierre

Obs. sur la notion de temps dans le droit civil, Etudes Kayser, 1979, p.53.

HAURIOU Maurice

La théorie de l'institution et de la fondation, Cahier de la nouvelle journée, n°4, 1925.

HÉMARD Jean, TERRÉ François et MABILAT Pierre

La douzième réforme du droit des sociétés commerciales, Rev. soc. 1970, 221.

HONORAT Jean

Les nullités des constitutions de sociétés, Rép. Defrénois, 1998, 36706.
Répertoire des sociétés, Dalloz, mars 1997, Nullités, p.171

HOUIN Roger

Les situations de fait, Rapport général et discussion, Travaux de l'Association Capitant, Tome XI, 1957, Dalloz 1960.

HOUIN Roger et GORÉ François

La réforme des sociétés commerciales, D.1967, chron. 121.

HOVASSE Henri, GENTILHOMME René et DESLANDES Michel

Pactes extrastatutaires et partage de bénéfices, Droit des sociétés, Actes pratiques, Ed. Jurisclasseur, 1995, p.2.

JAMBU-MERLIN Roger

Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques, R.T.D.Civ. 1948, 271.

JEAMMAUD Antoine

La règle de droit comme modèle, D.1990, chron., 199.

Fraus omnia corrumpit, D.1997, chron.p.19.

JEANDIDIER Wilfrid

L'imparfaite commercialité des sociétés à objet civil et à forme commerciale, D.1979, chron. p.7.

JEANTIN Michel

La réforme du droit des sociétés par la loi du 4 janvier 1978, D.S. 1978, chron. 173.

Liquidation des sociétés, opérations et clôture, Jurisclasseur Sociétés commerciales, Fasc. 31-20, 1996.

Principes généraux et personnel, refondu par Anne CATHELINEAU, Jurisclasseur Sociétés commerciales, 1996, Fasc. 31-10.

"Le rôle du juge en droit des sociétés", *in* Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?, Mélanges en l'honneur de Roger PERROT, *Dalloz* 1996, p.149

JESTAZ Philippe

L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale, Mélanges offerts à P. RAYNAUD, Dalloz Sirey, 1985, 282.

La sanction ou l'inconnue du droit, D.1986, chron., 197.

KOVAR Robert

Observations sur l'intensité normative des directives, *in* Mélanges Pescatore, 1987, 425.

Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation du droit communautaire, *in* Les recours des individus en cas de violation du droit européen, Bruxelles, 1972, 253.

Ordre juridique communautaire, sources non écrites, Jurisclasseur Europe 1990, Fasc. 411.

KÜLLMANN Jérôme

Remarques sur les clauses réputées non écrites, D.1993, 59.

LAGARDE Gaston

Répertoire sociétés, v°Société de fait, 1990.

Propos de commercialiste sur la personne morale, réalité ou réalisme, Études offertes à A. JAUFFRET, Faculté de droit Aix-Marseille, 1974, 429.

LARROUMET Christian

Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité, D.1997, I, 146.

LE BAYON Alain

Sociétés en participation et sociétés créées de fait, Jurisclasseur Sociétés, Fasc.44 F, 1991.

LE CANNU Paul

Responsabilité des dirigeants des sociétés envers les tiers : la faute séparable des fonctions et imputable personnellement", *Bull. Joly* 1998, §173, p.536.

Nullité et participation des associés aux décisions collectives, R.J.D.Aff. 1998, p.987.
La S.A.S. pour tous (L.99-587, 12 juillet 1999, art.31), Bull. Joly, 1999, §198, p.841.

LE GALL Erwan

Nullités, Répertoire Dalloz, Sociétés, 1971.

LEIRIS Chantal de

Jurisclasseur Sociétés commerciales, Définition de la société, Fasc. 6, 1990.

LE FEVRE Alain

Le droit des sociétés redeviendra-t-il contractuel ? Perspectives d'une société par actions simplifiée, Rev. juris. comm., mars 1992, 89.

LEGROS Jean-Pierre

La violation des statuts est-elle une cause de nullité ? Dr. soc., avril 1991, 1.
Les nullités des décisions de sociétés, Rev. soc. 1991, 275.

LE NABASQUE Hervé et BARBIER Marion

Les clauses léonines, Droit des sociétés, Actes pratiques, Ed. Jurisclasseur, n°29, sept-oct.1996.

LENOAN Roger

De la condition des actions de sociétés nominatives propres de la femme sous le régime de communauté et de l'exercice du droit de préférence à la souscription d'actions nouvelles, R.T.D.Civ; 1922, 365.

LE TALLEC Georges

La Cour de cassation et le droit communautaire, Mélanges Boulouis, Ed. Dalloz 1991, L'Europe et le Droit, 363.

MALAURIE Philippe

Nature juridique de la personnalité morale, Rép. Defrénois, 1990, art. 34848, p.1068.

MANIN Philippe

L'invocabilité des directives, Quelques interrogations, R.T.D.Europ. 1990, 669.
De l'utilisation des directives communautaires par les personnes physiques ou morales, A.J.D.A. 1994, doctr. 259.

MANTAMP Didier

Le point de départ de la période de formation des sociétés commerciales, R.T.D.Com. 1994, 1.

MARINI Philippe

Rapport au premier ministre, La modernisation du droit des sociétés, Coll. Rapports officiels, La documentation française, 1996.

MARMAYOU Jean-Michel

Remarques sur la notion d'indivisibilité des contrats, Revue de juris. comm., 1999, 293.

MARTIN Didier et FAUGEROLAS Laurent
Les pactes d'actionnaires, J.C.P. 1989, 1, 3412.
MARTIN Raymonde
Personnalité et sujet de droit, R.T.D.Civ. 1981, 785.
MARTIN-LAGARDE Bruno et MARTIN Didier
Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées, Les Petites Affiches, 22 mai 1992,
MARTY Jean-Pierre
La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine, R.T.D.Civ. 1981, 681.
MAZEAUD Léon
De la distinction des jugements déclaratifs et constitutifs, R.T.D.Civ. 1929, 53.
MÉMENTEAU Gérard
La personnalité morale conditionnelle, *in* La situation juridique de l'enfant conçu, R.T.D.Civ. 1989, 616.
MERCADAL Barthélémy
Pour la validité des conventions de vote, R.J.D.A. 1992, 727.
MESTRE Jacques
Le droit nouveau de la constitution des sociétés commerciales et de leurs modifications statutaires, Rev. soc.1966, 293.
L'ordre public dans les relations économiques, *in* "L'ordre public à la fin du XXe siècle", Coll. Thèmes et Commentaires, avec la coordination de Thierry REVET,*Dalloz* 1996, p.33.
MICHA-GOUDET Raphaëlle
Inopposabilité des cautions, avals et garanties irrégulièrement donnés par le président du conseil d'administration : une sanction critiquable, J.C.P. Ed.E, 1998, I, 840.
MOHAMED SALAH Mohamed Mahmoud
La place des principes et techniques civilistes dans le droit des affaires, R.J.Comm. fév.1998, p.1.
MONTAGNIER Gabriel
Droit communautaire et procédure civile, Répertoire Dalloz, Proc. civile, 1993.
MOURY Jacques
De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats, R.T.D.Civ. 1994, 255.
MOUSSERON Jean-Marc
La durée dans la formation des contrats, Mélanges Jauffret, 1974.
MOUSSOULAS Spilios
La coordination des législations nationales dans la communauté européenne et la modernisation du droit des sociétés commerciales, P.A., n°20, 15 fév. 1993, p.16.

NGUYEN XUAN CHAN
Le sort des actes irrégulièrement accomplis au nom d'une société commerciale, D.1978, I,69.

NOCQUET Philippe
Assemblées d'actionnaires, Jurisclasseur Sociétés, 1991, Fasc. 139-1.

OPPETIT Bruno
Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain, Mélanges dédiés à Dominique Holleaux, Ed. Litec, 1990, 317.

PAILLUSSEAU Jean
Les fondements du droit moderne des sociétés, J.C.P. 1984, I, 3148.
Le droit moderne de la personnalité morale, R.T.D.Civ. 1993, 705.
La modernisation du droit des sociétés commerciales, une reconception du droit des sociétés commerciales, D. 1996, chron. 287.
Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit, D. 1997, I, 98.
La nouvelle société par actions simplifiée. Le big-bang du droit des sociétés ! D. 1999, I, 333.

PAISANT Gilles
La lutte contre les clauses abusives des contrats dans l'Union européenne, dans Actes et débats de colloque sous la direction de Filali OSMAN, Vers un code européende la consommation, Lyon 12 et 13 décembre 1997, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1998, p.174.

PARIENTE Maggy
Les groupes de société et la loi du 24 juillet 1966, Rev. soc., 1996, 465.

PARLÉANI Gilbert
Les pactes d'actionnaires, Rev. soc., 1991, 1.

PELLERIN Jacques
La personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé, R.T.D.Com. 1981, 471.

PENNEAU Jean
De l'irrégularité des conventions de vote dans les sociétés commerciales, J.C.P. 1975, Ed.E, 2, 11776.

PERDRIAU André
Ce que la Cour de cassation relève d'office, J.C.P. 1996, I, 3911.

PESCATORE Pierre
L'effet des directives communautaire : une tentative de démythification, D.1980, chron., 171.

PÉTEL Philippe
La révélation aux tiers de la société en participation, J.C.P. 1987, Ed. E, I, 16369.

Les pactes extra-statutaires, Rapport de synthèse à la journée d'études organisée le 28 septembre 1991 à Montpellier, Cah. dr. entr.1992, n°1, p.41.

PIC Paul

De l'élément intentionnel dans le contrat de société, Annales de droit commercial, 1906, 153.

PICOD Yves

Répertoire civil, v°Nullité, 1998

PIÉDELIÈVRE Alain

Quelques réflexions sur la maxime "*Quod nullum est, nullum producit effectum*", Mélanges Voirin, 1967, 638.

PIROVANO Antoine

La fonction sociale des droits : réflexions sur le destin des théories de Josserand, D.1972, chron. 67.

La "boussole" de la société, intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? D. 1997, 193.

RAYNAUD Pierre

La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs, Rapport au IIIème et IVème Congrès international de droit comparé, Paris 1954, in Études de droit contemporain, Sirey, 1959, 377.

REINHARD Yves

Pactes d'actionnaires et groupes de sociétés, in Groupes de sociétés : contrats et responsabilités, av.-propos de Fr. DEKEUWER-DEFOSSEZ, L.G.D.J. 1994, p.4-5.

RENARD et VIEUJEAN

Rapport sur la nullité, l'inexistence et l'annulabilité en droit civil belge, Paris, 1965, 521.

RIEG Alfred

La punctation, contribution à l'étude de la formation successive du contrat, Études A. JAUFFRET, 1974, p.593.

Rapport français sur "L'interprétation par le juge des règles écrites", Travaux de l'Association Capitant, Tome XXIX, 1978, 71.

RIPERT Georges

La loi de la majorité dans le droit privé, Mélanges Sugiyama, Association japonaise des juristes de langue française, Ed. Maison franco-japonaise de Tokio, 1940, p.351.

L'ordre économique et la liberté contractuelle, Mélanges Gény, T.II, 1934, p.347.

Abus ou relativité des droits, Rev. crit. 1929, 33.

RIVES Georges

Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales, R.T.D.Com. 1969, 407.

RIVES-LANGE Jean-Louis

L'abus de majorité, Colloque de l'Association droit et commerce, n°spécial, nov. 1991, p.65.

ROETS Damien

Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? D.1997, chron.,92.

ROUAST-BERTIER Pascale

Société fictive et simulation, Rev.soc., 1993, 725.

ROUSSEL Yves

Le régime des nullités de procédure : des procédures pénales et civiles comparées, D.1996, chron., p.100.

RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline

L'irrecevabilité de l'action civile et la notion d'intérêt général, J.C.P. 1965, n°1922.

SAINTOURENS Bernard

Les causes de nullité des sociétés : l'impact de la première directive communautaire de 1968 sur les sociétés, interprétée par la Cour de justice des communautés européennes, Bull. Joly 1991, 123, §41; 190, §59.

SALEILLES Raymond

De la responsabilité précontractuelle, R.T.D.Civ. 1907, 697.

SAVATIER René

Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui, Structures matérielles et structures juridiques, Mélanges RIPERT, Tome 1, p.75.

Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats, R.T.D.Civ. 1934, 525.

SCHAPIRRA Jean

L'intérêt social et le fondement de la société anonyme, R.T.D.Com. 1976, 957.

SCHMIDT Dominique

De l'intérêt social, Droit bancaire, août 1995; J.C.P. 1995, I, n°488.

De l'intérêt commun des associés, J.C.P. 1994, I, 3793.

Exposé introductif, Colloque de l'Association droit et commerce, n°spécial, nov. 1991.

La sanction de la faute précontractuelle, R.T.D.Civ. 1974, 68.

SÉRIAUX Alain

Avant-propos à P. STOFFEL-MUNCK, Regards sur la théorie de l'imprévision, vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain, P.U.A.M. 1994.

SERRA Yves

Nullité et inopposabilité au regard de la réception de la directive 68-151 du Conseil des communautés européennes par la législation française des sociétés, D.1973, chron., 97.

SERLOOTEN Patrick

Société en formation : frontière avec la société en participation et la société créée de fait, Bull. Joly 1997, §50.

SIMON Denys

Jurisclasseur Europe, Fasc. 490, 1996

Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses, L'Europe et le Droit, 481.

Une étape décisive dans la protection des droits des justiciables communautaires : la responsabilité des États membres en cas de non-transposition des directives, J.C.P. Ed. E, 1992, I, n°123.

SIMON Denys et RIGAUX Alain

L'arrêt Marshall II et l'effet des directives. Une solution d'espèce comme une question de principe ? Rev. Europe, oct. 1993, 1.

SINAY Robert

Le droit nouveau de la constitution des sociétés commerciales et de leurs modifications statutaires,

La proposition de directive européenne en matière de sociétés commerciales et le projet de loi français, G.P. 1965, I, 38.

SOLLE Bruno

Le domaine de la loi de la majorité dans les groupements de droit privé, Colloque de l'Association droit et commerce, n°spécial, nov. 1991, p.41.

STORCK Michel

La réglementation des conventions de vote, Journal des agréés, 1991, 97.

TACCHINI-LAFOREST Valérie

Réflexions à propos de la perte de chances, Petites Affiches, 19 juillet 1999, p.7.

TANGUY Yann

L'institution dans l'oeuvre de Maurice Hauriou, Actualité d'une doctrine, R.D.P. 1991, n°1, 61.

TERRÉ François

Le rôle actuel de la maxime "Nul n'est censé ignorer la loi", Travaux et recherches de l'Institut de Droit comparé, Tome XXX, 1966, 91.

Fondements historiques et philosophie de la loi de la majorité, R.J.Com., Colloque de l'Association droit et commerce, n° spécial, nov. 1991, p.9.

Rapport introductif *in* "L'ordre public à la fin du XXe siècle", Coll. Thèmes et Commentaires, avec la coordination de Thierry REVET, *Dalloz* 1996, p.3.

TESTU Xavier

Le juge et le contrat d'adhésion, J.C.P. 1993, I, 3673.

TEYSSIÉ Bernard

Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat, D.1976, chron. XLVIII, 286.

THALLER Edmond

L'autorité de la chose jugée due aux décisions rendues dans le procès en nullité de sociétés ou de délibérations d'assemblée générale de sociétés par actions, Annales de droit commercial, 1903, p.308.

TRABUCCHI Alberto

L'effet "*erga omnes*" des décisions préjudicielles rendues par la Cour de justice des communautés européennes, R.T.D. Europ., 1974, 56.

VEAUX Daniel

Droit à réparation, rapports entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, 1991, Jurisclasseur civil, Fasc. 175, articles 1146 à 1155 du Code civil, Responsabilité civile, Jurisclasseur civil, Fasc.15.

Jurisclasseur civil, articles 1304 à 1314 du Code civil, Fasc. 4, n°5.

VIANDIER Alain

Jurisclasseur Sociétés, Théorie des bénéfices et des pertes, 1988, Fasc. 16; Société et indivision, 1980, Fasc. 23.

Observations sur les conventions de vote, J.C.P. 1986, 1, 3253.

Réforme du droit des sociétés commerciales, J.C.P. Ed. E, 1988, II, 15106.

VIDAL Dominique

La personnalité morale des sociétés entre réalité et fictivité, Rev. huissiers, 1993, 137.

VILLEY Michel

Essor et décadence du volontarisme juridique, Archives de philosophie du droit, le rôle de la volonté dans le droit, Sirey 1957, 87.

Les moyens du droit, 2ème éd.,1984

IV NOTES, OBSERVATIONS et CONCLUSIONS

ALFANDARI Elie et JEANTIN Michel

Chron. sous Civ.1ère 22 juillet 1986, R.T.D.Com. 1987, 70.

Chron. sous Civ.1ère 7 avril 1987, R.T.D.Com. 1987, 523, n°1.

Chron sous Civ. 1ère, 4 octobre 1988, R.T.D.Com. 1988, n°1, p.84.

AUBERT Jean-Luc

Note sous A.P. 15 novembre 1985, D.1986, 81.

Obs. sous Civ. 1ère, 14 mai 1991, D. 1991, somm. 320.

AUTESSERRE Jean

Note sous Com.19 janv. 1959, Rev. soc. 1959, 264.

Note sous Com. 10 juin 1960, Rev. soc.61, 34.

AYNÈS Laurent

Obs. sous Civ. 1ère 14 mai 1991, D.1987, somm. 449; Defrénois, 1987, 1176.

Somm. comm., sous Com. 4 avril 1995, D. 1995, 231.

BALENSI Ivan

Note sous Civ. 3ème, 8 janvier 1975, Rev. soc. 1976, 301.

Note sous Com. 10 juillet 1978, Rev. soc. 1979, 848.

BARBIERI Jean-François

Note sous Com. 15 juillet 1992, Bull. Joly 1992, p.1202.

BASTIAN Daniel

Note sous Com. 14 mars 1950, J.C.P. 1950, 2, 5694.

Note sous Com. 19 janvier 1959, J.C.P.1959, 2, 10966.

Obs. sous Civ. 4 juin 1946, J.C.P. 1947, II,3518.

BAUDOUIN Louis

Rapport général sur la notion d'ordre public et des bonnes moeurs en droit privé, Travaux de l'Association Capitant, Tome VII, 1956, p.723s.

BECQUÉ Emile

Note sous Req. 16 mars 1946, J.C.P. 1946, 2, 3125.

BERNARD Nicole

Note sous Com. 6 juillet 1970, J.C.P. 1971, II, 16724.

Obs. sous Chambéry, 22 nov. 1976, J.C.P. 1979,II, 19067.

BERTRAND Edmond

De l'ordre économique à l'ordre collectif, rapport *in* Travaux de l'Association Capitant, Dalloz 1948, Tome III, p.160s.; *in* Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Études dédiées à G. Ripert, T.1, L.G.D.J. Paris 1950, p.179s.

BERTREL Jean-Pierre

Note sous Com. 21 janvier 1997, Droit et patrimoine, avril 1997, p.76.

BLAISE Henry

Note sous Civ. 3ème, 1avril 1987, J.C.P.1987, II, 21028.
Obs. sous *Marleasing* SA, C.J.C.E. 13 novembre 1990, Rev. aff. europ. 1991, 87.
Note sous Soc. 17 avril 1991, J.C.P. 1991, Ed.E, II, 229.

BLAISSE Alain

Note sous Civ. 3ème, 1er avril 1987, J.C.P. 1988, II, 21028.

BONNEAU Thierry

Obs. sous Com. 16 juin 1992, Dr. soc. 1992, n°178.
note sous Paris, 30 novembre 1993, J.C.P. Ed. E, 1994, 575.
Obs. sous Com. 4 janv. 1994, Dr. soc., mars 1994, n°45.
Note sous Com. 13 fév. 1996, Dr. soc., 1996, n°93.
Note sous Civ. 3ème, 21 octobre 1998, Dr. soc., 1999,
Note sous Paris, 1er déc. 1992, Dr. soc. mars 1993.
Obs. sous Comm. sous C.A.Paris, 19 déc. 1995, Dr. soc., 1996, n°174.
Obs. sous C.A. Paris, 28 janv. 1999, Dr; soc. juin 1999, n°90, p.10-11.
Note sous Com. 9 fév. 1999, Dr. soc. mai 1999, n°67, p.9-10.
note sous Civ. 1ère 17 mars 1999, dr. soc., juin 1999, n°91, p.11.

BOULOC Bernard

Note sous Com. 27 janvier 1982, Rev. soc. 1982, 825.
Note sous Com. 20 oct. 1998, Dr. soc. janv. 1999, n°3.

BOUSQUET Jean-Claude

Note sous Com. 17 fév. 1975, D.1975, 466.
Note Com. 22 avril 1976, D.S. 1977, 4
Obs. sous Paris 22 mars 1977, J.C.P. 1978, II, 18923.
Note sous Com.28 nov.1978, D.1980, 316
Obs. sous Civ.1ère, 22 juillet 1986, D.1987, Somm.396.

BRILL Jean-Pierre

Note sous Com. 21 déc. 1987, D. 1989, 112.

BUREAU Dominique

Note sous Com. 21 janv. 1997, Rev. soc., 1997, 349.

CABANNES Jean

Concl. sous Ch. mixte 10 juillet 1981, D.1981, 637.

CALAIS-AULOY Jean

Note sous Paris 25 février 1972, D.1972, 255.
Note sous Com. 13 nov. 1981, D.1981, 541.
Note sous Civ. 1re 16 juillet 1987, D.1988, II,49

CAUSSE Hervé

Obs. sous Paris 2 nov. 1989, J.C.P. 1990, 15863.

CHABAS François

Note sous Civ.1ère 26 janv. 1983, D.1983, 749.

CHAMPAUD Claude

Obs. R.T.D.Com. 1967, 174.

Rapport sur les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit français, travaux de l'Association Capitant, tome XXI, D.1969, p.130.
Obs. sous Civ.1ère 29 oct.1990, R.T.D.Com.1991, 395, n°3.

CHAMPAUD Claude et LE FLOCH Paul

Obs. sous Com. 20 mai 1986, R.T.D.Com. 1987, 66, n°4.
Obs. sous Civ.1ère 7 avril 1987, R.T.D.Com. 1988, 66, n°5.
Obs. sous Paris 22 nov. 1988, R.T.D.Com.1989, 241.
Obs. sous C.J.C.E. 20 septembre 1988, *Ubbink Isolatie B.V. c/Dak-en Wandtechniek BV,* Aff. 136/87, R.T.D.Com. 1990, n°9, p.405.

CHAPUT Yves

Note sous *Marleasing* SA, C.J.C.E. 13 novembre 1990, Rev. soc. 1991, 532.

CHARTIER Yves

Note sous Soc. 7 juin 1974, Rev. soc. 1975, 91.
Note sous Com. 18 nov. 1974, Rev. soc. 1975, 273
Note sous Com. 24 février 1976, Rev. soc. 1977, 89.
Note sous Soc. 17 nov. 1976, J.C.P. 1977, 2, 18672.
Note sous Com. 19 janvier 1981, J.C.P. 1982, II, 19816.

COLLET Laurence

Note sous Com. 16 juin 1992, D.1993, 508.

COQUELET Marie-Laure

Note sous Com. 24 fév. 1998, Rev. soc., 1998, 546.

CORDONNIER Paul

Note sous 7 avril 1932, D.1933, 1,153.

COURET Alain

Note sous Toulouse, 1er mars 1993, Bull; joly 1993, §6, p.57.
Note sous Com. 24 mai 1994, D.1994, 503.
Note sous Com. 20 oct. 1998, J.C.P. Ed. E 1998, II, 2025.

CUISANCE Alain

Note sous Com. 21 avril 1992, Bull. Joly 1992, 666.

DAIGRE Jean-Jacques

Note sous Com. 21 janvier 1997, J.C.P.Ed. E 1997, II, 965.
Com. 4 mai 1981, D.1982, 482.

DALSACE André

Note sous T.G.I. Seine, 27 nov. 1962, D.1964,
Note sous Com. 18 avril 1961, S.1961, 257

DAUM Catherine

Rapport, R.J.D.Aff. déc. 1998, p.993.

DAVID Cyrille

Note sous Com. 7 mars 1984, arrêt *Le Joncour*, J.C.P. 1984, Ed. E, II, 14353.

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise

Note sous Com. 7 déc. 1981, Rev. soc.1982, 859.

DEJEAN DE LA BÂTIE

Note sous Civ. 2ème, 19 mai 1976, trois arrêts, J.C.P. 1978, II, 18773.

DIDIER Paul

Note sous Cass. com. 11 juillet 1988, Rev. soc. 1989, 53.
Note sous Com. 6 mai 1986, Rev. soc. 1987, 257
Com. 18 oct. 1994, Rev. soc., 1995, 44.

DIENER Pascal

Note sous 22 juin 1976, D.1977, 619.

DURRY Georges

Entretiens de Nanterre (15-16 mars 1991), la Cour de cassation et la Cour de Justice des communautés européenes: complémentarité et conflit?, J.C.P. Ed.E, 1991, suppl.n°5.
Obs. sous Com. 20 mars 1972, R.T.D.Civ. 1972, 719.
Note sous Civ. 4 fév. 1975, R.T.D.Civ. 1975, 537.
Note sous Rennes, 9 juillet 1975, R.T.D.Civ. 1976, 547.
Note sous Civ. 2ème, 19 mai 1976, R.T.D.Civ. 1977.
Note sous Civ. 2ème, 14 déc. 1982, R.T.D.Civ. 1984, 316.

GAURY Charles

Note sous Civ. 1ère 4 fév. 1975, D.1975, 405.

GERMAIN Michel

Note sous Civ.1ère 7 avril 1987, J.C.P. Ed; E, 1988, II, 15133; J.C.P. 1988, II, 21006.

GERMAIN Michel et FRISON-ROCHE Marie-Anne

Obs. sous Com. 15 juillet 1992, Rev. dr. banc. 1992, p.248.

GHESTIN Jacques

Note sous Com. 10 déc. 1973, D.1975, 122.
Note sous Civ. 1ère, 14 mai 1991, D.1991, II, 449.
Note sous Com. 27 fév. 1996, J.C.P. 1996, II, 22665.

GIBIRILA Deen

Note sous Com. 21 avril 1992, Les Petites Affiches 5 février 1993.
Note sous Com. 27 janv. 1998, D.1998, II, 605.

GOURLAY Gilles

Note sous Paris, 22 mars 1977, D.1978, II, 157.

GUILBERTEAU Monique

Note sous Com. 7 mai 1974, Rev. soc. 1974, 534.
Note sous Chambéry, 22 nov. 1976, Rev. soc. 1977, 259.

GUYON Yves

Note sous Com. 29 mai 1972, J.C.P. 1973, II, 17337.
Note sous T.C. Bruxelles, 13 déc. 1984, Rev. soc. 1985, 115.
Note sous Com. 24 fév. 1987, Rev. soc. 1988, 284.
Note sous Com. 26 janvier 1970, J.C.P. 1970, II, 16385.
Note sous Com. 6 juillet 1983, Rev. soc. 1984, 77.
Note sous Soc. 21 juillet 1986, R.T.D.Com.1987,43.
Note sous Com. 3 juin 1986, Rev. soc. 1986, 585.
Note sous Com. 11 juillet 1988, Bull. Joly, 1988, 673.

Note sous Com. 24 octobre 1989, J.C.P. 1990, II, 15708.
Note sous Com. 27 mars 1990, J.C.P. 1990, II, 21537.
Note sous Com. 27 janv. 1998, J.C.P. 1998, Ed. E, 1998, 1258.
Note sous Civ. 3ème., 21 octobre 1998, J.C.P. Ed.E, 1999, 86.
Note sous Com. 9 fév. 1999, J.C.P. Ed. E, 1999, 724.

HONORAT Jean

Note sous Com. 16 déc. 1975, Rev. soc. 1976, 502.
Obs. sous Versailles, 21 mai 1985, Répertoire du notariat, 1986, art. 33713, 607.
note sous Com. 24 fév.1987, D.1987, 599.
Art. sous Com. 2 juillet 1985, Defrénois 1986, 600.
Note sous Civ. 3ème 22 février 1986, Defrénois 1987, 616.
Note sous Com. 17 janv. 1989, Rép. Defrénois, 1989, art.34612, p.1268.
Obs. sous Com. 11 juillet 1988, Rép. Defrénois 1989, art. 34518.

HOUIN Roger

Avant-propos dans "Études sur le projet français de réforme des sociétés commerciales, projet de loi n°1003 du 18 juin 1964, Travaux de l'Association internationale du droit commercial et du droit des affaires, Ed.Sirey, 1965, p.VI.
Obs. sous Paris, 26 mars 1966, R.T.D.Com. 1966, 349.
Obs. sous Rennes, 23 fév; 1968, R.T.D.Com. 1970, 738.
Obs. sous 7 juin 1974, R.T.D.Com. 1975, 117.
Obs. sous Com. 17 juin 1974, R.T.D.Com. 1975, 534.
Obs. sous Soc. 7 et 21 nov. 1974, R.T.D.Com; 1975, 543.

HOUPIN Charles et BOSVIEUX Henry

Note sous T.C. Lille, 3 déc. 1923, Journal des sociétés, 1926, 217.

HOVASSE Henri

Obs. sous Com. 24 mai 1994, Defrénois, 1994, art. 35881, n°1, p.1015.

HUET Jérôme

Obs. sous A.P. 15 novembre 1985, R.T.D.Civ. 1986, 128, n°7.

JEANTIN Michel

Note sous Com. 13 déc. 1976, D.S. 1977, 375.
Note sous Com. 7 mars 1984, arrêt *Le Joncour*, Rev. soc. 1984, 804.
Note sous Paris 1ère ch. A, 26 avril 1990, Bull. Joly 1990, 537.
J.C.P. 1991, Ed.E 122
Note sous T.C. Paris, 16 mars 1992, Bull; joly 1992, 527, §172.

KÜLLMANN Jérôme

Note sous Civ.1ère 14 mai 1991, R.G.A.T. 1991, 623.

LAGARDE Gaston
Note sous Civ. 26 novembre 1930, 2ème ésp., S.1931, 1, 305.
LARROUMET Christian
Note sous Civ. 4 fév. 1975, J.C.P. 1975, II, 18100.
LE CANNU Paul
Act. comm. Joly 1990,
Note sous Com. 2 juillet 1985, Rev. soc. 1986, 231
Note sous Civ.1ère, 22 juillet 1986, Bull.Joly, 1986, 859, §258.
Note sous Com. 19 avril 1988, Bull. Joly 1988, 485.
Note sous Com. 22 juin 1988, Bull. Joly, 1988, 771.
Note sous Cass. com. 11 juillet 1988, Bull. Joly 1988, 666.
Note sous Civ. 1ère 7 avril 1987, Bull; Joly, 1987, 278.
Note sous Com. 10 janvier 1989, Bull. Joly, 1992, 779, §250.
Note sous Com. 17 janvier 1989, Bull. Joly 1989, 247.
Note sous Paris 1ère ch. A, 26 avril 1990, Rev. soc. 1990, 425.
Note sous Com. 27 avril 1990, Bull. Joly 1990, §138, 530.
Note sous Com. 6 juin 1990, Bull. Joly 1990, §233, 782.
Note sous Civ.1ère 29 oct.1990, Bull.Joly 1990, 1052, §343.
Note sous Com. 26 janvier 1992, Bull. Joly 1992, §133, 419.
Note sous Com. 16 juin 1992, Bull. Joly 1992, 875-960.
Note sous Com. 15 juillet 1992, Rev. soc. 1992, 757.
Note sous Com. 24 nov. 1992, Bull. Joly 1993, 224.
Note Civ.1ère, 16 déc. 1992, Bull.Joly 1993, 319.
Note sous Versailles, 8 juillet 1993, Bull. Joly 1993, 1024.
Obs. sous Com. 4 janv. 1994, Defrénois 1994, 35786, n°2.
Note sous Com. 24 mai 1994, Bull. Joly, 1994, §214, 797.
Obs. sous Com. 18 oct. 1994, Bull. Joly 1995, 157, §40.
Note sous Com. 24 janv. 1995, Bull. Joly 1995, §101, p.321.
Note sous Com. 16 mai 1995, Bull. Joly 1995, 757, §260.
Com. 24 janv. 1995, Bull. Joly, §101, p.321; §303, p.99.
Note sous 4 juillet 1995, Rev. soc. 1995, 504.
Note sous Com. 13 fév. 1996, Bull. Joly, 1996, 404, §143.
Note sous Com. 21 janv. 1997, Bull. Joly, 1997, 314.
Note sous Com. 27 janv. 1998, Bull. Joly, 1998, 535.
Note sous Civ. 3ème, 21 oct. 1998, R.J.D.Aff. déc. 1998, 987.
LECÈNE-MARÉNAUD Marianne
Note sous Com. 4 janv. 1994, Rev. soc., 1994, 278.
LE NABASQUE Henri
Note sous Com. 24 nov.1992, Dr.soc. 1993, n°11.
Note sous Com. 24 mai 1994, Dr. soc. 1994, n°141.
Note sous Com. 18 oct. 1994, Dr. soc. 1994, n°205.

LEVEL Patrice

Note sous *Marleasing* SA, C.J.C.E. 13 novembre 1990, J.C.P. Ed. G. 1991, II, 21658 ou J.C.P. Ed. E 1991, II, 156.

LEVENEUR Laurent

Obs. sous Com. 4 avril 1995, Contrats, conc. consomm., 6/95, n°105.

Obs. sous Cass. 22 oct. 1996, Contrats, conc. consomm., fév. 1997, n°24.

LOUSSOUARN Yves

Com. 2 juillet 1985, D.S. 1986, 351.

LUBY Monique

Act. comm. Joly, 1995, 31.

LUCAS de LEYSSAC Claude

Note sous Com. 24 février 1976, J.C.P. 1976, II, 18506.

Note sous Aix-en-Provence, 10 avril 1974, J.C.P. 1976, II, 18274.

MALINVAUD Philippe

Note sous Com. 10 déc. 1973, J.C.P. 1975, II, 17950.

Note sous Com. 4 juillet 1995, Quot. jurid., 27 juillet 1995.

MASSIP Jean

Note sous Civ.1ère, 21 juillet 1987, D.1988, 225.

MAYEL Michel et PINON René

Note sous Civ. 1ère, 9 déc. 1986, 2 arrêts, G.P. 1987, 1, 187.

MAYER Danièle

Note sous Civ.2ème , 19 mai 1976, trois arrêts, D. 1976, 629.

MESTRE Jacques

Obs. sous Com. 20 mai 1986, R.T.D.Civ. 1987, 744, n°3.

Obs. sous Civ. 1ère , 9 déc. 1986, 2arrêts, R.T.D.Civ. 1987, 763.

Obs. sous Civ. 3ème , 1er avril 1987, R.T.D.Civ. 1988, 736.

Com. 28 avril 1987, R.T.D.Civ. 1987

Note sous Com. 2 juin 1987, Rev. soc. 1988, 223.

Comm. sous Civ.1ère 21 juillet 1987, R.T.D.Civ. 1988, 134.

Obs. sous Civ.1ère 14 mai 1991, R.T.D.Civ. 1991, 527.

MORETTI Pierre

Note sous Cass. com. 11 juillet 1988, Les Petites Affiches, 12 décembre 1988, p.3 et 30 janvier 1989, p.9.

Les Petites affiches, 28 décembre 1987, p.7.

chron. sous Com. 19 avril 1988, Les Petites affiches n°53 du 2 mai 1988, p.4.

Note sous Com. 3 novembre 1988, Les Petites Affiches, 12 déc. 1988, p.3.

MOULY Christian

Note sous Montpellier, 7 janvier 1980, Rev. soc., 1980, 737.

Note sous Ch. mixte 10 juillet 1981, Rev. soc. 1982, 84.

NÉVOT Michel

Note sous Soc. 23 janv. 1990, J.C.P. 1990, II, 21529.

OPPETIT Bruno

Note sous Com. 24 fév. 1975, Rev. soc. 1976, 92.

PARIENTE Maggy

Note sous Com. 20 nov. 1990, Rev. soc. 1991, 521.

PASQUALINI François et PASQUALINI-SALERNO Valeria

Note sous Com. 26 nov. 1996, Rev. soc. 1997, 357.

PHILIPPE Catherine

Note sous Com. 4 mai 1981 Rev. soc. 277

PIC Paul

Note sous Paris, 9 déc. 1932, D.P. 1934, II, 19.
Note sous Orléans, 18 juillet 1928, D.P. 1929, 2, 65.

PIQUET Sabine

Note sous Com. 4 avril 1995, D. 1996, 141.

POULAIN Guy,

Note sous Com. 19 janv. 1970, D.1970, 479.

PRIETO Catherine

Note sous Com. 7 juin 1994, Bull. Joly 1994
Article sous Com. 20 mai 1986, aff. Bowater, in CHARTIER et MESTRE, Les sociétés, P.U.F; Paris, Les grandes décisions de la jurisprudence, sociétés commerciales, 1988, p.443.

PUIGELIER Catherine

Note sous Soc. 25 juin 1996, D.1997, 341.

PUTMAN Emmanuel

Note sous Com. 7 déc. 1993, J.C.P. 1994, II, 22285.

RANDOUX Dominique

Note sous Com. 17 juin 1974, Rev. soc. 1977, 84.
Com. 20 mai 1986, Rev.soc.1986, 587.
Civ. 1ère 7 avril 1987, Rev. soc., 1987, 395.

RAYNAUD Paul

Note sous T.C. Seine, 19 juin 1957, D.1958, 67.

REIGNÉ Philippe

Note sous Cass. com. 11 juillet 1988, Rev. fr. compt., janv.1989, 71.
Note sous Com. 24 nov. 1992, R.F.cmpt., fév. 1993, n°242, p.38.

REINHARD Yves

Obs. sous Com. 2 juin 1987, R.T.D.Com. 1988, p.72.
Obs. sous Com. 24 avril 1990, R.T.D.Com. 1990, 416.
Obs. R.T.D.Com. 1989, 80.
Note sous grenoble, 31 mai 1983, J.C.P. 1984, II, 20177
Note sous Lyon, 10 novembre 1983, D.1984, II, 124.
Obs. sous Com. 20 mai 1986, R.T.D.Com. 205, n°3.
Obs. sous Civ. 23 juin 1987, R.T.D.Com.1988, 72.
Chron. sous Com. 9 novembre 1987, R.T.D.Com. 1988, 456.

Chron. sous Com. 8 déc. 1998, R.T.D.Com. 1999, 445.
Note sous Com. 24 mai 1994, Rev. soc. 1994, 708.

RENARD Claude et VIEUJEAN E.

Rapport sur la nullité, l'inexistence et l'annulabilité en droit civil belge, Travaux de l'Association Capitant, Tome XIV, Paris 1965, p.521.

RICHARD Jacques

Obs. sous Paris, 3 juin 1981, Dr. soc. 1981, n°163, p.2.

RIEG Alfred

Note sous T.G.I. Seine, 27 novembre 1962, J.C.P. 1963, II, 13305.

ROBERT Jacques,

Com. 6 oct. 1953, S.1954, 149.

ROUSSEAU

Note sous 7 avril 1932, S.1933, 1,177.
Note sous Req. 5 juillet 1933, S.1935, I, 89.
Note sous Req. 4 juillet 1934, S.1934, I, ,339.

SAINTOURENS Bernard

Note sous *Marleasing SA*, C.J.C.E. 13 novembre 1990, Bull. Joly 1991,123, §41; 190, §59.
Note sous Paris, 1er déc. 1992, Bull. Joly, 1993, 323.
Note sous Com. 21 janvier 1997, Rev. soc. 1997, 527.
Note sous Com. 27 janv. 1998, Rev. soc. 1998, 767.
Note sous Com. 20 oct. 1998, Rev. soc. 1999, 111.

SAVATIER Jean

Note sous Com. 17 fév. 1975, J.C.P. 1975, II, 18105.

SCHMELK

Concl. sous A.P. 14 janvier 1977, D.1977, 89.

SCHMIDT Dominique

Note sous Com. 19 décembre 1983, Rev. soc. 1985, 105.
Note sous Paris, 25 janv. 1972, Rev. soc. 1972, 688.
Note sous Com. 22 avril 1976, Rev. soc. 1976, 479.
Note sous T.G.I. Brest, 5 nov. 1974, D.1975, II, 295.
Note sous Rennes, 9 juillet 1975, D.1976, II, 417.

SÉRIAUX Alain

Note sous Cass. 22 octobre 1996, D.1997, II, 121.

SIMLER Philippe

Obs. sous J.C.P. 1995, 3851.

SORTAIS Jean-Pierre

Note sous Com. 25 janvier 1983, Rev. soc., 1984, 51.

TARDIEU-GUIGUES E. et SORDINO M.C.

Note sous Com. 4 avril 1995, J.C.P. Ed. 1996, II, 792.

TERRÉ François

Note sous Com.17 fév. 1975, Rev.soc. 1975, 269.

TEYSSIÉ Bernard et VIANDIER Alain

Note sous Paris, 10 juin 1986, J.C.P. Ed. e, II, 14781.

VELARDOCCHIO Dominique

Note sous Civ. 3ème, 9 oct. 1996, R.J.Com. 1998, p.16.

VIANDIER Alain

Note sous Com. 2 juillet 1985, J.C.P. 1985, II, 20518.

VIANDIER Alain et Jean-Jacques CAUSSAIN

Obs. sous Paris 20 mars 1986, J.C.P. 1986, Ed. E, I, 15846.
Obs. sous Com. 20 mai 1986, J.C.P. Ed. E, 1986, II, 15846, n°1.
Obs. sous Civ.1ère 22 juillet 1986, J.C.P. 1987, Ed.E, II, 16644, n°1.
Note sous Com. 10 janvier 1989, J.C.P. Ed. E, 1989, II, 15492.
Obs. sous Com. 26 janvier 1992, J.C.P. 1992, I, 258.
Obs. sous Com. 15 juillet 1992, J.C.P. Ed. E, 1992, 172, n°11.
Chron. sous Com. 8 déc. 1998, J.C.P. Ed. E 1999, 668.
Obs. sous Soc. 14 janv. 1999, J.C.P. Ed. 1999, 1240.
Chron. 26 janv. 1999, J.C.P. Ed. E, 1239.
Chron. sous 26 avril 1999, J.C.P. Ed. E, 1237 et 1245.

VIDAL Dominique

Obs. sous Com. 27 juin 1995, Dr. soc. 1995, n°220.
Obs. sous Paris, 13 fév. 1996, Dr. soc. 1996, n°144.
Obs. sous Com. 27 janv. 1998, Dr. soc. 1998, p.13.

VINEY Geneviève

Note sous A.P. 15 novembre 1985, J.C.P. 1986, II, 20568.

VOIRIN Pierre

Note sous T.C. Senlis, 26 juin 1946, D.1948, 76.

INDEX THÉMATIQUE

Les chiffres indiqués renvoient à la pagination

A

Abus de

droit 15,73,85,162,224,263,285,*294s*., 354.

majorité 73,78,115,*298*,300,355,458,517.

pouvoir 298, *304s*.

Action de concert 59,420,441.

Action individuelle 118,121.

Action sociale *120s*., 166, 223, 355, 417,*445s*., 503.

Affectio societatis 9, 29, 77, 173, 241, 262, *291s*, 303, 320s., 374, 412, 431, 469, 511.

Agrément 8, 71, 420.

Annulabilité 22, 35, 48, *82s*., 104s.,*134s*., 168, 201, 253, 314s., 329s., 358, 490.

Apparence 22, 78s., 149, 209, 243s., 312, 259, 361, *376s*., 427.

Appel public à l'épargne (société avec), 7, 37, 207, 219s., 251.

Apports 60, 85, 144, 252, 292, 353s., 483, 500, 513.

Autorité absolue (du jugement), *341s*.

B

Boni de liquidation, *385s*.

C

Cascade (nullité en), 50s., 72, 135, 316, 331, 450.

Clause léonine, 191, *431s*.

Clause réputée non écrite, 33, 38, 134, 171, 254s., 291, 298, 335, *398s*.

Clause statutaire (violation d'une) , 47, 72, 269, 285, 306, 370, 406, 427.

Commissaire aux comptes, 26, 55, 116, 176.

Contentieux objectif et subjectif, *342s*.

Contrôle de constitution des sociétés, 24, 28, 277, 519.

Convention de vote, 56, 242, 269, 517.
Convention interdite, 142, 170, 268, 306.
Convention règlementée, 142, 154, 268.
Convocation, 55, 73, *117s.*, 280, 315, 321.
Corporate governance, 517.
Cumul avec un contrat de travail, 50, 133, 141.

D

Délai préfix,*155s.*, 288, 341, 352.
Détournement de pouvoirs 53, 61, 74, 262, *298s.*, 304s., 458.
Directive, 23s., *82s.*, 107, 134, *148s.*, 194, 230, 246s., 352, 480, 514s.
Dissimulation 80, 504.
Dissolution, 22, 198, 328, *372s.*, 508s.
Dol, 73, 193, *272s.*, 369, 389, 429, 501s.
Droit
collectif, 119, 129.
d'agir en nullité, *119s.*, 153, 164, 169, 170s.
d'associé, 166, 328.
de critique, 110s., 139s., 160, 274, 341, 365, 377, 453, 503.
préférentiel de souscription 118.
de vote 31, 58, 69, 117, 242, 279, *323s.*, 416.
subjectif 118, 145, 160, 222s., 283, 300, 519.
Durée, 15, 157, 176, *285s*, 317, 329s, 387s., 475, 497.

E

Egalité entre associés 303s.
Entreprise 13, *181s*, 242, 253, 267, 283, 515.
Epoux (société entre) 291.
Equité 333, *369s.*, 419, 462, 468s..
Erreur 48, 73, 143, 193, 247, 272, 377, 429, 465, 501, 511.
Exception de nullité 150, *161s.*, 450.
Excès de pouvoir 224, 263, *301s.*, 343.
Exclusion (d'un associé) 16, 147, 152, 240, 437.

F

Faute 54, 85, 308, 387, 426, 432, *454s.*
Feuille de présence 55, 64, 316, 514.
Fiction 11s,80s., 187s., 295s., 360, 381, *392s*., 443s.
Fictive (société) 79, 220, 247, 295, 358.
Fin de non-recevoir 140, 167, 340.
Fondateur 8, 14, 24s, 76, 131, 164, 201, 249, 265, 338, 456, 483s.
Fraude 29, 53, 72s., 171, 280s., 309.
Fusion 46, 79, 154, 280, 396.

G

Grief 91, 117, 131, 261, 314s., 496, 519.

I

Immatriculation 4, 6, 24, 75, 85, 169, 185s., 388, 456, 491.
Incapacité 29, 40s., 75s., *107s.*, 131, 272, 310, *353s*, 417, 470s., 504s.
Indivisibilité (principe d') 31, 215s., 420.
Inexistence 33, 53, 75s., 106, 134, 150, 178s., 207, *222s*., 247s., 274, 294, 364s., 408s.
Information 55, 63, 172, 253, 317, 325, 393, 416, 468.
Inopposabilité 28, 38, 121, 142, 254, 307, 353.
Intérêt
- à agir *108s.*
- collectif 68, 109, 135, 153s, 181, 228s., 261s, 297s, 323s, 382, 417, 515.
- commun 9, 122s., 214, 293s., 325, 470, 516.
- social 20, 37, 127, 181, 254, 275s., 413, 469, 515.

J

Juge communautaire 83.
Jugement
- constitutif 342.
- déclaratif 342.

L

Liquidation 15, 165, 199, 217, 239, 352, 382s., 459, 519.

M

Marini (projet de réforme) 68, 71, 516s.
Marleasing (arrêt CJCE) 86, 95.
Ministère public (droit d'agir du) 26, 112s., 396.

N

Nullité :
absolue 38, 85, *105s.*, 176, 309, 366s, 430s.
facultative 136, 289, 316.
impérative 316.
relative 53,*104s*., 111s., 126, 310, 430.

O

Objet social, 19, 28, 84s., 115, 133s, *147s*., 166s., 228, 251, 277, 306, 367, 417, 424, 452.
Opposabilité *341s*., 388.
Ordre public
collectif 306s, 322s., 415s, 444s.
de protection 125s., 152, 177, 329, 370, 381s., 403.
sociétaire 36s, 59, 70, 109s, 125s, 141s., 165, 184, 241, 265s, 333s., 432.

P

Pactes d'actionnaires 56s., 268s.
Prescription 23, 62, 105, 117, *152s*, *284s*, *331s*., 367, 444s., 520.
Principes généraux du droit des sociétés 60.
Procès-verbal 124.
Proportionnalité de la sanction 382.

Q

Question préjudicielle, 89, 248.
Quorum, 46, 55, 152, 316, 433.

R

Réalité , 13, 18, 79, *184s*, *214s*., 227s, 267, 281, 332, 361s, 374s, 394s, 420, 448, 510.
Règlement intérieur 70.
Régularisation 23, 53, 75, *137s*, 196s., 239, 253, 272, 322, 340, 367s., 456s.
Renonciation, 129, 138s., 163s., 178, 196, 438.
Résiliation 22, 469.
Résolution 12, 19, 22, 60, 73, 93, 315s, 333s, 419.
Responsabilité
civile 51, 71, 124, 288, 401, *457s.*, 513.
du fait de l'annulation 404, *452s.*
du fait de l'annulabilité *493s*.
pénale 26s., 387, 493, 312, 509.
Rétroactivité (principe de non-) 21s., 34, 88, 113, 172, 205, 239s., *355s*.

S

Sécurité juridique, 21, 34, 93s.,122s., 151s., 172s., 245s., 287s., 315s., 405, 431, 448s., 518.
Seuil, 63, 72, 117, 294, 439.
Simulation 79s, 149s, 171, 470.
Société par actions simplifiée 5, 19, 72.
Solidarité 59, 315, 372s., 482s., 502.

T

Transformation des sociétés 46, 75.

V

Vices du consentement 29s, 46, 84, 107s., 271s, 326, 348, 428s., 470, 494.
Violence173, 193, 271, 369, 389, 429, 451, 501.
Vote efficace (théorie du) 253, 318.

TABLE DES MATIÈRES

PLAN SOMMAIRE ..... ……9

INTRODUCTION GÉNÉRALE..... 11

PREMIÈRE PARTIE : LES CAUSES DE NULLITÉ EN DROIT DES SOCIÉTÉS..... 43

TITRE 1 : REJET DES CLASSIFICATIONS TRADITIONNELLES 49

CHAPITRE 1 : NULLITÉS TEXTUELLES ET NULLITÉS VIRTUELLES.....51

SECTION 1 : Causes de nullités expresses et virtuelles en droit des sociétés 51

Sous-section 1 : Nullités et vices de fonctionnement 53

§1 Nullités textuelles et vices de fonctionnement..... 53

A. La nullité des actes modifiant les statuts 53

1. Régime des nullités des actes modifiant les statuts 53

2. Critique de l'identité de régime 55

B. Cas d'annulabilité exceptionnellement prévus par le législateur en cours de vie sociale 57

1. Nullités expresses et contenu des décisions collectives 58

2. Nullités expresses pour défaut de procédure régulière dans les décisions collectives.....59

§2 Nullités virtuelles et vices de fonctionnement 63

A. Les actes irréguliers conclus dans les assemblées délibérantes 63

1. Notions d'acte et de délibération conclus par les organes de la société 64

2. Critique du critère organique.....65

B. La violation d'une disposition impérative 68
1. Notion de disposition impérative 69
2. Sources des dispositions impératives sanctionnables par la nullité 72
a. Textes extérieurs à la loi du 24 juillet 1966 et au Titre IX du Livre III du Code civil 72
b. Causes extérieures à la loi du 24 juillet 1966 et au Titre IX du Livre III du Code civil 76
Sous-section 2 : Nullités et vices de constitution 81
§1 Nullités textuelles et vices de constitution 81
A. Cas de nullité résultant des dispositions expresses de la loi du 24 juillet 1966 81
B. Causes de nullité résultant des dispositions qui régissent la nullité des contrats 82
1. Règles générales de validité des contrats 83
2. Règles spéciales de validité du contrat de société 83
§2 Nullités virtuelles et vices de constitution 84
A. Entre la nullité expresse et la nullité virtuelle 84
B. Nullités pour vices de constitution, purement virtuelles 85
SECTION 2 : Cas d'annulabilité 88
§1 Divergences dans l'énoncé des causes de nullité entre l'article 11 de la directive 90
A. Causes de nullité prévues ou exclues dans la loi du 24 juillet 1966 90
1. Transposition fidèle de la directive 90
2. Énoncé des causes de nullité dans la directive dont l'ordonnance du 20 décembre 1969 ne fait pas mention. 91
B. Causes maintenues dans le droit interne français malgré le texte de la directive 91
§2 L'applicabilité des directives communautaires 93
1. Conditions du renvoi préjudiciel 93
2. Portée du renvoi préjudiciel 94
A. La théorie de l'effet direct des directives 96
a. Principe de l'effet direct des directives 96
b. Limites à l'effet direct des directives 98
B. Théorie de l'interprétation conforme des directives 101
CHAPITRE 2 : NULLITÉS ABSOLUES ET NULLITÉS RELATIVES 111

SECTION 1 : Les titulaires de l'action en nullité 116

§1 Notion d'intérêt à agir 117

A. Nullité absolue 118

1. Intérêt à agir et nature de la nullité 118

a. Intérêt à agir et nullité absolue 118

b. Intérêt à agir et nullité relative 120

2. Intérêt légitime et nullités en droit des sociétés 123

B. L'intérêt à agir 127

1. Nullités en matière d'ordres publics de direction et de protection 128

2. Intérêts concurrents, sécurité juridique 129

§2 Notion d'ordre public sociétaire 131

A. Ordre public de protection collective 132

1. Entre la nullité relative généralisée et la nullité d'intérêt privé général 132

2. Spécificité des nullités en droit des sociétés 134

B. Dépassement de la distinction entre nullités absolues et nullités relatives 137

1. Nullités hybrides 138

2. L'annulabilité en droit des sociétés 139

SECTION 2 : Les modes d'extinction des nullités en droit des sociétés 142

§1 La régularisation 143

A. Distinction entre la confirmation et la régularisation 143

1. Rôle de la volonté dans la confirmation et la régularisation 144

2. Champs d'application de la confirmation et de la régularisation 145

a. Champ d'application restreint de la confirmation 145

b. Champ d'application de la régularisation 150

B. Obstacles à la régularisation ou à la confirmation 152

1. Validation de sociétés atteintes de nullité absolue 152

2. Validation des actes et délibérations atteints de nullité absolue 156

§2 La prescription 158

A. Nature du délai édicté par les articles 1844-14 du Code civil, 105 et 367 de la loi du 24 juillet 1966. 160

1. Prescription de l'action en nullité en droit des sociétés 160

a. Rejet de la thèse du délai préfix 161

b. Fondement de la prescription extinctive de l'action en nullité : la possession d'un droit 164

2. Régime de la prescription de l'action en nullité 173

a. Point de départ, causes de suspension et d'interruption du délai de prescription extinctive de l'action en nullité 173
b. L'exception de nullité en droit des sociétés 178

B. Unité de la prescription extinctive de l'action en nullité en droit des sociétés 180

1. Application de la distinction des nullités absolues et relatives à la prescription de l'action en nullité. 181

2. La prescription de droit commun de l'action en nullité en matière de sociétés. 182

TITRE 2 : NOUVEAUX CRITÈRES DE CLASSIFICATION 185

CHAPITRE 1 : LE DOMAINE DES NULLITÉS 189

SECTION 1 : Fondement légal de la personnalité morale et multiplicité des régimes des nullités en droit des sociétés 191

§ 1 Rôle de l'immatriculation 195

A. Immatriculation-régularisation 195

B. Immatriculation-sanction 199

§ 2 Influence de la forme sociale 203

A. Fondements 203

1. Fondement légal récent 203

2. Fondement contractuel spécifique 203

B. Choix de la structure sociétaire 204

1. Intérêt de la distinction entre le contrat social et les statuts 205

a. Négation de la spécificité des nullités de sociétés non immatriculées 205

b. Reconnaissance d'un régime dérogatoire des nullités des sociétés dès la signature du contrat de société. 206

2. Critiques de la distinction 207

a. Distinction limitée dans le temps 207

b. Confusion entre le moment de détermination de la forme sociale et la date légale d'acquisition de la personnalité morale 207

SECTION 2 : Fondement naturel de la personnalité morale et unité des régimes des nullités en droit des sociétés 213

§1 Théories sur la nature juridique de la personnalité morale 214

A. Thèse de la personnalité morale -fiction 214

1. Caractère non obligatoire de la personnalité morale 214

2. Limites de la théorie de la personnalité morale-fiction pour expliquer le fondement des nullités en droit des sociétés. 218

a. Application de la thèse de la fiction aux nullités de sociétés 219
b. Thèse de la fiction et nullités causées par des vices de fonctionnement 221
B. Thèse de la réalité de la personne morale 226
1. Fondement naturel de la personnalité morale 226
a. La personnalité morale : une notion abstraite mais non fictive 226
b. Critères objectifs de définition de la personnalité morale 227
2. Reconnaissance de la personnalité morale réelle par le droit objectif 229
§2 Fondement spécifique des nullités en droit des sociétés 236
A. Influence respective de la société et de la personnalité morale sur la sanction de nullité 237
1. La définition de la société, fondement du système des nullités en droit des sociétés 237
a. Dérogations apportées à la sanction de nullité dès la constitution de toute société 238
b. La société entendue au sens d'acte collectif, cause d'un régime primaire dérogatoire des nullités. 241
2. La personnalité morale, critère de distinction entre deux régimes dérogatoires des nullités pour les sociétés commerciales. 243
a. Refus de l'immatriculation comme criterium de détermination du régime des nullités applicable en droit des sociétés 244
b. Fondement naturel de la personnalité morale et compatibilité avec le droit communautaire 246
B. Unité des régimes dérogatoires des nullités en droit des sociétés. 250
1. Homogénéité du système des nullités en droit des sociétés dans un objectif de protection double 252
a. Protection des associés et obstacles juridiques au prononcé de la nullité 252
b. Protection des tiers et sanctions de substitution à la nullité 253
2. Homogénéité de la sanction de nullité quant au fond 256
a. Régime primaire des nullités en droit des sociétés : copie du système des nullités des sociétés commerciales dotées de la personnalité morale 256
b. Régime primaire des nullités en droit des sociétés et régimes spéciaux : dérogations liées à la forme sociale 256

CHAPITRE 2 : L'ANNULABILITÉ 261

SECTION 1 : Nullités de fond irréductibles en matière d'actes collectifs de société 264

§1 Dérogations apportées à la théorie contractuelle 266
A. Inadéquation des nullités de droit commun 267

1. Théorie contractuelle exclusive de la notion de collectivité 267
2. Les incapacités et les vices du consentement face à l'intérêt collectif 270
B. Hypothèses de nullités irréductibles en matière d'actes collectifs 276
1. Théories objectivistes et subjectivistes à l'épreuve de l'acte collectif 277
a. Notions subjective et objective de la cause et de l'objet 277
b. L'impératif collectif 282
2. Nullités d'essence collective 285
a. La durée 286
b. Nullité facultative 288
§2 Nullités spécifiques aux actes collectifs de société 289
A. L'*affectio societatis* 290
1. *Affectio societatis* et termes voisins 290
2. *Affectio societatis* dans l'acte collectif 292
B. La loi de la majorité 294
1. Fondement de la loi de la majorité 295
a. Exclusion de la fiction contractuelle 295
b. Notion de prérogative finalisée 298
2. La nullité pour contrariété à l'intérêt social dans l'usage d'un pouvoir 300
a. Sanction de l'abus de majorité 301
b. Sanction de l'excès, du défaut et du détournement de pouvoirs 304
SECTION 2 : Nullités de forme inhérentes aux actes collectifs de société 310
§1 L'ordre public de protection collective, critère des nullités de forme 313
A. Aspect collectif interne des nullités de procédure 313
B. Aspect collectif externe des nullités de forme 316
§2 Démonstration d'un grief pour obtenir l'annulation des actes collectifs en cours de vie sociale 317
A. Critère des nullités de forme en dehors du droit des sociétés 318
B. *Affectio societatis*, mode de détermination des nullités pour vices de forme 320

DEUXIÈME PARTIE : LES EFFETS DE LA NULLITÉ 329

TITRE 1 : L'ÉTENDUE DE LA NULLITÉ DANS LE TEMPS 335

CHAPITRE 1 : PORTÉE DU JUGEMENT D'ANNULATION 339

SECTION 1 : Jugement constitutif 340

§1 Distinction entre jugement constitutif et jugement déclaratif 340

A. Comparaison avec la distinction du contentieux objectif et subjectif en matière de droit public 341

B. Étude critique de l'opposition entre jugement constitutif et jugement déclaratif 342

§2 Annulabilité et jugement constitutif 345

SECTION 2 : Jugement collectif 348

§1 Distinction entre l'autorité absolue 349

§2 Distinction entre autorité absolue et effet collectif 352

CHAPITRE 2 : PRINCIPE DE NON-RÉTROACTIVITÉ..... 355

SECTION 1 : Rejet du principe de rétroactivité 361

§1 Rétroactivité-fiction 362

A. Fiction contre le donné, la durée et la sécurité juridique 362

B. La rétroactivité, une survivance du concept d'inexistence 364

§2 Rétroactivité-sanction 366

A. La *restitutio in integrum* 366

B. Une sanction renforcée 368

SECTION 2 : La nullité-dissolution 370

§1 Sanction en équité 372

A. Pouvoir normatif du juge 373

1. Réalité des sociétés de fait. 373

a. Réalité et non apparence de régularité 374

b. La nullité, sanction des actes juridiques imparfaits 377

2. Pouvoir souverain d'appréciation 378
B. Équilibre des intérêts collectifs en présence 380
§2 Disparition de la personne morale 381
A. Liquidation -partage 381
1. Les opérations de liquidation 382
a. Modalités de la liquidation 382
b. Partage 385
2. Droit de regard des associés 389
B. Survie de la personne morale pour les besoins de la liquidation 390
1. Autonomie juridique dans l'intérêt des créanciers sociaux 390
2. Limites de la survie de la personne morale aux besoins de la liquidation 391
TITRE 2 : L'ÉTENDUE DE LA NULLITÉ DANS SON OBJET 397
CHAPITRE 1 : LES NULLITÉS PARTIELLES 401
SECTION 1 : Clause réputée non écrite ou nullité partielle 404
§1 Fondement des clauses réputées non écrites en droit des sociétés 407
A. Ordre public de protection collective et clauses réputées non écrites 409
a. Développement de l'interventionnisme législatif 410
1. Ordre public de protection collective et actes d'adhésion 410
2. Ordre public de protection collective et nullité partielle 412
b. Recul du principe de l'autonomie de la volonté 414
1. Hors du "labyrinthe" de l'indivisibilité des clauses 415
2. Abstraction du consentement et nonobstant la notion de cause corrélative 417
B. Reconnaissance de la lésion comme cause de nullité 422
a. Cause de nullité spécifique aux actes d'adhésion 423
1. Définition de la lésion 423
2. La nullité partielle 424
b. Les clauses léonines 428
1. Sanction des clauses léonines 429
2. Critère de la nullité partielle 431
§2 Nature juridique des clauses réputées non écrites ou nullité partielle 435
A. Clause réputée non écrite et théorie de l'inexistence 437
B. Clause réputée non écrite et nullité 440

SECTION 2 : Régime des clauses réputées non écrites ou nullité partielle 440

§1 Confirmation 440

§2 Prescription 442

CHAPITRE 2 : RESPONSABILITÉ DU FAIT DE L'ANNULATION 449

SECTION 1 : Fondement de la responsabilité du fait de l'annulation 454

§1 Exclusion du fondement délictuel de la responsabilité du fait de l'annulation 454

A. Exposé de la controverse doctrinale 454

1. Responsabilité délictuelle 455

a. Prémisses de la responsabilité délictuelle 456

b. Critiques 457

2. Responsabilité contractuelle 459

a. Fondements évoqués en faveur de la nature contractuelle de la responsabilité du fait de l'annulation 459

b. Critiques non dirimantes 465

B. Solution 472

1. Responsabilité à l'image de la garantie des vices cachés 472

a. Conditions 473

b. Effets 474

2. La responsabilité du fait des actes collectifs 474

a. Responsabilité collective 475

b. Responsabilité solidaire 477

§2 Conséquences du choix d'un fondement autre que délictuel pour la responsabilité du fait de l'annulation 479

A. Compétence des tribunaux 479

a. *Ratione temporis* 479

b. *Ratione materiae* 481

B. La prescription 482

SECTION 2 : Régime de la responsabilité du fait de l'annulation 484

§1 Régime de la responsabilité du fait de l'annulabilité 485

§2 Régime de la responsabilité en raison de l'annulation 489

A. Fondement de la faute 490

B. Le préjudice 494
1. Définition 494
2. Évaluation du préjudice 497
CONCLUSION GÉNÉRALE 505
BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE 513
I OUVRAGES GÉNÉRAUX 513
II THÈSES 520
III ARTICLES, CHRONIQUES ET RAPPORTS 528
IV NOTES, OBSERVATIONS ET CONCLUSIONS 542
INDEX THÉMATIQUE 553

LES NULLITES EN DROIT DES SOCIETES

La sanction de nullité n'est pas « un remède mais un toxique » écrivait Joseph HEMARD dans son traité sur les sociétés de fait au siècle dernier. Qu'en est-il à l'aube du XXIème siècle ? De toute évidence, celle-ci n'a pas sombré dans les oubliettes du droit des sociétés.

En droit civil, l'annulation sanctionne le non-respect des conditions de validité dans la conclusion des actes juridiques. Passée au prisme déformant du droit des sociétés, elle constitue la sanction normale de la violation de l'ordre public sociétaire, exprès ou tacite, dans la formation des actes en la matière.

Or, ces derniers, actes constitutifs de personnes morales, délibérations d'assemblées générales ou de conseils d'administration, actes et nominations des instances dirigeantes voire pactes d'actionnaires, constituent tous, par essence, des **actes juridiques collectifs, c'est-à-dire des manifestations de volonté, concordantes et interdépendantes dont l'intérêt est commun.** Les sociétés et leurs modalités de fonctionnement ne relèvent pas, en effet, de la catégorie des contrats car les obligations qui en découlent ne sont pas réciproques, moins encore antagonistes. La **consécration réitérée de la société unipersonnelle** (E.U.R.L. puis S.A.S.U.) n'est pas, selon la réflexion très pertinente de Jean PAILLUSSEAU, l'exception qui confirmerait la règle dans une approche contractuelle de la société, mais au contraire, **l'exception qui remet en cause le fondement même de la théorie contractuelle de la société,** pourtant si communément acceptée voire renouvelée par une doctrine classique. **Le contrat s'oppose irrémédiablement à l'acte unilatéral alors que l'acte collectif peut être exceptionnellement un acte unilatéral** dès lors que l'intérêt social ou collectif prévaut dans l'absolu, une fois la société constituée, sur la volonté unique déclarée; l'acte collectif ne se réduit pas, pour autant, à la définition de l'acte plurilatéral dès lors qu'il ne représente pas exclusivement la somme de volontés individuelles juxtaposées mais une ou plusieurs volontés adhérant, simultanément (création de société) ou non (entrée progressive de nouveaux associés dans la société), à un objectif commun.

La division traditionnelle, en droit des sociétés, entre les nullités issues du droit des contrats et les nullités propres à la matière met donc particulièrement bien en lumière les limites de la théorie contractuelle en ce domaine : elle expose la diversité de cette sanction sans pouvoir réellement l'expliquer et, *a fortiori*, lui trouver un fondement spécifique. **A l'aune de l'acte collectif, les nullités en droit des sociétés connaissent, en revanche, un régime autonome et unitaire.**

Il apparaît ainsi, à l'observation, que les distinctions bipartites entre nullités textuelles et nullités virtuelles, d'une part, et nullités absolues et relatives, d'autre part, ont fait long feu. Les nullités sont surtout relatives car les intérêts à protéger, en droit des sociétés, sont éminemment collectifs. Les nullités sont également virtuelles pour l'essentiel : c'est la norme en cours de vie sociale et, la pratique en dénombre plus d'un cas pour frapper les vices de constitution, puisqu'en l'absence de véritable contrôle de constitution des sociétés, le carcan trop étroit des nullités textuelles a explosé.

Malgré les effets perturbateurs de l'annulation des sociétés, le droit interne français n'a pas pu, il est vrai, dans ce contexte, supprimer totalement les nullités de fond ; seules les nullités de forme ont fait l'objet d'une véritable purge lors des réformes sur les sociétés. Compte tenu des divergences avec le droit communautaire concernant les nullités de sociétés par actions (le risque d'une action en manquement contre l'Etat français est patent !) et dans l'attente d'une nouvelle directive relative au fonctionnement des sociétés, le sujet conserve, nonobstant un contentieux assez faible, toute son actualité et un intérêt juridique certain.

Néanmoins, une **véritable stratégie d'évitement des nullités** s'est mise en place depuis plusieurs siècles pour les besoins de la sécurité juridique. Devenue **facultative** en droit positif, à défaut d'être complètement éradiquée, cette sanction revêt même parfois un caractère **subsidiaire** ! La jurisprudence puis le législateur ont en effet érigé de nombreux obstacles exorbitants du droit commun au prononcé de la nullité : fixation de délais stricts de procédure, obligation de régularisation, démonstration d'un intérêt légitime à l'annulation, généralisation de la prescription triennale de l'action en nullité, développement d'une responsabilité civile et de sanctions pénales dissuasives de substitution … Pour pallier l'effet dévastateur d'une sanction collective en droit des sociétés, le juge dispose ainsi d'outils considérables.

Aussi la théorie des sociétés de fait a-t-elle été absorbée, sans autre forme de procès, par le principe de non-rétroactivité. Les actes collectifs de société sont devenus **annulables** : ils demeurent valables jusqu'au prononcé de l'annulation. Non remis en cause rétroactivement, les actes qui en découlent continuent par conséquent de produire leurs effets au-delà de l'annulation. **Le concept de nullité pour l'avenir est né.**

Plus que réduit, le domaine des nullités s'est alors singulièrement déplacé. La question fondamentale de l'étendue de la nullité a pris le relais. Les nullités partielles, notamment des clauses léonines sous le masque trompeur des clauses réputées non écrites, ont trouvé en droit des sociétés un terrain de prédilection. Reconnaissance de la lésion comme cause de nullité (?), ce florilège de terminologies variées appelle de nouvelles analyses approfondies.

En définitive, la sanction de nullité n'est plus une « arme perfide » selon le mot d'Edmond THALLER, elle représente, au mieux, un « principe d'organisation » suivant la thèse de Philippe SIMLER ; au pire, elle demeure, pour Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, un « mal nécessaire ».