SIMPLIFICATION

4 JUILLET 2024

NULLITES EN DROIT DES SOCIETES

LIVRE II CODE DU COMMERCE

CONSEIL D'ÉTAT

Les ateliers de la simplification du Conseil d'État

Avec les « ateliers de la simplification » lancés en 2024, le Conseil d'État s'engage concrètement dans un processus de simplification administrative, en complément des avis consultatifs ou décisions de justice qu'il rend.

Il ne s'agit pas pour le Conseil d'État de produire une étude de portée générale mais d'améliorer directement le droit en travaillant, avec les administrations concernées, à la simplification de cas bien identifiés, avec des propositions de modifications normatives précises et ciblées.

Pour élaborer ces propositions de simplification, le Conseil d'État a retenu une méthode de travail spécifique :

1. Une première liste de sujets a été arrêtée conjointement avec le secrétariat général du Gouvernement, à partir de propositions émanant des sections consultatives et des administrations.
2. Dans le cadre d'une démarche coordonnée par la section des études, de la prospective et de la coopération, chaque section consultative prend en charge les sujets relevant de son champ de compétence et les instruit, dans un atelier de la simplification, avec les administrations concernées et les autres parties prenantes.
3. Chaque atelier de la simplification donne lieu à une étude, validée par l'Assemblée générale du Conseil d'État, assortie de propositions de simplification directement opérationnelles.

Il appartient ensuite au Gouvernement, s'il le souhaite, de reprendre et de mettre en œuvre les propositions que le Conseil d'État a formulées dans le cadre de ses ateliers de la simplification.

CONSEIL D'ÉTAT
Assemblée générale

Séance du jeudi 4 juillet 2024

Section des finances

N° 408547 **EXTRAIT DU REGISTRE DES DÉLIBÉRATIONS**

NOTE SUR LA SIMPLIFICATION DU REGIME DES NULLITES EN DROIT DES SOCIETES (LIVRE II DU CODE DE COMMERCE)

1. Par une lettre du 20 mars 2024, le Premier ministre a demandé au Conseil d'Etat, dans le cadre de sa mission d'étude et de prospective, de contribuer à l'exercice de simplification du droit, notamment en aidant le Gouvernement à identifier, en lien avec les administrations concernées, des cas concrets de complexité normative appelant une simplification. L'un des cas, retenu en accord avec le Gouvernement, concerne le régime des nullités en droit des sociétés.

I. – Objet de la mission et méthode suivie

2. De l'avis des praticiens, qui mènent des réflexions sur ce point depuis plusieurs années, le régime des nullités en droit des sociétés est affecté d'incertitudes et de risques préjudiciables aux opérations économiques et à l'attractivité du droit français. En particulier, le Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris (HCJP) a publié, le 27 mars 2020, à la demande du ministère de la justice, un *Rapport sur les nullités en droit des sociétés* formulant des propositions de simplification.

Le Conseil d'Etat présente les analyses et propositions ci-après au terme d'échanges fructueux et consensuels avec un groupe de travail associant des représentants du ministère de la justice, du ministère de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique, de la Cour de cassation, du tribunal de commerce de Paris, des principales organisations représentatives des

professionnels du droit concernés par les nullités en droit des sociétés, ainsi que d'universitaires.

Ce groupe de travail, qui s'est réuni à quatre reprises entre le 13 mai et le 26 juin 2024, a examiné les propositions du HCJP ainsi que celles qui ont pu être formulées par chacun de ses membres.

3. Le champ de réflexion du groupe de travail coïncide avec l'habilitation figurant à l'article 26 de la loi n° 2024-537 du 13 juin 2024 *visant à accroître le financement des entreprises et l'attractivité de la France*, aux termes duquel :

> « *I. - Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est habilité à prendre par voie d'ordonnance, dans un délai de neuf mois à compter de la promulgation de la présente loi, les mesures relevant du domaine de la loi permettant :*
>
> ***1° De simplifier et de clarifier le régime des nullités en matière de droit des sociétés, afin de renforcer la sécurité juridique de la constitution des sociétés, de leurs actes et délibérations ainsi que des règles qui y sont exposées*** *;*
>
> *2° D'étendre à Wallis-et-Futuna, le cas échéant en prévoyant les adaptations nécessaires, les dispositions de l'ordonnance prise sur le fondement du présent I.*
>
> *II. - Un projet de loi de ratification est déposé devant le Parlement dans un délai de trois mois à compter de la publication de l'ordonnance mentionnée au I.* »

Les propositions qui suivent s'inscrivent dans ce double objectif de simplification et de clarification et devraient pouvoir figurer dans l'ordonnance qui sera adoptée sur le fondement de l'article 26 de la loi du 13 juin 2024.

II. – Propositions de simplification et de clarification

Simplifier le régime des nullités en évitant les redondances entre code civil et code de commerce

4. A ce jour, la nullité des sociétés et de leurs décisions est régie par deux corpus de règles :

- les articles 1844-10 à 1844-17 du code civil, qui fixent le droit commun des nullités en droit des sociétés mais s'appliquent surtout, en pratique, aux sociétés civiles et aux sociétés en participation. Ce régime prévoit, pour la nullité des sociétés, un régime de nullités textuelles (c'est-à-dire expressément prévues par un texte) dans lequel la nullité « *ne peut résulter que de la violation des dispositions de l'article 1832 et du premier alinéa des articles 1832-1 et 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général* » et, pour la nullité des actes et délibérations des sociétés, un système de nullité dite virtuelle dans lequel la nullité résulte de la méconnaissance des « *dispositions impératives* » du titre IX (« *De la société* ») du livre III du code civil, ou d'une des causes de nullité des contrats en général ;

- les articles L. 235-1 à L. 235-14 du code de commerce, qui visent spécifiquement les sociétés commerciales. Ce régime prévoit, pour les sociétés et les actes modifiant leurs statuts, des nullités textuelles et, pour les autres actes et délibérations, des nullités virtuelles, à l'instar du code civil mais en renvoyant aux dispositions impératives du livre II (« *Des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique* ») du code de commerce et aux lois qui régissent les contrats.

5. Le Conseil d'Etat, à la suite des travaux du groupe de travail mentionné au point 2 ci-dessus, recommande de réunir dans le code civil les dispositions formant le droit commun des nullités en droit des sociétés et d'abroger les dispositions redondantes du code de commerce. Il serait néanmoins nécessaire de maintenir dans le code de commerce les nullités propres à certaines formes de sociétés commerciales. Ces dispositions pourraient être déplacées dans les subdivisions ou articles du code de commerce prévoyant la règle ainsi sanctionnée, ce qui permettrait de supprimer le chapitre V (« *Des nullités* ») du titre III (« *Dispositions communes aux diverses sociétés commerciales* ») du livre II du code de commerce.

6. Il n'a pas paru possible, dans le cadre matériel et temporel de l'habilitation définie par la loi du 13 juin 2024, d'aller plus loin dans la réécriture des règles de nullité des actes et délibérations, ni *a fortiori* d'aboutir à un régime de nullités textuelles généralisées. En outre, il n'est pas certain que l'ajout de nouvelles dispositions, même dans un souci de clarification, ferait progresser la sécurité juridique, par rapport au maintien d'un corpus de règles anciennes, bien connues des praticiens et ayant déjà donné lieu à une abondante jurisprudence.

Simplifier et clarifier le régime des nullités des sociétés

7. En premier lieu, le Conseil d'Etat recommande d'abroger le premier alinéa de l'article L. 235-1 du code de commerce, qui prévoit un régime spécifique de nullité des sociétés commerciales. Ce faisant, les règles de nullité de ces sociétés seraient alignées sur celles du droit commun des sociétés, prévues au premier alinéa de l'article 1844-10 du code civil.

8. En deuxième lieu, le Conseil d'Etat recommande d'abroger l'article L. 235-2 du code de commerce, prévoyant, pour les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple, une nullité pour défaut d'accomplissement des formalités de publicité. En effet, cette disposition, dont l'équivalent pour les sociétés anonymes et les SARL a été supprimé par la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, apparaît comme un oubli du législateur, dénué de justification.

9. En troisième lieu, le Conseil d'Etat recommande de supprimer la référence au premier alinéa de l'article 1832-1 du code civil opérée par le premier alinéa de l'article 1844-10 du même code. En effet, la disposition à laquelle il est renvoyé ne pose plus, depuis la loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985, de restriction dont la méconnaissance pourrait entraîner une nullité.

10. En quatrième et dernier lieu, le Conseil d'Etat relève que les articles du code civil auxquels renvoie le premier alinéa de l'article 1844-10 ne sont pas totalement compatibles avec la directive n° 2017/1132 du 14 juin 2017 *relative à certains aspects du droit des sociétés* qui est applicable aux sociétés anonymes, sociétés en commandite par actions, sociétés à responsabilité limitée et sociétés par actions simplifiées.

En effet, les articles 1833 et 1128 du code civil prévoient quatre cas de nullité des sociétés allant au-delà de ceux qui sont énumérés limitativement par la directive : l'illicéité de l'objet social réel, la fictivité des apports, le défaut d'*affectio societatis* et le vice affectant le consentement d'un associé.

Le Conseil d'Etat estime nécessaire de rendre le droit interne compatible avec le droit de l'Union en ne retenant plus que trois cas de nullité : l'illicéité de l'objet statutaire, l'incapacité de tous les associés fondateurs et la constitution d'une société par une seule personne sauf dans les cas où la loi l'autorise.

Simplifier et clarifier le régime des nullités des décisions sociales

11. A ce jour, les articles 1844-10 du code civil et L. 235-1 du code de commerce distinguent la nullité des sociétés et la nullité des « *actes et délibérations* » de la société.

Dans la ligne des travaux du groupe de travail mentionné au point 2 ci-dessus, le Conseil d'Etat estime qu'il serait opportun de remplacer la notion d'« *actes et délibérations* » par celle de « *décisions sociales* », qui désignerait les actes unilatéraux pris par les organes de la société, à l'exclusion des actes non décisionnels.

12. Le Conseil d'Etat estime qu'il serait possible et opportun de réduire la fréquence du prononcé de nullités en rendant les nullités facultatives, pour que le juge, au cas par cas, puisse mettre en balance la nécessité de sanctionner la violation d'une règle avec les inconvénients qu'une annulation peut comporter.

Ainsi, il recommande d'introduire dans le code civil une disposition générale posant le principe du caractère facultatif des nullités, sans préjudice de dispositions législatives pouvant prévoir ponctuellement des nullités obligatoires. Cette disposition pourrait être rédigée ainsi : « *Les dispositions prévoyant la nullité d'une décision sociale doivent s'entendre comme donnant au juge la faculté d'annuler cette décision* ».

13. En outre, il recommande de préciser que le juge saisi d'une demande en nullité d'une décision sociale prend en considération, pour se prononcer, l'influence de l'irrégularité « *sur le sens de la décision* ».

Cette nouvelle précision s'inspire de la jurisprudence récente de la Cour de cassation, qui subordonne le prononcé de certaines nullités aux conditions que l'irrégularité invoquée soit « *de nature à influer sur le résultat du processus de décision* » et ait causé un grief à la personne qui l'invoque (Cass. com., 15 mars 2023, n° 21-18.324 ; 11 octobre 2023, n° 21-24.646 ; 29 mai 2024, n° 21-21.559). Une telle restriction n'est pas sans rapport avec la jurisprudence administrative issue de la décision Danthony (CE Ass., 23 décembre 2011, n° 335033, Danthony et autres) selon laquelle « *un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable [...] n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie* ».

Il ne paraît pas en revanche nécessaire de codifier la condition tenant au grief causé à la personne qui l'invoque, dans la mesure où celui-ci est pris en compte, par les juridictions compétentes, au stade de l'appréciation de l'intérêt pour agir.

14. L'article L. 235-1 du code de commerce distingue les cas de nullité des actes ou délibérations modifiant les statuts des sociétés commerciales de ceux qui n'ont

pas cet objet. En cas de modification des statuts, la nullité est exclusivement textuelle, ne pouvant résulter que d'une disposition expresse du livre II du code de commerce et des lois qui régissent la nullité des contrats tandis qu'en l'absence de modifications des statuts, toute violation d'une disposition impérative du même livre ou des lois qui régissent les contrats peut entraîner la nullité de l'acte (nullité virtuelle).

Le Conseil d'Etat recommande de supprimer cette distinction en soumettant l'ensemble des décisions sociales au régime des nullités virtuelles, y compris lorsque la décision sociale modifie les statuts. Si cette proposition de simplification peut sembler aller dans le sens d'une extension des cas de nullité, une telle conséquence serait compensée par l'approche traditionnellement restrictive de la Cour de cassation en matière de nullités virtuelles et par les autres aménagements proposés de l'action en nullité.

15. A ce jour, les articles 1844-10 du code civil et L. 235-1 du code de commerce disposent que :

- les nullités virtuelles découlent de la méconnaissance de dispositions impératives codifiées, respectivement, au titre IX (« *De la société* ») du livre III du code civil ou au livre II du code de commerce. Ce renvoi est usuellement dénommé « *critère de localisation de la règle méconnue* ». Il présente des inconvénients liés au fait que certaines dispositions du droit des sociétés dont la méconnaissance justifierait le prononcé de la nullité ne sont pas codifiées dans les subdivisions ainsi désignées. De plus, lorsque des dispositions de lois non codifiées prévoient une nullité, les praticiens s'interrogent sur l'applicabilité des règles prévues par les deux codes de référence, par exemple en termes de délai de prescription ;

- les nullités qu'ils prévoient peuvent aussi résulter « *de l'une des causes de nullité des contrats en général* » ou « *des lois qui régissent la nullité des contrats* », sauf certaines exceptions identifiées par ces deux articles socles.

Outre l'abrogation de l'article L. 235-1 du code de commerce, le Conseil d'Etat recommande de modifier l'article 1844-10 du code civil afin qu'il prévoie que la nullité doit résulter, soit de l'une des causes de nullité des contrats, soit de la méconnaissance de « *dispositions impératives du droit des sociétés* ».

Une telle modification éviterait d'avoir à s'interroger sur le champ des dispositions dont la méconnaissance peut entraîner la nullité de la décision.

16. Selon les termes actuels des articles 1844-10 du code civil et L. 235-1 du code de commerce, la nullité d'un acte ou d'une délibération d'une société ne peut résulter que d'une disposition expresse prévoyant cette nullité, de la méconnaissance d'une cause de nullité des contrats en général ou d'une disposition légale impérative. L'impossibilité de sanctionner la méconnaissance des statuts peut toutefois conduire à des solutions difficilement justifiables.

Du reste, la Cour de cassation, après avoir refusé en principe l'annulation pour méconnaissance des statuts d'une société par actions simplifiée, a récemment opéré un revirement de jurisprudence en jugeant que l'alinéa 4 de l'article L. 227-9 du code de commerce, aux termes duquel « *Les décisions prises en violation des dispositions du présent article peuvent être annulées à la demande de tout intéressé* », doit être lu comme visant les décisions prises en violation de clauses statutaires stipulées en application du premier alinéa du même article, aux termes duquel « *Les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient* », et permettant, lorsque cette violation est de nature à influer sur le résultat du processus de décision, à tout intéressé d'en demander l'annulation (Cass. com., 15 mars 2023, n° 21-18.324, Société Larzul).

Cette dernière jurisprudence ne concerne à ce jour que les sociétés par actions simplifiées, forme sociale dans laquelle les associés disposent d'une grande liberté pour fixer dans les statuts des règles qui, pour d'autres formes sociales, sont prévues par la loi.

Le Conseil d'Etat souligne l'intérêt que pourrait présenter, au regard de l'objectif d'accessibilité du droit, une codification de cette jurisprudence relative à la nullité pour méconnaissance des clauses statutaires.

Il estime que ce nouveau dispositif devrait, au moins dans un premier temps, être appliqué aux seules sociétés par actions simplifiées. Les dispositions à créer seraient donc codifiées dans le chapitre VII (« *Des sociétés par actions simplifiées* ») du titre II du livre II du code de commerce. Il ne semble pas que le principe d'égalité impose de l'étendre à d'autres formes sociales, chacune se caractérisant par un régime très spécifique, caractérisant une différence de situation.

Le Conseil d'Etat recommande par ailleurs que les règles statutaires dont la méconnaissance pourrait être sanctionnée par la nullité soient identifiées par la loi, pour être limitées aux clauses statutaires ayant pour objet de déterminer ou d'aménager les conditions d'adoption d'une décision sociale ou de déterminer la composition des organes de direction.

Enfin, pour limiter les nullités en cascade, il estime qu'il serait opportun de préciser que la nullité de la nomination d'un organe dirigeant n'emporte pas la nullité des décisions adoptées par cet organe.

Revoir les règles de prescription

17. Les actions en nullité des sociétés ainsi que de leurs actes et délibérations sont en principe soumises à un délai de prescription dérogatoire de trois ans « *à compter du jour où la nullité est encourue* » (art. 1844-14 du code civil et premier alinéa de l'art. L 235-9 du code de commerce). Le Conseil d'Etat estime que ce délai pourrait être réduit à deux ans, par une modification de l'article 1844-14 du code civil, l'article L. 235-9 étant abrogé.

18. Le deuxième alinéa de l'article L. 235-9 du code de commerce prévoit un délai de prescription de l'action en nullité d'une fusion ou d'une scission de sociétés de six mois à compter de la date de la dernière inscription au registre du commerce et des sociétés rendue nécessaire par l'opération. Ce dispositif est issu de la transposition de la directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés (art. 108 § 1). Le Conseil d'Etat recommande de préciser dans le texte que ce délai s'applique aux actions en nullité des apports partiels d'actifs soumis au régime des scissions, comme l'a déjà jugé la Cour de cassation (Cass. com., 3 juin 2003, n° 99-18.707).

19. Le troisième alinéa de l'article L. 235-9 du code de commerce prévoit un délai de prescription et un point de départ inhabituels pour l'action en nullité fondée sur l'article L. 225-149-3 du code de commerce, lequel prévoit les causes de nullité des opérations d'augmentation de capital des sociétés anonymes. Ces actions se prescrivent en effet par trois mois à compter de l'assemblée générale suivant la décision d'augmentation de capital. Ce point de départ atypique s'explique par le fait que les organes sociaux ayant reçu délégation de l'assemblée générale pour procéder à une augmentation de capital doivent faire leur rapport à l'assemblée générale suivante. Toutefois, toutes les augmentations de capital ne se font pas sur délégation. Le Conseil d'Etat recommande de modifier la règle prévue par cet alinéa afin de prévoir qu'en l'absence de délégation, le délai de trois mois court à compter du jour où la nullité est encourue. C'est seulement en cas de délégation que le point de départ serait l'assemblée générale suivant la décision d'augmentation de capital.

Cette note a été délibérée et adoptée par le Conseil d'Etat dans sa séance du jeudi 4 juillet 2024.

CONSEIL D'ÉTAT