

LAURE BURRUS

COLLECTION LATINE
Série II/Volume 20

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

Helbing Lichtenhahn

Table des matières

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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