

# LA TRANSPOSITION DE LA PREMIERE DIRECTIVE COMMUNAUTAIRE (N° 68-151 DU 9 MARS 1968) EN DROIT FRANÇAIS

**Jean-Philippe DOM**

Maître de conférences à l'Université de Caen

*NOTE : Afin de simplifier la lecture de cette étude, les articles du nouveau Code de commerce sont mis entre parenthèses, alors que les articles et les textes d'origine se trouvent entre crochets.*

**1. - La méthode.** - La diversité originelle des législations nationales des Etats membres de l'Union Européenne a entraîné l'élaboration de techniques destinées à définir les bases communes de l'entreprise à vocation communautaire et de son environnement juridique <sup>(1)</sup>. Parmi ces techniques, les directives d'harmonisation sont « à mi-chemin des procédés de l'unification des règles de conflit de lois et de l'adoption d'une loi uniforme » <sup>(2)</sup>. En droit des sociétés, elles ont pour fondement l'article 44, 2, g du Traité instituant la Communauté européenne (initialement Traité de Rome, art. 54, §3, 2, g) <sup>(3)</sup>. Initialement consacré au seul droit d'établissement, cet article paraît, d'après une partie de la doctrine française, avoir été appliqué au-delà de ce que sa lettre semblait prévoir <sup>(4)</sup>.

**2. - Genèse de la première directive.** - Pour ce qui concerne plus précisément la première directive, à l'origine une proposition avait été élaborée, le 10 avril 1964, par la commission de la Communauté Economique Européenne, à Bruxelles <sup>(5)</sup>. La réforme des sociétés commerciales françaises, telle qu'elle résulte de la loi du 24 juillet 1966, s'est donc inspirée de cette proposition pour adopter un système de contrôle répondant aux garanties exigées <sup>(6)</sup>. Ce point d'ancrage de la réforme a été présenté comme nécessaire à la sécurité du commerce intra-communautaire, lorsqu'une ou plusieurs sociétés sont impliquées dans des relations d'affaires <sup>(7)</sup>. L'élaboration de ce qui constitue encore aujourd'hui les principes de base du droit des sociétés commerciales eut donc lieu

---

<sup>1</sup> V. J. BOUCOURECHLIEV, « Les voies de l'Europe des sociétés », JCP E. 1996, I, 560. - Sur les directives communautaire et leur impact dans le droit français des sociétés, v. M. LUBY, « Droit communautaire », Traité Joly Société, CD-Rom Joly 1998-2, spéc. n° 36 et s. - S. MOUSOULAS, La contribution des directives européennes sur le droit des sociétés à l'évolution du droit français des sociétés commerciales, th. Paris X, 1988, p. 290.

<sup>2</sup> B. OPPETIT, « La méthode des directives », in « L'entreprise dans le marché unique européen », Travaux de la CEDECE, La Documentation Française, 1995, spéc. p. 261.

<sup>3</sup> « Le Conseil et la Commission exercent les fonctions qui leur sont dévolues par les dispositions ci-dessus, notamment : ... g) en coordonnant, dans la mesure nécessaire et en vue de les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les Etats membres, des sociétés au sens de l'article 58, alinéa 2, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers ».

<sup>4</sup> V. Y. LOUSSOUARN, « Synthèse des travaux de la commission 2 : Droit des sociétés », in « L'entreprise dans le marché unique européen », *op. cit.*, spéc. p. 563 et s.

<sup>5</sup> V. le texte in M. HAMIAUT, « La réforme des sociétés commerciales », tome 3, Dalloz 1966, p. 21 et s. - Pour les commentaires français sur ce projet, v. E. DORATS DES MONTS, « Vers un droit européen des sociétés commerciales », JCP 1965, I, 1896 ; R. SINAY, « La proposition de directive européenne en matière de sociétés commerciales et le projet français », Gaz. Pal. 1965, 1, doctr., p. 38.

<sup>6</sup> V. exposé des motifs du projet de loi sur les sociétés commerciales, Assemblée nationale, n° 1003. - Extraits également in M. HAMIAUT, « La réforme des sociétés commerciales », tome 1, Dalloz 1966, p. 3.

<sup>7</sup> V. Rapport de F. DOUAREC, Rapport n° 1368, annexé au procès verbal de la séance du 14 mai 1965. - Extraits également in M. HAMIAUT, « La réforme des sociétés commerciales », tome 3, Dalloz 1966, p. 13.

dans un contexte et avec une arrière-pensée communautaire. De façon paradoxale, le projet de directive a été perçu comme une voie empreinte de modestie, destinée à coordonner certaines garanties protectrices des intérêts des associés et des tiers <sup>(8)</sup>. La transposition par anticipation d'une future directive était, si l'on analyse le propos des auteurs de l'exposé des motifs de la loi du 24 juillet 1966, une façon de déclarer la vocation communautaire de la réglementation française des entreprises. Pourtant, « si la proposition de directive de 1964 a été adoptée par le Conseil des communautés et est devenue la directive 68/151 du 9 mars 1968, des modifications ont été apportées au texte initial si bien que, sur certains points où le législateur français avait cru réaliser par anticipation l'harmonisation, il n'en a finalement rien été » <sup>(9)</sup>. D'un point de vue technique, cet état de fait s'est surtout traduit par une succession de réformes de la réforme <sup>(10)</sup> destinées à rattraper un double décalage : non seulement la lettre de la directive n'a pas été identique à celle de son projet, mais surtout, le législateur français n'était pas à même de saisir l'esprit du droit communautaire dérivé tel qu'il a pu apparaître par la suite.

**3. - Logique de la première directive.** - En effet, avec la première directive « tendant à coordonner les garanties qui sont exigées des sociétés au sens de l'article 58 du Traité (Traité de Rome), pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers » <sup>(11)</sup>, la réglementation communautaire paraît, à première vue, être restée dans les limites que lui avait assignées l'article 44, 2, g du Traité instituant la Communauté Européenne. Le titre même, qui en reproduit le texte, en suit les principes axiologiques : il n'est, semble-t-il, pas question d'imposer un système ou une logique ; il convient seulement de tendre vers l'harmonie. Cette souplesse méthodologique peut notamment s'expliquer par les difficultés rencontrées, dès cette époque, dans l'élaboration d'un règlement relatif à la société européenne. Les blocages ayant été importants, il convenait de relancer la réflexion et, éventuellement, les négociations en s'appuyant sur de nouvelles bases. Le résultat qui n'avait pu être obtenu de façon centripète, de la Commission vers les Etats membres, pourrait être plus aisément atteint si le mouvement devenait centrifuge. De ce point de vue, il semblerait que la logique ait, en définitive, été inversée : les directives possèdent dorénavant une grande force contraignante. Non seulement le législateur est tenu de s'y conformer, mais de surcroît le juge doit interpréter les textes de droit interne à la lumière des textes communautaires <sup>(12)</sup>. Le législateur français a donc œuvré en 1966 sans avoir pu saisir parfaitement les axes qui sont ressortis du texte communautaire définitif et la force qui y a, par la suite, été attachée.

C'est avant tout le formalisme qui en constitue la colonne vertébrale. En effet, l'articulation qui ressort du préambule semble démontrer que l'équilibre entre la meilleure protection des tiers et une harmonisation des législations en matière de sociétés de capitaux a été trouvé dans un régime de publicité renforcé et sanctionné. Pour faciliter le libre établissement des entreprises, donc la libre concurrence, il convient d'assurer la protection des intérêts tant des associés que des tiers. Cette protection passe, en premier lieu, par une publicité harmonisée pour toute société prenant pied dans l'union. Elle induit, en second lieu, une limitation des « causes de non-validité des engagements pris au nom de la société ». Enfin, elle nécessite « de limiter les cas de nullité ainsi que l'effet rétroactif de la déclaration de nullité et de fixer un délai bref pour la tierce opposition à cette déclaration ». Le principe est donc la pérennité de la personne morale et de ses engagements. Il est implicitement sous-tendu par un contrôle *a priori* renforcé des conditions d'acquisition de la personnalité morale. Validité des engagements, publicité et nullité des sociétés : voilà pour ce qui ressort de la forme (les 3 principales sections de la directive).

<sup>8</sup> Ibidem, v. spéc. « Le contexte européen ». - Texte in M. HAMIAUT, op. cit., tome 3, spéc. P. 19 et s.

<sup>9</sup> M. GERMAIN, J.-Cl. Sociétés, Fas. 3-10, spéc. n° 8.

<sup>10</sup> J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILLAT, « La réforme de la réforme des sociétés commerciales », *D.* 1970, ch. p. 45.

<sup>11</sup> JOCE n° L 65, 14-3-1968, p. 8. - Pour un premier commentaire, v. notamment LOUSSOUARN et BREDIN, « Droit du commerce international », *Sirey* 1969, spéc. n° 428 et s.

<sup>12</sup> Pour la directive 68/151, CJCE 13 novembre 1990 : *JCP E.* 1991 II 156, note P. LEVEL ; *Rev. sociétés* 1991, p. 532, note Y. CHAPUT ; B. SAINTOURENS, « Les causes de nullité des sociétés : l'impact de la 1<sup>ère</sup> directive CEE de 1968 sur les sociétés, interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes », *Bull. Joly* 1991, p. 23, § 41 ; F. LECLERC, « Que reste-t-il des nullités de sociétés en droit français après l'arrêt Marleasing [CJCE 13/11/1990] ? », *RJ com.* 1992, p. 321.

Mais, au fond, alors que le texte de la première directive était initialement nettement délimité <sup>(13)</sup> et souple, l'interprétation qui en a été donnée a permis aux juges communautaires d'imposer leur conception du droit des sociétés et, peut-être, de la société. La directive a donc été transposée (I) et son esprit a ainsi pu s'imposer (II).

## I. - La matière transposée

**4. - Délimitations.** - Les principes de transpositions de la 1<sup>ère</sup> directive ont été définis *ratione materiae*. D'après l'article 1<sup>er</sup>, seules la société anonyme, la société en commandite par actions et la société à responsabilité limitée (SARL) sont concernées par le texte. Cependant, la *ratio legis* qui se dégage des travaux préparatoires de la loi du 24 juillet 1966 met en évidence une volonté d'étendre les effets de ces principes à l'ensemble des sociétés. En effet, la Commission des lois devant l'Assemblée nationale a précisé, en examinant l'article L. 221-5 du Code de commerce [L. 24 juillet 1966, art. 14] relatif aux pouvoirs des gérants de sociétés en nom collectif à l'égard des tiers, que « le but des nouvelles dispositions est d'assurer toute sécurité aux tiers qui contractent avec le gérant (...). Le présent article s'inscrit dans la ligne des préoccupations exprimées par la proposition de directive de la Communauté économique européenne, encore que celle-ci ne vise directement que les SARL et les sociétés par actions. Le texte étend d'ailleurs cette règle du pouvoir légal des dirigeants sociaux déjà en vigueur en matière de SARL à tous les types de sociétés commerciales » <sup>(14)</sup>. Cette *ratio legis* doit-elle être maintenue pour permettre l'interprétation des textes de droit français ? Dans la mesure, d'une part, où le projet de directive n'a pas été repris tel quel et, d'autre part, où la force contraignante de la première directive a été ultérieurement affirmée, on peut aujourd'hui admettre qu'elle est d'interprétation restrictive. Seules les sociétés désignées par la France dans l'article 1<sup>er</sup> de la directive sont concernées, mais il faut y ajouter l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée qui est une variété de SARL (C. com., art. L. 223-5 [L. 24 juillet 1966, art. 36-2]). A moins d'un amendement, la société par actions simplifiée ne paraît pas directement concernée par la 1<sup>ère</sup> directive <sup>(15)</sup>. On constate cependant que le législateur français a intégré toutes les dispositions pouvant s'y rapporter comme si cette société faisait partie de la liste initiale.

Même si certaines solutions ont été généralisées, on peut donc aujourd'hui considérer que les règles de publicité (B) et les questions relatives à la validité des engagements de la société (A) ont été transposées pour les seules sociétés entrant directement dans le champ de la directive.

### A. - Validité des engagements

**5. - Trois points.** - Concernant la validité des engagements, trois points ont été examinés par la directive.

#### 1°) Le défaut de reprise des actes des fondateurs

**6. - Une transposition littérale.** - La transposition des points de la directive concernant la validité des engagements de la société a, pour l'essentiel, été réalisée dès la loi du 24 juillet 1966 par le législateur, celui-ci s'étant inspiré du projet de directive qui, sur ce point, n'a pas été remanié de façon sensible. Concernant le défaut de reprise des actes passés par les fondateurs pendant la période de formation (Directive 68/151, art. 7), le législateur a précisé dans l'alinéa 2 de l'article L. 210-6 du Code de commerce [L. 24 juillet 1966, art. 5] que « les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant qu'elle ait acquis la jouissance de la personnalité morale sont tenues solidairement et indéfiniment responsables des actes ainsi accomplis, à moins que la société, après avoir été régulièrement constituée et immatriculée, ne reprenne les engagements souscrits ». On retrouve, dans ce texte, la lettre de l'article 8 du projet de directive qui existait, en 1964, dans la section consacrée à la publicité.

#### 2°) La force de la publicité attachée à la nomination des organes de représentation de la société

**7. - Principes.** - Afin d'instaurer la plus grande sécurité, notamment pour faciliter les échanges commerciaux intra-communautaires, la directive attache, en son article 8, une importante valeur probatoire à la publicité

<sup>13</sup> Pour une critique de cette approche parcellaire du droit des sociétés, v. Y. GUYON, « La coordination communautaire du droit français des sociétés », RTD eur. 1990, p. 241 et s., spéc. n° 11.

<sup>14</sup> Texte in M. HAMIAUT, « La réforme des sociétés commerciales », ouvr. préc., spéc. tome I, p. 22-23.

<sup>15</sup> V. Y. GUYON, « La société par actions simplifiée et le droit communautaire », in *La société par actions simplifiée*, ouvr. coll., GLN-July éd. 1994, spéc. n° 297 et s.

relative aux personnes qui, en qualité d'organe, ont le pouvoir d'engager la société <sup>(16)</sup>. L'article L. 210-9 du Code de commerce [L. 24 juillet 1966, art. 8] vient en écho de cette disposition : « ni la société ni les tiers ne peuvent, pour se soustraire à leurs engagements, se prévaloir d'une irrégularité dans la nomination des personnes chargées de gérer, d'administrer ou de diriger la société, lorsque cette nomination a été régulièrement publiée. La société ne peut se prévaloir à l'égard des tiers, des nominations et cessations de fonction des personnes visées ci-dessus, tant qu'elles n'ont pas été régulièrement publiées ».

Suivant ce texte, la représentation de la société, telle qu'elle résulte de la publicité, est seule prise en compte. On peut noter que la transposition en droit interne a, en apparence, une portée plus large que la directive. Alors que cette dernière n'envisage que la nomination, l'alinéa 2 de l'article L. 210-9 fait état des « cessations de fonction ». En France, la durée de l'opposabilité des actes accomplis par les dirigeants au nom de la société se trouve donc délimitée par la publicité attachée à leur qualité. Cela est logique, car, renforçant l'esprit de la directive, l'article L. 210-9 du Code de commerce fait de la publicité une condition d'opposabilité par la société des nominations et cessations de fonctions des dirigeants. La publicité joue donc un rôle primordial, surtout lorsqu'on la combine avec le principe, issu de la directive, d'après lequel la société est engagée par les actes des dirigeants dépassant l'objet social (v. *infra*). Cette force de la publicité concernant la désignation des dirigeants se retrouve dans la jurisprudence qui réduit à néant les applications de la théorie du mandat apparent à la direction des sociétés <sup>(17)</sup>.

**8. - Limites.** - Cependant, la jurisprudence française a, de façon très ponctuelle, restreint le champ d'application de ces dispositions. En effet, d'une part, il semblerait que la *ratio legis* s'oppose à ce qu'un organe de direction en tire argument pour échapper aux responsabilités qui sont les siennes. Dans le cas contraire, certains dirigeants pourraient écarter leurs responsabilités civiles <sup>(18)</sup> ou pénales <sup>(19)</sup> en manquant de diligence dans l'accomplissement de la publicité de leur nomination. Néanmoins, de ce point de vue, l'article 283, du décret du 23 mars 1967 permet, en son alinéa 2, à tout intéressé de demander au président du tribunal de commerce, statuant en référé, de désigner un mandataire chargé d'accomplir la formalité.

D'autre part, la notion de tiers <sup>(20)</sup> a été entendue de façon restrictive par la jurisprudence pour permettre à un ancien actionnaire et membre du conseil d'administration d'une société anonyme d'agir en paiement d'un rappel de salaire et d'indemnités. En effet, un membre du conseil d'administration ne peut devenir salarié (C. com., art. L. 225-44 [L. 24 juillet 1966, art. 107]). Dès lors, si l'on doit suivre de façon rigoureuse les prescriptions de l'article 8, il faut alors considérer qu'en raison du défaut de publicité de sa démission, il n'est pas tiers, et que, du fait de sa qualité d'administrateur, il ne peut être salarié. La Cour de cassation, après avoir visé les articles 8 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales [C. com., art. L. 210-9] et 66 du décret du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce, précise, dans un chapeau introductif « que selon ces textes les formalités de publicité concernant la cessation de fonctions d'un administrateur sont exigées à peine d'inopposabilité aux tiers ». Néanmoins, elle revient sur l'analyse des juges du fond en ce que, selon elle, la personne qui, après avoir cessé ses fonctions d'administrateur, agit en qualité de salarié de la société n'est pas un tiers <sup>(21)</sup>. Cette solution - qui ne concerne qu'une hypothèse de démission - ne paraît pas systématiquement induire que le salarié n'a pas la qualité de tiers pour la société. En effet, cette décision semble être un arrêt d'espèce : seule la succession des qualités de la personne intéressée (actionnaire, dirigeant, salarié) permet d'en expliquer la motivation.

Enfin, bien que l'article L. 210-9 du Code de commerce [L. 24 juillet 1966, art. 8] ne précise rien sur ce point, la jurisprudence a considéré que la connaissance par les tiers d'une nomination régulière d'un dirigeant palliait l'absence de publicité. En l'espèce, cette connaissance a pu être déduite des liens étroits ayant existé entre la

<sup>16</sup> Directive 68/151, art. 8 : « L'accomplissement des formalités de publicité relatives aux personnes qui, en qualité d'organe, ont le pouvoir d'engager la société rend toute irrégularité dans leur nomination inopposable aux tiers, à moins que la société ne prouve que ces tiers en avaient connaissance ».

<sup>17</sup> Cass. com., 4 mai 1993 : *Bull. civ. IV*, n° 174 ; *Bull. Joly* 1993, p. 727, note P. LE CANNU ; *Rev. sociétés* 1993, p. 567, note B. SAINTOURENS.

<sup>18</sup> Pour un arrêt sanctionnant cette attitude, v. Cass. com., 26 janvier 1988 : *Rev. Sociétés* 1988, p. 284, note Y. CHAPUT.

<sup>19</sup> Pour un arrêt sanctionnant cette attitude, v. T. corr. Paris, 2 novembre 1979 : *Gaz. Pal.* 1980, 2, 408, note A.P.S. ; *Rev. sociétés* 1980, p. 796, note B. BOULOC.

<sup>20</sup> Sur les difficultés rencontrées par la doctrine pour circonscrire cette notion, v., en dernier lieu, P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *Le tiers à l'acte juridique*, Thèse Université Montesquieu-Bordeaux IV, 1998 et les réf. citées.

<sup>21</sup> Cass. soc., 9 octobre 1991 : *Bull. civ. V*, n° 404 ; *Rev. sociétés* 1992, p. 318, note B. PETIT.

société et les tiers qui avaient travaillé dans ses locaux <sup>(22)</sup>. La jurisprudence interprète ainsi le droit interne en fonction de la directive, d'après laquelle l'irrégularité dans la nomination est opposable aux tiers qui en ont eu connaissance.

### 3°) Les pouvoirs des dirigeants

**9. - Les principes de l'article 9 de la directive.** - La directive édicte, en son article 9, trois principes :

- sauf exception, les pouvoirs qui résultent de la représentation ne sauraient être limités par l'objet social, alors même qu'il y aurait eu publication de ceux-ci ;
- les limitations aux pouvoirs des organes de la société, qui résultent des statuts ou d'une décision des organes compétents, sont toujours inopposables aux tiers, même si elles sont publiées ;
- la codirection peut être envisagée par les statuts si elle concerne, pour chaque co-dirigeant, un pouvoir général de représentation et si elle a fait l'objet d'une publicité régulière.

Ces principes se trouvaient déjà, en substance, dans le projet de directive de 1964 (art. 11). Mis à part le premier, qui ne concerne que les sociétés de capitaux <sup>(23)</sup>, ils ont donc été transposés par anticipation, dès 1966, dans toutes les sociétés commerciales. (pour la SNC, C. com., art. L. 221-5 [L. 24 juillet 1966, art. 14] ; pour les commandites, C. com., art. L. 222-2 [L. 24 juillet 1966, art. 24] ; pour la SARL, C. com., art. L. 223-18 [L. 24 juillet 1966, art. 49] ; pour la SA à conseil d'administration, C. com., art. L. 225-35, L. 225-51, L. 225-56 [L. 24 juillet 1966, art. 98, 113, 117] ; pour la SA à directoire et conseil de surveillance C. com., art. L. 225-64, L. 225-66 [L. 24 juillet 1966, art. 124 et 126]). Depuis, le législateur a poursuivi cette politique (pour la SAS, C. com., art. L. 227-6 [L. 24 juillet 1966, art. 262-7]).

#### a) L'engagement de la société par ses dirigeants au-delà de l'objet social

**10. - Transposition.** - Le principe d'engagement de la société par ses dirigeants au-delà de l'objet social a été transposé pour les SARL (C. com., art. L. 223-18, al. 3 [L. 66, art. 49, al. 3]) et les SA (C. com., art. L. 225-35, L. 225-51, L. 225-56, L. 225-64, L. 225-66 [L. 24 juillet 1966, art. L. 24 juillet 1966, art. 98, 113, 117, 124 et 126]) en des termes très proches : « La société est engagée même par les actes du gérant <sup>(24)</sup> qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve ».

**11. - Jurisprudence.** - L'application qu'en fait la jurisprudence est particulièrement rigoureuse pour la société. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a pu estimer que le gérant d'une SARL dont l'objet était limité aux conseil, formation, assistance, vente et réalisation en informatique avait valablement engagé la société en prenant, à ses frais, des leçons de pilotage car il n'était pas invraisemblable qu'il soit de l'intérêt de la société que son dirigeant ait une qualification de pilote d'avion <sup>(25)</sup>. De même, d'après la même cour, une société anonyme ne peut se considérer comme déliée d'une convention conclue par son directeur général, lorsqu'elle ne rapporte nullement la preuve que son cocontractant, société américaine ayant son siège et ses activités aux USA, savait que son objet social se limitait au rôle de transitaire et ne lui permettait pas des opérations d'achat-vente. En l'espèce, les juges du fond ont, en outre, relevé que l'existence d'un cautionnement, consenti au profit du cocontractant par le directeur général pour les obligations de la société, prouvait que celui-ci n'avait pas agi pour son compte personnel <sup>(26)</sup>.

**12. - Doctrine.** - Il paraît donc difficile d'envisager les hypothèses dans lesquelles la société ne sera pas engagée. La doctrine relève qu'au « titre des circonstances, souverainement appréciées par les juges du fond, qui

<sup>22</sup> CA Paris, 15 septembre 1995 : Bull. Joly 1996, p. 50, note P. LE CANNU ; JCP E. 1996, I, 541, n° 9, obs. A. VIANDIER et J-J. CAUSSAIN.

<sup>23</sup> Dans les sociétés de personnes, l'objet social constitue, même à l'égard des tiers, une limite aux pouvoirs des dirigeants.

<sup>24</sup> « Gérant », pour la SARL, pour les dirigeants de SA, seul ce terme change.

<sup>25</sup> CA Paris, 15/06/1995 : D. 1995, IR, 196 ; Rev. sociétés 1995, p. 770, obs. Y. GUYON ; Bull. Joly 1995, § 354, note A. COURET ; JCP E. 1995, I, 505, n° 11, obs. A. VIANDIER et J-J. CAUSSAIN.

<sup>26</sup> CA Paris, 30 avril 1987 : Bull. Joly 1987, § 215.

permettront de soutenir que le contractant ne pouvait ignorer le dépassement de l'objet social, figure le fait que ce contractant est lui-même associé de la société : il ne peut alors prétendre ignorer l'objet social d'une société dont il fait partie » (27).

#### **b) L'inopposabilité des clauses statutaires limitant les pouvoirs des dirigeants**

**13. - Un principe général renforcé par la jurisprudence.** - D'après l'article 9. 2 de la directive, « les limitations aux pouvoirs des organes de la société, qui résultent des statuts ou d'une décision des organes compétents, sont toujours inopposables aux tiers, même si elles sont publiées ». Le droit interne a généralisé cette disposition à toutes les sociétés (v. les articles du Code de commerce [de la loi de 1966] cités *supra* au n° 9). Les termes de la loi sont très proches de ceux de la directive. Pour les SARL, « les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants qui résultent du présent article sont inopposables aux tiers » (L. 223-18, al. 6 [L. 24 juillet 1966, art. 49, al. 6]). Dans les SA, les dispositions ou les décisions limitant les pouvoirs des représentants de la société sont inopposables aux tiers. La permanence de l'inopposabilité ne paraît pas ressortir des textes français, cependant, la jurisprudence a eu l'occasion de s'exprimer de ce point de vue. En effet, suivant un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation, « les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants de sociétés à responsabilité limitée sont inopposables aux tiers, peu important qu'ils en aient eu ou non connaissance » (28). L'interprétation jurisprudentielle donne ainsi à ce principe toute la rigueur qui découle de la directive.

#### **c) Les conditions de la codirection**

**14. - La directive.** - Suivant l'article 9. 3 de la directive, « si la législation nationale prévoit que le pouvoir de représenter la société peut, par dérogation à la règle légale en la matière, être attribué par les statuts à une seule personne ou à plusieurs personnes agissant conjointement, cette législation peut prévoir l'opposabilité de cette disposition des statuts aux tiers, à condition qu'elle concerne le pouvoir général de représentation ». Cela signifie, qu'en principe, le pouvoir devrait être accordé soit à une personne, soit à plusieurs. Exceptionnellement, le législateur peut autoriser la société à bénéficier statutairement d'une option : le pouvoir de représenter la société peut être attribué à une ou à plusieurs personnes agissant conjointement.

**15. - Domaine d'application de la transposition.** - N'entrent pas dans cette dérogation tolérée par le droit communautaire les organes collégiaux de la société anonyme qui, s'ils ont un pouvoir collectif de décision, ne possèdent pas un tel pouvoir de représentation. De la même façon, les directeurs généraux, qui assistent le président du conseil d'administration ou du directoire, ont un pouvoir individuel de représentation de la société.

On remarque, en outre, que pour la société par actions simplifiée, la doctrine paraît divisée. Pour certains, la coprésidence ne pourrait pas être envisagée comme créant un risque de confusion pour les tiers (29). Pour d'autres la coprésidence serait possible (30). En l'état actuel du droit, on ne peut qu'apporter des arguments de textes à l'une et l'autre des thèses.

- La thèse libérale a pour elle la *ratio legis*. La société est simplifiée. Le principe est la liberté dans l'organisation de la direction.
- Cependant, l'interprétation littérale de l'article L. 227-6 du Code de commerce et son rapprochement avec l'article L. 227-7 laissent penser qu'il ne doit y avoir qu'un président. D'une part, le singulier est toujours utilisé par le législateur pour désigner cet organe. D'autre part, la liberté paraît enfermée dans certaines limites. Il semblerait qu'il y ait le président et les autres dirigeants de la société. Le président est donc investi du pouvoir général de représentation de la société à l'égard des tiers. D'autres organes de direction pourront être institués et investis, par voie de délégation statutaire ou conventionnelle, d'un pouvoir spécial de représentation, sans avoir la qualité de président. Cependant, ce pouvoir ne sera octroyé qu'à partir de celui que l'on reconnaît au président. Ce qui signifie que le président devrait être

<sup>27</sup> M. JEANTIN, Droit des sociétés, *Montchrestien*, 1992, spéc. p. 138, note 131.

<sup>28</sup> Cass. com., 2 juin 1992 : *Bull. civ.* IV, n° 213, p. 149 ; *Bull. Joly* 1992, § 307, note P. LE CANNU.

<sup>29</sup> M. GERMAIN et P.-L. PERIN : *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 155-2, n° 23. – A. CHARVERIAT et A. COURET, *La société par actions simplifiée*, op. cit., spéc. n° 1035. – B. MERCADAL et P. JANIN, *Mémento sociétés commerciales*, op. cit., spéc. n° 14957.

<sup>30</sup> Y. GUYON, *Droit des affaires*, T. 1, Economica 1998, n° 471-6. – R. CANNARD, « Pourquoi et comment utiliser la SAS » : *Dr. et patrimoine*, avril 1994, p. 25.

le seul à pouvoir représenter de façon générale la société. Enfin, contrairement aux sociétés dans lesquelles la codirection est envisagée (SNC, société civile, commandites), le législateur n'a prévu aucune mesure destinée à assurer la protection des tiers en cas de veto donné par un des coprésidents à l'action d'un autre. Il restera encore possible d'organiser une direction tournante.

**16. - Contenu de la transposition.** - La situation décrite par l'article 9.3 ne peut donc, en l'état actuel du droit, se rencontrer que dans les sociétés à responsabilité limitée (L. 66, art. 49, al. 1) et dans les sociétés en commandite par actions (L. 66, art. 255). Dans ces deux sociétés, on retrouve la même logique. Le législateur prévoit qu'il peut y avoir un ou plusieurs gérants. Et il organise l'opposabilité des actes de ces dirigeants selon chaque cas. Le choix de la formule est neutre pour les tiers car, en cas pluralité de gérants, ceux-ci détiennent séparément tous les pouvoirs d'un gérant unique. De surcroît, « l'opposition formée par un gérant aux actes d'un autre gérant est sans effet à l'égard des tiers, à moins qu'il ne soit établi qu'ils en ont eu connaissance » (C. com., art. L. 223-18 et L. 226-7 [L. 66, art. 49 et 255]). Seul est donc concerné le pouvoir général de représentation. La publicité est notamment prévue lors de l'immatriculation, par l'article 15, 10° a) du décret du 30 mai 1984 d'après lequel sont déclarés des renseignements concernant les « associés et tiers ayant le pouvoir de diriger, gérer, ou le pouvoir d'engager à titre habituel la société avec l'indication, pour chacun d'eux lorsqu'il s'agit d'une société commerciale, qu'ils engagent seuls ou conjointement la société vis-à-vis des tiers ».

### *B. - Publicité*

**17. - Trois axes donnés au législateur.** - Alors que la pratique des affaires reste très attachée au secret <sup>(31)</sup>, la question de la publicité a connu récemment de multiples développements en droit des sociétés. L'impulsion a été donnée par les articles 2 et suivants de la première directive communautaire. Son projet avait déjà entraîné, dans le cadre de la loi du 24 juillet 1966, des modifications significatives. Les articles 2 et suivants de la section 2 de la directive rendaient nécessaire la création ou l'aménagement de supports de publicité (1°) tout en désignant les informations qui doivent y figurer (2°), et en précisant la façon dont il convient d'administrer cet ensemble (3°).

#### *1°) Les contenants*

**18. - Un ensemble composite.** - A suivre le projet de directive (projet de directive, art. 3), chaque Etat membre demeurerait libre d'adopter la publication dans un journal, le dépôt à un greffe ou autre bureau officiel, ou l'inscription à un registre. Dans la première hypothèse, la publication dans un journal, devait être centralisée dans un bulletin officiel, unique dans chaque Etat membre. Les Etats membres demeuraient encore libres d'imposer en outre la publication dans d'autres journaux, éventuellement à caractère local. Le droit français a donc emprunté ces différentes voies que l'on retrouve, en substance, mais avec une organisation moins définie, dans la version définitive de la directive (Directive, art. 3.1, 3.4 et 3.6).

**19. - Le registre du commerce et des sociétés.** - Suivant la directive, « dans chaque Etat membre un dossier est ouvert auprès, soit d'un registre central, soit d'un registre du commerce ou registre des sociétés, pour chacune des sociétés qui y sont inscrites » (Directive 68/151, art. 3.1). Le principe du registre datait d'une loi d'inspiration germanique (encore qu'un registre des commerçants existait avant la Révolution française) du 18 mars 1919. La directive édicte ainsi des principes qui prolongent un système déjà en place. Celui-ci a été refondu en 1967 (décret n° 67-237 du 23 mars 1967). Puis, le registre du commerce est devenu registre du commerce et des sociétés (décret n° 78-705 du 3 juillet 1978). Enfin, un dernier décret n° 84-406 du 30 mai 1984 (D. n° 84-406 du 30 mai 1984) a abrogé et remplacé le décret du 23 mars 1967. Ce texte, partiellement intégré dans le nouveau Code de commerce, renforce les attributions du greffier et les effets juridiques attachés à l'inscription. De nouvelles réformes partielles tendent à l'accélération des procédures et à la simplification des formalités.

En substance, après toutes ces modifications, le registre du commerce et des sociétés est aujourd'hui la clé de voûte du système d'information en droit des affaires. L'Institut national de la propriété industrielle à Paris a la charge de tenir un second original des registres tenus dans chaque greffe (D. n° 84-406 du 30 mai 1984, art. 5). Ce double sert à centraliser les renseignements, à permettre la surveillance sur la tenue des registres locaux et à donner aux administrations et organismes intéressés les renseignements qui leur sont nécessaires. En revanche, le

---

<sup>31</sup> B. BOULOC, *Le secret des affaires*, Dr. prat. com. int. 1990, p. 6 et les réf. cit. - V. aussi *La transparence*, RJ com. 1993, n° 11, n° spécial.

registre du commerce et des sociétés, au sens strict, est tenu par le greffier de chaque tribunal de commerce (ou du tribunal de grande instance statuant commercialement), sous la surveillance du président ou d'un juge, qui a qualité pour trancher par ordonnance les contestations entre les assujettis et le greffier (D. du 30 mai 1984, art. 59).

**20. - Le BODACC.** - La directive exige en son article 3.4 que les actes et indications fassent l'objet, « dans le bulletin national désigné par l'État membre, d'une publication soit intégrale ou par extrait, soit sous forme d'une mention signalant le dépôt du document au dossier ou sa transcription au registre ». Le projet de directive prévoyait, à côté du recours au registre du commerce et des sociétés, une publication par voie de presse centralisée dans un bulletin officiel unique dans chaque Etat membre puisse être organisée de façon concomitante (projet de directive communautaire, art. 3.2 et 3.4). Le législateur français a donc aménagé, dès 1967, le bulletin officiel des annonces civiles et commerciales : le BODACC (D. n° 67-238, du 23 mars 1967), institution à même de réunir l'ensemble des annonces relatives à la vie des affaires en France. Dans l'esprit de la directive, il contient obligatoirement les principaux renseignements ayant trait à la constitution, la modification ou la fin d'une société (D. du 30 mai 1984, art. 73 et s. - v. *infra*).

**21. - Les journaux d'annonces légales.** - Le titre II du décret du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales concerne les dispositions communes aux diverses sociétés commerciales dotées de la personnalité morale. Son chapitre VI est consacré à la publicité. D'après l'article 281 de ce décret, « la publicité au moyen d'avis ou annonces est faite, selon le cas, par insertions au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales ou dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans le département du siège social ou au Bulletin des annonces légales obligatoires ». La directive étant relativement souple quant au contenu du bulletin national, la répartition des informations a pu laisser naître certains doutes concernant le caractère indispensable d'une publication dans un journal d'annonces légales préalable à l'insertion au BODACC, ce notamment à l'occasion de la constitution des sociétés. En effet, l'annexe III de l'arrêté du 9 février 1988 relatif au registre du commerce et des sociétés précise les pièces qu'il est nécessaire de transmettre en vue de l'immatriculation d'une société, dont, notamment, une « attestation de parution dans un journal d'annonces légales ou copie de celui-ci ». Sur ce point, une réponse ministérielle est particulièrement éclairante sur la hiérarchie qui paraît ressortir de la réglementation française concernant la publicité des sociétés. D'après celle-ci, l'immatriculation n'est pas subordonnée à la production du journal d'annonces légales dans lequel a dû être inséré l'avis prévu par l'article 285 du décret du 23 mars 1967. Cette même réponse précise que le greffier doit, de toute façon, dans les huit jours qui suivent l'immatriculation, faire paraître au BODACC une insertion contenant les caractéristiques de la société<sup>(32)</sup>. D'après la doctrine il en résulte que seule est nécessaire une copie de la demande d'insertion de l'avis de constitution dans un journal d'annonces légales<sup>(33)</sup>.

Dans la mesure où les formalités sont centralisées (v. *infra*), on peut se demander si, concernant le droit des sociétés, les journaux d'annonces légales ont une véritable efficacité. En effet, la pratique montre que les informations qu'ils contiennent sont difficiles à collecter (plusieurs journaux d'annonces légales existent par région) et à rassembler. En définitive, le système de la publicité des entreprises en droit français s'avère touffu, lourd et d'une efficacité parfois discutable. Un véritable marché de la publicité légale s'est développé et ne semble pas correspondre à l'esprit de la directive : la protection des tiers ne sort pas renforcée en présence d'une telle disparité des supports<sup>(34)</sup>.

## 2°) *Le contenu minimum*

**22. - La transposition et la constitution des sociétés.** - L'article 2 de la directive exige que soit organisée, sur les bases précédentes, une publicité relative, d'une part, à la constitution, aux modifications et à la dissolution de la société, et, d'autre part, aux personnes qui représentent la société ou participent aux instances dirigeantes de celle-ci.

Concernant la constitution, les informations requises par la directive en vue de leur publication sont les suivantes : l'acte constitutif et les statuts s'ils font l'objet d'un acte séparé (Directive 68/151, art. 2.1.a), l'un

<sup>32</sup> Rép. Min., n° 27802, JOAN Q, 23 juillet 1990, p. 3544.

<sup>33</sup> Mémento pratique Francis Lefebvre, « Sociétés commerciales », 1998, n° 281, 1.

<sup>34</sup> V. en ce sens Y. GUYON, « Droit des affaires », tome 1, 10<sup>ème</sup> éd., *Economica* 1998, spéc. n° 929.

d'entre eux au moins devant mentionner la dénomination de la société, les apports, le montant du capital souscrit et l'objet social (Directive 68/151, art. 11.2.c). Suivant l'article 15 du décret du 30 mai 1984, la déclaration aux fins d'immatriculation d'une personne morale doit notamment contenir : la raison sociale ou dénomination suivie, le cas échéant, du sigle ; le nom commercial s'il en est utilisé un ; la forme juridique en précisant, s'il y a lieu, le fait que la société est constituée d'un associé unique et, le cas échéant, l'indication du statut légal particulier auquel la société est soumise ; le montant du capital social ; si le capital est variable, le montant au-dessous duquel il ne peut être réduit ; l'adresse du siège social ; les activités principales de l'entreprise et la durée de la société fixée par les statuts. L'article 73 du même décret précise par ailleurs que les mentions rendues indispensables par la directive doivent être insérées au BODACC.

**23. - La transposition et les modifications des sociétés.** - Concernant les modifications, les principes sont les mêmes (Directive 68/151, art. 2.1.b et c et Décret du 30 mai 1984, art. 22). La directive ajoute cependant qu'il convient encore de procéder à des inscriptions modificatives concernant la prorogation de la société (Directive 68/151, art. 2.1.b, *in fine*) et le transfert du siège social (Directive 68/151, art. 2.1.g). Le droit interne répond à ces attentes (Décret du 30 mai 1984, respectivement, art. 22 et 19) et permet que la publication du « texte intégral de l'acte modifié dans sa rédaction mise à jour » (Directive 68/151, art. 2.1.c) soit accomplie en annexe au registre du commerce (D. 30 mai 1984, art. 49, 2). En revanche, la publicité des modifications au BODACC (Directive 68/151, art. 3.4) est seulement organisée par extraits (D. 23 mars 1967, art. 8).

**24. - La transposition et le financement des sociétés.** - La directive impose la publicité obligatoire, d'une part et de façon au moins annuelle, du montant du capital souscrit, lorsque l'acte constitutif ou les statuts mentionnent un capital autorisé, à moins que toute augmentation du capital souscrit n'entraîne une modification des statuts (Directive 68/151, art. 2.1.e), d'autre part du bilan et du compte de profits et pertes de chaque exercice (Directive 68/151, art. 2.1.f).

En droit interne, les documents comptables de chaque exercice doivent être publiés par voie de dépôt au greffe du tribunal de commerce (D. 23 mars 1967, art. 44-1 et 293 ; D. 30 mai 1984, art. 54). Pour les sociétés anonymes, un avis est ensuite inséré, à la diligence du greffier du même tribunal, au BODACC (D. 23 mars 1967, art. 293-1). Quant aux modifications du capital social, elles font systématiquement l'objet d'une publicité (D. 23 mars 1967, art. 287 et 285 pour les journaux d'annonces légales ; D. 30 mai 1984, art. 49 et s. pour le dépôt en annexe au registre du commerce et des sociétés).

**25. - La transposition et les instances dirigeantes.** - Un des aspects importants de la directive consiste dans la publicité de l'identification des instances dirigeantes et des personnes susceptibles de représenter les sociétés de capitaux (Directive 68/151, art. 2.1.d). Sur ce point la directive n'a été que très peu modifiée par rapport à son projet. Le droit interne honore ces principes aussi bien pour la constitution (pour le RCS, D. 30 mai 1984, art. 15 - pour l'inscription - et 48 - pour le dépôt en annexe des actes - ; pour la publication dans un journal d'annonces légales, D. 23 mars 1967, art. 285) que pour la modification (D. 30 mai 1984, art. 22 et 49 ; D. 23 mars 1967, art. 287).

**26. - La transposition et la fin des sociétés.** - D'après la directive, doivent donner lieu à publicité : la dissolution de la société ; la décision judiciaire prononçant la nullité de la société ; la nomination et l'identité des liquidateurs ainsi que leurs pouvoirs respectifs, à moins que ces pouvoirs ne résultent expressément et exclusivement de la loi ou des statuts ; la clôture de la liquidation et la radiation du registre dans les Etats membres où celle-ci entraîne des effets juridiques (directive, art. 2.1.h, i, j et k).

Le droit interne semble être le reflet de ces dispositions. Suivant celui-ci, quelle que soit la cause de la dissolution de la société, le liquidateur doit publier l'acte de sa nomination (C. com., art. L. 237-3 et L. 247-6 [L. 24 juillet 1966, art. 392 et 486] ; D. 23 mars 1967 art. 290), celui-ci contenant le cas échéant, les limitations apportées à ses pouvoirs (D. 23 mars 1967, art. 290, 8°). La dissolution de la société doit être inscrite dans le mois au RCS (D. 30 mai 1984, art. 22 et 23). Puis, le greffier doit, dans le délai de huit jours à compter de la mention de la dissolution et de l'identité du liquidateur, adresser un avis au BODACC (D. 30 mai 1984, art. 74 *in fine*). L'avis de clôture de la liquidation, signé par le liquidateur, est publié à sa diligence dans le journal d'annonces légales ayant reçu la publicité accomplie à l'occasion de la dissolution (D. 23 mars 1967, art. 292).

De même, lorsqu'intervient une décision prononçant la nullité de la société, cette décision doit être mentionnée au RCS, dans un délai d'un mois à compter de son prononcé (D. 30 mai 1984, art. 22, 23). Le greffier doit faire publier la mention de la nullité au BODACC (D. 30 mai 1984, art. 74 *in fine*).

Enfin, dans les huit jours de la mention de la radiation au RCS, le greffier doit adresser un avis de radiation au BODACC (D. 30 mai 1984, art. 75). Tant que la dissolution n'est pas publiée, elle est inopposable aux tiers (C. civ., art. 1844-8).

### 3°) *L'administration de l'information*

**27. - L'obligation d'informer et l'inscription au RCS.** - La publicité requise par la directive est obligatoire (Directive 68/151, art. 2). Le système actuel permettant l'octroi de la personnalité morale rend, *ab initio*, obligatoire le passage par le registre du commerce et des sociétés et donc la publicité d'informations. En effet, depuis la loi du 24 juillet 1966, seules les sociétés commerciales (pour les sociétés civiles, la réforme date du 4 janvier 1978) y étant enregistrées peuvent bénéficier de la personnalité morale (C. civ., art. 1842 et C. com., art. L. 210-6 [L. 24 juillet 1966, art. 5]). A défaut, seule la forme de la société en participation est ouverte aux cocontractants (C. civ., art. 1871). A l'origine, les controverses furent importantes, les tenants du contrôle judiciaire étant opposés à ceux de l'authenticité<sup>(35)</sup>. Cependant, l'origine de cette importante modification se trouve une nouvelle fois dans le projet de directive qui, en son article 4.b) disposait : « l'Etat membre intéressé précise lequel des modes de publicité est déterminant pour la naissance de la société à l'égard des tiers ou pour l'opposabilité des actes aux tiers ». Une telle alternative a disparu dans l'acte définitif. Néanmoins, la directive 68/151 a fait obligation aux Etats membres soit d'imposer la forme authentique pour l'acte constitutif et les statuts et les modifications qui peuvent y être apportées, soit d'instituer un contrôle préventif, administratif ou judiciaire, lors de la constitution. L'idée étant de « garantir la régularité, de forme et de fond, de cette constitution et interdire ensuite aux législations nationales de sanctionner par la nullité de la société la plupart des vices dont cette dernière pourrait théoriquement être entachée »<sup>(36)</sup>. L'article 10 de la directive a donc donné lieu à un « tour de prestidigitation »<sup>(37)</sup> réglementaire, la France ayant opté, par une réforme de l'article 16 du décret n° 67-237 du 23 mars 1967 relatif au registre du commerce (devenu l'article 2 du D. du 30 mai 1984), en faveur de ce qui était, au départ, un pseudo-contrôle judiciaire doublé d'une déclaration de conformité des dirigeants (L. 24 juillet 1966, art. 6).

Sur ce terrain, les choses ont évolué en profondeur. D'une part, une importante simplification est intervenue avec la réforme des centres de formalités des entreprises (CFE), ou « guichet unique » (D. 19 juillet 1996 abrogeant le décret du 18 mars 1981). Les CFE sont tenus, pour les sociétés commerciales, par les chambres de commerce et d'industrie (D. 19 juillet 1996, art. 2). Le recours à ces centres est, en principe, obligatoire (D. 19 juillet 1996, art. 3). Une liasse unique de documents est déposée par le déclarant en vue de l'immatriculation. Par la suite, le CFE ventile ces documents auprès des différents organismes concernés. Par dérogation, les déclarants conservent cependant la faculté de transmettre eux-mêmes au greffe les éléments nécessaires, à condition de justifier de la saisine du CFE (D. 19 juillet 1996, art. 3, *in fine*). Le CFE n'est donc pas une institution destinée à améliorer la publicité des sociétés. Il a en revanche pour vocation la simplification des formalités administratives imposées aux entreprises (L. n° 94-126 relative à l'entreprise individuelle). D'autre part, la loi du 11 février 1994 a supprimé l'obligation de déposer une déclaration de conformité effectuée par les fondateurs et les premiers dirigeants. L'article L. 210-7, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de commerce [L. 24 juillet 1966, art. 6, alinéa 1<sup>er</sup>] dispose qu'il est procédé à l'immatriculation de la société « après vérification par le greffier du tribunal compétent de la régularité de sa constitution dans les conditions prévues par les dispositions législatives et réglementaires relatives au registre du commerce ». Cette nouvelle disposition rend le greffier responsable de la conformité des déclarations des dirigeants. Ce qui ressort plus nettement des termes de l'article 30 du décret du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et des sociétés, d'après lequel « le greffier, sous sa responsabilité, s'assure de la régularité de la demande. Il vérifie que les énonciations sont conformes aux dispositions législatives et réglementaires, correspondent aux pièces justificatives et actes déposés en annexe... Il vérifie en outre que la constitution ou les modifications statutaires des sociétés commerciales sont conformes aux dispositions législatives et réglementaires qui les régissent »<sup>(38)</sup>. L'obligation de vérification des formalités incombe donc dorénavant au greffier du tribunal de commerce. Il s'agit d'une obligation de moyens, car, il paraît difficile

<sup>35</sup> V., pour un rappel des controverses, M. HAMIAUT, « La réforme des sociétés commerciales », vol. III, spéc. p. 31 et s. et p. 55 et s.

<sup>36</sup> J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILLAT, « La réforme de la réforme des sociétés commerciales », art. préc., spéc. p. 46.

<sup>37</sup> Ibidem.

<sup>38</sup> D. 30 mai 1984, art. 30. - V. T. BONNEAU, *Dr. sociétés* 1995, n° 161. Sur les pouvoirs du juge commis à la surveillance du registre, J. DERRUPPE, note sous Cass. com., 29 avril 1997 : *RTD com.* 1998, p. 132.

d'exiger du greffier un contrôle *a priori* et au fond de tous les documents remis par les fondateurs <sup>(39)</sup>. En outre, on pourrait encore <sup>(40)</sup> se demander si la nature de ce contrôle est véritablement judiciaire <sup>(41)</sup>.

**28. - L'accès à l'information.** - Le droit communautaire a institué un véritable droit d'accès à l'information pour les tiers (Directive, art. 3.3). Celui-ci a été transposé de façon technique en droit interne (D. 30 mai 1984, art. 67 et s. et Arrêté du 9 février 1988, art. 29 et s.). A l'heure actuelle, suivant le décret n° 98-550 du 2 juillet 1998, des copies peuvent être diffusées par voie électronique, mais elles n'ont qu'une simple valeur de renseignement (D. 30 mai 1984, art. 70, al. 2). Cependant, avec la récente réforme du droit de la preuve (C. civ., Art. 1315-1 et s.), on peut légitimement se demander si les textes en place ne mériteraient pas un toilettage. En effet, avec la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité (C. civ., art. L. 1316-1).

**29. - La sanction des manquements aux obligations de publicité.** - Pour la directive, certaines informations doivent être fournies sous peine de sanctions appropriées (Directive 68/151, art. 6). Le choix délibéré du législateur en 1966 a initialement été celui des sanctions pénales <sup>(42)</sup>. C'est, en premier lieu, le cas pour la sanction du défaut d'indications obligatoires sur les papiers commerciaux (D. 30 mai 1984, art. 72). On doit néanmoins remarquer que les textes de droit interne sont particulièrement ambigus car, si les articles 28 et 56 du décret du 23 mars 1967 imposent une publicité du capital social sur les documents sociaux, l'article 72 du décret du 30 mai 1984 <sup>(43)</sup> ne fustige pas l'absence d'une mention du capital. On ne peut voir là une véritable opposition à la directive, car, aux termes de son article 4, la mention du capital n'est pas une indication obligatoire au sens de l'article 6 de la directive 68/151. En revanche, et cette fois en contradiction avec ce que semble exiger la directive (art. 4, dernier al.), le droit interne oblige à faire état sur les documents sociaux du seul capital souscrit et non pas du capital « versé » (Directive 68/151, art. 4), à savoir libéré.

C'est en second lieu le cas pour ce qui concerne la publicité du bilan et des comptes dont l'absence est réprimée par des infractions (D. 23 mars 1967, art. 53 *in fine* et 293 *in fine*). De ce point de vue, un important courant de pensée avance que « la sanction pénale n'a pas pour objet de sanctionner des négligences formelles, sauf si celles-ci traduisent une réelle intention frauduleuse. Il convient donc d'engager une véritable dépénalisation des comportements de pure négligence des dirigeants sociaux et d'y substituer, pour assurer le respect effectif de l'obligation, un mécanisme adapté variant en fonction de l'objectif poursuivi, sans oublier, bien entendu, le droit commun de la responsabilité civile qui fait obligation au dirigeant social d'indemniser le préjudice causé par sa

<sup>39</sup> On remarquera, avec M. Merle, un bel exemple de malfaçon dans l'arsenal législatif : « le législateur a oublié de supprimer l'article L. 480 qui sanctionne les personnes qui, dans la déclaration de conformité prévue à l'article L. 6, auront sciemment affirmé des faits matériellement faux... En revanche, il a laissé subsister la déclaration de conformité en cas de fusion - art. L. 374 al. 3 -, mais son éventuelle irrégularité ne peut pas être sanctionnée pénalement par l'article L. 480... » : P. MERLE, « Droit commercial - Sociétés commerciales », *Précis Dalloz*, 6<sup>ème</sup> éd., 1998, spéc. p. 76, note 2 et les réf. cit.

<sup>40</sup> V. J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILLAT, « La réforme de la réforme des sociétés commerciales », art. préc., spéc. p. 47.

<sup>41</sup> v. D. 30 mai 1984, art. 59. - On rappellera, que selon une jurisprudence constante de la CJCE, pour apprécier si l'organisme de renvoi possède le caractère de juridiction au sens de l'article 177 du traité, question qui relève uniquement du droit communautaire, la Cour tient compte d'un ensemble d'éléments, tels l'origine légale de l'organe, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application, par l'organe, des règles de droit, ainsi que son indépendance. - Voir, en dernier lieu, CJCE, 17 septembre 1997, Dorsch Consult, C-54/96 : Rec. p. I-4961, point 23. - *Adde* 30 juin 1966, Vaassen-Göbbels, 61/65 : Rec. p. 377 ; 11 juin 1987, Pretore di Salò/X, 14/86 : Rec. p. 2545, point 7 ; 17 octobre 1989, Danfoss, 109/88 : Rec. p. 3199, points 7 et 8 ; 27 avril 1994, Almelo e.a., C-393/92 : Rec. p. I-1477, point 21, 19 octobre 1995, Job Centre, C-111/94 : Rec. p. I-3361, point 9.

<sup>42</sup> V. en ce sens, le rapport de M. Le Bellegou, M. HAMIAUT, « La réforme des sociétés commerciales », vol. 3, préc., spéc. p. 37 : « la peur du gendarme est le commencement de la sagesse... ».

<sup>43</sup> On notera que depuis le décret n° 97-497 du 16 mai 1997, cet article 72 se rapporte notamment à la publicité d'un numéro unique d'identification.

négligence » (44). En pratique, il est vrai que très nombreuses sociétés préfèrent prendre le risque d'avoir à s'acquitter d'une amende plutôt que de porter des informations financières très sensibles sur la place publique (45). La réaction récente de certaines juridictions commerciales mérite l'attention, car elle marque une volonté répressive nouvelle. Ainsi, il a pu être jugé que le fait pour les sociétés qui y sont tenues de ne pas se soumettre à l'obligation de déposer les comptes annuels constitue un trouble économique manifeste à l'égard notamment, de leurs partenaires commerciaux qui, faute d'informations, peuvent subir un préjudice. En conséquence, le président du Tribunal de commerce de Paris a pu ordonner communication de ces comptes au demandeur, sous astreinte de 6000 par jour de retard, l'astreinte étant liquidée au bout de 30 jours, la condamnation étant solidaire entre les associés (46). Cette décision a été approuvée par la doctrine en raison de sa valeur exemplaire (47). Plus récemment, en cas de carence de la société à la suite d'une mise en demeure de régulariser sa situation, la Cour de cassation reconnaît à tout intéressé le droit de demander au président du tribunal de commerce statuant en référé la désignation d'un mandataire chargé d'accomplir la formalité de publicité des comptes sociaux (48).

Les sanctions pénales seraient donc, dans le contexte actuel, pour certains auteurs parfois malvenues, voire inadaptées. Néanmoins, eu égard à la jurisprudence particulièrement rigoureuse de la CJCE saisie récemment et à plusieurs reprises sur la transposition de l'article 6 en Allemagne (49), on conçoit mal des modifications législatives allant dans le sens de la dépénalisation.

**30. - L'opposabilité.** - La dernière conséquence de la directive, probablement la plus importante, concerne le régime de l'opposabilité qui résulte de la publicité obligatoire (Directive 68/151, art. 3.5, 3.6 et 3.7). L'ordonnance n° 69-1176 du 20 décembre 1969 a entériné ces modifications en insérant notamment un nouvel article 4-1 dans la loi du 24 juillet 1966 (dorénavant, C. com., art. L. 210-5). La doctrine a pu reprocher aux auteurs de cette ordonnance les modalités de la transposition qu'elle réalise sur ce point (50). Outre d'importantes questions de forme qui paraissent malmenées, il est vrai, pour le fond, que ce texte délaisse ce qui dans la directive est un principe - « les actes et indications ne sont opposables aux tiers par la société qu'après la publication (au BODACC) » (Directive, 68/151, art. 6.5) - et une dérogation. - « sauf si la société prouve que ces tiers en avaient connaissance » (Directive, 68/151, art. 6.5) -. « Peut-être a-t-on voulu esquiver une sérieuse difficulté qui n'aurait pas manqué de résulter de la superposition de deux sanctions analogues frappant deux obligations de publicité distinctes et se succédant dans le temps. En effet, il ne faut pas oublier que les personnes assujetties à la publicité au registre du commerce « ne peuvent... opposer aux tiers... les faits et actes sujets à mention que si ces derniers ont été publiés au registre » (D. n° 67-237, art. 43). Si l'on avait dit la même chose, pour des mêmes faits et actes, à propos de la publicité au BODAC qui, chronologiquement, vient après celle au registre du commerce, on serait tombé dans une contradiction difficile à réduire. Les auteurs de l'ordonnance ont préféré prendre des libertés avec la directive, plutôt que de reprendre l'ensemble du problème pour mettre au point un système cohérent. Formellement, en tout cas, c'est l'art. 43 du décret sur le registre du commerce qu'il fallait revoir, plutôt que d'ajouter à la loi cet art. 4-1 (dorénavant, C. com., art. L. 210-5), fort mal venu » (51). Cette critique reste d'actualité sous l'empire du nouvel article 66 du décret du 30 mai 1984. Seule la seconde partie de l'article 3.5 de la première directive a été reproduite par le législateur français : « En ce qui concerne

44 P. MARINI, « La modernisation du droit des sociétés - Rapport au premier ministre », *La Documentation Française* 1996, spéc. p. 102.

45 On notera que pour les sociétés cotées en bourse, des textes spéciaux sont appliqués de façon beaucoup plus rigoureuse : notamment D. 23 mars 1967, art. 299-1.

46 Prés. trib. comm. Paris, ord. réf. 7 nov. 1997 sté Julyvonad c/ SA Brico Marchandises International BMI : *Juris-Data* n° 045254.

47 P. LE CANNU, « L'actualité de la jurisprudence », Communication au Colloque AFFIC du mois de mars 1998, consacré à « La compétition économique : réponses et stratégie du Tribunal de Commerce ».

48 Cass. com., 15 juin 1999 : *Rev. sociétés*, p. 607, note Fortuit ; *Bull. Joly* 1999, p. 1013, note Bahans ; *JCP E.* 1999, p. 1488, note Viandier.

49 CJCE, 4 déc. 1997, *Verband deutscher Daihatsu-Händler* ; aff. C-97/96 : Europe 1998, comm. 43, obs. F. Berrod ; *Dr. sociétés* 1998, n° 73, obs. T. Bonneau ; *Bull. Joly* 1998, § 113, note Saintourens. - CJCE, 29 septembre 1998, n° C-191/95, *Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne* : *Bull. Joly* 1998, § 389, note M. Luby.

50 J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILLAT, « La réforme de la réforme des sociétés commerciales », art. préc., spéc. p. 48 et s.

51 *Ibidem*, spéc. p. 49.

les opérations des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés par actions intervenues avant le seizième jour de la publication au Bulletin officiel des annonces commerciales des actes et indications soumis à cette publicité, ces actes et indications ne sont pas opposables aux tiers qui prouvent qu'ils ont été dans l'impossibilité d'en avoir connaissance » (C. com., art. L. 210-5, al. 1er [L. 24 juillet 1966, art. 4-1, al. 1<sup>er</sup>]). On peut, en l'état actuel des textes, se demander quelle règle est applicable, dans le cas où le tiers n'a pas réussi à prouver qu'il a été dans l'impossibilité d'avoir connaissance de l'indication publiée au BODACC ? Les juges du fond tentent de réaliser un équilibre entre ces textes en les interprétant dans un sens favorable à la directive. Ainsi, d'après la Cour d'appel de Paris, si l'inscription au registre du commerce d'une société, dont la forme est modifiée, entraîne naissance de la personnalité morale de celle-ci, seule la publication des indications les concernant dans le BODACC les rend immédiatement opposables aux tiers, à moins que ces derniers prouvent avoir été dans l'impossibilité d'en avoir eu connaissance, auquel cas cette publication ne leur est opposable qu'à compter du seizième jour qui l'a suivie <sup>(52)</sup>. On pourrait en déduire que la naissance de la personnalité morale est toujours opposable aux tiers par application combinée des articles L. 210-6 du Code de commerce [L. 24 juillet 1966, art. 5] et 66 du Décret du 30 mai 1984 - donc par inscription au RCS -, mais que, pour les « opérations » visées par l'article L. 210-5 du même code [L. 24 juillet 1966, art. 4-1], c'est alors, en vertu de l'adage *specialia generalibus derogant*, la publicité au BODACC qui prime. Tel n'est pas le cas ; d'après la Cour de cassation, « les actes modificatifs affectant une société ne sont opposables aux tiers que s'ils ont été publiés au registre du commerce et des sociétés, même s'ils ont fait l'objet d'une autre publicité légale » <sup>(53)</sup>. Par sa généralité <sup>(54)</sup>, cette solution, qui reproduit l'article 66, alinéa 3 du décret du 30 mai 1984, semble vider de sa substance l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L. 210-5 du Code de commerce [L. 24 juillet 1966, art. 4-1]. En conséquence, le droit interne paraît être, sur ce point, en porte-à-faux avec la directive 68/151.

Il n'en va pas de même de l'alinéa 2 du même article qui reproduit l'article 3.6 de la directive. Quant à la faculté qu'ont les tiers de se prévaloir des actes et indications pour lesquels les formalités de publicité n'ont pas été accomplies, elle est expressément visée dans le corps de l'article 66, alinéa 1<sup>er</sup> du décret du 30 mai 1984.

**31. - Conclusion de la première partie.** L'examen, point par point, des effets de la transposition de la directive 68/151 met en évidence certaines imperfections, surtout dans le domaine de la publicité. En droit interne, les textes qui la régissent sont par trop diffus, nombreux, parfois antinomiques. On doit souhaiter, pour l'avenir que, les nouvelles technologies aidant, une réforme de l'ensemble de la publicité commerciale permette, non seulement de parfaire la transposition, mais surtout de donner plus de cohérence à un système qui, de surcroît, s'avère coûteux pour les entreprises <sup>(55)</sup>.

## II. - L'esprit imposé

**32. - L'absence de définition communautaire de la nature des sociétés.** - Si la première directive a matériellement pu être suivie d'effets <sup>(56)</sup>, le législateur français n'a, semble-t-il, pas envisagé la portée du texte au regard du droit commun des contrats. En effet, le droit interne français est ambigu quant à la nature de la société <sup>(57)</sup>. Le droit communautaire s'attache à une définition large de la notion d'entreprise - « toute entité exerçant une activité économique » -, ce qui explique peut-être qu'il n'ait pas souhaité donner son opinion concernant la nature de la société. En effet, d'une part, il convient d'offrir un cadre large pour faciliter l'harmonisation des législations des Etats membres de l'Union. D'autre part, ce concept d'entreprise - très ouvert - permet d'étendre la logique communautaire de la concurrence au plus grand nombre possible d'entités économiques. Ce flou explique également, au moins en partie, les difficultés inhérentes à la mise en place d'une

<sup>52</sup> CA Paris, 28 mars 1990 : D. 1990, IR, p. 428.

<sup>53</sup> Cass. com., 29 juin 1993 : Bull. civ. IV, n° 275 ; Bull. Joly 1993, p. 914, § 267, note B. SAINTOURENS ; JCP. E 1994, II, 563 note H. LE NABASQUE.

<sup>54</sup> La Cour de cassation aurait pu en cantonner les effets aux sociétés de caution mutuelle, seules concernées en l'espèce. - V., en ce sens, la note précitée de B. SAINTOURENS.

<sup>55</sup> La plupart des grandes entreprises françaises recourent à un examen minutieux des journaux d'annonces légales, certaines y consacrent un service entier.

<sup>56</sup> J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILLAT, « La réforme de la réforme des sociétés commerciales », art. préc. - Y. GUYON, « La coordination communautaire du droit français des sociétés », in *Développements récents du droit des entreprises dans la CEE*, RTD Europ. 1990, p. 241 et s.

<sup>57</sup> V., en ce sens, J.-P. BERTREL, « Le débat sur la nature de la société », in *Droit et vie des affaires - Etudes à la mémoire d'A. Sayag*, Litec 1997, p. 131 et les réf. cit.

société anonyme européenne ou d'une société par actions simplifiée européenne. Par conséquent, la société est abordée par la première directive dans sa seule dimension institutionnelle. Le contrat, qui peut aboutir à sa publicité, à l'immatriculation et donc, en droit français, à la jouissance de la personnalité morale (58), n'est envisagé qu'au second degré, à partir de la question de la nullité des sociétés.

**33. - L'importance du recours au droit commun des contrats dans la formation des sociétés françaises.** - En droit français, le droit commun des contrats joue toujours un rôle primordial dans la constitution d'une société de capitaux. Mise à part l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée qui est « instituée (...) par l'acte de volonté d'une seule personne » (C. civ., art. 1832, al. 2), la société trouve, en principe, son origine dans un contrat (C. civ., art. 1832, al. 1). C'est ainsi que la société prend place dans le Code civil en tant que contrat spécial (Code civil, Livre III, titre IX). Par application de l'article 1108 du Code civil, la formation d'une société doit donc obéir aux conditions de capacité, de consentement, de cause et d'objet (59). Le droit communautaire en tient-il véritablement compte ? La lecture de l'article 11 de la première directive permet d'en douter, car on ne saurait *a priori* y voir une description du régime contractuel de base de toute société.

**34. - Portée des causes de nullité de la directive au regard du droit interne.** - Cet état de fait ne devrait donc pas affecter ce qui se situe en amont de l'acquisition de la personnalité morale. Les conditions de formation des contrats de société de capitaux ne devraient pas s'en trouver modifiées. On aurait en effet pu penser que le principe de limitation des causes de nullité ne concernait que la société personne morale, au regard de ses conditions d'immatriculation. Le *numerus clausus* de l'article 11 de la directive paraît aller en ce sens. On y trouve les conditions indispensables à l'immatriculation :

- « 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 relatives 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 ».

Cette liste recouvre ainsi tous les éléments dont l'existence doit être constatée par le greffier du tribunal de commerce qui, en charge du registre du commerce et des sociétés (D. 30 mai 1984, art. 4), est notamment tenu de procéder à ces vérifications (même décret, art. 14 et s.). En droit interne, le contrôle s'effectue donc avant l'immatriculation. Par conséquent, la doctrine concevait difficilement qu'une fois accompli le réajustement de la réglementation par rapport à la directive (v. supra), les principes de l'article 11 puissent prêter à conséquence, notamment par le jeu de l'effet direct. « Dissoute dans le tissu juridique français », la directive « paraissait ne plus appeler de longues discussions » (60). Néanmoins, la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) a finalement adopté une analyse contractuelle des sociétés de capitaux immatriculées (A). Cette conception donne, en droit français, une nouvelle portée à l'article 11 de la directive (B). Certaines solutions ont pu être préconisées pour en assurer le respect sans totalement démunir les juridictions françaises (C).

#### A. - Le droit communautaire et la conception contractuelle des sociétés de capitaux

<sup>58</sup> En droit communautaire - plus précis sur ce point - l'immatriculation paraît déterminer la naissance de la personnalité morale. On peut le déduire de l'article 7 de la directive n° 68/151/CEE et, plus nettement, de l'article 1<sup>er</sup> - 2. du Règlement CEE n° 2137/85, relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique.

<sup>59</sup> V., en dernier lieu, J. HONORAT, « Les nullités des constitutions de sociétés », *Deffrénois* 1998, 1<sup>ère</sup> part., art. 36706.

<sup>60</sup> C. GAVALDA et G. PARLEANI, *Traité de droit communautaire des affaires*, 2<sup>ème</sup> éd., Litec 1992, spéc. p. 263, n° 264.

**35. - CJCE, 10 mars 1992 - *Powell Duffryn plc et Wolfgang-Petereit*.** - Par un arrêt du 10 mars 1992, la CJCE a pu manifester son attachement à une conception contractuelle des sociétés de capitaux. Certes, en l'espèce, ce n'était pas de la 1<sup>ère</sup> directive communautaire dont il était question. En effet, pour considérer des statuts d'une société allemande comme une convention au sens de l'article 17 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, la CJCE rappelle tout d'abord un précédent en matière d'association <sup>(61)</sup>. Ensuite, raisonnant par analogie, elle retient que « les liens existants entre les actionnaires d'une société sont comparables à ceux qui existent entre les parties à un contrat. La constitution d'une société traduit en effet l'existence d'une communauté d'intérêts entre les actionnaires dans la poursuite d'un objectif commun. Afin de réaliser cet objectif, chaque actionnaire est investi, vis-à-vis des autres actionnaires et des organes de la société, de droits et d'obligations qui trouvent leur expression dans les statuts de la société. Il s'ensuit que, pour l'application de la convention de Bruxelles, les statuts de la société doivent être considérés comme un contrat régissant à la fois les rapports entre les actionnaires et les rapports entre ceux-ci et la société qu'ils créent » <sup>(62)</sup>.

**36. - Première directive et analyse contractuelle de la société.** - L'analyse contractuelle des statuts de la société devrait permettre une certaine extrapolation : s'ils matérialisent un contrat ou, tout au moins, un acte juridique collectif, la société qui en découle possède également cette nature. Si tel était le cas, il faudrait alors admettre que la 1<sup>ère</sup> directive signifie nettement que les causes de nullité évoquées ont uniquement trait au formalisme inhérent à la naissance d'une personne morale. En conséquence, il serait possible de limiter à la personne morale les effets de l'article 11 *in fine*, d'après lequel « 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 ». Subsisterait la faculté d'annuler la société conformément aux principes de droit commun des contrats : à savoir notamment la fraude ou la non-conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs de l'objet social réel.

**37. - CJCE, 13 novembre 1990 - *Marleasing SA*.** - Malgré cette perspective, somme toute envisageable, dès l'origine, certains auteurs avaient pu constater une certaine non-conformité entre le droit interne et la première directive <sup>(63)</sup>. Dans une espèce antérieure à l'arrêt *Powell Duffryn*, la même CJCE avait pu donner une interprétation absolutiste de l'article 11 de la 1<sup>ère</sup> directive <sup>(64)</sup>. La cour a en effet pu considérer que l'objet réel d'une société anonyme espagnole ne devait pas être retenu pour procéder à l'annulation de celle-ci : « l'article 11 de la directive (...) interdit d'interpréter les dispositions du droit national relatives aux sociétés anonymes d'une manière telle que la nullité d'une société anonyme puisse être prononcée pour des motifs autres que ceux qui sont limitativement énoncés à l'article 11 de la directive en cause ». Cette prise de position revient à exclure toutes les causes de nullité non prévues par la directive, à savoir toutes les nullités afférentes au droit commun des contrats ou au contrat de société.

**38. - Rapprochement des décisions.** - Cette décision a donc pu être présentée comme participant d'un « reflux des nullités » en droit français des sociétés <sup>(65)</sup>. Pour autant, y a-t-il véritablement antinomie entre les solutions précédentes ? *A priori*, on pourrait le penser : l'arrêt *Powell Duffryn* propose une analyse contractualiste de la société alors que l'arrêt *Marleasing* exclut les causes contractuelles d'annulation des sociétés du champ d'application de l'article 11 de la première directive. Cependant, il ne semble pas que l'on puisse pour autant en déduire une quelconque contradiction de la part de la CJCE. En effet, une société possède, *ab initio*, une nature contractuelle qui perdure une fois l'immatriculation réalisée <sup>(66)</sup>. Ainsi se trouve justifiée la décision du 10 mars 1992. Mais, pour autant, la 1<sup>ère</sup> directive paraît poser un principe : l'immatriculation et les contrôles préalables qui permettent celle-ci purgent le contrat de société des vices

<sup>61</sup> CJCE, 22 mars 1983, aff. 34/82, Rec., p. 987.

<sup>62</sup> CJCE, 10 mars 1992, Aff. C 214/89, *Powell Duffryn plc et Wolfgang-Petereit* : *Bull. Joly*, § 247, note J-B. BLAISE ; *Deffrénois* 1992, 1<sup>ère</sup> part., 35382, obs. P. LE CANNU ; *RTD civ.* 1992, p. 757, obs. J. MESTRE.

<sup>63</sup> R. HOUIN, *RTD com.* 1969, p. 1013 ; HEMARD, TERRE et MABILLAT, « La réforme de la réforme des sociétés commerciales », art. préc., spéc. p. 58 ; Y. SERRA, « 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., p. 97.

<sup>64</sup> CJCE, 13 novembre 1990 : arrêt préc.

<sup>65</sup> L. GROSCLAUDE, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, Th. Paris 1, 1997, spéc. n° 177 et s.

<sup>66</sup> V., notamment, la jurisprudence relative au mandat des administrateurs de sociétés anonymes.

susceptibles de conduire à l'annulation, l'inexistence, la nullité absolue ou relative de la société devenue personne morale.

Du strict point de vue du droit communautaire, la CJCE est fréquemment amenée à préciser la portée de sa jurisprudence en matière d'applicabilité directe et de responsabilité des Etats. Ainsi, à propos de la première directive 68/151, cette juridiction a eu l'occasion de rappeler les principes suivants :

- « une directive ne peut pas par elle-même créer d'obligations dans le chef d'un particulier et ne peut donc être invoquée en tant que telle à son encontre (voir, notamment, arrêts du 26 février 1986, *Marshall I*, 152/84, Rec. p. 723, point 48; du 14 juillet 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, Rec. p. I-3325, point 20, et du 7 mars 1996, *El Corte Inglés*, C-192/94, Rec. p. I-1281, point 15) (...) ;
- un tel résultat ne préjuge pas l'applicabilité éventuelle du principe selon lequel le droit communautaire impose aux États membres de réparer les dommages qu'ils ont causés aux particuliers en raison de l'absence de transposition ou de la transposition incorrecte d'une directive (arrêts du 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur* et *Factortame*, C-46/93 et C-48/93, Rec. p. I-1029, point 51, et du 26 mars 1996, *British Telecommunications*, C-392/93, Rec. p. I-1631, point 39) » (67).

Dès lors, pour déterminer les éventuelles facultés de recours ouvertes contre l'Etat français, il convient d'examiner la portée de la jurisprudence *Marleasing* en droit interne.

#### B. - Portée de la jurisprudence *Marleasing* en droit interne

**39. - Deux séries de conséquences.** - La conception apparemment absolutiste de l'article 11 de la première directive telle qu'elle ressort de *Marleasing* emporte des conséquences autant pour ce qui concerne le droit commun des contrats que pour ce qui a trait au droit des sociétés.

**40. - Le droit commun des contrats.** - La portée de l'arrêt *Marleasing* a été largement commentée. Excluant expressément la fraude - c'est-à-dire la cause subjective (68) - et l'objet social réel des causes de nullité, cette décision s'oppose en ce sens à l'article 360, alinéa 1<sup>er</sup> de la loi du 24 juillet 1966 aux termes duquel la nullité d'une société peut résulter des dispositions qui régissent la nullité des contrats (69). Si l'on veut aller au-delà, la portée de l'arrêt mérite d'être éclairée à la lumière des autres éléments indispensables à la formation d'un contrat : le consentement et la capacité (C. civ., art. 1108). L'article 7 de l'ordonnance n° 69-1176 du 20 décembre 1969 a introduit dans l'article L. 235-1 du Code de commerce [L. 24 juillet 1966, art. 360] une disposition aux termes de laquelle :

« en ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, la nullité de la société ne peut résulter ni d'un vice de consentement ni de l'incapacité, à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs ».

Cette dernière réserve est conforme à l'esprit de la directive, car le « e) » de l'article 11.2 retient « l'incapacité de tous les associés fondateurs » comme cause de nullité.

**41. - Le droit commun des sociétés.** - D'après l'article 1844-10 du Code civil, « la nullité de la société ne peut résulter que de la violation des dispositions des articles 1832, 1832-1, alinéa 1<sup>er</sup>, et 1833 ».

L'article **1832** du Code civil requiert des apports, une participation aux résultats et, jurisprudentiellement, un *affectio societatis*. Concernant les apports, leur mention statutaire est rendue obligatoire par la directive (art. 11.2 c). Cependant, il y a fort à penser que, comme pour l'objet social, seule la déclaration statutaire est prise en

<sup>67</sup> CJCE, 4 décembre 1997 : arrêt préc.

<sup>68</sup> Qui en droit interne s'exprime en différents points : C. civ., art. 1166 et 1167 et l'adage *Fraus omnia corrumpit*.

<sup>69</sup> Sur ce point, v. B. SAINTOURENS, Les causes de nullité des sociétés : l'impact de la 1<sup>ère</sup> directive CEE de 1968 sur les sociétés, interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes, art. préc. ; F. LECLERC, Que reste-t-il des nullités de sociétés en droit français après l'arrêt *Marleasing* ?, art. préc.

considération ; dès lors, les apports fictifs, s'ils peuvent entraîner la responsabilité civile et pénale de ceux qui les réalisent ne peuvent, à suivre la directive, provoquer la nullité de la société <sup>(70)</sup>. Cela semble signifier que, dans toutes les hypothèses où, en raison d'une requalification, l'apport doit être considéré comme fictif, la nullité de la société ne peut être recherchée. Par exemple, selon l'article 854 du Code civil, « il n'est pas dû de rapport pour les associations faites sans fraude entre le défunt et l'un de ses héritiers, lorsque les conditions en ont été réglées par un acte authentique ». En vertu de ce texte, en l'absence d'acte authentique, la fraude permet d'exiger un rapport du bien apporté, ce qui peut conduire à la caractérisation d'un apport fictif, sans qu'il y ait, pour autant, nullité de la société. Quant à la participation aux résultats, elle ne peut plus entraîner la nullité d'une société de capitaux. En effet, selon l'article L. 235-1 du Code de commerce [L. 24 juillet 1966, art. 360], « la nullité de la société ne peut non plus résulter de la nullité des clauses prohibées par l'article 1844-1 du Code civil » qui, en son alinéa 2, condamne les clauses léonines. Enfin, par hypothèse, l'affectio societatis - souvent déduit des éléments précédents - ne saurait entraîner la nullité d'une société de capitaux dûment immatriculée. L'affectio societatis est indispensable à la formation ou à la reconnaissance d'un contrat de société, mais, une fois ce constat réalisé et passée l'immatriculation, son existence se détache inexorablement de celle de la société.

La référence à l'article **1832-1** du Code civil a perdu de sa portée depuis que le législateur admet que deux époux peuvent être associés de n'importe quelle société, société en nom collectif comprise.

Quant à l'article **1833** du Code civil, il renvoie à l'objet social (v. *supra*) et à l'intérêt commun des associés. La société doit être constituée en considération de cet intérêt. Mais, en admettant que tel ne soit pas le cas - ce qui, bien souvent, renverra à des problèmes de vices du consentement -, l'interprétation stricte de l'article 11 de la première directive paraît alors s'opposer à ce que l'on puisse obtenir la nullité de la société.

### C. - A propos des solutions de conciliation entre droit communautaire et droit interne

**42. - La force du droit communautaire.** - A la suite de l'arrêt *Marleasing*, le droit français des nullités des sociétés de capitaux risque fort d'être restreint à sa plus simple expression. Il semblerait que l'on puisse suivre une partie de la doctrine française d'après laquelle les cas de nullité de l'article 11 de la première directive constituent seulement « le maximum de ce que la législation de chaque Etat membre peut retenir » <sup>(71)</sup>. Pourtant, du côté de la jurisprudence comme de celui de la doctrine, des propositions ont été faites pour tenter de concilier le droit communautaire et le droit interne. Elles consistent à préconiser tantôt une interprétation restrictive des causes françaises de nullité des sociétés, tantôt une sanction différente de celles prohibées par l'article 11 *in fine* de la première directive.

#### 1°) L'interprétation restrictive des causes de nullité des sociétés

**43. - La jurisprudence.** - Il apparaît, en l'état actuel du droit que la Cour de cassation paraît quelque peu réfractaire à la mise en oeuvre de la jurisprudence communautaire. En effet, dans une décision, la chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré que la nullité d'une société à responsabilité limitée ne pouvait être prononcée pour fraude que si tous les associés y avaient participé <sup>(72)</sup>. Il s'agit là d'une application du droit commun de la fraude adapté à un acte juridique collectif : la caractérisation d'un concert frauduleux est indispensable dans la mesure où la mauvaise foi ne se présume pas. Par conséquent pour chaque associé, la preuve de l'existence d'une mauvaise foi doit être rapportée. Il ne faut peut-être pas attacher une trop grande portée à cette décision, car « la difficulté communautaire ne paraît avoir été évoquée devant la Cour de cassation qui ne pouvait donc répondre à une question qui ne lui était pas posée et ne pouvait apparemment se saisir elle-même de ce moyen » <sup>(73)</sup>. Dès lors, la jurisprudence restant très discrète sur la question <sup>(74)</sup>, on peut se tourner vers la doctrine pour trouver d'éventuelles interprétations.

<sup>70</sup> En ce sens, v. aussi *Dictionnaire Joly Sociétés*, V° Apports - Généralités, par G. Baranger, spéc. n° 7.

<sup>71</sup> B. MERCADAL et P. JANIN, « Sociétés commerciales », *Mémento prat. F. Lefebvre* 1997, spéc. n° 3729, 2.

<sup>72</sup> Cass. com., 28 janvier 1992 : *Bull. IV*, p. 29, n° 36.- *JCP E.* 1992 II, 378, note A. TISSERAND.- *Bull. Joly* 1992, p. 420, § 133, note P. LE CANNU.- *JCP E.* 1992 I, 145, obs. J.-J. CAUSSAIN et A. VIANDIER.- *Dr. sociétés* 1992, n° 75, obs. T. BONNEAU.- *D.* 1993, j., p. 23, note J. PAGES.- *JCP E.* 1993 I, 264, n° 3, obs. Y. REINHARD.

<sup>73</sup> Y. REINHARD, obs. sous Cass. com., 28 janvier 1992 : *JCP E.* I, 264, n° 3.

<sup>74</sup> V. en dernier lieu, Cass. soc., 18 février 1998, pourvoi n° 94-44.623 : *Juridisque Lamy*, arrêt n° 853.

**44. - La doctrine.** - Certains auteurs ont pu déduire de cette décision qu'elle « aboutit pratiquement à éliminer les annulations pour cause illicite » et qu'elle « est donc bien conforme à la méthode préconisée par l'arrêt *Marleasing* : par une interprétation restrictive du droit national, la Cour de cassation réussit à faire à peu près disparaître un motif d'annulation qui n'est pas mentionné par la directive du 9 mars 1968 » (75). Malheureusement, une société - une SARL entre époux par exemple - peut parfaitement n'exister que pour un motif frauduleux et concerté - une atteinte aux droits des créanciers, par exemple -. C'est pourquoi on peut penser que l'arrêt *Marleasing* ne se contente pas d'à peu près, c'est-à-dire d'une « quasi-disparition » des nullités pour fraude. La solution paraît beaucoup plus rigide. Cela explique que d'autres auteurs aient envisagé de sanctionner les causes de nullité par l'inopposabilité.

## 2°) L'inopposabilité

**45. - Une solution envisageable pour protéger les tiers.** - La directive ayant pour vocation première la protection des associés et des tiers, on conçoit mal que ces derniers se retrouvent totalement démunis lorsque l'existence de la société heurte leurs droits. On pourrait donc concevoir le maintien d'une sanction des actes frauduleux ou fictifs qui ne soit pas prohibée par l'article 11 *in fine* de la première directive. Devraient donc être exclues la nullité relative ou absolue, l'inexistence, et l'annulabilité. En revanche, rien ne s'oppose *a priori* à ce que les magistrats sanctionnent la fraude par une inopposabilité de l'acte. L'inopposabilité a été définie comme l'inefficacité au regard des tiers d'un droit né par suite de la passation ou par suite de la nullité d'un acte juridique (76). Elle est traditionnellement distinguée de la nullité (77). Le droit positif ne semble donc pas opposé à une défense des tiers au contrat de société par le recours à l'inopposabilité. Bien au contraire, d'après la doctrine, la sanction d'usage est « le refus d'appliquer la règle dont les conditions ont été réunies par fraude : l'inopposabilité » (78) ; quant à la jurisprudence, elle sanctionne la fictivité des sociétés non pas par leur inexistence, mais par leur inopposabilité (79). Cette interprétation, dans la mesure où elle paraît respectueuse de la solution donnée par la Cour de cassation dans l'arrêt Lumale (80), semble convenir. Pour autant, ce raisonnement peut-il être systématisé au regard du droit communautaire ? Dans l'affirmative, les magistrats pourraient ménager un terrain d'entente entre la nécessaire protection des tiers et l'interprétation restrictive de l'article 11 *in fine* de la première directive.

**46. - Conclusion générale.** - La transposition de la première directive en France met en exergue les difficultés d'une convergence vers des principes communautaires communs. Du point de vue de la méthode, elle a permis de démontrer que, contrairement aux négociations qui la précèdent, l'harmonisation législative dans l'Union européenne est un acte juridique et non pas politique. Il est donc risqué d'anticiper sur un projet de réforme communautaire pour refondre sa législation. Quant à ses effets, mis à part certains points très précis qui ont pu être mis en évidence, le droit interne paraît s'être doté d'une législation conforme. Deux pôles de résistance subsistent toutefois et contredisent non pas la directive, mais les grands axes que semblaient tracer son préambule. Le premier ressort de la pratique. Malgré de nombreuses réformes, la publicité, en droit des affaires reste mal organisée. Les informations sensibles ne sont pas toujours publiées. Cela paraît légitime lorsqu'elles s'apparentent au secret des affaires. Cela l'est moins lorsqu'il est question de l'image économique de l'entreprise et, par conséquent, de la protection de ses partenaires ou des tiers. De ce point de vue, la première directive a

<sup>75</sup> J. HONORAT, « Les nullités des constitutions de sociétés », art. préc., spéc. n° 90. - Dans le même sens, par la mise en œuvre d'une interprétation téléologique de l'article 360 de la loi du 24 juillet 1966, v. F. LECLERC, « Que reste-t-il des nullités de sociétés en droit français après l'arrêt *Marleasing* », art. préc., spéc. p. 325 et s.

<sup>76</sup> G. CORNU, « Vocabulaire juridique », *Puf* 1990, V° Inopposabilité.

<sup>77</sup> Ibidem. - V. aussi J. DUCLOS, L'opposabilité, Bib. de droit privé, T. 179, LGDJ 1984, spéc. p. 27, n° 5. - TERRE, Introduction générale, n° 305. - MALAURIE et AYNES, Les obligations, n° 542.

<sup>78</sup> J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, Introduction générale, Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, *LGDJ*, 4<sup>ème</sup> éd., 1994, spéc. n° 827. - Dans un sens proche, F. TERRE, Introduction générale, *Précis Dalloz*, 2<sup>ème</sup> éd., 1994, spéc. n° 431.

<sup>79</sup> Cass. com., 2 juin 1987 : *Bull. Joly* 1987, p. 997, § 402 ; d'une façon plus alambiquée, v. Cass. civ. 3, 22 janvier 1997 : *Audijuris* 1997/03, n° 73, spéc. p. 33, obs. J.-P. DOM ; CA Paris, 16 novembre 1993 : *Bull. Joly* 1994, p. 73, § 12, note P. DIENER. - Mais pour un arrêt sanctionnant la fictivité par la nullité, v. CA Paris, 1<sup>er</sup> décembre 1992 : *Bull. Joly* 1993, p. 323, § 88, note B. SAINTOURENS.

<sup>80</sup> Cass. com., 16 juin 1992 : *Bull. Joly* 1992, p. 960, § 313 ; *Dr. sociétés* 1992, comm. 178, obs. T. BONNEAU ; *D.* 1993, j., p. 512, note L. COLLET ; *Adde* P. LE CANNU, Inexistence ou nullité des sociétés fictives, *Bull. Joly* 1992, p. 875, § 274.

permis certains progrès, mais, à l'heure de la télématique, il paraîtrait possible qu'une publicité sélective des informations, en temps réel ou presque, soit envisagée. Le deuxième pôle de résistance relève d'une essence plus sociologique et historique : le droit français reste attaché à la sanction de la fraude. « *Fraus omnia corrumpit* » est un adage fort. La tendance est d'ailleurs, en droit commun, à un élargissement de ses conditions d'application<sup>(81)</sup>. Dès lors, en l'écartant des conditions de nullité des sociétés de capitaux, la jurisprudence *Marleasing*, opère une mutation profonde du contrat de société, voire, pour certains auteurs, du droit des contrats. Le recours éventuel à la sanction de l'inopposabilité permettrait, tout en donnant à la société sa pleine dimension contractuelle, la transposition de la directive quant à ses fondements : la protection des associés et des tiers.

---

<sup>81</sup> V., par exemple, Cass. civ. 1, 7 octobre 1998 : *D.* 1998, j., p. 563, concl. J. SAINTE-ROSE.