

# **PREMIER ECHO DE L'ARRET MARLEASING DANS LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE : NON CONFORMITE DU DROIT FRANÇAIS DES NULLITES DES SOCIETES AU DROIT COMMUNAUTAIRE**

**Commentaire de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 21 septembre 2001**

**Michel MENJUCQ**

Professeur à l'Université de Paris I

Il aura fallu onze ans pour que l'arrêt Marleasing de la Cour de justice des communautés européennes en date du 13 novembre 1990<sup>1</sup> ait un premier écho auprès des juges français. On sait que dans cet arrêt la Cour de justice a adopté une interprétation particulièrement stricte de l'article 11 de la directive n°68/151/CEE du 9 mars 1968 qui énonce limitativement les causes de nullité des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés par actions. C'est ainsi qu'elle avait considéré que " chaque motif de nullité prévu par l'article 11 de la directive est d'interprétation stricte (...) et que les mots " l'objet de la société " doivent être compris comme se référant à l'objet de la société, tel qu'il est décrit dans l'acte de constitution ou dans les statuts " et qu'elle ne pouvait donc pas résulter de l'activité réelle de la société.

D'une semblable interprétation de l'article 11 de la directive 68/151/CEE, la doctrine en avait justement déduit à cette époque la non conformité de l'article 360 de la loi du 24 juillet 1966 puisque le texte légal français se référait aux causes de nullité régissant les contrats qui dépassent de beaucoup les causes prévues par l'article 11 de ladite directive<sup>2</sup>.

Cependant, la Cour de cassation est demeurée insensible à la jurisprudence Marleasing puisque, postérieurement à la décision des juges communautaires et contrairement aux dispositions de l'article 11 de la directive, elle a d'une part, affirmé dans l'arrêt Lumal<sup>3</sup>, qu'une société fictive est nulle et d'autre part admis, dans l'arrêt Demuth<sup>4</sup>, que l'annulation pour fraude d'une société est possible si tous les associés ont concouru à la fraude.

---

<sup>1</sup> CJCE 13 novembre 1990, Bull. Joly 1991, p. 190 avec le commentaire de B. Saintourens, p. 123 ; JCP éd. G, 1991, II, 21658, note P. Level ; Rev. soc. 1991, p. 532, note Y. Chaput.

<sup>2</sup> Concernant l'incompatibilité du droit français, voir F. Leclerc, Que reste-t-il des nullités des sociétés en droit français après l'arrêt Marleasing ?, RJ com. 1992, p. 321.

<sup>3</sup> Cass. com., 16 juin 1992, Bull. Joly 1992, p. 960.

<sup>4</sup> Cass. com. 28 janvier 1992, arrêt Demuth, Bull. Joly 1992, p. 419, note P. Le Cannu ; Dr. sociétés 1992, n° 75, obs. T. Bonneau ; JCP éd. E, 1992, II, 378, note A. Tisserand ; D. 1993, jur., p. 23, note J. Pages.

Par l'arrêt du 21 septembre 2001, la Cour d'appel de Paris (3<sup>ème</sup> Ch, C) est la première juridiction française à prendre en considération la jurisprudence Marleasing. En l'espèce, un des fondateurs d'une société anonyme dénommée New Lab international soutenait que l'apport d'un fonds de commerce à la société afin de couvrir l'attribution d'actions à trois des associés n'ayant jamais été fait, l'apport de ces derniers était fictif, ce qui rendait nulle, selon lui, la société. Il invoquait en outre la nullité de plusieurs délibérations.

Pour débouter l'appelant de toutes ses demandes et refuser de prononcer la nullité de la société anonyme pour apport fictif, la Cour d'appel de Paris affirme que " l'article L. 235-1 du Code de commerce en ce qu'il se réfère aux dispositions du droit commun des contrats comme cause de nullité d'un contrat de société, n'est pas compatible avec les dispositions de l'article 11 de la directive ". Elle précise en outre que les dispositions précitées du droit communautaire ne s'étendent pas à la nullité des actes ou délibérations des organes de la société, et que l'appelant ne rapporte pas la preuve de ses allégations, ce qui lui interdit d'obtenir la nullité des délibérations litigieuses au regard des causes de nullité des actes non modificatifs des statuts du droit français.

L'affirmation des juges de la Cour d'appel de Paris est orthodoxe par rapport au droit communautaire tel qu'il est interprété par la Cour de justice (I) mais est susceptible de provoquer un profond bouleversement du droit français des nullités des sociétés de capitaux (II).

## **I. ORTHODOXIE COMMUNAUTAIRE**

L'arrêt de la Cour d'appel de Paris se conforme absolument à la jurisprudence Marleasing, tant dans la portée normative qu'elle confère à la directive du 9 mars 1968 que dans la solution sur le fond du droit.

En effet, la Cour d'appel de Paris reprend dans l'arrêt du 21 septembre 2001, ce qui est un autre apport de l'arrêt Marleasing, c'est-à-dire l'interprétation des dispositions nationales à la lumière du texte et de la finalité de la directive en cause<sup>5</sup>. Cette interprétation confère une portée utile supérieure aux directives dont l'effet direct, lorsqu'il existe parce que le texte en cause est clair et inconditionnel, ne peut être opposé qu'aux Etats membres qui en sont les seuls destinataires et non aux ressortissants de ces Etats.

Ainsi, lorsqu'une directive n'a pas été transposée en droit interne ou l'a été incorrectement il n'est pas possible d'opposer à un particulier cette directive communautaire car, en vertu de la jurisprudence de la Cour de justice, cette dernière n'a pas d'effet direct horizontal<sup>6</sup>. En revanche, au moyen de l'obligation imposée aux juges nationaux d'interpréter le droit national

---

<sup>5</sup> Dans le même sens que l'arrêt Marleasing, voir CJCE 10 avril 1984, aff. C-103/88, Rec. p. 1891 ; 16 décembre 1993, aff. C-334/92, Rec. p. 6911.

<sup>6</sup> Voir CJCE 14 juillet 1994, aff. C-91/92, Faccini Dori, JCP 1995, II, 22358, note Level.

conformément aux objectifs de la directive, tout particulier ou le juge lui-même d'office - comme l'ont fait les juges d'appel dans la présente affaire<sup>7</sup> - peut soulever à l'encontre d'un particulier la non conformité du droit national par rapport à la finalité d'une directive non transposée ou incorrectement transposée pour que soit refusée l'application des dispositions du droit national. On a pu dire que cette obligation d'interprétation conforme conduisait à reconnaître un effet indirect horizontal aux directives puisque leur invocation à l'encontre d'un particulier est permise mais seulement dans la mesure où elles servent à interpréter les règles nationales.

En l'occurrence, relevant que la finalité de la directive du 9 mars 1968 réside dans la réduction des cas de nullités des sociétés aux seules causes énoncées par l'article 11, la Cour d'appel qui a soulevé d'office le moyen tiré du droit communautaire, en a déduit l'incompatibilité du droit français des nullités des sociétés de capitaux puisque l'article L. 235-1 vise les nullités du droit commun des contrats. Elle en conclut que les règles françaises doivent être écartées et qu'elles ne peuvent pas fonder la demande de l'appelant en nullité de la société.

## **II. BOULEVERSEMENT NATIONAL**

La portée de la déclaration d'incompatibilité du droit français à l'article 11 de la directive du 9 mars 1968 est très importante. En effet, si l'on s'en tient aux seules causes de nullité énoncées par l'article 11, la nullité d'une société de capitaux ne doit pas être prononcée pour fictivité des apports, défaut d'affectio societatis ou illicéité de l'objet social réel ou de la cause qui sont cependant les motifs de nullités les plus généralement soulevés. Ainsi, contrairement à l'affirmation de la Cour de cassation dans l'arrêt Lumal, la fictivité d'une société ne saurait être sanctionnée par la nullité de celle-ci.

Les seules causes de nullités visées par l'article 11 sont formelles puisqu'il s'agit du défaut d'acte constitutif ou de l'inobservation des formalités de contrôle préventif ou de l'acte authentique, du caractère illicite ou contraire à l'ordre public de l'objet (statutaire selon l'arrêt Marleasing) de la société, de l'absence dans l'acte constitutif ou dans les statuts d'indication relative à la dénomination de la société, aux apports, au montant du capital souscrit ou à l'objet social, du non respect des règles nationales relatives à la libération minimale du capital social, de l'incapacité de tous les fondateurs, de l'existence d'un seul associé contrairement aux dispositions nationales en exigeant au moins deux.

Ces causes qui doivent toutes être interprétées strictement comme l'a affirmé l'arrêt Marleasing, ne permettent d'obtenir la nullité d'une société que rarement et conduisent à valider les sociétés fictives dans la plupart des cas. On peut d'ailleurs se demander si l'objectif

---

<sup>7</sup> Par un arrêt du 19 mai 2000 rendu dans cette même affaire, la Cour d'appel de Paris a soulevé d'office le moyen tiré de la non conformité des causes de nullités invoquées par l'appelant à l'article 11 de la directive. Pour que le débat contradictoire soit garanti, elle a renvoyé l'affaire devant le juge de la mise en Etat avec injonction aux parties de conclure sur le moyen soulevé d'office.

de la directive 68/151/CEE de restreindre les cas de nullités des sociétés afin de protéger les tiers ne se retourne pas en définitive contre l'intérêt de ces derniers.

Quant aux sociétés constituées dans l'unique dessein de réaliser une fraude, contrairement à la solution donnée dans l'arrêt Demuth par la Cour de cassation, elle ne devraient pas non plus pouvoir être frappées de nullité puisque la fraude n'apparaît pas dans l'énumération limitative de l'article 11 de la directive.

Toutefois, postérieurement à l'arrêt Marleasing, la Cour de justice dans l'arrêt Centros du 9 mars 1999<sup>8</sup> a paru reconnaître à propos de la liberté d'établissement que la fraude constituait un principe général du droit communautaire. Or, l'intégration dans l'ordre juridique communautaire d'un principe non écrit de fraude a pour conséquence indirecte de modifier la portée de l'article 11 de la directive du 9 mars 1968 et de constituer le fondement d'un cas de nullité des sociétés non énuméré. Concernant cette cause de nullité, il n'y aurait donc pas d'incompatibilité entre le droit français et le droit communautaire<sup>9</sup>, ce qui justifierait que la nullité des sociétés frauduleuses soit toujours prononcée conformément à la jurisprudence Demuth de la Cour de cassation.

C'est donc essentiellement au sujet de la sanction de la fictivité de la société et de l'illicéité de son objet ou de sa cause qu'un bouleversement des solutions nationales peut résulter de la mise en conformité du droit français avec le droit communautaire.

Il reste à savoir quelle sera la position de la Cour de cassation. Si le présent arrêt de la Cour d'appel de Paris est frappé de pourvoi, on aperçoit mal comment la Cour de cassation pourrait censurer le raisonnement des juges du fond car il est parfaitement fidèle à l'interprétation de l'article 11 que retient la Cour de justice des communautés européennes. D'un autre point de vue, la Cour de cassation peut éprouver des réticences bien compréhensibles à l'abandon de la nullité de la société comme sanction de sa fictivité ou de son illicéité.

Finalement, si pendant plus de dix ans, le problème de la conformité du droit français des nullités de sociétés au droit communautaire a été évité, par l'arrêt commenté, il ne semble plus possible de différer davantage une confrontation qui devrait déboucher sur la mise au pas certainement regrettable du droit français et la restriction des cas de nullité des sociétés.

---

<sup>8</sup> CJCE, 9 mars 1999, aff. C-212/97, concl. A. La Pergola ; Bull. Joly 1999, p. 705, note J.-Ph. Dom ; D. 1999, Cahier droit des affaires, juris., p. 550, note M. Menjucq ; JCP E 1999, p. 1285, obs. Y. Reinhard ; JDI 2000, p. 484, obs. M. Luby.

<sup>9</sup> Nous avons précisément soutenu qu'il était possible que la Cour de justice admette le principe de la fraude et fasse disparaître l'incompatibilité sur ce point, voir M. Menjucq, La mobilité des sociétés..., *op. cit.*, n° 529.