

L'irrégularité de la convocation sans conséquence ne provoque pas la nullité de l'AG

LETTRE CREDA-SOCIÉTÉS
n° 2024-10 du 10 juillet 2024

Une irrégularité dans la convocation à l'assemblée générale ne pourrait entraîner le prononcé de la nullité de cette dernière que si cette irrégularité « a privé l'associé de son droit d'y prendre part et qu'elle était de nature à influencer sur le résultat du processus de décision » (Cass. com., 29 mai 2024, n° 21-21.559). Si l'on pousse la règle à l'extrême, on peut ne pas convoquer un minoritaire sans encourir la nullité de la décision, ce qu'il est permis de trouver contestable.

Les faits de l'espèce sont relativement indifférents. Ils concernent une personne morale anglaise qui devait être convoquée à l'assemblée d'une SARL dans laquelle elle était associée majoritaire. L'« assemblée générale » (terme impropre, l'assemblée dans les SARL est une « assemblée des associés ») a décidé de la révocation d'un gérant et de la distribution de dividendes. L'associé majoritaire a soutenu avoir été irrégulièrement convoqué et a demandé l'annulation de l'assemblée et la restitution des dividendes versés. Face à cela, la SARL ne justifiait que d'un document de la poste anglaise ne prouvant ni l'origine, ni le destinataire, ni même le contenu de l'envoi.

Cette insuffisance probatoire a suffi à convaincre les juges d'appel, qui ont prononcé la nullité de l'assemblée sur le fondement de [l'art. L. 223-27 C. com.](#) C'est cette automaticité de la nullité qui fonde le pourvoi, car d'après le gérant subsistant « en considérant, après avoir relevé l'irrégularité de la convocation à l'assemblée générale du 14 octobre 2015, que celle-ci ne pouvait qu'être annulée, sans exercer son pouvoir d'appréciation sur la portée du vice et la justification effective d'une annulation, la cour d'appel, qui a déduit automatiquement l'annulation de l'irrégularité d'une règle qui n'est pas impérative [aurait violé la loi] ».

Le pourvoi était technique. Il est vrai que [l'art. L. 223-27 C. com.](#) ne pose pas une nullité de plein droit, mais une nullité facultative ; c'est donc le lien nécessaire et suffisant entre irrégularité et nullité qui était critiqué.

Cependant, **la Cour de cassation ne répond pas directement à l'argument et préfère édicter une règle beaucoup plus large** : « le défaut de convocation régulière de l'associé d'une société à responsabilité limitée à l'assemblée générale de cette société n'entraîne la nullité des délibérations de cette assemblée que si cette irrégularité a privé l'associé de son droit d'y prendre part et qu'elle était de nature à influencer sur le résultat du processus de décision ».

Il faut examiner le bien-fondé de cette règle (1.), sa signification (2.) et sa portée (3.).

1. Le bien-fondé

Ce n'est pas la première fois que la Cour emploie cette formulation. La première occurrence se trouve dans l'arrêt Larzul 2 ([Com. 15 mars 2023, n° 21-18.324 ; Lettre CREDA, 5 avr. 2023](#)), dans lequel la Cour énonçait que la nullité d'une décision collective statutairement organisée pouvait être prononcée « lorsque cette violation est de nature à influencer sur le résultat du processus de décision ». Plus récemment, ([Com. 11 oct. 2023, n° 21-24.646](#)) elle expliquait que « la participation d'une personne n'ayant pas la qualité d'associé aux décisions collectives d'une société à responsabilité limitée constitue une cause de nullité des assemblées générales au cours desquelles ces décisions ont été prises, dès lors que l'irrégularité est de nature à influencer sur le résultat du processus de décision ».

Ce critère est donc récent et ne repose pas sur un fondement textuel explicite. Tout au plus peut-on trouver une filiation avec la règle qui veut que, dans certaines sociétés ([art. L. 223-27, in fine ; art. L. 225-104](#)), la nullité d'une assemblée irrégulièrement convoquée ne puisse être invoquée si tous les associés étaient présents ou représentés. Manière de dire que les associés ne peuvent se plaindre s'ils ont bien pu assister à la délibération. L'analogie s'arrête cependant là, car la règle légale est une règle procédurale, privant l'associé d'intérêt à agir, tandis que la nouvelle règle prétorienne est une règle de fond. Reste que la légitimité de cette dernière est contestable devant la faiblesse de ce fondement.

De surcroît, **si on croit au processus délibératif, chaque associé, serait-il minoritaire, est en mesure d'influencer le résultat du vote par sa prise de position ou ses déclarations.** Examiner laquelle de ces irrégularités aurait une influence sur le processus de décision est donc **en contradiction directe avec la philosophie de l'art. 1844, al. 1 C. civ.** Toute irrégularité influence, par principe, la participation (retard dans la convocation, mauvaise information) et donc le processus de décision.

2. La signification

Partant, si on ne veut pas que le critère soit systématiquement satisfait, il faudra nécessairement l'interpréter dans son sens restrictif : ne compteront que les irrégularités faisant qu'un vote utile n'a pas pu s'exprimer. On pourrait voir *a contrario* dans l'arrêt l'affirmation que le juge pourra jauger au cas par cas si la nullité est justifiée au regard de la portée de l'irrégularité. La partie recherchant la nullité aura beau jeu d'arguer que l'irrégularité a nécessairement affecté le résultat dès lors qu'elle a empêché sa participation. Du côté de celui qui conteste la nullité, la démonstration que l'irrégularité n'a pas eu de conséquence sur le résultat du processus de décision est une preuve impossible. La dialectique probatoire donnera donc systématiquement raison à celui qui se prévaut de la nullité.

La seule sortie de cette impasse est d'interpréter le critère comme recouvrant les seules hypothèses dans lesquelles l'associé a un pouvoir de prise de décision ou de blocage : le vote utile.

Sauf à imaginer des cas exotiques dans lesquels l'associé n'a pas la majorité mais dispose d'un pouvoir particulier d'influence – on peut penser par exemple à une action de préférence qui donnerait le droit de s'exprimer avant tout autre ou alors, plus simplement, si l'associé est fondateur ou dispose d'une expertise particulière. Cette approche est également confirmée par l'emploi des termes « *résultat du processus de décision* » et non pas seulement de la « *décision* ». En principe, le résultat d'un processus de décision est bien une décision, mais employer ce dernier mot aurait introduit une ambiguïté car « *décision* » peut signifier le processus et le résultat. **Qu'on ne s'y trompe pas, il s'agit du résultat, l'irrégularité touchant celui qui n'a pas de pouvoir *in fine* n'importera donc pas.**

Plus grave, **on ne sait pas exactement comment cette condition s'articule avec le fait que la nullité de la décision est facultative.** Faut-il y voir un critère préalable à l'examen de la nullité par le juge ou bien s'intègre-t-elle aux critères de la nullité ? **Pour le dire autrement, est-on en présence de deux étapes distinctes : (1) l'irrégularité est-elle de nature à influencer sur le résultat ; (2) la nullité est-elle justifiée (sur le fondement des critères distincts, par exemple l'intérêt social) ? Ou alors d'une seule dans laquelle le fait que l'irrégularité puisse influencer le résultat justifie *ipso jure* la nullité ?**

La réponse n'est pas évidente. La première branche de l'alternative semble devoir l'emporter car le prononcé de la nullité est indépendant de ses conditions d'ouverture. Reste qu'il sera difficile pour le juge de ne pas prononcer la nullité dès lors qu'il aura constaté que l'irrégularité est grave. **Potentiellement, ce critère est paradoxalement de nature à restreindre le pouvoir d'appréciation du juge sur la pertinence de la nullité.**

3. La portée

Le fait que l'arrêt concerne une SARL et soit rendu au visa de [l'art. L. 223-27 C. com.](#), ne limite pourtant pas la solution à cette forme sociale. Il serait difficile de ne pas l'étendre aux SA, lesquelles bénéficient de [l'art. L. 225-104 C. com.](#), dont les termes sont identiques sur ce point à ceux de l'art. L. 223-27. L'emploi impropre des termes « assemblée générale » révèle également que la Cour de cassation avait en tête une décision collective proche de celle de SA.

Au-delà de cette proximité textuelle, la solution est sans doute applicable à n'importe quelle décision collective se faisant « sous la forme » d'une assemblée, donc, par exemple, aux décisions collectives de SAS qui réunissent les associés en vue de voter des résolutions.

L'est-elle également aux décisions prises par consultation écrite ? Si l'associé n'a pas pu prendre part à la consultation (le mail s'est perdu) et que sa participation aurait compté, on ne voit pas pourquoi la règle n'aurait pas vocation à s'étendre.

En conclusion, on voit très bien ce qu'a voulu faire la Cour : introduire une règle de raison car il n'est nul besoin d'annuler si la violation de la règle n'a pas de conséquence. Entre morale déontologique et conséquentialiste, la Cour a choisi la seconde. Néanmoins, nous ne sommes pas sûr que cela soit un bon choix, d'autant **que les atteintes portées au droit des minoritaires s'en trouvent d'autant plus justifiées : à quoi bon respecter leurs droits, puisqu'ils n'ont pas d'importance...**



Jean-Baptiste BARBIÈRI
Maître de conférences Université
Paris-Panthéon-Assas