

L'élection des administrateurs d'une société et ses invalidités

1. – Préambule. – Les opérations électorales et la nomination des administrateurs des sociétés, quelles soient de capital ou coopératives, est un sujet important et qui, parfois, n'est pas traité de façon organique.

L'auteur de ces lignes se propose d'accompagner cette étude d'une série de réflexions, nées d'une longue expérience personnelle en tant que président et administrateur de sociétés et éclairées par sa sensibilité de juriste.

L'auteur rappelle qu'il est parti en développant un classe nombreuse de professionnels qui participent activement aux assemblées pour soutenir ou pour critiquer, en démontrant souvent capacité et acuité, et qui orientent les opinions des actionnaires.

L'importance du sujet n'est pas à démontrer si l'on pense que le choix des hommes appelés à composer les organes administratifs est destiné à influencer la vie de la société et le sort des entreprises.

La délibération de l'assemblée qui nomme les administrateurs a lieu après une série d'opérations, elle constitue ce qu'on pourrait appeler, en utilisant une expression juridique, «un cas procédural».

Ce terme indique que nous sommes en présence d'une succession d'actes reliés et coordonnés, dotés de caractéristiques fonctionnelles spécifiques, chacun conditionnant le suivant et donnant lieu à une succession de phases dont nous parlerons ensuite.

2. – *La réglementation.* – Il est utile de commencer en rappelant brièvement les sources juridiques des différentes règles qui régissent concrètement la procédure de nomination des administrateurs, en tenant compte de la diversité spécifique du type de société qu'ils devront gérer (comme par exemple, société par actions, ou à responsabilité limitée ou coopératives).

Les sources normatives que nous avons évoquées sont, par ordre hiérarchique :

A) Tout d'abord, la loi générale et celle du Code qui dictent certaines parties de la réglementation, de l'art. 2363 à l'art. 2383 pour les sociétés de capitaux, et de l'art. 2532 à l'art. 2535 du Code Civil pour les sociétés coopératives qui jouent chez nous un rôle important dans des secteurs clefs comme celui des banques populaires dans le domaine du crédit.

La discipline générale est souvent complétée par des lois particulières, promulguée une après l'autre par le législateur, pour assurer une représentation équilibrée des minorités, au moins dans les sociétés qui ont des titres cotés à la bourse des valeurs, comme ce fût le cas récemment de la loi Draghi.

Ces dernières sont complétées par des instructions spéciales sur le sujet émanant de la Commission Nationale pour les Sociétés et la Bourse (CONSOB), toujours pour les sociétés dont les titres sont cotés en bourse.

B) Une autre source des différentes réglementations est constituée par les statuts de chaque société.

Il existe, par exemple, des statuts dans lesquels il revient au Conseil d'Administration d'élire le président, le vice-président et le comité exécutif ou l'administrateur délégué, tandis que d'autres attribuent la nomination du président et d'un ou de plusieurs vice présidents⁽¹⁾, et parfois du comité exécutif, à l'assemblée.

C) Certaines sociétés sont dotées d'un règlement d'assemblée ⁽²⁾ qui réglemente les opérations électorales pour la nomination des administrateurs et qui constitue, dans ce cas, une source de réglementation.

D) Une autre source normative est constituée par les pactes d'actionnaires lorsqu'ils lient entre eux certains groupes de contrôle de la majorité du capital ou d'une partie importante de celui-ci.

Un des cas les plus connus est, par exemple, celui du pacte d'actionnaires de Mediobanca

(1) C'est le cas des statuts de Banco Popolare di Milano.

(2) C'est le cas de Banca Popolare di Novara.

et d'autres sociétés publiques comme les *Assicurazioni Generali* (Assurances Générales).

E) Une autre source provient des usages et de la coutume pratiqués dans une société et qui valent en tant que tels car ils sont rappelés dans les pactes d'actionnaires, ou ils sont respectés jusqu'au moment où ils sont remplacés par d'autres.

F) Enfin, faute de sources spécifiques pour l'interprétation, certaines règles sont issues, par analogie, des principes systématiques du système électoral public par analogie.

En ce sens, nous rappelons l'orientation exprimée à l'époque par la Cour de Cassation.

3. – *Les phases de la procédure.* – Nous traiterons maintenant les différentes phases de la procédure de nomination des administrateurs.

La règle de l'art. 2383 C. C. qui attribue la nomination des administrateurs à la compétence de l'assemblée est considérée par la doctrine et la jurisprudence comme étant indérogeable, exception faite pour les nouveaux administrateurs qui peuvent être nommés par les signataires dans l'acte constitutif, selon l'art. 2383 C. C., ou par cooptation par les administrateurs si l'un d'entre eux disparaît, selon l'art. 2386 C.C. ⁽³⁾.

L'art. 2368, alinéa 1 C.C., prévoit que l'acte constitutif peut établir des normes particulières pour la nomination aux fonctions sociales, mais elles sont limitées à des règles particulières réglementant la constitution de l'assemblée, les *quorum* de majorité ou les systèmes de vote, pour garantir une éventuelle représentation à la minorité ⁽⁴⁾.

La clause attribuant la nomination des administrateurs à un nombre limité d'actionnaires est généralement considérée comme étant nulle ⁽⁵⁾.

(3) Cass. civ. 23 janvier 1965 n° 136 dans *Foro it.* 1965, I, 427 ; Trib. Catane 23 juillet 1965, dans *Dir. fall.* 1965, II, 940 ; C. Appel Milan 27 août 1969 in *Giur. It.* 1970, I, 2, 546 ; Trib. Milan 29 janvier 1982, dans *Giur. Comm.* 1983, II, 125 parmi les nombreux exemples.

En doctrine MINERVINI, *Gli amministratori delle società per azioni*, Milan 1956, p. 14 ; MIGNOLI-NOBILI, Enc. Di Diritto, rubrique *Amministratori di società*, dans *Enc. Dir.*, I, Milan, 1954 ; FERRI, *Le società*, Turin 1971, p. 492 ; COTTINO, *Diritto commerciale*, Padoue 1976, p. 661 ; FRE, *La società per azioni*, dans *Commentario al cod. civ.* de Scialoja et Branca, sub. Art. 2364 et 2380 ; SCALFI, dans *Riv. Società*, 1971, p. 40.

(4) PESUCCI-PACCHI, dans *Riv. Società* 1974, 606 ; BIGIAMI, dans *Riv. dir.civ.* 1956, 1023 ; SCALFI, *Riv. Società*, 1971, p. 40.

(5) C. Appel Milan 27 août 1969 ; COTTINO, *Diritto commerciale* p. 660 ; FERRI, *Le società*, p. 498.

4. – *L'élection de l'assemblée.* – L'élection des administrateurs par l'assemblée, se produit par le choix des administrateurs parmi plusieurs et différents candidats associés et actionnaires réunis en assemblée.

Il est nécessaire de décrire ici les différentes phases de la procédure :

La convocation de l'assemblée

Pour l'élection des administrateurs, l'assemblée doit, avant tout, être convoquée par l'organe légitime et compétent à savoir, le Conseil d'Administration (art. 2363 et 2366 c.c.) et, en son absence, par le Collège des Commissaires aux Comptes ou, enfin, si la minorité le demande, par le Président du Tribunal selon les dispositions de l'art. 2367 c.c..

Le début de la procédure de constitution de l'assemblée (Cass. civ. 2 août 1977 n° 3422, dans *Riv. società* 1977, II, 76, 77) est marquée par la publication de l'avis de convocation.

Selon l'orientation de la doctrine et de la jurisprudence, le défaut de convocation et de l'avis précité rend les délibérations inexistantes⁽⁶⁾.

Une assemblée convoquée par un sujet illégitime, comme par exemple un administrateur ou un collège de fait et les actes et les délibérations qui y sont pris, sont considérés comme inexistantes par certaines décisions.

Il a également été retenu que la convocation de l'assemblée par un seul administrateur en fonction et non par l'ensemble du Conseil entraînerait l'annulabilité et non la nullité (Cass. civ. 2 août 1977 n° 3422).

La jurisprudence est divisée sur la question de savoir si une convocation irrégulière de l'assemblée entraîne son inexistence (C. Appel Milan 23 juillet 1957 in *Mass. Giur. Civ.* 1957, 61) ou son annulabilité (Cass. civ. 3 février 1965 n° 175, dans *Dir. Fall.* 1965, II, 298).

De façon analogue, la jurisprudence estime qu'une assemblée et les délibérations qui y sont adoptées sont inexistantes si l'organe compétent pour la convoquer s'est réuni irrégulièrement.

(6) Cass. civ. 28 novembre 1981 n° 6340 dans *Giur. comm.* 1982, II, 424 ; Cass. civ. 25 janvier 1965, n° 136, dans *Foro it.* 1965, I, 1599 ; Cass. Civ. 20 avril 1961, n. 886 in *Foro it.* 1961, I, 1711.

En doctrine : GIANATTASIO dans *Giust. civ.* 1961, I, 1305 ; CANDIAN dans *Temi*, 1955, p. 69 ; ASCARELLI, *Riv. dir. comm.* 1950, I, p. 169 ; TRIMARCHI, dans *Riv. società* 1957, p. 451 ; contre ROMANO PAVONI, *Le deliberazioni*, dans *Foro Padano* 1953, I, 59.

C'est le cas lorsqu'une partie des administrateurs se réunit sans, au préalable, une convocation envoyée à tout le monde dans les délais prévus par les statuts ou en ayant recours aux moyens de communication d'urgence, lorsqu'ils sont prévus.

Les réunions auxquelles a participé une minorité des membres du collège des administrateurs ou des Commissaires aux Comptes, après cependant une convocation de tous ses membres dans les règles, constituent un cas à part, si cela n'est pas exclu par les statuts.

La convocation des associés s'effectue par une annonce publiée dans les délais légaux par rapport à la date de l'assemblée fixée par les statuts ou par la loi, sur un support d'information spécifique, comme par exemple le Journal Officiel (*Gazzetta ufficiale*), ou le Bulletin des annonces légales.

Il a été décidé par la jurisprudence que «le défaut de communication de la convocation pour l'assemblée à plusieurs associés provoque uniquement l'annulabilité mais pas la nullité absolue (Trib. Naples 9 juillet 1957).

Cette annonce peut ou doit être assortie, si les statuts ou l'usage l'exigent, d'un avis personnalisé adressé aux associés à envoyer à leur domicile, indiquant le jour et l'heure de l'assemblée, le lieu, l'ordre du jour et les autres modalités.

Si le délai entre l'avis et la réunion imposé par la loi n'a pas été respecté, les délibérations sont considérées comme pouvant être annulables ⁽⁷⁾.

Il a été retenu que la délibération de l'assemblée sur un ordre du jour non indiqué dans l'avis de convocation est valable et prend effet si elle n'est pas contestée dans les termes de l'art. 2377 c.c., auquel cas elle deviendrait annulable (Cass. Civ. 11 mars 1977 n° 989).

Les associés sont invités à manifester leur volonté de participer à l'assemblée en renvoyant à la société un bulletin d'admission, généralement pré-imprimé, avec l'indication éventuelle d'un modèle de procuration à un autre associé ou actionnaire.

Une des modalités entrée dans l'usage courant est d'envoyer aux associés des documents papiers pour l'identification, l'accès et l'exercice du droit de vote pour chacun (par exemple le billet d'admission à l'assemblée et le nombre de votes également

(7) App. Bari 3 janvier 1978, dans *Dir.Fall.* 178, II, 230 ; Tribunal de Naples 20 juin 1979, dans *Giur.comme*, 1980, II, 569.

par procuration), présentant des similitudes avec la carte d'électeur des élections nationales.

Le billet d'admission, et éventuellement d'autres documents électoraux, peut être expédié à son domicile ou bien être retiré par l'actionnaire auprès du bureau préposé à l'organisation de l'assemblée.

La constitution de l'assemblée

Les art. 2368, 2369, 2369 bis c.c. établissent pour l'assemblée ordinaire un *quorum* de présences des associés représentant au moins la moitié du capital social, en excluant du calcul les actions à vote limité.

Si le nombre légal n'est pas atteint, l'assemblée est réputée inexistante par le Trib. Naples 10 février 1958 dans *Dir. giur.* 1958, 917.

De la même manière, une assemblée à laquelle participent des personnes étrangères à cette dernière (non convoqués) et dont le nombre est déterminant pour les votes contraires est considérée inexistante.

La vérification de la constitution régulière de l'assemblée doit précéder immédiatement le vote sur quelque sujet que ce soit.

Il a été affirmé que «les vices relatifs à la constitution de l'assemblée, dans la mesure où ils ne protègent que les intérêts des associés et pas ceux de la société, entraîne uniquement l'annulabilité» (Cass. civ. 13 mars 1975, n° 938, in *Giur. comm.* 1976, II, 14).

Elle délibère à la majorité absolue, sauf si une majorité plus élevée est prévue dans les statuts.

La loi déclare que «l'acte constitutif peut établir des règles particulières pour la nomination aux fonctions sociales»,

Pour une constitution conforme et valable de l'assemblée, un *quorum* doit être fixé, sous peine d'inexistence de l'assemblée (Trib. Naples 10 février 1958 dans *Dir. giur.* 1958, p. 917).

La jurisprudence a décidé que le contrôle doit précéder immédiatement le vote d'une résolution et que l'absence de ce même contrôle entraîne la nullité de la délibération (Trib. Venise 18 mai 1959, dans *Giur. it.* I, p. 278).

La majorité absolue est requise pour les délibérations dans les assemblées ordinaires sur première convocation et la moitié au moins du capital social pour les assemblées extraordinaires. La participation à l'assemblée de personnes étrangères à la société, sans raison valable,

est un motif pour retenir les délibérations inexistantes, si ces personnes sont déterminantes pour atteindre le *quorum* de présences ou pour annuler l'assemblée en absence de *quorum*.

Les candidatures et leur présentation

Pour obtenir le suffrage des associés réunis en assemblée, les candidats aux fonctions d'administrateurs ou de Commissaires aux Comptes peuvent ou doivent posséder certaines qualités requises établies par la loi ou par le règlement de l'assemblée.

Selon l'art. 2382 c.c., les qualités requises les plus fréquentes sont que le candidat soit majeur (à moins qu'il ne soit autorisé à faire du commerce), qu'il ne soit pas interdit, incapable, en faillite ou condamné à une peine impliquant l'interdiction, même temporaire, aux fonctions publiques ou l'incapacité d'exercer des fonctions de direction.

En général, une personne qui n'est pas associée peut aussi être nommée à moins que les statuts n'en disposent autrement, comme c'est souvent le cas des statuts de coopérative, comme par exemple pour les coopératives bancaires.

Il est certain que la qualité d'associé attribue au candidat une certaine crédibilité morale, montrant son intérêt envers la société et sa bonne gestion.

Des qualités particulières de professionnalisme et d'honorabilité sont requises par les pouvoirs publics et par la CONSOB pour qui se présente aux fonctions d'administration, de direction et de contrôle des banques ou des organismes financiers (art. 14 de la Loi Draghi).

Une autre qualité requise pour que la délibération de nomination de l'assemblée soit valable est que le candidat n'ait pas été précédemment révoqué de sa fonction pour de graves irrégularités, par l'autorité judiciaire (Trib. Milan 9 mai 1991, dans *Giur. comm.* 1992, 342).

Le candidat est habituellement présenté par d'autres associés ou groupes d'associés, mais il peut également se présenter personnellement et spontanément ou être élu par les associés sans avoir été présenté.

La présentation est, par conséquent, une phase éventuelle et non nécessaire qui peut ne pas avoir lieu et le candidat peut n'être présenté par personne.

Le groupe qui propose une candidature peut être nombreux ou se réduire à une seule personne, être porteur d'intérêts importants ou pas, et ainsi de suite.

En général, dans les sociétés publiques et dans les coopératives de crédit, la candidature est accréditée dans la mesure où elle est soutenue par un certain nombre de présentateurs crédibles.

Pour devenir administrateur, le candidat doit être voté par les associés réunis en assemblée et atteindre le *quorum* nécessaire et suffisant pour être élu.

Les associés possèdent le droit d'électorat actif et les candidats le droit d'électorat également passif, c'est-à-dire le droit d'être élus.

Le vote et ses méthodes en général

Le vote est une manifestation de *volonté expresse, directe ou par procuration, libre et homogène* et s'exprime selon des modalités conventionnelles, qui sont fixées par le président de l'assemblée ou par l'assemblée elle-même, et sinon par les statuts.

L'assemblée ordinaire peut être appelée à voter sur une pluralité de sujets et le choix de la méthode revient d'ordinaire au président, assisté du secrétaire et des scrutateurs.

L'objet peut être des plus divers, comme la discussion et de l'approbation du budget, le rapport du Conseil d'Administration et des Commissaires aux Comptes et plus généralement des différentes propositions soumises à l'assemblée comme par exemple, la délibération d'une action en responsabilité à l'encontre des administrateurs.

Les statuts peuvent parfois prévoir que c'est le président de la société qui préside l'assemblée et non la personne choisie par les associés.

La nomination du secrétaire et des scrutateurs est habituellement proposée par le président et délibérée par l'assemblée.

Il peut être établi que la personne appelée à recouvrer les fonctions de secrétaire soit une personne inscrite à l'ordre des Notaires, comme nous le dirons par la suite.

Le vote est une manifestation de *volonté expresse, directe ou par procuration, libre et homogène* et s'exprime selon des modalités conventionnelles, fixées par le président de l'assemblée ou par l'assemblée elle-même, et sinon par les statuts.

Le vote doit avant tout être exprès et ne peut être tacite, implicite ou présumé⁽⁸⁾.

(8) Les «délibérations implicites» ne sont pas admises : Cass. civ. 24.7.1968 n° 2672 dans *Riv. dir. comm.* 1969, II, 181; FERRO LUZZI, dans *Riv. Dir. Comm.* 1969, II, 181; FERRO LUZZI, dans *Riv. dir. Comm.* 1969, II, 181; GRISENTI, dans *Riv. soc.* 1968, 598.

Un vote non exprimé n'est pas un vote.

Les cas sont souvent monothématiques et le choix des associés est simple et se traduit par un «oui» ou un «non» ou un «sans opinion».

Le vote peut se faire à main levée, par un bulletin déposé dans une urne ou autrement.

Nous avons dit que les méthodes de vote peuvent être différentes entre elles mais le critère de vote doit être uniforme.

Nous sommes en présence d'une méthode égalitaire ou démocratique lorsque chaque associé exprime un suffrage.

C'est le cas lorsque le vote se fait à main levée, ou en demandant aux votants de s'asseoir ou de se lever, par une séparation dans la salle, par appel nominal ou par mécanisme électronique en cas d'assemblées nombreuses ⁽⁹⁾.

Dans les coopératives, où le système de vote individuel est conforme à sa caractéristique de société de personnes, il peut, comme nous l'avons dit, y avoir un vote multiple en cas de procurations reçues par les associés ou lorsqu'un associé est le représentant légal d'enfants mineurs et ainsi de suite.

Dans ce cas, l'associé votera plus d'une fois, en fonction des procurations qui lui auront été confiées, dans la limite des prescriptions statutaires ou des personnes dont il possède la représentation légale.

Le nombre de votes exprimés personnellement et par procuration peut être indiqué sur une fiche à part indiquant le nombre de votes dont l'électeur est porteur et en la montrant en levant la main.

Le vote égalitaire peut également être adopté discrétionnairement par les assemblées de sociétés de capitaux où le droit de vote revient habituellement à l'associé proportionnellement au nombre d'actions qu'il possède en propre ou par procuration.

Une société actionnaire peut à son tour être détentrice d'actions en propre ou par procuration et le vote est exercé par son représentant en fonction ou par une personne munie d'une procuration.

Le vote peut être aussi inégal, comme c'est le cas lorsqu'il est exercé par les associés réunis en assemblée, en fonction de la quantité d'actions possédées ou représentées. Ce vote peut être exprimé par le système du vote par appel nominal, où la présidence prendra acte du vote exprimé et lui attribuera une valeur en fonction du nombre d'actions possédées par chacun.

(9) Le Credito Italiano tint une assemblée de ce type à Gênes, il y a quelques années, qui suscita des contestations.

Une méthode plus conforme aux différentes détentions d'actions s'obtient en utilisant des bulletins exprimant également le nombre de votes électoraux de chacun.

Le vote des administrateurs en particulier

La nomination des administrateurs dépend d'un vote beaucoup plus articulé consistant dans le choix des personnes à élire par l'assemblée et non d'un vote monothématique comme précédemment.

Les caractéristiques indiquées ci-dessus sont évidentes.

Par conséquent, le vote doit être exprès, direct ou par procuration, assurer à l'associé la liberté de se manifester et être homogène.

Le principe selon lequel le vote des administrateurs, qu'il soit favorable, contraire ou blanc doit être exprimé et ne peut être ni tacite ni présumé, est indérogeable.

Un scrutin qui recueille uniquement les votes contraires et les abstentions et qui présume «par différence» que les associés présents qui n'ont pas voté ou qui n'ont pas voté contre ont émis un vote favorable doit être considéré comme inexistant.

Ce scrutin est inexistant parce qu'il n'est pas exprimé mais seulement supposé conjonctuellement, de la même façon que toute manifestation tacite ou implicite.

C'est ce qui s'est produit à l'issue de certaines assemblées, avec l'excuse d'exigences impératives de rapidité ⁽¹⁰⁾ pour justifier la dérogation à des principes juridiques indérogeables.

Une autre exigence est que le vote doit correspondre à une liberté inaliénable de choix de la part de l'actionnaire qui doit, ainsi, pouvoir avoir la possibilité d'annuler ou de remplacer les candidats proposés par une personne de son choix.

Est également inexistant un scrutin non homogène comme c'est le cas lorsque les associés favorables sont appelés à s'exprimer de façon différente par rapport à ceux qui sont contre ou qui s'abstiennent, en dehors de toute logique de la preuve et de la contre-preuve.

Les statuts peuvent prévoir des systèmes électoraux particuliers à défaut, c'est au président de l'assemblée d'en choisir un.

(10) Un vote de ce type a été validé, par erreur, par le Tribunal de Varese le 1 mars 1999, n° 75/99 inédit

Certains statuts prévoient des systèmes qui garantissent la représentation des minorités au Conseil d'Administration et au Collège des Commissaires aux Comptes.

Le vote peut être égalitaire, comme dans le cas où l'associé exprime un suffrage *pro capite*.

Comme nous l'avons vu, ce vote se déroule à main levée, assis et debout, par séparation des associés dans la salle, par appel nominal ou par un bulletin glissé dans une urne.

Lorsqu'il possède une procuration ou s'il est le représentant légal d'incapables, l'associé peut exprimer plusieurs votes.

Dans ce cas, il lève la main en exhibant, par exemple, une fiche indiquant le nombre de votes dont il est porteur.

Dans le système électoral, fondé sur le vote par quantité d'actions, l'actionnaire glisse dans les urnes électorales les fiches de vote qu'il remplit avec le nom des personnes choisies et en indiquant la quantité de votes électoraux, tandis que dans une autre urne sont déposées les fiches servant à identifier le votant.

La jurisprudence a considéré les statuts d'une société de capital qui prévoient un vote à scrutin secret ⁽¹¹⁾ comme étant contraires aux normes impératives.

S'inspirant du principe de garantir à l'actionnaire la liberté de choisir l'administrateur, la jurisprudence considère comme nuls les votes exprimés par des fiches pré-imprimées de candidats ne rappelant pas l'attention de l'associé sur sa liberté de vote et ne permettant pas l'annulation et le remplacement d'un nom par un autre, dans un espace blanc à côté de celui proposé (voir note 17).

Doit, par conséquent, être considérée comme nul un scrutin effectué au moyen de fiches contenant une liste de candidats non susceptible d'être modifiée, c'est-à-dire bloquée.

Certaines décisions ont validé le vote d'une liste

(11) Trib. Milan 21 juin 1988 dans *Gaur. It.* 1989, I, 2, 12 ; Trib. Trieste 26 septembre 1984, dans *Società* 1985, 60 ; Trib. Milan 27 septembre 1982, dans *Società* 1983, 638 ; C. Appel Florence 14 janvier 1965 dans *Foro it.* 1965, I, 317. La doctrine est partagée : en faveur de l'admissibilité : GRAZIANI, *Diritto delle società*, Naples 1963, p. 311; FRÉ, *Società per azioni* in *Commentario al cod.civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Rome 1982, p. 350 ; GALGANO, *La Società per azioni*, Padoue 1984, p. 214; au contraire pour l'inadmissibilité ROMANO PAVONI, *Le delibere delle assemblee delle società*, Milan 1951, p. 204; SENA, *Il voto nelle assemblee delle società per azioni*, Milan 1961, p. 425.

de candidats ⁽¹²⁾ à condition qu'il respecte la faculté de l'actionnaire de pouvoir remplacer un candidat par un autre de son choix.

Dans ce cas le votant peut effacer des noms ou exprimer ses préférences à l'intérieur de la liste à l'endroit prévu.

D'autres associés pourraient proposer une liste alternative de candidats et, dans ce cas, seraient proclamés administrateurs ceux qui recueillent le plus grand nombre de voix au-delà du *quorum*.

Certains statuts prévoient des systèmes électoraux particuliers et garantissent une représentation proportionnelle aux minorités ou réservent à la majorité un nombre de sièges inférieur.

Il est, en général, exclu que soient considérés comme élus des administrateurs qui n'ont pas obtenu de votes favorables, mais uniquement des votes calculés de façon conjecturale, en déduisant du nombre des associés présents, ceux qui ont voté négativement ou qui se sont abstenus.

Cela peut être le cas lorsque l'assemblée est appelée à exprimer à main levée uniquement les votes contraires ou les abstentions mais pas les votes favorables. Il est fondamental de garantir la liberté de choix à l'actionnaire.

Le vote est une chose et le relevé des votes en est une autre.

Ce sont les associés qui votent et c'est le président de l'assemblée ou le secrétaire (ce dernier, en particulier, grâce à son témoignage dans les assemblées extraordinaires) qui relève les votes.

Le relevé ne s'exprime pas par le vote mais par le comptage des votes (et donc dans le nombre de mains levées, de personnes debout ou assises, réunies dans différentes parties de la salle, ou de votes suivant le nombre d'actions détenues par les votants).

Dans les assemblées composées de nombreux associés et où le comptage semble difficile, on procède à la nomination de scrutateurs dès le début de l'assemblée qui sont ensuite appelés à collaborer avec la présidence. Le relevé peut être automatique comme celui qui s'effectue grâce à un système électronique.

Le scrutin et le relevé sont souvent confondus comme s'il s'agissait d'un phénomène unique.

(12) Cass. civ. 19 octobre 1990, n° 10121 ; C. Appel L'Aquila 24 août 1998 dans *Giur. it.* 1999, 1252 et dans *Rassegna* 1999 p. 252 ; C. Appel Bologne 4 mai 1992 dans *Giur. Comm.* 1993, II, 621 ; C. Appel Turin 11 février 1987 dans *Giur. it.* 1987, I, 2, 389 ; Trib. Bari 20 décembre 1988 dans *Giur. comm.* 1989, II, 74.

Il est vrai que le scrutin se manifeste par son relevé par la présidence, le secrétaire et éventuellement les scrutateurs, par le comptage des votes, que ce soit des votes individuels ou par actions. Il s'agit toutefois de phénomènes différents.

Le travail de relevés est souvent complexe, en particulier lorsqu'il y a de nombreuses ratures et remplacements.

Cette opération peut demander plusieurs heures, surtout dans les assemblées très nombreuses, et réclame l'intervention de nombreux scrutateurs.

A la fin, le relevé est indiqué dans le procès-verbal de l'assemblée qui reporte les votes électoraux obtenus par chaque candidat.

A une époque, il était correctement enseigné que «le fait que les délibérations doivent être constatées par un procès-verbal signé par le président et le secrétaire ou le Notaire, répond à l'exigence de la forme écrite *ad substantiam*» (Cass. civ. 26 juin 1956, n° 2286, dans *Dir. fall.* 1956, II, p. 699).

Les deux phases de relevé et de verbalisation peuvent être fixées de façon autonome. Le procès-verbal est analytique ou synthétique.

Le procès-verbal d'une assemblée ordinaire est considéré synthétique même lorsqu'un secrétaire-Notaire participe à sa rédaction, car c'est un acte para-notarial et pas un acte authentique.

Dans ce cas, le secrétaire certifie uniquement – comme nous l'avons dit – les déclarations du président ou la volonté de l'assemblée à travers ses paroles, mais pas la congruence du procès-verbal et des faits qui y sont exprimés.

Le procès-verbal d'une assemblée extraordinaire est d'une nature différente car il doit répondre aux conditions requises par la loi notariale, sous peine de nullité.

Pour revêtir les effets d'un acte authentique, il doit être exempt de vices qui le rendraient nul et, dans ce cas, le procès-verbal ne pourrait pas faire foi face à une plainte pour faux.

Un scrutin non relevé et non verbalisé donne lieu à une procédure de nomination inexistante d'un point de vue juridique (Cass. civ. 28 novembre 1981, n° 6340).

Font également partie de la verbalisation, les annexes prescrites par la Consob comprenant les noms de ceux qui ont voté contre ou qui se sont abstenus, afin de prouver la légitimité de ceux qui veulent contester.

La liste des votes favorables n'est pas prescrite car le problème de leur légitimité à contester la délibération ne se pose pas.

La proclamation du résultat

Elle est à la charge du président de l'assemblée et du secrétaire, qui rédigent ensemble le procès-verbal et la proclamation : s'il y a des scrutateurs, ils signeront eux aussi le procès-verbal, même si l'absence de leur signature n'entraîne pas l'inexistence de la délibération.

La proclamation ne se limite pas à la simple communication du résultat numérique des votes, favorables, contraires et des abstentions mais, éalement à la déclaration solennelle par le président de l'assemblée que la proposition ea étést approuvée ou rejetée sur la base du comptage des votes favorables, ou contraires effectuéé par la présidence et verbaliséé.

En cas, donc, de nomination des administrateurs, les élus, et souvent aussi les premiers non élus, sont proclamés, dans l'éventualité où l'un d'entre eux renoncerait à la fonction ou en serait déclaré déchu. D'ordinaire on donne acte également du *quorum* nécessaire et des votes obtenus par chacun.

Le défaut de proclamation du résultat et de l'élection entraîne l'inexistence de la nomination.

5. – Les invalidités de l'Assemblée et des délibérations. – Les invalidités sont de trois types : la plus radicale est l'inexistence, puis la nullité et, enfin, l'annulabilité ⁽¹³⁾.

Il y a invalidation lorsque l'assemblée et les délibérations ne sont pas prises conformément à la loi et à l'acte constitutif, comme l'affirme l'art. 2377 alinéa 2 c.c..

A) Il y a *inexistence* lorsque la procédure de formation de la délibération n'a pas cours ou est interrompue par l'intervention d'un facteur positif ou négatif qui empêche sa réalisation selon le but établi.

Il a été précisé avec autorité qu'il y a inexistence lorsque la procédure ne présente pas les conditions indispensables pour la formation d'une délibération imputable à la société, déterminant un cas d'espèce apparent qui ne rentre pas dans la catégorie juridique des délibérations d'assemblée, en raison de son inadéquation structurelle ou fonctionnelle par rapport au modèle réglementaire.

Il est de jurisprudence constante, parmi plusieurs cas, que «la délibération de l'assemblée est inexistante

(13) BIGIAMI dans *Riv. dir. civ.* 1956, 1023.

» ⁽¹⁴⁾ lorsque : *a)* manque la convocation de l'assemblée, *b)* le vote n'a pas eu lieu, *c)* la majorité requise par la loi n'a pas été atteinte, *d)* il n'y a eu ni relevé ni verbalisation (Cass. civ. 24 janvier 1995 n° 835 cit.), *e)* le résultat n'a pas été proclamé.

Une délibération adoptée à laquelle ont participé des personnes privées du droit de vote a également été considérée comme inexistante ⁽¹⁵⁾.

La délibération est également inexistante ⁽¹⁶⁾, lorsque la majorité requise par la loi n'est pas atteinte en raison de vote contraire.

B) Il y a *nullité*, en revanche, en cas de violation de la règle qui protège les intérêts généraux et non ceux du simple associé titulaire du droit de recours ⁽¹⁷⁾.

C'est le cas d'une délibération adoptée par une assemblée où tous les membres n'étaient pas présents, qui a été convoquée et qui s'est déroulée en violation des règles légales ⁽¹⁸⁾. La nullité est de deux types, la première est usuelle, c'est à dire prescriptible et valable ou au moins susceptible de conversion, la deuxième est celle exceptionnelle prévue par l'art. 2379 du CC et qui est ainsi «pour impossibilité ou illégalité de l'objet», elle n'est donc pas prescriptible et sa validation n'est pas admise.

Il n'est pas rare que la doctrine, en particulier, réduise la nullité à cette dernière hypothèse, tandis que celle que la règle en examen considère prescriptible et valable est généralisée avec des effets identiques à ceux de l'annulabilité.

Cette façon de voir est – à mon avis – inexacte parce que le *genus* de la nullité ne peut se réduire à la *species* de la nullité pour impossibilité et illégitimité de l'objet et celle normale se confond avec l'annulabilité.

Cette dernière hypothèse se présente lorsque le résultat global est controversé, car, par exemple, des votes déterminants pour le résultat global ont été considérés nuls ou valables.

(14) Cass. civ. 28 novembre 1981 n° 6340 ; Trib. Milan 14 novembre 1977 dans *Rep. giust. civ.* 1979, II, p. 3397 ; Trib. Milan 9 octobre 1975 dans *Giur. comm.* 1976, II, p. 521 parmi les nombreux exemples.

(15) Cass. 9 novembre 1974, n° 3491, dans *Giur. comm.* 1975, II, 305.

(16) Cass. civ. 24 janvier 1995 n° 835 ; Cass. civ. 14 janvier 1993 n° 403 ; Trib. Milan 23 mai 1995 dans *Giur. it.* 1996, 808 ; Cass. civ. 4 mars 1963 n° 511, dans *Dir. Fall.* 1963, II, 255, dans *Giur. it.* 1963, I, 1, 576.

(17) Cass. civ. 4 janvier 1966 n° 45 dans *Dir. fall.* 1966, II, 226.

(18) Cass. civ. 9 novembre 1974 n° 3421 dans *Giur. comm.* 1975, II, 305.

La délibération de l'assemblée a été considérée nulle lorsque, bien que donnant acte de l'existence des votes contraires, elle n'indiquait pas le nom de ceux qui n'étaient pas d'accord aux fins de la faculté du recours ⁽¹⁹⁾.

Est nulle l'assemblée où tout le monde n'est pas présent qui a été convoquée ou qui s'est déroulée en violation des dispositions légales ou statutaires. ⁽²⁰⁾.

C) Sont annulables toutes les délibérations qui ne sont pas inexistantes ou nulles.

Les hypothèses d'annulabilité retenues par la jurisprudence sont pour le moins différentes et privées d'un critère unitaire.

Ainsi il a été, par exemple, décidé qu'en général «les vices relatifs à la constitution de l'assemblée qui protègent les intérêts des associés et non ceux de la société» ⁽²¹⁾ sont en règle générale annulables.

Il en est ainsi d'une assemblée convoquée par un seul administrateur et pas par le Conseil d'Administration et convoquée, en général, d'une façon irrégulière ⁽²²⁾.

Et aussi «une délibération d'assemblée adoptée sur un ordre du jour non indiqué dans l'avis de convocation».

Est également annulable une délibération prise par tous les associés réunis dans un lieu différent de celui indiqué dans l'avis de convocation même si le Collège des Commissaires aux Comptes est absent ⁽²³⁾.

Et, de même, «les vices relatifs à la constitution de l'assemblée qui protègent les intérêts des associés et non ceux de la société» entraînent l'annulabilité.

Autre écrit de l'auteur sur le même sujet :

- «*Alcune osservazioni sulle linee del progetto Pajardi di riforma dell'amministrazione controllata e del concordato preventivo*», dans *Problemi attuali e prospettive di riforma del processo civile*, p. 435.

(19) C. Appel Milan 24 septembre 1967, dans *Giur. it.* 1968, I, 2, 236.

(20) Trib. Milan 3 septembre 1990 dans *Riv. Notar.* 1991, II, 499.

(21) Trib. Gênes 22 octobre 1987, dans *Società* 1988, 392.

(22) Trib. Milan 3 septembre 1990 dans *Riv. notar.* 1991, II, 499 ; C. Appel Milan 24 septembre 1967 dans *Giur. It.* 1968, I, 2, 236 ; C. Appel Milan 22 octobre 1987 dans *Società* 1988, 39 ; Cass. civ. 13 mars 1975 n° 938 dans *Giur. comm.* 1976, II, 14.

(23) Cass. civ. 2 août 1977 n° 3422 Cass. civ. 11 mars 1977 n° 989 ; Trib. Milan 27 janvier 1986 dans *Dir. fall.* 1986, 623.