

POT-POURRI DE DROIT DES SOCIÉTÉS

Yves DE CORDT
Université catholique de Louvain
Avocat au barreau de Bruxelles

INTRODUCTION

J'apporte avec grand plaisir ma modeste contribution au *Liber amicorum Herman Braeckmans*. Les coordinateurs de ce beau projet nous ayant demandé de choisir un thème en lien avec les publications du dédicataire, j'ai eu l'embarras du choix tant est large la palette de ses sujets de prédilection : de la résolution des conflits sociétaires au commissaire-réviseur en passant par la gouvernance d'entreprise et les droits des actionnaires au sein des assemblées générales. Pour esquiver le dilemme, en un clin d'œil, j'ai rattaché mon texte au *Commentaire systématique du Code des sociétés*, qui est l'un de nos points communs.

On connaît les lignes de force de la réforme du Code des sociétés actuellement en gestation : modernisation, souplesse et attractivité du droit belge des sociétés ; suppression de certaines formes de sociétés ; flexibilité de la SPRL (équilibre entre les intérêts des associés et des créanciers, suppression du capital, exigences de liquidité et de solvabilité, cessibilité des parts sociales...) et meilleure gouvernance des SA (définition élargie de la gestion journalière, révocabilité limitée des administrateurs, actions à vote plural, structure duale optionnelle...). La réflexion sur les grands axes du droit belge des sociétés a, en quelque sorte, suspendu son vol dans l'attente de cette importante réforme.

Dans la première version de ma contribution, rédigée durant l'été indien 2016, mon but fut donc simplement d'établir, en flânant et sans fioritures, une sorte d'« inventaire à la Prévert » (*Paroles*, 1946) de modifications ponctuelles – tantôt conceptuelles, tantôt techniques – qui pourraient perfectionner le Code de sociétés et en améliorer la compréhension, la cohérence et l'application. Depuis lors, la conception de l'avant-projet de nouveau « *Code des sociétés et des associations* » (CSA) a évolué et j'y ferai de temps à autre allusion sur certains points importants, sans entrer dans les détails, ni citer les numéros des nouveaux articles, qui ne sont pas encore définitifs. Je me limiterai aux dispositions communes et à celles applicables aux SPRL et aux SA.

I. LES DISPOSITIONS COMMUNES

A l'article 32, je propose de confirmer que la prohibition des pactes léonins ne concerne, en principe, pas les conventions de portage: « *ne sont pas prohibées les stipulations par lesquelles les associés, actuels ou futurs, organisent la cession ou l'acquisition progressives de droits sociaux sans qu'elles aient pour objet de porter atteinte au pacte social, singulièrement en ce qui concerne la participation aux bénéfices ou la contribution aux pertes dans les rapports sociaux* » (cfr. article 1855, al. 3 nouveau du Code civil luxembourgeois). Le CSA prévoit que « *les dispositions de l'acte constitutif attribuant la totalité des bénéfices à l'un des actionnaires sont réputées non écrites* »; il n'évoque donc plus la contribution aux pertes comme un élément essentiel de la société en sorte que l'affranchissement total des pertes en faveur d'un actionnaire n'est plus prohibé.

Je suggère de réactiver l'article 56, en le libellant comme suit: « *Les personnes morales régies par le présent code poursuivent un intérêt distinct des intérêts individuels de leurs associés et doivent être gérées au mieux de leur intérêt supérieur* » (alternative: ajouter un § 5 à l'article 2: « *Les sociétés visées aux §§ 2 et 3 poursuivent un intérêt distinct des intérêts individuels de leurs associés et doivent être gérées au mieux de leur intérêt supérieur* »).

Pour trancher la controverse portant sur la définition de l'intérêt social (intérêt des associés/*shareholders* v. intérêt de tous les détenteurs d'enjeux/*stakeholders*), je propose ainsi d'en revenir aux fondamentaux. En l'absence de définition légale, l'intérêt social ne peut être réduit à l'intérêt commun des associés car les entités dotées de la personnalité juridique sont censées poursuivre la réalisation d'intérêts différents de ceux de leurs membres. L'intérêt social coïncide donc avec l'intérêt autonome et transcendant de la société, considérée, dans le long terme, comme une organisation dynamique et collective, émancipée de la volonté de ses fondateurs, dont la continuité, le développement et la prospérité doivent être assurés. La tonalité et la texture de l'intérêt social dépendent du contexte dans lequel il est mobilisé (forme, type, objet, situation financière de la société et catégorie de décision). La question de savoir dans quelle mesure la société peut être sensible à l'intérêt des parties prenantes sera appréciée *in concreto*, en fonction des effets externes de sa décision et de la relation particulière qu'elle entretient avec chaque catégorie de partenaires. Cette proposition – cohérente par rapport à l'article 178 aux termes duquel tout intéressé peut introduire une demande en nullité contre des décisions des organes (voir *infra*) – vise à permettre aux organes d'une société de déterminer, en opportunité, s'il est ou non conforme à son intérêt supérieur de prendre en considération d'autres intérêts que ceux de ses actionnaires. L'intérêt social correspond à la continuité d'une organisation autonome dont le patrimoine doit être préservé et développé dans l'intérêt pondéré de ceux qui lui ont fait confiance et misé sur elle.

Le CSA restreint le droit d'agir en nullité des décisions des organes à la personne morale ou à « *une personne associée à son fonctionnement en vertu de la loi ou des statuts et qui a intérêt au respect de la règle de droit non observée* ». Outre que la formule est alambiquée, cela nous semble inadéquat.

A l'article 61, § 2, je recommande d'ajouter, dans la 2^{ème} phrase, « *et aux mêmes obligations* » entre « *soumis aux mêmes conditions* » et « *et encourt les mêmes responsabilités* », ce qui permet de soumettre les représentants permanents, à titre personnel, aux règles de conflits d'intérêts même si l'administrateur-personne morale n'est pas dans une telle situation. Il serait aussi opportun de confirmer que le représentant permanent doit être une « *personne physique* », ce que fait le CSA, et qu'il peut simultanément représenter plusieurs personnes morales et être membre de l'organe à titre personnel, pour autant que la collégialité de l'organe soit préservée. Au contraire, le CSA prévoit que le représentant permanent ne peut « *siéger au sein de l'organe concerné ni à titre personnel ni en qualité de représentant d'une autre personne morale administrateur* ».

A l'article 64, il s'indique de reformuler et fusionner les 1^o et 2^o : « *Est frappée de nullité, la décision prise par un organe: 1^o qui est entachée d'une irrégularité de forme, à condition qu'il y ait intention frauduleuse ou que le demandeur démontre l'influence de cette irrégularité sur la décision (...)* ». Cela permet d'établir un régime des nullités des décisions de tout organe (et pas seulement de l'assemblée générale) et de confirmer que toute irrégularité de forme, en ce compris la violation des règles de fonctionnement et le dépassement de l'ordre du jour, n'entraîne la nullité que si le demandeur prouve qu'elle a été commise avec intention frauduleuse ou qu'elle a influencé la décision (solution dite « *appréciative* »). Au Livre IV/Titre VIII, au Livre IV/Titre VIII/Chapitre II et aux articles 178, 179 et 180, il conviendrait dès lors de remplacer « *assemblée générale* » par « *organe* ». Le CSA va dans ce sens.

A l'article 198, § 1^{er}, je propose d'ajouter « *membres du comité de direction* » au 4^{ème} tiret et de préciser ce qu'il en est de la responsabilité des fondateurs; au § 2, **dernier alinéa**, je suggère de confirmer que c'est « *sans préjudice du droit éventuel à obtenir des dommages et intérêts* » que « *les actions en nullité d'une décision d'organe prévues par l'article 178 ne peuvent plus être intentées après l'expiration d'un délai de six mois (...)* ».

II. LA SPRL

Je recommande de modifier les articles 212 et 213 pour confirmer que la « *régularisation* » est dépourvue d'effet rétroactif et ne libère l'associé que pour les engagements futurs: **ex.: article 212, al. 2**: « *Cette personne physique ne sera plus réputée caution solidaire des nouvelles obligations des sociétés visées à l'alinéa 1^{er} dès l'entrée d'un nouvel associé dans la société ou dès la publication de sa dissolution* » (idem *mutatis mutandis* article 646, § 1, al. 2, **in fine**).

Article 220: pour tenir compte de l'article 2, § 4, il convient de faire courir le délai (de deux ou trois ans) à compter de l'acquisition de la personnalité morale (et non de la constitution) (idem aux articles 229-5°, 396, 405-5°, 445 et 456-4°).

Article 249, § 1^{er}: il s'impose de supprimer « à peine de nullité », car l'obtention de l'agrément est une simple condition suspensive, et de prévoir que, si l'agrément n'intervient pas dans un délai raisonnable, le tribunal sera saisi conformément à l'article 251.

Article 250: il serait judicieux de trancher une controverse quant à la question de savoir qui doit répondre aux appels de fonds subséquents après une cession de parts non libérées.

Si la cession n'a pas été inscrite dans le registre des parts, il est généralement admis que le cédant et le cessionnaire sont tenus *in solidum* de la libération.

Quid si la cession a été inscrite dans le registre? Il est clair que le cédant reste tenu de répondre aux appels de fonds antérieurs à l'inscription tandis que le cessionnaire doit répondre aux appels postérieurs. Mais le cédant est-il encore tenu de répondre aux appels de fonds postérieurs qui sont nécessaires pour payer des dettes sociales antérieures? On peut être tenté de répondre à cette question par la négative, en considérant que l'on ne peut pas appliquer l'article 507¹ par analogie. Mais, selon moi, le législateur devrait apporter une réponse positive car, indépendamment d'une telle application par analogie, les parts ne sont pas des titres négociables et la société est créancière du montant afférent à chaque part qui n'a pas encore été libéré par les associés; or une cession de dette requiert l'accord du créancier. En d'autres termes, si on a dû prévoir l'article 507 pour la SA, c'est qu'à défaut, les actions étant des titres négociables, le cédant aurait été exonéré des appels postérieurs, même si ceux-ci étaient nécessaires pour payer des dettes antérieures.

Le CSA prévoit désormais la même règle radicale pour la SPRL et la SA. En cas de cession d'une action non libérée, le cédant et le cessionnaire seront, nonobstant toute clause contraire, tenus solidairement de la libération envers la société et les tiers. En cas de cessions successives, tous les cessionnaires consécutifs seront tenus solidairement. Sauf convention contraire, le cédant d'une action non libérée auquel la libération aura été demandée par la société ou un tiers, pourra exercer un recours, pour ce qu'il aura payé, contre le cessionnaire auquel il a cédé ses actions et tout cessionnaire ultérieur.

Article 252, al. 4: il serait opportun de prévoir un délai pour introduire une demande en dissolution (cfr. délai de 40 jours prévu à l'article 251).

Article 256: selon le texte, le principe de l'irrévocabilité (sauf motifs graves) ne s'applique qu'au gérant statutaire à durée indéterminée; le gérant statutaire à durée déterminée serait donc révocable *ad nutum*, ce qui ôte tout intérêt à sa

¹ « La cession des actions non libérées ne peut affranchir leurs souscripteurs de contribuer, à concurrence du montant non libéré, aux dettes antérieures à la publication. (...) ».

nomination statutaire. Une modification permettrait de consacrer l'irrévocabilité (sauf motifs graves) de tout gérant statutaire.

Article 267: je propose de lever l'incertitude quant à la représentation de l'associé unique à l'assemblée générale, en consacrant l'opinion selon laquelle l'interdiction légale porte sur un abandon pur et simple de ses pouvoirs mais pas sur des procurations ponctuelles et limitées.

Article 281: il convient de supprimer, au 2^{ème} alinéa, « *et être justifiées par l'intérêt social à tout moment* » car la mention, à l'alinéa 3, de la contrariété à l'intérêt social parmi les causes de nullité est suffisante. Mais il est vrai que si la mise en œuvre/exécution de la convention de vote n'est pas, à tel ou tel moment, justifiée par l'intérêt de la société, le juge saisi pourrait y déceler un motif d'annulation de la décision litigieuse ou un abus du droit de vote. La convention serait alors neutralisée/désactivée, voire caduque (idem 301 et 551).

Article 290, § 1^{er}, al. 3: je suggère de modifier le texte pour indiquer clairement que l'actionnaire désireux d'introduire l'action sociale minoritaire après avoir voté en faveur de la décharge doit seulement démontrer que son vote – et non la décharge elle-même – n'est pas valable: « *Pour les associés ayant droit de vote, l'action ne peut être intentée que par ceux qui n'ont pas voté la décharge et par ceux qui ont voté cette décharge pour autant, dans ce cas, que leur vote ne soit pas valable* » (idem 562, al. 3).

Article 341: je recommande de préciser quel est le moment à prendre en considération pour déterminer le prix des titres cédés dans le cadre d'un retrait judiciaire (idem article 643).

En ce qui concerne l'*exclusion judiciaire*, la jurisprudence semble bien fixée: les titres doivent être évalués au moment où le transfert de propriété est ordonné par le juge puisque le droit au paiement du prix naît à ce moment. En évaluant les titres, le juge doit faire abstraction des circonstances ayant donné lieu à la demande et du comportement des parties à la suite de cette demande. La valeur de la société doit dès lors être déterminée sur la base des comptes annuels ou d'un état intermédiaire arrêtés à une date aussi proche que possible du jugement.² Il nous semble judicieux de distinguer l'hypothèse de l'exclusion de celle du retrait.³

En matière de *retrait judiciaire*, notre Cour de cassation elle-même semble hésiter dans son arrêt du 20 février 2015⁴: après avoir affirmé qu'en cas de retrait, la valeur des actions doit, en principe, être estimée au moment où le juge ordonne le transfert de propriété, la Cour admet que le juge prenne comme référence le

² Cass., 21 février 2014, *TRV*, 2015, p. 224, note R. TAS; *JLMB*, 2014, p. 1418, note R. AYDOGDU; Cass., 5 octobre 2012, *Pas.*, 2012, p. 1852; *J.L.M.B.*, 2014, p. 1416, note R. AYDOGDU; *J.D.S.C.*, 2013, p. 293; *T.R.V.*, 2013, p. 469, note F. PARREIN; Gand, 23 novembre 2015, *DAOR*, 2016/117, p. 55; Comm. Bruxelles (réf.) 16 septembre 2015, *RDCB*, 2016, p. 476; Comm. Anvers (réf.) 30 mai 2014, *R.W.* 2015-16, p. 674.

³ En ce sens, Gand, 7 janvier 2013, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2013, p. 199; *J.D.S.C.*, 2014, p. 348.

⁴ *T. FAM.*, 2015, p. 234, note J. DU MONGH; *T. Not.*, 2016, p. 7, note L. WEYTS; *T.R.V.*, 2015, p. 222, note R. TAS.

moment où est apparue la perturbation de l'entente entre associés, suite à leur divorce.

Même si le président n'est pas compétent pour condamner le défendeur au paiement de dommages et intérêts, il doit, selon moi, jouir d'un pouvoir d'appréciation lors de la fixation du prix et des circonstances concrètes peuvent l'amener à choisir une autre date que celle du jugement. Dans le passé, il est arrivé que le juge tienne compte de l'influence exercée sur la valeur de l'entreprise par l'attitude des défendeurs dès la survenance des premières difficultés ou qu'il décide que la valeur des actions soit déterminée au moment où la collaboration au sein de la société n'a plus été possible.⁵ Il s'agit d'atténuer les conséquences négatives des comportements du défendeur sur la valeur des parts.⁶

On peut ainsi concevoir que cette valeur soit fixée à la date de révocation d'un administrateur, considérée comme un juste motif⁷, ou à l'époque où le défendeur a repris seul la gestion de la société, sans immixtion ultérieure du demandeur.⁸ Dans un cas où l'exercice par un associé d'une activité concurrente, sous le couvert d'une société, avait été considéré comme un juste motif de retrait, la date d'estimation était immédiatement antérieure à la constitution de cette société afin que le demandeur ne supporte pas le dommage subi par la société suite aux agissements du défendeur.⁹

Le CSA élargit les pouvoirs du juge dans le cadre des procédures d'exclusion et de retrait. Le juge estimera la valeur des titres au moment où il ordonnera leur transfert/reprise, sauf si cela conduit à un résultat manifestement déraisonnable. Dans ce cas, en tenant compte des circonstances pertinentes, il décidera d'une augmentation ou d'une réduction de prix équitable. Le juge pourra également : ordonner le transfert de propriété contre le paiement d'un prix provisoire, en attendant la fixation du prix définitif ; subordonner une partie du prix à un accord des défendeurs/demandeurs quant au respect/renforcement d'une clause de non-concurrence avec la société ; (à la demande des défendeurs) neutraliser ou limiter une clause de non-concurrence en contrepartie ou non d'une diminution du prix.

III. LA SA

Le mécanisme de l'article 450, al. 2, selon lequel « *si les actes désignent comme fondateurs un ou plusieurs actionnaires possédant ensemble au moins un tiers du capital social, les autres comparants, qui se bornent à souscrire des actes contre espèces sans recevoir, directement ou indirectement, aucun avantage particulier,*

⁵ Gand, 8 novembre 2002, *T.R.V.*, 2004, p. 373 ; Gand, 21 juin 2004, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2004, 310.

⁶ Gand, 16 juin 2003, *J.D.S.C.*, 2005, p. 329, note E. POTTIER et A. COIBION ; *T.R.V.*, 2004, p. 349.

⁷ Comm. Tongres (réf.), 5 novembre 2002, *T.R.V.*, 2004, p. 383.

⁸ Gand, 17 mars 2003, *T.R.V.*, 2004, p. 367.

⁹ Comm. Bruges (réf.), 13 juin 2001, *D.A.O.R.*, 2001, p. 280.

seront tenus pour simples souscripteurs», devrait être étendu aux SPRL et aux SCRL. Il en sera ainsi dans le CSA.

Articles **483 et 484**: il conviendrait d'imposer au conseil d'administration de rédiger un rapport pour décrire les conséquences financières, à l'égard des actionnaires, de la création de parts bénéficiaires (problématique de l'écroulement des bénéfices).

Article **490**: il serait utile de préciser ce qu'il y a lieu d'entendre par «*opération dont l'effet serait de réduire les avantages attribués (...)*» (idem pour l'article **501**).

Article **510**: en raison de l'insécurité juridique suscitée par le libellé actuel, il est préférable de prévoir que «*les clauses d'inaliénabilité doivent être limitées dans le temps et leur exécution ne peut à aucun moment être contraire à l'intérêt social*» (idem article **551**). Il conviendrait également d'insérer dans l'article **510** la sanction légale du non-respect de ses conditions, qui, en l'état, ne figure qu'à l'article **551**, § 2 («*Les conventions entre actionnaires qui sont contraires aux articles 510 et 511 sont nulles*»).

Article **518**, § 3: il conviendrait d'envisager un statut particulier pour les administrateurs indépendants. En l'état, ils sont soumis au principe de la révocabilité *ad nutum*: leur mandat est révocable à tout moment, sans motif ni indemnité. On peut le regretter dans la mesure où cette instabilité risque (i) d'inciter les administrateurs indépendants à s'abstenir de critiques qui indisposeraient les autres administrateurs et l'actionnaire de contrôle et (ii) de permettre à l'assemblée générale d'exercer des pressions afin de les pousser à agir dans un sens déterminé. Pour prévenir de tels comportements, difficilement conciliables avec le rôle des administrateurs indépendants, le législateur pourrait rendre supplétif le principe de la révocabilité *ad nutum*, voire même prévoir que la révocation des administrateurs indépendants n'est possible que sur proposition du conseil d'administration ou du comité de nomination, moyennant une décision de l'assemblée générale statuant avec une majorité renforcée (3/4) et pour justes motifs. En définitive, il s'agirait de rapprocher les modalités de révocation des administrateurs indépendants de celles du commissaire, ce qui serait cohérent puisque les premiers exercent également une forme de surveillance. Dans le CSA, la révocabilité *ad nutum* devient supplétive pour tous les administrateurs.

Article **518bis**: afin de garantir la présence des femmes dans les conseils d'administration des sociétés cotées, la loi du 28 juillet 2011 a introduit dans le Code des sociétés un article **518bis** aux termes duquel au moins un tiers des membres du conseil d'administration de ces sociétés seront de sexe différent de celui des autres membres. Si le quota n'est pas atteint, la prochaine assemblée générale constituera un conseil d'administration conforme et, en cas de non-respect, tout avantage des administrateurs, lié à leur mandat, sera suspendu.

Si je peux comprendre que les premières sociétés concernées soient les sociétés cotées, en raison de leur importance économique et de leur visibilité, le critère de taille (salariés, chiffre d'affaires et bilan) me paraît plus pertinent car la diversité

des genres est *a priori* bénéfique pour toutes les catégories de *stakeholders*. Au demeurant, ce critère permet d'éviter que des sociétés se retirent de la cote pour esquiver l'obligation légale.

En outre, il est souhaitable que le quota soit progressivement porté à 50 %, que les femmes fassent partie des trois catégories d'administratrices (exécutives, non-exécutives et indépendantes) et des trois comités (audit, rémunération et nomination) et qu'une limitation du cumul des mandats soit instaurée pour éviter que des pionnières trustent tous les mandats.

Article 523, § 1^{er}, al. 1, 2^{ème} phrase : pour plus de clarté, je suggère de remplacer « *les raisons justifiant l'intérêt opposé qui existe dans le chef de l'administrateur concerné* » par « *la description de l'opposition d'intérêts* ».

Au § 1^{er}, al. 2, *in fine*, il suffit d'imposer que le rapport de gestion contienne « *l'intégralité de l'extrait pertinent du procès verbal visé ci-avant* » (et non l'entièreté du PV). Le CSA va dans ce sens.

Un jugement récent du tribunal de commerce de Liège¹⁰ suscite la réflexion quant à l'opportunité d'une autre modification – encore à concevoir – de l'article 523, en ayant à l'esprit que la responsabilité solidaire des administrateurs peut être engagée, à l'égard de la société et des tiers, d'une part, en cas de non-respect de la procédure, s'il est démontré que le dommage résulte de cette violation (article 528), et, d'autre part, nonobstant le respect de la procédure, en cas de préjudice subi par la société ou des tiers, si l'opération a procuré à l'un des administrateurs un avantage financier abusif au détriment de la société (article 529).

Dans le cas d'espèce, il s'agissait d'une société anonyme dont le conseil d'administration était composé de trois administrateurs: M.B.D., une SPRL ayant M.B.D. comme représentant permanent et une autre SPRL ayant l'épouse de M.B.D. comme représentant permanent. M.B.D., par ailleurs actionnaire, avait cédé un immeuble à la société. Quelques mois plus tard, le tribunal ouvre la procédure de réorganisation judiciaire par accord collectif. Lors de la liquidation, un rapport d'expertise révèle que le prix de vente de l'immeuble était nettement supérieur à sa valeur de marché. Le liquidateur lance citation contre les administrateurs, à titre principal, en vertu de l'article 528 et, à titre subsidiaire, sur la base de l'article 529.

Dans son jugement, le tribunal considère que la responsabilité des administrateurs ne peut être engagée ni en vertu de l'article 529 – car la procédure n'a pas été formellement suivie – ni en vertu de l'article 528 – car, même si le conflit avait été révélé explicitement et formellement, la décision n'aurait pas été différente puisque le conseil d'administration était composé de M.B.D. et de son épouse. Or, si l'article 529 requiert que la procédure ait été respectée pour engager la responsabilité solidaire des administrateurs, c'est pour éviter qu'ils soient tenus responsables alors qu'ils ignoraient que les décisions critiquées comportaient un

¹⁰ Comm. Liège, 21 avril 2015, RPS-TRV, 2016, p. 279, note C. DEVESELEER.

conflit d'intérêts et pouvaient procurer un avantage financier abusif à l'un d'eux. L'article 523 vise un objectif d'information pour que le conseil d'administration et l'assemblée générale prennent leurs décisions (effectuer l'opération/octroyer la décharge) en pleine connaissance de cause. En l'espèce, puisque tous les administrateurs, par ailleurs actionnaires, avaient un intérêt dans la décision, ils étaient *ipso facto* conscients de l'existence du conflit et leur consentement avait été éclairé nonobstant l'absence de déclaration formelle. En définitive, dans la mesure où tous les administrateurs étaient concernés, on aurait pu considérer que l'esprit et l'objectif de l'article 523 avaient été rencontrés, malgré le non-respect formel de la procédure.

Article 523, § 2: une modification est suggérée par un jugement du tribunal de commerce de Termonde¹¹, selon lequel l'article 523 n'exclut pas qu'en vertu des règles de droit commun en matière d'annulation de décisions du conseil d'administration, un recours en annulation soit intenté par un membre du conseil d'administration, qui pourrait avoir un intérêt fonctionnel à l'annulation d'une décision illégale.

Le tribunal rappelle que (i) l'intérêt à agir, au sens de l'article 17 du Code judiciaire, est l'avantage que l'action peut apporter à son demandeur, (ii) l'action en nullité des décisions d'assemblée générale peut être exercée par tout intéressé (article 178) et (iii) à défaut de disposition légale instaurant une action en nullité spécifique contre les décisions du conseil d'administration, la doctrine et la jurisprudence considèrent que les principes légalement prescrits pour les décisions d'assemblées générales peuvent y être appliqués par analogie.

En l'état, à prétexte que la procédure vise à protéger les intérêts de la société, l'article 523, § 2, prévoit que l'action en nullité des décisions illégales est un monopole de la société, représentée par son conseil d'administration ou conformément à ses statuts. Ainsi, la jurisprudence dominante estime que cette action ne peut être intentée ni par un actionnaire minoritaire, ni par un créancier. Son exercice est donc assez rare puisque, sous réserve des hypothèses de cessions d'entreprise/contrôle, cela revient, pour le conseil d'administration, à attaquer une décision qu'il a lui-même prise.

De lege ferenda, je suis tenté d'approuver le raisonnement du tribunal et je plaide pour une modification de l'article 523, § 2. La procédure de règlement des conflits d'intérêts tend à protéger l'intérêt de l'ensemble des *stakeholders* et, dans cette perspective, la nullité des décisions prises en violation de cette procédure, prononcée à la requête de tout intéressé, semble une sanction adéquate, sous réserve de la préservation des droits acquis par les tiers de bonne foi (cfr. *supra* la modification proposée de l'article 64 ainsi que du titre du Livre IV/Titre VIII, du titre du Livre IV/Titre VIII/Chapitre II et des articles 178, 179 et 180).

Le CSA prévoit, sans autre précision quant au demandeur potentiel, que les décisions prises ou les opérations accomplies en violation des règles légales

¹¹ 27 septembre 2012, T.R.V., 2015, p. 472, note S. DE DIER.

en matière de conflits d'intérêts sont frappées de nullité si l'autre partie avait ou devait avoir connaissance de cette violation. L'action en nullité n'est donc légalement plus réservée à la société; la question décisive est de déterminer qui mérite la protection.

Article 524: aussi longtemps que l'article 4 définit une « *société cotée* » comme une société « *dont les titres* [actions, titres donnant droit à l'acquisition d'actions, obligations...] *sont admis aux négociations sur un marché réglementé (...)* », le champ d'application *ratione societatis* de l'article 524 ne devrait pas être limité aux sociétés « *dont les actions sont admises aux négociations sur un marché visé à l'article 4* ». En effet, il faut distinguer les dispositions visant à promouvoir les droits politiques des actionnaires, dont le champ d'application est limité aux sociétés dont les actions sont cotées (articles 533 et suivants), et les dispositions relatives à la gouvernance des sociétés cotées (conflits d'intérêts intra-groupe, diversité des genres, création de comités d'audit), dont le champ d'application est ou doit être plus large. La distinction est moins claire en ce qui concerne la rémunération (articles 520*bis* et 520*ter*). Le CSA contient une définition restrictive des sociétés cotées, l'admission des actions et des parts bénéficiaires aux négociations sur un marché réglementé étant le critère retenu; mais cette définition « *belge* » ne permet pas d'esquiver des dispositions européennes applicables aux sociétés dont les titres sont cotés (comptes et contrôle des comptes).

Le Code pourrait préciser la notion d'« *expert indépendant* » et son mode de nomination (critères/garanties nécessaires; incompatibilité avec la fonction de commissaire de la société visée/sociétés liées...).

Au § 3, il conviendrait d'indiquer, à l'alinéa 2, que « *le conseil d'administration précise dans son procès-verbal si la procédure décrite ci-dessus a été respectée et, le cas échéant, les motifs sur la base l'avis du comité n'a pas été suivi ainsi que les conséquences financières de l'opération* » et, à l'alinéa 4, que « *la conclusion de l'avis du comité, l'intégralité de la partie pertinente du procès-verbal du conseil d'administration et l'appréciation du commissaire sont repris dans le rapport de gestion* ».

Article 524*bis*: il serait opportun de remplacer « *déléguer* » par « *transférer* »; cela évacuerait la controverse sur la question de savoir si le conseil d'administration peut toujours intervenir dans les matières confiées au comité de direction sur la base de son pouvoir résiduel. Le CSA retient la véritable structure dualiste (avec un conseil de direction et un conseil de surveillance) comme une option à côté de la structure moniste (conseil d'administration sans comité de direction).

Articles 526*ter* et 526*quater*: la présence d'un ou plusieurs administrateurs indépendants devrait être imposée dans les « *grandes* » sociétés anonymes, qu'elles soient ou non cotées, dans la mesure où leur rôle n'est pas (seulement) de rassurer/attirer les investisseurs mais de veiller à l'intérêt de la société et de ses *stakeholders*.

Article 526bis: il serait plus judicieux que le comité d'audit compte une majorité d'administrateurs indépendants et que tous ses membres soient compétents en matière de comptabilité et d'audit. On pourrait s'inspirer de l'article 526quater, § 2, al. 2, aux termes duquel *« le comité de rémunération est composé d'une majorité d'administrateurs indépendants au sens de l'article 526ter et possède l'expertise nécessaire en matière de politique de rémunération »*. On peut en effet supposer que le comité de rémunération, en tant que tel, ne possèdera l'expertise requise que si tous ses membres en sont pourvus...

Article 526ter: il faut revoir la liste des circonstances susceptibles d'affecter l'indépendance:

- 1°, 3° et 7°: même si cela semble une évidence, il faut rectifier une inadvertance pour tenir compte du passé et du présent (*« ne pas exercer ou ne pas avoir exercé durant une période de cinq années précédant sa nomination, un mandat... »*; *« ne pas faire partie ou ne pas avoir fait partie durant une période de trois années précédant sa nomination, du personnel de direction... »*);
- 4°: préciser la période de « viduité » durant laquelle l'administrateur ne doit avoir perçu aucun *« avantage significatif de nature patrimoniale »* de la société;
- 5°: les termes *« droit social »*, *« stipulations conventionnelles »*, *« engagements unilatéraux »* et *« fonds social »* sont imprécis; en outre, il est difficile de concevoir qu'un administrateur détenant par ailleurs 10 % du capital d'une société cotée soit indépendant (*« ne pas être, contrôler ou représenter un actionnaire détenant plus de [1 à 5] % du capital ou des droits de vote de la société »*);
- 10°: insérer une clause *« catch all »*, qui énonce qu'en tout état de cause, l'administrateur indépendant ne doit *« entretenir aucune relation avec une société qui est de nature à mettre en cause son indépendance »*.

De manière générale, il est souhaitable d'élargir l'éventail des candidats potentiels à la fonction d'administrateur indépendant, pour prévenir les conflits d'intérêts fonctionnels (*« interlocking directorates »*). Cela peut impliquer de désigner des personnes qui n'ont pas encore exercé la fonction d'administrateur mais dont l'expertise a été reconnue par l'attribution d'une charge académique importante au sein des universités, tous domaines confondus, de l'histoire de l'art à la chimie en passant par le droit et la gestion.

Articles 527 et 528: ces dispositions ne font aucune distinction entre les membres du conseil d'administration, sur la base de la nature de leur fonction, de sorte que la qualification d'administrateur indépendant n'emporte aucune responsabilité spécifique. La jurisprudence ne reconnaît comme variables d'ajustement de responsabilité ni l'appartenance à tel ou tel comité consultatif/spécialisé, ni le fait d'être un administrateur indépendant. Pourtant, l'existence de plusieurs catégories d'administrateurs (administrateurs exécutifs, non exécutifs et indépendants) ainsi que les différentes missions qu'ils exercent, invitent à

s'interroger sur la collégialité du conseil et la responsabilité de ses membres : une appréciation distincte de leur responsabilité ne se justifierait-elle pas ? C'est le second volet d'un statut spécifique de l'administrateur indépendant que j'appelle de mes vœux. Je recommande que son régime de responsabilité soit en adéquation avec l'ampleur et la complexité de ses tâches. Cela implique que le Code reconnaisse qu'il n'exerce aucune tâche active d'information et de gestion mais assume des missions primordiales et complexes de confiance, de surveillance et de vigilance. En l'état, de manière surprenante, le CSA instaure – pour tous les dirigeants – un régime de plafonnement de responsabilité, à concurrence de certains montants dont l'ampleur dépend de la taille de la société (chiffre d'affaires et total du bilan).

Art. 529, al. 2 : *« Les administrateurs sont personnellement et solidairement responsables du préjudice subi par la société ou les tiers à la suite de décisions ou d'opérations approuvées par le conseil, même dans le respect des dispositions de l'article 524, pour autant que ces décisions ou opérations aient causé à la société un préjudice financier abusif au bénéfice d'une société du groupe »*. Cet alinéa ne prévoit pas d'exception à la responsabilité qu'il stipule alors que l'alinéa 1^{er} fait référence à l'article 528 (*« sans préjudice de l'article 528 »*).

Cette rédaction laisse à désirer car, pour les administrateurs indépendants, le régime de responsabilité est moins lourd si la procédure n'a pas été respectée que si, malgré le respect de la procédure, la décision a causé à la société un préjudice financier abusif au bénéfice d'une société du groupe. En effet, si une décision entrant dans le champ d'application de 524 n'est pas soumise à l'avis du comité d'administrateurs indépendants, il s'agit d'une violation du Code, au sens de l'article 528, et les administrateurs indépendants peuvent s'exonérer (*« en ce qui concerne les infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, les administrateurs (...) ne sont déchargés de la responsabilité (...) que si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces infractions (...) lors de la première assemblée générale (...) suivant le moment où ils en ont eu connaissance »*). Par contre, si le comité d'administrateurs indépendants rend un avis négatif dont le conseil d'administration ne tient pas compte, l'ensemble du conseil d'administration, en ce compris les administrateurs indépendants, seront responsables en cas de préjudice financier abusif causé à la société.

La rédaction de l'article 529 peut aussi être améliorée dans un autre registre, celui de l'articulation entre les préjudices respectifs de la société et des tiers. En effet, les administrateurs sont personnellement et solidairement responsables du *« préjudice subi par la société ou les tiers »* à la suite de décisions prises conformément aux articles 523/524, qui ont procuré un avantage financier abusif à un administrateur/une autre société du groupe, *« au détriment de la société »*.

Article 531 : il faut adapter le champ des pouvoirs de l'assemblée générale à celui du conseil d'administration, qui dispose désormais de la compétence résiduaire (voir article 522, § 1^{er}). L'auteur de l'avant-projet de CSA y a été attentif, en disposant que *« l'assemblée générale des actionnaires exerce les pouvoirs que lui*

confère le présent Code ». Les statuts peuvent étendre ses pouvoirs mais une telle extension ne sera pas opposable aux tiers, à moins que la société ne prouve qu'il en avait connaissance ou ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances.

Article 532: je recommande d'abaisser de 20 à 10 % du capital social le seuil requis pour que des actionnaires minoritaires puissent requérir une convocation de l'assemblée générale. Les auteurs du CSA ont suivi cette suggestion, que j'avais déjà formulée à plusieurs reprises.

La société anonyme doit s'assurer qu'à des degrés divers, certains documents sont mis à la disposition de certains destinataires. La transmission effective de l'information est justifiée par l'intérêt social: ces documents sont préparatoires à une décision qui doit être prise en pleine connaissance de cause. Les différences quant aux modes d'accès à l'information sont en grande partie dues aux coûts afférents à une communication d'office à tous les destinataires des documents dans leur intégralité.

L'articulation entre les articles 535 et 553 devrait être améliorée. Ces dispositions font référence à (i) l'envoi (« *adressée* »), la transmission et l'obtention (« *au siège de la société* ») de « *copies de documents* », (ii) la mise à disposition de « *documents* » et (iii) la prise de connaissance de « *pièces* ». Ils semblent réserver un sort particulier, d'une part, aux comptes annuels, au rapport de gestion et au rapport des commissaires (en ce qui concerne ces documents, 553 renvoie à 535) et, d'autre part, à la liste des actionnaires n'ayant pas libéré leurs actions ainsi qu'à la liste des titres composant le portefeuille de la société. Ils concernent les actionnaires nominatifs, les autres actionnaires, les administrateurs, les commissaires, les personnes ayant rempli les formalités statutaires d'admission, les obligataires, les titulaires d'un droit de souscription, les titulaires d'un certificat émis avec la collaboration de la société. Ils distinguent différents moments où les informations sont communiquées (« *en même temps que la convocation* », « *dès la publication de la convocation* », « *sans délai aux personnes qui, au plus tard sept jours avant l'assemblée générale, ont rempli les formalités requises par les statuts pour être admises à l'assemblée* », « *quinze jours avant l'assemblée générale* », « *dans les quinze jours précédant l'assemblée* », « *à l'assemblée générale* »). Ce système est trop sophistiqué et trop compliqué!

Article 536: les actionnaires peuvent, à l'unanimité, prendre par écrit toutes les décisions qui relèvent du pouvoir de l'assemblée générale, à l'exception de celles qui doivent être passées par acte authentique (idem articles 268 et 382). Des incertitudes devraient être levées. Est-il possible d'adopter certaines propositions, tout en rejetant les autres, sans affecter la validité de la résolution écrite? Une décision écrite est-elle possible dans le cadre de la procédure de sonnette d'alarme (articles 332, 431 et 633)? Faut-il « *convoquer* » les actionnaires à l'assemblée générale par écrit? Faut-il y associer l'organe de gestion et le commissaire? Pour l'application de l'article 528, al. 3, une assemblée générale par écrit peut-elle être considérée comme « *la première assemblée générale* » suivant le moment où les

administrateurs ont eu connaissance de l'infraction? Comment et quand les autres porteurs et détenteurs de titres peuvent-ils «prendre connaissance» des décisions écrites...?

Article 543: il serait plus élégant d'écrire «*Pour la détermination des conditions de présence et de majorité à observer dans les assemblées générales, il n'est pas tenu compte: (...) 2° des actions dont le droit de vote est suspendu*».

Article 551: il faut supprimer, au 2^{ème} alinéa, «*et être justifiées par l'intérêt social à tout moment*» car la mention de la contrariété à l'intérêt social parmi les causes de nullité est suffisante (idem article 580 pour les conventions de vote entre obligataires). On pourrait prévoir que «*les conventions de vote doivent être limitées dans le temps et leur mise en œuvre ne peut à aucun moment être contraire à l'intérêt social*».

Article 556, al. 2: il est plus correct de supprimer les mots «*à peine de nullité*» et de prévoir que «*La décision n'est opposable aux tiers que si elle fait l'objet d'un dépôt au greffe préalable à la réception par la société de la communication visée à l'article 557, conformément à l'article 75*».

Article 558: il y a lieu d'écrire «*Une modification [des statuts] n'est admise que si elle réunit les trois quarts des voix*» (au lieu d'«*aucune*») (idem aux articles 559, 574, al. 3).

Article 598, al. 2 et 3: à propos de la suppression ou de la limitation du droit de préférence, je suggère de biffer tout référentiel quant au prix; n'importe quel prix d'émission est admissible pour autant que le conseil d'administration le justifie dans ses rapports. Cela implique de modifier l'al. 4: «*Les rapports établis par le conseil d'administration indiquent l'incidence sur la situation de l'ancien actionnaire de l'émission proposée, en particulier en ce qui concerne le prix, la valeur ou le cours de bourse des actions et sa quote-part du bénéfice et celle des capitaux propres*».

Article 599: dans le même esprit, il convient de donner plus de latitude à l'assemblée générale à propos du droit de priorité: «*En cas de limitation ou de suppression du droit de préférence, l'assemblée générale peut prévoir, selon les modalités qu'elle détermine, qu'une priorité sera donnée aux anciens actionnaires lors de l'attribution des nouveaux titres*» (supprimer «*dans ce cas, la période de souscription doit avoir une durée de dix jours*»).

Article 617: il serait judicieux de confirmer la jurisprudence de la Cour de cassation à propos des dividendes «*intercalaires/intermédiaires*»¹²: «*dans les limites prévues à l'al. 1er, l'assemblée générale peut, à tout moment au cours de l'exercice, décider de distribuer aux actionnaires un dividende prélevé sur le bénéfice reporté et les réserves disponibles*» (idem 320, § 1er, al. 2). De manière

¹² Cass., 23 janvier 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1252; *R.D.C.*, 2003, p. 836, note D. HEENEN; *T.R.V.*, 2003, p. 541; *R.P.S.*, 2003, p. 379, note M. DE WOLF; *J.T.*, 2004, 155, note A. BERTRAND; *R.C.J.B.*, 2003, p. 557, note D. WILLERMAIN; L. SIMONT et P.-A. FORIERS, «La distribution de réserves disponibles en cours d'exercice», in *Liber Amicorum J.-P. De Bandt*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 597.

générale, le CSA assouplit les conditions et les modalités de versement d'acomptes sur dividendes afférents à l'exercice en cours.

Article 620 § 1^{er}, al. 1^{er}, 1^o : le renvoi à 559 n'étant pas toujours pris correctement en considération, la disposition pourrait être plus explicite : *« l'assemblée générale ne peut valablement décider une acquisition d'actions propres que si ceux qui assistent à la réunion représentent, d'une part, la moitié du capital social et, d'autre part, s'il en existe, la moitié du nombre total des parts bénéficiaires. Si cette condition n'est pas remplie, une seconde convocation sera nécessaire et, pour que la seconde assemblée délibère valablement, il suffira qu'une portion quelconque du capital y soit représentée. Une acquisition n'est admise que si elle réunit les quatre cinquièmes au moins des voix »* (idem 622, § 2, pour l'aliénation). Une alternative raisonnable serait de prévoir une majorité des 3/4, comme y veille le CSA.

Article 622, § 2 : il conviendrait aussi d'imposer le respect de l'égalité au moment de l'aliénation des actions propres (cfr. article 620, § 1^{er}, 5^o lors de l'acquisition). Le CSA va en ce sens.

L'article 633 prévoit que *« lorsque l'assemblée générale n'a pas été convoquée conformément au présent article, le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire, présumé résulter de cette absence de convocation »* (sonnette d'alarme). Or, en l'état, cette disposition ne prévoit pas d'obligation de publication, par mention de dépôt, de la décision de l'assemblée générale. Dès lors, pour permettre, le cas échéant, d'établir que l'assemblée générale n'a pas été convoquée à temps, il faudrait prévoir une telle obligation de publication. Il serait judicieux de remplacer « n'a pas été convoquée » par « ne s'est pas réunie ».

CONCLUSION

Mon collègue Herman Braeckmans, personnage souriant, cordial et bienveillant, m'a toujours donné l'impression de trouver son équilibre entre de grandes réflexions fondamentales et de minutieuses considérations techniques. C'est un professeur-avocat – pédagogue, chercheur, imaginatif et pragmatique – qui me semble plus attentif aux besoins légitimes de la pratique qu'aux grandes envolées théoriques.

Dans l'attente d'une ambitieuse réforme de notre Code des sociétés, j'ai donc proposé, en toute simplicité et convivialité, en me basant sur mon expérience d'enseignant et de praticien, quelques modifications – tantôt conceptuelles, tantôt techniques, tantôt fondamentales, tantôt ponctuelles – qui pourraient améliorer l'harmonie, l'ergonomie et la maniabilité de notre principal instrument de travail.

