Titre V
La société anonyme

par

Patrick DE WOLF
Avocat au Barreau de Bruxelles
Maître de Conférences à l'Université catholique de Louvain

Gérald STEVENS
Avocat aux Barreaux de Bruxelles et Luxembourg
Maître de Conférences à l'Université catholique de Louvain

avec la collaboration de Alexandra PARDOU
Avocate au Barreau de Bruxelles

nos

CHAPITRE I ORIGINE, ÉVOLUTION ET PERSPECTIVES 674-686

Section 1 Les origines 674
Section 2 L'évolution avant la codification du droit des sociétés 675-679
Sous-section 1 Le droit communautaire 676
Sous-section 2 Le droit financier 677-679
Section 3 Le Code des sociétés 680-686
Sous-section 1 La première mue du Code des sociétés 682-683
Sous-section 2 La seconde mue 684-686

CHAPITRE II LES SOCIÉTÉS ANONYMES FAISANT OU AYANT FAIT PUBLIQUEMENT APPEL À L'ÉPARGNE 687-693

Section 1 Définition 688-689
Section 2 Aperçu des dispositions du Code des sociétés spécifiques aux sociétés faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne 690-693
Sous-section 1 Dispositions applicables à toutes les sociétés faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne 691
Sous-section 2 Dispositions applicables aux sociétés cotées 692
Sous-section 3 Dispositions applicables en cas d'O.P.A. ... 693

CHAPITRE III CONSTITUTION 694-776

Section 1 Conditions de fond 694-729
Sous-section 1 Les actionnaires 695-702
§ 1. NOMBRE 695
§ 2. QUALITÉ 696
§ 3. QUESTIONS PARTICULIÈRES 697-702
A. La participation des époux 697-699
B. Capacité juridique 700
C. Nationalité 701
D. Comparution par mandataire 702
Sous-section 2 Le capital et les apports 703-724
§ 1. NOTION 703
§ 2. UN CAPITAL MINIMUM ET SUFFISANT 704-705
A. Capital minimum 704
B. Capital suffisant – plan financier 705

nos

§ 3. SOUSCRIPTION DU CAPITAL 706-716
A. Modalités de la souscription 707-708
B. Les apports 709-715
C. Les quasi-apports 716
§ 4. LIBÉRATION DU CAPITAL ET DES ACTIONS 717-724
A. Libération des actions 718-723
B. Libération du capital à concurrence de 61.500 euros au moins 724
Sous-section 3 L'objet social 725-728
§ 1. FORMULATION LARGE OU RESTRICTIVE DE L'OBJET SOCIAL? 726
§ 2. ACTIVITÉS INTERDITES OU RÉGLEMENTÉES 727
§ 3. ACTES À TITRE GRATUIT 728
Sous-section 4 Interdiction des clauses léonines 729
Section 2 Conditions de forme 730-758
Sous-section 1 Forme de l'acte constitutif 731
Sous-section 2 Langue de l'acte constitutif 732
Sous-section 3 Contenu de l'acte constitutif 733-758
§ 1. MENTIONS REQUISES PAR L'ARTICLE 69 C. SOC. 734-748
A. Forme et dénomination de la société (art. 69, 1°, C. soc.) 734
B. Désignation précise du siège social (art. 69, 2°, C. soc.) 735
C. Durée de la société (art. 69, 3°, C. soc.) 736-737
D. Identité des fondateurs (art. 69, 4°, C. soc.) 738
E. Montant du capital social, de la partie libérée et du capital autorisé (art. 69, 5°, C. soc.) 739
F. Formation du capital social (art. 69, 6°, C. soc.) 740
G. Début et fin de l'exercice social (art. 69, 7°, C. soc.) 741
H. Réserves, répartition des bénéfices et du boni de liquidation (art. 69, 8°, C. soc.) 742
I. Administration de la société (art. 69, 9°, C. soc.) 743
J. Contrôle de la société (art. 69, 10°, C. soc.) 744
K. Désignation précise de l'objet social (art. 69, 11°, C. soc.) 745

n^os

L. Assemblées générales ordinaires (art. 69, 12°, C. soc.) 746
M. Données à caractère personnel en cas de procuration et autres données prévues par le Code (art. 69, 13°, C. soc.) 747
N. Attestation de libération du capital social (art. 69, 14°, C. soc.) 748
§ 2. MENTIONS REQUISES PAR L'ARTICLE 453 C. SOC. 749-757
A. Souscription et libération du capital (art. 453, 1°, C. soc.)
B. Administration de la société (art. 453, 2°, C. soc.)
C. Actions représentatives du capital (art. 453, 3°, C. soc.) et parts bénéficiaires (art. 453, 4°, C. soc.) 749
D. Forme des actions (art. 453, 5°, C. soc.) 750
E. Spécification et rémunération des apports en nature (art. 453, 6°, C. soc.) 751
F. Cause et consistance des avantages particuliers attribués aux fondateurs (art. 453, 7°, C. soc.) 752
G. Frais de constitution (art. 453, 8°, C. soc.) 753
H. Organisme dépositaire des apports en numéraire (art. 453, 9°, C. soc.) 754
I. Mutations à titre onéreux relatives aux immeubles apportés (art. 453, 10°, C. soc.) 755
J. Charges grevant les biens apportés (art. 453, 11°, C. soc.) 756
K. Conditions de réalisation des options (art. 453, 12°, C. soc.) 757
§ 3. MENTIONS INTERDITES 758
Section 3 Sanction des règles de constitution 759-771
Sous-section 1 Nullité de la SA 760-765
§ 1. CAUSES DE NULLITÉ 761-764
A. Vices de forme 762
B. Vices de fond 763
C. Autres irrégularités 764
§ 2. RÉGIME DE LA NULLITÉ 765
Sous-section 2 Responsabilité civile des fondateurs 766-769
§ 1. QUI EST FONDATEUR? 766

n^os

§ 2. CAS DE RESPONSABILITÉ 767
§ 3. CAS PARTICULIERS 768-769
A. Les mandataires 768
B. Les comparants à l'acte 769
Sous-section 3 Sanctions pénales 770
Sous-section 4 Dissolution des sociétés à finalité sociale .. 771
Section 4 Formalités postérieures à la constitution 772-776
Sous-section 1 Engagements pris au nom d'une société en formation 773-774
Sous-section 2 Ouverture d'un compte financier 775
Sous-section 3 Immatriculation auprès de la banque carrefour des entreprises 776

CHAPITRE IV PUBLICITÉ 777-791

Section 1 Publicité de l'acte constitutif 777-783
Sous-section 1 Dépôt au greffe 778
Sous-section 2 Publication aux annexes du Moniteur belge 779-783
§ 1. CONTENU DE L'EXTRAIT 780
§ 2. FORME DE L'EXTRAIT 781
§ 3. PUBLICATION 782
§ 4. SANCTION DE L'ABSENCE DE PUBLICATION 783
Section 2 Publicité permanente 784-791
Sous-section 1 Publication en cours de vie sociale 784-787
§ 1. ACTES À DÉPOSER ET À PUBLIER PAR EXTRAIT 785
§ 2. ACTES À DÉPOSER ET À PUBLIER PAR MENTION 786
§ 3. SANCTIONS 787
Sous-section 2 Information des tiers 788-791
§ 1. MENTIONS OBLIGATOIRES 788
§ 2. MENTIONS FACULTATIVES 789
§ 3. SANCTION 790
§ 4. SIGNATURE DES ADMINISTRATEURS 791

CHAPITRE V LES ACTIONS ET LEUR TRANSMISSION 792-878

Section 1 Types d'actions 793-812
Sous-section 1 Les actions de capital 793-808
§ 1. NOTION 793

	nos
§ 2. DROITS ATTACHÉS À L'ACTION	794-799
A. Droits 'politiques'	795-797
B. Droits 'financiers'	798
C. Droits 'patrimoniaux'	799
§ 3. CATÉGORIES D'ACTIONS DE CAPITAL	800-808
A. Actions sans droit de vote	801-806
B. Actions privilégiées, de priorité ou de préférence	807
C. Actions de jouissance (amortissement du capital)	808
Sous-section 2 Les titres hors capital	809-812
§ 1. NOTION	809
§ 2. DROITS ATTACHÉS AUX TITRES HORS CAPITAL	810
§ 3. ÉMISSION EN COURS DE VIE SOCIALE	811
§ 4. CESSION DES PARTS BÉNÉFICIAIRES	812
Section 2 Forme des actions	813-825
§ 1. NOTIONS	813
§ 2. ACTIONS OU TITRES NOMINATIFS	814
§ 3. ACTIONS OU TITRES AU PORTEUR	815
§ 4. ACTIONS OU TITRES DÉMATERIALISÉS	816-825
A. Définition	817
B. Avantages de la dématérialisation	818
C. Création des actions dématérialisées	819
D. Exercice des droits liés à l'action dématérialisée	820-821
E. Procédures et règles particulières	822-825
Section 3 Certification, détention et négociation des actions	826-878
Sous-section 1 Certification	826-836
§ 1. NATURE ET OBJECTIFS DE LA CERTIFICATION	826
§ 2. RÉGIME JURIDIQUE	827-836
A. Entité émettrice	827
B. Collaboration de la société	828
C. Forme des certificats	829
D. Obligations de l'émetteur de certificats	830-833
E. Droits du titulaire de certificats	834-836
Sous-section 2 Détention des actions	837-840
§ 1. LOI DU 2 MAI 2007	838
§ 2. DÉPOSSESSION INVOLONTAIRE DES TITRES AU PORTEUR	839
§ 3. ACQUISITION D'UNE QUOTITÉ DE TITRES OPÉRANT 25% OU PLUS DES DROITS DE VOTE	840

	nos
Sous-section 3 Négociation	841-878
§ 1. GÉNÉRALITÉS	841-843
A. Titres nominatifs	842
B. Titres dématérialisés	843
§ 2. RESTRICTIONS À LA NÉGOCIABILITÉ	844-866
A. Restrictions légales	845-848
B. Restrictions statutaires ou conventionnelles	849-866
§ 3. GARANTIES DU VENDEUR	867-878
A. Recours fondés sur le droit commun	868-870
B. Recours fondés sur les clauses de garantie	871-878
CHAPITRE VI LES ASSEMBLÉES GÉNÉRALES	879-961
Section 1 Notions générales	879-880
Section 2 Convocations	881-899
Sous-section 1 Qui peut convoquer?	882-888
§ 1. ASSEMBLÉE ORDINAIRE	882
§ 2. ASSEMBLÉE EXTRAORDINAIRE	883-887
A. Convocation par le conseil d'administration	883
B. Convocation par le(s) commissaire(s)	884
C. Convocation à la requête d'actionnaires représentant un cinquième du capital	885
D. Convocation par l'assemblée	886
E. Convocation par le(s) liquidateur(s)	887
§ 3. ANNULATION OU AJOURNEMENT DE LA CONVOCATION	888
Sous-section 2 Forme de la convocation	889-892
§ 1. PRINCIPE	889-891
§ 2. EXCEPTION LORSQUE TOUS LES TITRES SONT NOMINATIFS	892
Sous-section 3 Contenu de la convocation	893-897
Sous-section 4 Documents à joindre à la convocation – Information à publier simultanément	898-899
Section 3 Tenue des assemblées générales	900-908
Sous-section 1 Composition de l'assemblée	900-903
§ 1. QUI PEUT ASSISTER À L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE?	900
§ 2. FORMALITÉS D'ADMISSION	901-902
§ 3. LISTE DE PRÉSENCES	903

		nos
Sous-section 2	Organisation de l'assemblée	904
Sous-section 3	Réponse aux questions	905
Sous-section 4	Décisions et procès-verbaux	906-907
Sous-section 5	Participation à l'assemblée par des moyens électroniques	908
Section 4	Le vote aux assemblées générales	909-937
Sous-section 1	Notions générales	909
Sous-section 2	Titres ayant le droit de vote	910
Sous-section 3	L'exercice du droit de vote	911-937
§ 1.	À QUI APPARTIENT LE DROIT DE VOTE?	911-921
A.	Vote par le propriétaire	912-917
B.	Vote par procuration	918-921
§ 2.	MODE DE VOTATION	922-923
A.	Principes	922
B.	Vote à distance	923
§ 3.	RESTRICTIONS À L'EXERCICE DU DROIT DE VOTE	924-934
A.	Restrictions légales	924
B.	Restrictions statutaires et conventionnelles	925-931
C.	Restrictions judiciaires	932-934
§ 4.	ABUS DU DROIT DE VOTE: ABUS DE MAJORITÉ ET DE MINORITÉ	935-937
A.	Abus de majorité	936
B.	Abus de minorité	937
Section 5	Pouvoirs des assemblées générales	938-956
Sous-section 1	Principes	938
Sous-section 2	Assemblée générale statutaire	939-941
§ 1.	POUVOIRS	939
§ 2.	PRÉSENCE ET MAJORITÉ	940
§ 3.	PROROGATION DE L'ASSEMBLÉE ORDINAIRE	941
Sous-section 3	Assemblée générale extraordinaire	942-952
§ 1.	MODIFICATION DES STATUTS	943-947
A.	Convocations	944
B.	Quorum de présence	945
C.	Quorum de voix	946
D.	Acte notarié	947
§ 2.	MODIFICATION DE L'OBJET SOCIAL	948
§ 3.	MODIFICATION DES 'DROITS RESPECTIFS' DES CATÉGORIES	949-950
§ 4.	ASSEMBLÉE GÉNÉRALE SPÉCIALE	951
§ 5.	AUTRES MODIFICATIONS	952

		nos
Sous-section 4	Limites aux pouvoirs des assemblées	953-956
§ 1.	LE CADRE INSTITUTIONNEL DE LA SOCIÉTÉ	954
§ 2.	L'INTÉRÊT SOCIAL	955
§ 3.	LES DROITS ACQUIS	956
Section 6	Nullité des décisions d'assemblées générales	957-961
Sous-section 1	Causes de nullité	957
Sous-section 2	Qui peut agir?	958
Sous-section 3	Modalités de l'action en nullité	959
Sous-section 4	Droits des tiers	960
Sous-section 5	Prescription	961
CHAPITRE VII	LE CONSEIL D'ADMINISTRATION ET LES AUTRES ORGANES DE GESTION ET DE REPRÉSENTATION	962-1236
Section 1	Formation du conseil d'administration. Les administrateurs et leur statut	967-997
Sous-section 1	Généralités	967
Sous-section 2	Nomination des administrateurs	968-978
§ 1.	QUI NOMME LES ADMINISTRATEURS?	968-971
§ 2.	NOMBRE D'ADMINISTRATEURS	972
§ 3.	QUI PEUT ÊTRE ADMINISTRATEUR?	973-978
Sous-section 3	Durée du mandat	979
Sous-section 4	Rémunération des administrateurs	980-990
§ 1.	PRINCIPES GÉNÉRAUX	980
§ 2.	CUMUL D'UN STATUT D'ADMINISTRATEUR (OU DU DÉLÉGUÉ À LA GESTION JOURNALIÈRE), AVEC CELUI D'EMPLOYÉ	981
§ 3.	CONSÉQUENCES FISCALES ET SOCIALES	982
§ 4.	RÉMUNÉRATION ET INDEMNITÉS DE DÉPART VERSÉES À DES DIRIGEANTS DE SOCIÉTÉS COTÉES	983-990
A.	Rémunération variable	984-986
B.	Indemnité de départ qui dépasse les 12 mois de rémunération (art. 554, al. 4 et 5, C. soc.)	987-989
C.	Rapport de rémunération et vote de l'assemblée générale	990
Sous-section 5	Fin du mandat	991-996
§ 1.	EXPIRATION DU TERME	992
§ 2.	DÉCÈS DE L'ADMINISTRATEUR	993
§ 3.	RÉVOCATION DE L'ADMINISTRATEUR	994-995
§ 4.	DÉMISSION	996

nos

Sous-section 6 Publicité des nominations et cessation des fonctions des administrateurs 997
Section 2 Fonctionnement du conseil d'administration 998-1034
Sous-section 1 Le conseil d'administration est un organe collégial 998
Sous-section 2 Modes de délibération du conseil 999-1006
§ 1. PRINCIPE 999
§ 2. CONVOCATIONS 1000
§ 3. LIEU DES RÉUNIONS 1001
§ 4. QUORUM DE PRÉSENCE 1002
§ 5. PRÉSENCE PHYSIQUE DES ADMINISTRATEURS? 1003
§ 6. REPRÉSENTATION D'ADMINISTRATEUR 1004
§ 7. QUORUM DE VOTE 1005
§ 8. PROCÈS-VERBAUX DES RÉUNIONS DU CONSEIL 1006
Sous-section 3 Les conflits d'intérêts 1007-1034
§ 1. LES CONFLITS D'INTÉRÊT DANS LES SOCIÉTÉS NON COTÉES (ART. 523 C. SOC.) 1008-1023
A. Champ d'application de l'article 523 C. soc. 1008-1012
B. Exceptions 1013-1015
C. Procédure en cas d'application de l'article 523 C. soc. 1016-1019
D. Sanctions 1020-1023
§ 2. LES CONFLITS D'INTÉRÊT (INTRA-GROUPE) DANS LES SOCIÉTÉS COTÉES (ART. 524 C. SOC.) 1024-1034
A. Le champ d'application de l'article 524 C. soc. 1025-1027
B. La procédure 1028-1032
C. Les sanctions 1033
D. Les corporate opportunities 1034
Section 3 Pouvoirs du conseil d'administration 1035-1069
Sous-section 1 Généralités 1035
Sous-section 2 Pouvoir général de gestion 1036-1044
§ 1. PRINCIPE ET LIMITATIONS LÉGALES 1036-1040
A. L'objet social 1037
B. Les pouvoirs réservés par la loi à l'assemblée générale 1038
C. Les offres publiques d'acquisition 1039-1040
§ 2. LIMITATIONS STATUTAIRES 1041

nos

§ 3. DÉLÉGATIONS DU POUVOIR DE GESTION 1042-1044
A. Délégations interdites 1042
B. Délégations autorisées 1043-1044
Sous-section 3 Pouvoir général de représentation 1045-1052
§ 1. PRINCIPE 1045-1049
§ 2. DÉLÉGATION GÉNÉRALE DU POUVOIR DE REPRÉSENTATION 1050
§ 3. AUTRES DÉLÉGATIONS DU POUVOIR DE REPRÉSENTATION 1051
§ 4. ACTES EN DEHORS DE L'OBJET SOCIAL 1052
Sous-section 4 Le capital autorisé 1053-1068
§ 1. CONDITIONS DE L'AUTORISATION 1054-1066
A. Limite de justification 1055
B. Limite de montant 1056
C. Limite de durée 1057
D. Limites quant aux modes de réalisation 1058-1066
§ 2. UTILISATION DU CAPITAL AUTORISÉ (ET ÉMISSION D'OBLIGATIONS CONVERTIBLES OU DE DROITS DE SOUSCRIPTION) 1067-1068
A. Principe: liberté d'utilisation 1067
B. Exception: OPA 1068
Sous-section 5 Divers 1069
Section 4 Obligations du conseil d'administration 1070-1087
Sous-section 1 Le rapport de gestion 1071-1076
§ 1. CONTENU DU RAPPORT DE GESTION 1072-1074
§ 2. FORME DU RAPPORT DE GESTION 1075
§ 3. PUBLICITÉ DU RAPPORT DE GESTION 1076
Sous-section 2 Devoirs d'information du conseil d'administration 1077-1087
§ 1. INFORMATION DES ACTIONNAIRES 1078-1079
A. Rapports spéciaux 1078
B. Réponse aux questions des actionnaires 1079
§ 2. INFORMATION DES COMMISSAIRES 1080
§ 3. INFORMATION AU CONSEIL D'ENTREPRISE 1081-1087
A. Information de base 1082
B. Information annuelle 1083
C. Information périodique 1084
D. Information occasionnelle 1085
E. Dérogations 1086
F. Rôle du réviseur d'entreprises 1087

Section 5 Organes délégués et comités consultatifs 1088-1153
Sous-section 1 Délégation de la gestion journalière 1089-1099
§ 1. DEFINITION DE LA GESTION JOURNALIERE 1090
§ 2. MODALITES DE DELEGATION 1091
§ 3. POUVOIRS DE REPRESENTATION 1092
§ 4. CONNAISSANCES DE GESTION 1093-1098
A. Les connaissances de gestion de base 1095-1096
B. Les connaissances professionnelles 1097
C. La procédure d'obtention de l'attestation établissant qu'il est satisfait aux exigences de capacités entrepreneuriales 1098
§ 5. RÉMUNÉRATION 1099
Sous-section 2 Le comité de direction 1100-1124
§ 1. CONSTITUTION – POUVOIRS – SURVEILLANCE 1102-1107
A. Constitution 1103
B. Pouvoirs 1104-1106
C. Surveillance 1107
§ 2. COMPOSITION – STATUT PERSONNEL – FONCTIONNEMENT 1108-1114
A. Composition 1108
B. Désignation – Révocation – Durée du mandat 1109-1110
C. Rémunération – Statut social 1111-1113
D. Fonctionnement 1114
§ 3. EXISTENCE DANS L'ORDRE EXTERNE 1115
§ 4. CONFLITS D'INTÉRÊT 1116-1124
A. Obligations d'information 1116-1120
B. Obligation d'abstention 1121
C. Exceptions 1122
D. Nullité et responsabilité 1123-1124
Sous-section 3 Délégations spéciales 1125-1127
Sous-section 4 Création de comités consultatifs 1128-1153
§ 1. LE COMITÉ D'AUDIT 1129-1145
A. Champ d'application 1132-1134
B. Composition du comité d'audit 1135-1141
C. Missions du comité d'audit 1142-1145
§ 2. LE COMITÉ DE RÉMUNÉRATION (ART. 526QUATER C. SOC.) 1146-1151
A. Champ d'application 1146

B. Composition du comité de rémunération et fonctionnement (art. 526quater, §§ 2, 3, 6 et 7, C. soc.) 1147-1150
C. Missions du comité de rémunération (art. 526quater, § 5, C. soc.) 1151
§ 3. LES AUTRES COMITÉS CONSULTATIFS 1152-1153
Section 6 Responsabilité des administrateurs 1154-1236
Sous-section 1 Responsabilité civile 1154-1234
§ 1. RESPONSABILITÉS GÉNÉRALES 1155-1191
A. Responsabilité pour faute de gestion (art. 527 C. soc.) 1157-1161
B. Responsabilité pour violation de la loi ou des statuts (art. 528 C. soc.) 1162-1168
C. Responsabilité extracontractuelle 1169-1191
§ 2. RESPONSABILITÉS SPÉCIFIQUES 1192-1225
A. Responsabilité en cas d'augmentation de capital 1192
B. Responsabilité en cas de quasi-apport 1193
C. Responsabilité en cas de conflits d'intérêts 1194
D. Responsabilité en cas de faillite avec insuffisance d'actif (art. 530 C. soc.) 1195-1203
E. Responsabilité en cas d'absence de paiement du précompte professionnel ou de la T.V.A. 1204-1223
F. Autres cas de responsabilité 1224
G. Extension de la faillite 1225
§ 3. TITULAIRES DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ 1226-1232
A. La société – Action sociale et action minoritaire 1227-1229
B. L'actionnaire individuel 1230
C. Le tiers 1231
D. Le curateur 1232
§ 4. DÉCHARGE ET PRESCRIPTION 1233-1234
A. La décharge 1233
B. La prescription 1234
Sous-section 2 Responsabilité pénale 1235-1236

nos

CHAPITRE VIII CONTRÔLE DE LA SOCIÉTÉ 1237-1303

Section 1 Principes 1237-1241
§ 1. OBLIGATION DE NOMMER UN COMMISSAIRE 1240
§ 2. EXCEPTION: LES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES 1241
Section 2 Le commissaire 1242-1299
Sous-section 1 Statut 1243-1271
§ 1. NOMINATION 1243-1246
A. Qui nomme le(s) commissaire(s)? 1243-1245
B. Qui peut être nommé commissaire? 1246
§ 2. INCOMPATIBILITÉS ET RÈGLES D'INDÉPENDANCE 1247-1253
A. Principes et évolutions 1247-1249
B. 'Cooling-off period' 1250
C. Règle du 'one to one' 1251-1252
D. Restrictions en matière de services non audit 1253
§ 3. RÉMUNÉRATION 1254-1255
A. Principe 1254
B. Interdictions 1255
§ 4. DURÉE ET FIN DU MANDAT 1256-1270
A. Durée 1256-1257
B. Fin du mandat 1258-1270
§ 5. PUBLICITÉ DES NOMINATION ET CESSATION DE FONCTIONS 1271
Sous-section 2 Missions et pouvoirs 1272-1290
§ 1. MISSIONS 1272-1286
A. Contrôle externe de la société 1273-1279
B. Missions ponctuelles 1280
C. Mission spécifique en cas de conseil d'entreprise 1281
D. Fonction d'alerte à l'égard des entreprises en difficultés 1282-1286
§ 2. POUVOIRS 1287-1290
Sous-section 3 Obligations et responsabilité 1291-1299
§ 1. OBLIGATIONS 1291-1294
A. Rapport 1291
B. Assistance aux assemblées générales 1292
C. Convocation de l'assemblée 1293
D. Secret professionnel 1294

nos

§ 2. RESPONSABILITÉ 1295-1299
A. Responsabilité civile 1295-1298
B. Responsabilité pénale 1299
Section 3 Contrôle des sociétés n'ayant pas désigné de commissaire 1300
Section 4 L'expert-vérificateur 1301-1303

CHAPITRE IX ETATS ET RÉSULTATS COMPTABLES 1304-1314

Section 1 Comptes annuels 1304-1314
Sous-section 1 L'exercice social 1305
Sous-section 2 Obligation de dresser inventaire 1306
Sous-section 3 Obligation d'établir les comptes annuels 1307-1311
§ 1. ÉTABLISSEMENT DES COMPTES ANNUELS – BILAN SOCIAL 1308
§ 2. PETITES SOCIÉTÉS 1309
§ 3. APPROBATION DES COMPTES ANNUELS 1310
§ 4. PUBLICITÉ DES COMPTES ANNUELS 1311
Sous-section 4 Comptes consolidés 1312
Sous-section 5 Informations 1313-1314
§ 1. INFORMATION AUX ACTIONNAIRES 1313
§ 2. INFORMATION AU CONSEIL D'ENTREPRISE 1314

CHAPITRE X LE CAPITAL: AUGMENTATION, RÉDUCTION ET MAINTIEN 1315-1419

Section 1 Augmentation de capital 1315-1382
Sous-section 1 Généralités 1315
Sous-section 2 Qui décide une augmentation de capital? 1316
Sous-section 3 Conditions de forme de l'augmentation de capital 1317-1325
§ 1. NÉCESSITÉ D'UN ACTE AUTHENTIQUE 1317
§ 2. AUGMENTATION DE CAPITAL EN UN OU PLUSIEURS ACTES 1318-1323
A. Augmentation de capital en un seul acte 1319
B. Augmentation de capital en deux actes 1320-1323
§ 3. RÔLE DU NOTAIRE 1324
§ 4. DÉFAUT D'ACTE AUTHENTIQUE 1325

Sous-section 4 Conditions de publicité de l'augmentation de capital ... 1326-1329
§ 1. AUGMENTATION DE CAPITAL EN UN SEUL ACTE ... 1326
§ 2. AUGMENTATION DE CAPITAL EN DEUX ACTES ... 1327-1328
A. Acte constatant la décision d'augmenter le capital ... 1327
B. Acte constatant la réalisation de l'augmentation de capital ... 1328
§ 3. DÉFAUT DE PUBLICITÉ ... 1329
Sous-section 5 Conditions de fond de l'augmentation de capital ... 1330-1371
§ 1. DES DIFFÉRENTS TYPES D'AUGMENTATIONS DE CAPITAL ... 1330
§ 2. AUGMENTATION DE CAPITAL PAR APPORTS NOUVEAUX ... 1331-1358
A. Conditions générales ... 1331-1338
B. Règles destinées à assurer l''égalité' entre actionnaires ... 1339-1358
§ 3. AUGMENTATION DE CAPITAL SANS APPORTS NOUVEAUX ... 1359-1371
A. Notion ... 1359
B. Modalités de l'opération ... 1360-1371
Sous-section 6 Emission d'actions réservées au personnel ... 1372-1382
§ 1. CHAMP D'APPLICATION ... 1373-1375
A. Titres visés ... 1374
B. Bénéficiaires de l'émission ... 1375
§ 2. PROCÉDURE ... 1376
A. Qui décide de pareilles émissions? ... 1376
B. Conditions générales de l'émission ... 1377
C. Conditions particulières de l'émission ... 1378-1382
Section 2 Réduction de capital ... 1383-1395
Sous-section 1 Principes ... 1384-1386
§ 1. QUI DÉCIDE UNE RÉDUCTION DE CAPITAL? ... 1384
§ 2. CONDITIONS DE FORME ET DE PUBLICITÉ ... 1385
§ 3. CONDITION DE FOND: L'ÉGALITE ENTRE ACTIONNAIRES ... 1386

Sous-section 2 Réduction de capital par remboursement aux actionnaires ou dispense de versement du solde des apports ... 1387-1390
§ 1. DROIT DES CRÉANCIERS D'EXIGER UNE SÛRETÉ ... 1388
§ 2. ATTITUDE DE LA SOCIÉTÉ ... 1389
§ 3. REMBOURSEMENT AUX ACTIONNAIRES ... 1390
Sous-section 3 Réduction de capital en vue d'apurer une perte ou en vue de constituer une réserve pour perte prévisible ... 1391-1393
§ 1. PRINCIPE ... 1391
§ 2. RÉSERVE POUR PERTE PRÉVISIBLE ... 1392
§ 3. RÉDUCTION DU CAPITAL SOUS LE MINIMUM LÉGAL ... 1393
Sous-section 4 Réduction du capital suite au rachat d'actions sans droit de vote ... 1394
Sous-section 5 Réduction de capital suite à l'annulation de titres de la société acquis en violation de l'article 620 C. soc. ... 1395
Section 3 Maintien du capital ... 1396-1419
Sous-section 1 Répartition bénéficiaire ... 1396-1412
§ 1. LES RÉSERVES ... 1397-1403
A. Les réserves obligatoires ... 1398-1401
B. Réserves facultatives ... 1402
C. Le report à nouveau ... 1403
§ 2. DISTRIBUTION ... 1404-1412
A. Eléments distribuables ... 1404
B. Droit au dividende – Paiement du dividende – Prescription ... 1405
C. Dividende optionnel ... 1406
D. Acomptes sur dividendes ... 1407-1411
E. Dividendes intérimaires ou intercalaires ... 1412
Sous-section 2 Pertes sociales ... 1413-1419
§ 1. PERTE REPORTÉE OU RÉSULTATS DÉFICITAIRES SUCCESSIFS ... 1414
§ 2. PERTE DE LA MOITIÉ OU DES TROIS QUARTS DU CAPITAL ... 1415-1418
A. Hypothèses visées ... 1415
B. Procédure ... 1416

n^os

C. Sanction 1417
D. Clauses statutaires 1418
§ 3. RÉDUCTION DE L'ACTIF NET EN DESSOUS DU MONTANT DU CAPITAL MINIMUM 1419

CHAPITRE XI EMISSION D'OBLIGATIONS ET DE DROITS DE SOUSCRIPTION 1420-1466

Section 1 Généralités 1420-1425
Sous-section 1 Notion 1420
Sous-section 2 Statut des obligataires 1421-1423
§ 1. L'OBLIGATAIRE EST UN CRÉANCIER 1422
§ 2. L'OBLIGATAIRE N'EST PAS UN CRÉANCIER ORDINAIRE 1423
Sous-section 3 Types d'obligations 1424
Sous-section 4 Appel public à l'épargne 1425
Section 2 Obligations ordinaires, hypothécaires ou à prime 1426-1432
Sous-section 1 Conditions générales 1426-1430
§ 1. QUI PEUT ÉMETTRE DES OBLIGATIONS ORDINAIRES, HYPOTHÉCAIRES OU À PRIME? 1426
§ 2. CONDITIONS DE L'ÉMISSION 1427
§ 3. FORME DES OBLIGATIONS 1428-1429
§ 4. CESSION DES OBLIGATIONS 1430
Sous-section 2 Régimes particuliers 1431-1432
§ 1. OBLIGATIONS HYPOTHÉCAIRES 1431
§ 2. OBLIGATIONS À PRIME 1432
Section 3 Droits des obligataires dans la société – Les assemblées d'obligataires 1433-1446
Sous-section 1 Droits des obligataires dans la société 1433
Sous-section 2 Les assemblées d'obligataires 1434-1446
§ 1. CONVOCATION ET TENUE DES ASSEMBLÉES 1435
A. Convocation 1436-1437
B. Tenue de l'assemblée 1438-1445
§ 2. POUVOIRS DE L'ASSEMBLÉE DES OBLIGATAIRES 1446
Section 4 Les obligations convertibles ou avec droit de souscription. Les droits de souscription 1447-1466
Sous-section 1 Notions 1447-1450
§ 1. DÉFINITIONS 1447-1449
A. Obligation convertible 1447

n^os

B. Obligation avec droit de souscription 1448
C. Droit de souscription 1449
§ 2. ORIGINE ET ÉVOLUTION DE LA RÉGLEMENTATION 1450
Sous-section 2 Réglementation 1451-1466
§ 1. QUI DÉCIDE DE L'ÉMISSION D'OBLIGATIONS CONVERTIBLES OU DE DROITS DE SOUSCRIPTION? 1452
§ 2. CONDITIONS DE FOND ET DE FORME DE L'ÉMISSION 1453-1461
A. Conditions de fond 1453-1457
B. Conditions de forme 1458-1461
§ 3. MESURES DE PROTECTION DES OBLIGATAIRES OU DES TITULAIRES DE DROITS DE SOUSCRIPTION 1462-1465
A. Interdiction de réduire les avantages attribués (art. 490 et 501 C. soc.) 1463
B. Augmentation de capital en numéraire (art. 491 et 501, al. 2, C. soc.) 1464
C. Remboursement anticipé (art. 492 et 502 C. soc.) 1465
§ 4. CAS PARTICULIER: ARTICLE 498 C. SOC. 1466

CHAPITRE XII ACTES INTERDITS OU RÉGLEMENTÉS 1467-1519

Section 1 Quasi-apports 1468-1477
Sous-section 1 Opérations visées 1469-1473
§ 1. ACQUISITION D'UN BIEN 1470
§ 2. PROPRIÉTAIRE DU BIEN 1471
§ 3. DÉLAI D'ACQUISITION 1472
§ 4. CONTRE-VALEUR DU BIEN ACQUIS 1473
Sous-section 2 Procédure 1474
Sous-section 3 Exceptions 1475-1476
Sous-section 4 Sanctions 1477
Section 2 Souscription par la société de ses propres actions ou de certificats se rapportant à ses propres actions 1478-1479
Section 3 Acquisition par la société de ses propres actions ou de certificats se rapportant à ses propres actions 1480-1497
Sous-section 1 Historique 1480

Sous-section 2 Régime légal 1481-1497
§ 1. CHAMP D'APPLICATION 1482
§ 2. ACQUISITION PAR LA SOCIÉTÉ DE SES PROPRES ACTIONS OU PARTS BÉNÉFICIAIRES 1483-1493
A. Organe compétent 1483-1484
B. Limites à l'acquisition d'actions ou parts bénéficiaires propres 1485
C. Exceptions 1486
D. Effets de l'acquisition – Sort des titres acquis 1487-1493
§ 3. ACQUISITION PAR LES FILIALES DIRECTES D'ACTIONS OU PARTS BÉNÉFICIAIRES DE LA SOCIÉTÉ MÈRE 1494-1497
A. L'exception 1495
B. Les assouplissements 1496
C. Les effets d'une acquisition irrégulière 1497
Section 4 Assistance financière 1498-1504
Sous-section 1 Principe 1498
Sous-section 2 Conditions 1499-1502
§ 1. PROCESSUS DÉCISIONNEL 1500
§ 2. BÉNÉFICES DISTRIBUABLES ET INSCRIPTION AU BILAN 1501
§ 3. CAS PARTICULIER: ALIÉNATION D'ACTIONS PROPRES – SOUSCRIPTION LORS D'UNE AUGMENTATION DE CAPITAL 1502
Sous-section 3 Exceptions 1503-1504
Section 5 Prise en gage par la société de titres propres 1505-1506
Sous-section 1 Principe 1505
Sous-section 2 Exception 1506
Section 6 Participations croisées 1507-1518
Sous-section 1 Historique 1507
Sous-section 2 Participations réciproques entre une société mère et ses filiales (art. 631 C. soc.) 1508-1512
§ 1. PRINCIPES 1508
§ 2. MODE DE CALCUL DU SEUIL DE 10 % 1509
§ 3. NOTIFICATION ET PUBLICITÉ 1510
§ 4. SORT DES TITRES 1511-1512
A. Titres détenus dans la limite du seuil de 10 % 1511
B. Titres détenus au-delà du seuil de 10 % 1512

Sous-section 3 Participations croisées entre sociétés indépendantes (art. 632 C. soc.) 1513-1517
§ 1. PRINCIPE 1513
§ 2. MODE DE CALCUL DU SEUIL DE 10 % 1514
§ 3. NOTIFICATION ET PUBLICITÉ 1515
§ 4. SORT DES TITRES 1516-1517
A. Titres détenus dans la limite du seuil de 10 % 1516
B. Titres détenus au-delà du seuil de 10 % ou non déclarés 1517
Sous-section 4 Dénouement des participations réciproques 1518
Section 7 Réunion de toutes les actions en une seule main 1519

CHAPITRE XIII CESSIONS ET ACQUISITIONS FORCÉES D'ACTIONS 1520-1541

Section 1 Différends entre actionnaires: exclusion et rachat forcé 1521-1534
Sous-section 1 Origine de la réglementation 1521
Sous-section 2 Cession forcée ou exclusion (art. 636 à 641 C. soc.) 1522-1528
§ 1. SOCIÉTÉS VISÉES 1522
§ 2. TITULAIRES DE L'ACTION EN EXCLUSION 1523
§ 3. CAUSES DE L'EXCLUSION 1524
§ 4. PROCÉDURE 1525
§ 5. EFFETS DE L'ACTION 1526
§ 6. UN CAS PARTICULIER: LE TRANSFERT DU DROIT DE VOTE 1527
§ 7. PUBLICATION DE LA DÉCISION JUDICIAIRE 1528
Sous-section 3 Rachat forcé ou retrait (art. 642 et 643 C. soc.) 1529-1533
§ 1. SOCIÉTÉS VISÉES 1529
§ 2. TITULAIRES DE L'ACTION 1530
§ 3. CAUSES DU RACHAT FORCÉ 1531
§ 4. PROCÉDURE 1532
§ 5. EFFETS DE L'ACTION 1533
Sous-section 4 Autres procédures 1534
Section 2 Offre de reprise 1535-1541
Sous-section 1 Sociétés visées 1536
Sous-section 2 Titulaires de l'offre de reprise 1537
Sous-section 3 Titres visés par l'offre 1538
Sous-section 4 Procédure 1539-1541

Chapitre I
Origine, évolution et perspectives

Section 1
Les origines

674. C'est avec le Code de commerce de 1808 qu'apparaît officiellement la société anonyme.

Qualifiée d'''*anonyme*' parce qu'aucun associé n'y est responsable *in infinitum* et qu'aucun nom ne peut figurer dans la raison sociale[1], cette société se caractérise par la responsabilité limitée de l'actionnaire à son apport. Cet élément apparut indispensable afin d'attirer les capitaux vers ce type de société.

En effet, dès l'origine, la société anonyme a été conçue comme un instrument permettant de drainer des capitaux importants, qu'une personne seule ne pourrait réunir[2].

Elle est, dans son esprit, la forme la plus favorable aux grandes entreprises[3]. '*Machines juridiques à regrouper des capitaux*[4]', les sociétés anonymes sont indissociables du régime capitaliste; elles n'ont pas été créées pour autre chose que pour servir le capitalisme[5] et en favoriser le développement.

Institution jugée nécessaire mais dangereuse[6], les sociétés anonymes inquiètent autant par leur puissance économique potentielle[7] que par la limitation de la responsabilité des actionnaires[8].

1. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *La société anonyme au XIXe siècle*, Paris, PUF, 1985, p. 14.
2. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T. 1, Bruylant, Bruxelles, 1954, p. 319, n° 460.
3. L. FREDERICQ, *Principes de droit commercial belge*, T. 2, Gand, Van Rysselberghe et Rombaut, 1930, p. 98, n° 619.
4. D. VIDAL, *Droit des sociétés. Manuel*, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 351, n° 940.
5. G. RIPERT, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1951, p. 113.
6. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *La société anonyme au XIXe siècle*, Paris, PUF, 1985, p. 21; R. PIRET, *L'évolution de la législation belge sur les sociétés anonymes*, 1946, n° 23.
7. J. GUILLERY, *Des sociétés commerciales en Belgique. Commentaire de la loi du 18 mai 1873*, 2e éd., Bruxelles/Paris, Bruylant/Marescq, 1882, p. 156, n° 477. Voir également, en ce sens, les réf. citées par A. LEFEBVRE-TEILLARD, *La société anonyme au XIXe siècle*, Paris, PUF, 1985, p. 24.
8. '*... la garantie que le public trouve dans la responsabilité individuelle n'existe plus dans la société anonyme*' (FOULD, lettre du 8 juin 1863, cité par A. LEFEBVRE-TEILLARD, *La société anonyme au XIXe siècle*, Paris, PUF, 1985, p. 22).

C'est la raison pour laquelle le Code de 1808 subordonne à l'autorisation préalable des pouvoirs publics la création de ce type de société. Cette autorisation se donne '*à cause de la forme de la société anonyme et non en raison de la branche d'industrie qu'on se propose d'exploiter*[1]'; elle traduit la méfiance du législateur à l'égard de l'institution de la société anonyme.

Sous la pression des milieux économiques qui s'accommodent difficilement de la lenteur et des lourdeurs du système de l'autorisation, et de '*l'arbitraire des décisions gouvernementales et de l'incompétence des fonctionnaires chargés d'instruire les demandes*[2]', le législateur belge, à l'unisson des législateurs européens, libéra, en 1873, la société anonyme de cette tutelle de l'Etat que représentait l'autorisation préalable. La loi du 18 mai 1873 proclame la liberté absolue de constituer des sociétés anonymes, à la seule condition de respecter les quelques règles que la loi formule[3].

Et le professeur VAN RYN de commenter ainsi le succès de cette réforme; '*La loi de 1873 donna un vigoureux élan au développement des sociétés anonymes. Réservée, par sa nature même, aux grandes entreprises, la forme de société anonyme est désormais à la disposition de tous les hommes d'affaires. Les sociétés anonymes d'importance moyenne ou réduite se multiplient*[4].'

Ce succès ne s'est pas démenti: il existe, à ce jour, en Belgique, près de 100.000 sociétés anonymes. Il est cependant peu probable que ces 100.000 sociétés anonymes soient toutes de grandes entreprises, comme le postulait le Code de 1808, et que, sous le même vocable de société anonyme, se cachent des réalités totalement différentes.

1. Instruction ministérielle du 22 octobre 1817 du ministre de l'Intérieur, *Dalloz, Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, 1859, v° *Société*, p. 689.
2. J. VAN RYN, *Principes, op. cit.*, p. 317, n° 458.
3. C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. BENOIT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 3.
4. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T.1., Bruylant, Bruxelles, 1954, p. 317.

Section 2
L'évolution avant la codification du droit des sociétés

675. Si la loi du 18 mai 1873 constituait traditionnellement la base du droit actuel des sociétés commerciales belges, elle a subi de nombreuses modifications avant la codification intervenue en 1999[1]. On comptait ainsi entre la coordination officielle des lois sur les sociétés en 1935 et l'adoption du Code des sociétés, pas moins d'une trentaine de modifications législatives. Nous verrons que la codification n'a pas réduit le nombre d'adaptations au texte intervenues par la suite.

La société anonyme n'a pas échappé à ce vent de réformes. On peut même dire qu'elle constitua la pierre angulaire de celles-ci par l'attention qu'y consacra le législateur.

Force est de reconnaître toutefois que ce mouvement législatif s'est amplifié au cours des trente dernières années précédent l'adoption du Code des sociétés.

Deux facteurs ont contribué à cette évolution du statut de la société anonyme.

Au premier rang, figure, sans aucun doute, l'influence communautaire. Le droit des sociétés est certainement l'un des domaines du droit des affaires où cette influence est la plus sensible[2]. En second rang, et souvent parallèlement, il a fallu adapter le droit des sociétés à l'évolution du droit financier et boursier. La conjugaison de ces deux facteurs, qui s'est traduite dans une réglementation de plus en plus tatillonne, a conduit à un éclatement du statut de la société anonyme.

Sous-section 1
Le droit communautaire

676. Nombre de modifications législatives n'ont eu pour objet que d'harmoniser notre droit avec les directives prises conformément aux dispositions du Traité de Rome.

1. Loi du 7 mai 1999 contenant le Code des sociétés, *M.B.*, 6 août 1999, entrée en vigueur le 6 février 2001.
2. Y. GUYON, 'La coordination communautaire du droit des sociétés', *Rev. trim. dr. europ.*, 1990, p. 241.

Sans tenir compte du droit des valeurs mobilières, neuf directives ont été adoptées dans la matière du droit des sociétés[1].

Ces directives ont constitué le véritable '*catalyseur*' de la source législative[2] au cours de ces dernières années et ont donné un nouveau visage à la société anonyme[3].

Le bilan de cette harmonisation par voie de directives est cependant nuancé[4].

Des progrès évidents ont certes été accomplis notamment dans le domaine de la sécurité des associés et des tiers: le renforcement des mesures de publicité et d'information, l'instauration de règles de représentation de la société, la limitation des cas de nullité en sont les exemples les plus marquants.

Malheureusement, la technique d'harmonisation a abouti à des textes particulièrement complexes, la Commission ayant tendance à s'orienter vers la législation interne la plus détaillée, qu'elle présume la meilleure. Ainsi, à l'exception des 3e et 6e directives sur les fusions et scissions, inspirées du droit français, c'est généralement le droit allemand qui a prévalu. Avec pour conséquence de soumettre toutes les sociétés anonymes belges – en ce compris les petites et moyennes entreprises – aux exigences strictes et rigoureuses du droit allemand des sociétés anonymes, conçu pour de plus grandes entités.

1. Première directive 68/151 du Conseil du 9 mars 1968 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les Etats membres, des sociétés au sens de l'article 58, deuxième alinéa du Traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers.
   Deuxième directive 77/91 du Conseil du 13 décembre 1976 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les Etats membres des sociétés au sens de l'article 58, deuxième alinéa du Traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital.
   Troisième directive 78/885 du Conseil du 9 octobre 1978 fondée sur l'article 54, § 3, sous g, du Traité et concernant les fusions des sociétés anonymes.
   Quatrième directive 78/660 du Conseil du 25 juillet 1978 fondée sur l'article 54, § 3, sous g, du Traité et concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés.
   Sixième directive 82/891 du Conseil du 17 décembre 1982 fondée sur l'article 54, § 3, point g, du Traité et concernant les scissions des sociétés anonymes.
   Septième directive 83/349 du Conseil du 13 juin 1983 fondée sur l'article 54, § 3, point g, du Traité, concernant les comptes consolidés.
   Huitième directive 84/253 du Conseil du 10 avril 1984 fondée sur l'article 54, § 3, point g, du Traité CEE, concernant l'agrément des personnes chargées du contrôle légal de documents comptables.
   Onzième directive 89/666 du Conseil du 21 décembre 1989 concernant la publicité des succursales créées dans un Etat membre par certaines formes de sociétés relevant du droit d'un autre Etat.
   Douzième directive 89/667 du 21 décembre 1989 en matière de droit des sociétés concernant les sociétés à responsabilité limitée à un seul associé.
2. D. VIDAL, *Droits des sociétés. Manuel*, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 4, n° 10.
3. En droit belge, cette adaptation s'est faite pour la société anonyme, principalement par la loi du 6 mars 1973 (adaptation de la première directive), la loi du 5 décembre 1984 (adaptation de la deuxième directive), la loi du 21 février 1985 (adaptation de la huitième directive), la loi du 29 juin 1993 (adaptation des troisième et sixième directives) et la loi du 13 avril 1995 (adaptation des onzième et douzième directives).
4. Y. GUYON, 'La coordination communautaire du droit des sociétés', *Rev. trim. dr. europ.*, 1990, p. 245.

On ne s'étonnera dès lors plus que les lois coordonnées consacraient près d'une centaine d'articles aux sociétés anonymes alors que le Code de commerce de 1808 n'en comportait guère plus d'une quinzaine...

Sous-section 2
Le droit financier

677. Assez curieusement, un des principaux facteurs d'évolution de la société anonyme s'est développé en marge du droit des sociétés proprement dit.

Parce que la société anonyme était destinée à '*rafler l'épargne*[1]', est apparue très tôt la nécessité pour l'Etat de contrôler les modalités de recours à cette épargne publique.

La dépression et la crise de 1935 ont véritablement marqué l'émergence du droit financier.

C'est ainsi que l'arrêté royal n° 185 du 9 juillet 1935 a confié à la Commission bancaire (devenue l'Autorité des Marchés et Services Financiers), chargée à l'origine en ordre principal du contrôle des banques, une seconde mission, le contrôle des émissions publiques de valeurs mobilières, dans un double but: l'équilibre du marché des capitaux et l'information des épargnants.

Le champ de ce contrôle fut progressivement étendu: une loi du 10 juin 1964 sur les appels publics à l'épargne l'élargit à toutes les offres publiques d'échange – OPE – ou d'achat – OPA; la loi du 10 juillet 1969 sur la sollicitation de l'épargne publique et l'arrêté royal du 12 novembre 1969 donnèrent une pleine mesure au champ d'application de ce contrôle.

Malgré des pouvoirs limités[2], la Commission bancaire développa un véritable droit prétorien ('*soft law*') et des règles de déontologie financière pour les sociétés faisant appel public à l'épargne. Ces constructions rejaillirent, par ricochet, sur le

1. G. RIPERT, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2e éd., L.G.D.J., 1951, p. 61.
2. Voir A. BRUYNEEL, 'Les offres publiques d'acquisition – Réforme de 1989', *J.T.*, 1990, pp. 143 et s.

droit de toutes les sociétés anonymes et inspirèrent nombre de modifications législatives[1].

Cette magistrature officieuse de la Commission bancaire ne fut pas sans soulever de critiques[2]. L'OPA inamicale, en 1988, sur la société Générale de Belgique[3] révéla au grand jour l'insuffisance de notre arsenal législatif. Elle amena notre législateur à adopter, en un temps relativement court, un ensemble de mesures visant à répondre au choc provoqué par cette affaire, en faisant de nos sociétés des '*sociétés ouvertes mais non offertes*', selon les propres termes du ministre de la Justice de l'époque. La loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition[4] avec ses arrêtés d'exécution[5] constitue l'œuvre maîtresse de cette réforme[6].

Le droit des sociétés proprement dit ne pouvait demeurer étranger à ces modifications: c'est ainsi qu'une loi du 18 juillet 1991 réforma fondamentalement les lois coordonnées dans le cadre, selon son propre intitulé, '*de l'organisation transparente du marché des entreprises et des offres publiques d'acquisition*[7]'.

Parallèlement, le Gouvernement voulut renforcer les atouts de la place financière belge. La délocalisation des transactions, l'accentuation du rôle des investisseurs professionnels, la volatilité de marchés, la concurrence accrue des places étrangères en matière de gestion collective de l'épargne et de transactions sur blocs d'actions, le grand marché intérieur européen[8] l'amenèrent à entamer une vaste réforme de nos marchés boursiers. Initiée par une loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers[9], celle-ci fut suivie d'une loi

1. Sur cette question, voir J.-L. DUPLAT et P. LAMBRECHT, La Commission bancaire et financière et l'évolution du droit des sociétés, *XIVe Journées d'études juridiques Jean Dabin – Principes et exigences du droit des sociétés en Europe*, Louvain-la-Neuve, 19-20 novembre 1992.
2. R. WYTTERWULGHE, *L'offre publique d'acquisition*, Bruxelles, De Boeck, 1988, pp. 101 et s.; A. BRUYNEEL, 'Les offres publiques d'acquisition - Réforme 1989', *J.T.*, 1990, p. 144.
3. Sur cette '*saga*', voir 'Cerus-de Benedetti contre la Société Générale de Belgique – Les grandes étapes juridiques d'une saga financière', *J.T.*, 1988, n° 5.458.
4. *M.B.*, 24 mai 1989.
5. A.R. 10 mai 1989 relatif à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse *(M.B.*, 24 mai 1989); A.R. 8 novembre 1989 relatif aux offres publiques d'acquisition et aux modifications du contrôle des sociétés *(M.B.*, 11 novembre 1989).
6. Sur la législation '*Transparence*', voir G. KEUTGEN et G.-A. DAL, 'La transparence de l'actionnariat', *J.T.*, 1989, pp. 449 et s.; sur la législation 'OPA', voir A. BRUYNEEL, 'Les offres publiques d'acquisition - Réforme 1989', *J.T.*, 1990, p. 143 et s.
7. Pour un commentaire d'ensemble, voir M. VAN DER HAEGEN et J.M. COLLIER, 'Les sociétés commerciales. Loi du 18 juillet 1991', *J.T.*, 1992, n°s 5.624 et 5.625.
8. Commission bancaire et financière, *Rapport annuel 1990/1991*, pp. 18 et 19.
9. *M.B.*, 22 décembre 1990; pour un commentaire de cette législation qualifiée de '*Big bang*', voir A. BRUYNEEL, 'La réforme financière de 1990', *J.T.*, 1991, n°s 5.600, 5.602, 5.603; *Le nouveau droit des marchés financiers*, Centre Jean Renauld, Bruxelles, Larcier, 1992.

du 6 avril 1995 relative aux marchés secondaires, au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et conseillers en placement qui fut elle-même remplacée, quelques années plus tard, par la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers[1].

678. Ce *'bouillonnement'* du droit financier a fortement influé sur le statut de la société anonyme et consacré l'émergence d'un '*droit des sociétés à deux vitesses*[2-3]'.

A partir de la loi du 18 juillet 1991, on a, en effet, dû admettre qu'il n'existait plus un type de société anonyme, mais deux variantes de société anonyme. Une simple lecture des lois coordonnées suffisait pour s'en rendre compte. Des règles spécifiques étaient édictées pour les sociétés ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne.

Apparaissait ainsi une nouvelle distinction ou '*summa divisio*[4]' entre d'une part les sociétés anonymes faisant ou ayant fait appel public à l'épargne – que, pour la facilité, nous qualifierons de sociétés '*publiques*' – et les autres sociétés anonymes, que l'on pourrait appeler '*privées*'.

Cette distinction est fondamentale dans la mesure où nombre de règles ne s'appliquaient (et ne s'appliquent toujours aujourd'hui qu'aux sociétés '*publiques*') non seulement lors de la constitution de la société, mais également au cours de la vie sociale.

Elle est toutefois moins claire et plus pernicieuse qu'il n'y paraît.

Certaines réformes législatives purent, en effet, donner 'l'impression que le droit des sociétés devait être taillé à la mesure du modèle que constitueraient les sociétés cotées et les sociétés faisant appel public à l'épargne[5]'. La loi du 18 juillet 1991 en a constitué l'illustration la plus frappante. Elle marquait l'envahissement des lois

1. Sur la loi du 6 avril 1995, voir B. FERON, 'La réforme de la Bourse. Aperçu général de la loi du 6 avril 1995 relative aux marchés secondaires, aux statuts des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et aux conseillers en placement', *Rev. prat. soc.*, 1995, pp. 308 et s. B. FERON et B. TAVERNIER, *Principes généraux du droit des marchés financiers*, Bruxelles, Larcier, 1997; sur la loi du 2 août 2002, voir P. LAMBRECHT et J.-F. TOSSENS, 'La réforme de la surveillance du secteur financier - Article de synthèse sur la loi du 2 août 2002', *Rev. prat. soc.*, 2002, p. 113.
2. E. WYMEERSCH, *Inleiding, Algemene Begrippen, kapitaalvorming in het gewijzigde vennootschapsrecht 1991*, Anvers, Maklu, 1991, p. 83, n° 99.
3. Ce mouvement n'est pas propre à la Belgique. Voir pour une approche en droit comparé T. TILQUIN, 'La société privée et la société faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne. Evolutions récentes', *R.D.C.*, 1993, pp. 750 à 759.
4. *Ibid.*, p. 747, n° 73.
5. G. HORSMANS et P. NICAISE, *Lois sur les sociétés. Coordination officieuse au 1er septembre 1993*, 3e éd., Louvain-la-Neuve, Académia-Bruylant, 1993, p. 5.

coordonnées par des règles qui n'avaient de sens et ne se justifiaient que pour les sociétés cotées[1]: on peut ne retenir, pour exemple, que le régime très complexe de la limitation ou de la suppression du droit de préférence des actionnaires[2].

Cette intrusion du droit financier dans le droit des sociétés méconnaissait pour la première fois les objectifs fondamentalement différents des deux disciplines: la fonction du droit financier qui est d'assurer, par l'information et l'égalité de traitement des investisseurs, un bon fonctionnement du marché; celle du droit des sociétés destiné à offrir à l'entreprise la meilleure '*armature juridique*[3]' possible. Elle a tout naturellement conduit la doctrine à s'interroger sur la généralisation des préceptes de base du droit financier – transparence et égalité – au droit des sociétés[4].

Quoi qu'il en soit, l'éclatement du statut de la société anonyme est une réalité que l'on ne peut dénier. C'est ce qui nous a amené à n'envisager dans le présent traité que la société anonyme dite 'privée', à l'exclusion des sociétés faisant ou ayant fait appel public à l'épargne, ces dernières ne constituant d'ailleurs qu'une infime proportion de l'ensemble des sociétés anonymes existantes.

679. Par la définition précise qu'elle donne de la société anonyme ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne[5], la loi du 13 avril 1995, dernier grand texte législatif modifiant le droit des sociétés avant l'apparition du Code des sociétés a confirmé le principe d'un droit des sociétés anonymes à deux vitesses.

En portant le montant du capital minimum de la SA de 1.250.000,- à 2.500.000,- francs, elle rejoignait la conception originaire de la société anonyme: '*la société anonyme est par excellence la forme de société destinée aux entreprises d'une dimension importante, pour lesquelles elle a été conçue... L'augmentation proposée du capital minimum à deux millions cinq cent mille francs devrait amener les petites sociétés anonymes à adopter une forme juridique plus conforme à leur*

1. E. WYMEERSCH, *Algemene Begrippen, kapitaalvorming in het gewijzigde vennootschapsrecht 1991*, Anvers, Maklu, 1991, p. 12, n° 16.
2. J.F. TOSSENS, 'La société ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne: le concept et les enjeux à l'aube d'une nouvelle réforme des lois coordonnées sur les sociétés commerciales', *Rev. prat. Soc.*, 1994, p. 360, n° 22.
3. X. DIEUX, 'La société anonyme: armature juridique de l'entreprise ou produit financier', *Het vernieuwd juridisch kader van de ondernemingen*, Bruges, Die Keure, 1993, pp. 83 et s.
4. Sur cette problématique en général, voir X. DIEUX, 'La société anonyme: armature juridique de l'entreprise ou produit financier', *Het vernieuwd juridisch kader van de ondernemingen*, Bruges, Die Keure, 1993, pp. 83 et s. Sur la transparence, voir R. PRIOUX, 'La transparence, principe général de droit en matière d'information des actionnaires et du marché?', *J.T.*, 1994, pp. 217 et s. Sur l'égalité entre actionnaires, voir L. SIMONT, 'L'égalité entre les actionnaires de la société anonyme', *XIVe Journées d'études juridiques Jean Dabin, Principes et exigences du droit des sociétés en Europe*, Louvain-la-Neuve, 19-20 novembre 1992; H. LAGA, 'Het gelijkheidsbeginsel in het vennootschaps – en effectenrecht', *R. W.*, 1991-1992, pp. 1.161 et s.
5. Voir *T.P.D.C.*, T.4, vol. 1, n°s 145 et s.

nature réelle. Pour ces sociétés, la SPRL sera dans bien des cas la forme juridique la plus appropriée[1]'.

Enfin, en assouplissant ou en simplifiant sur de nombreux points les règles introduites par la loi du 18 juillet 1991[2], en introduisant, pour les sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne, de nouveaux modes de règlement des conflits entre associés, elle répondait au souci souvent exprimé de davantage de souplesse en droit des sociétés[3] et auquel, jusqu'alors, le législateur semblait peu attentif[4].

Toutes ces modifications successives ont malheureusement alourdi et complexifié le texte des lois coordonnées, le rendant, en de nombreux articles, difficilement lisible.

Aussi, la loi du 13 avril 1995 contenait en germe l'opération de codification à laquelle le législateur devait se consacrer au cours des quatre années suivantes pour aboutir à l'adoption du Code des sociétés que nous connaissons aujourd'hui[5].

Section 3
Le Code des sociétés

680. La mission assignée aux rédacteurs du Code des sociétés était d'une grande ambition technique, mais d'un dessein politique modeste: à partir des matériaux existant (Code civil et lois coordonnées sur les sociétés commerciales), les rédacteurs devaient réaliser un travail de systématisation dans un but de clarification des textes, les grandes lignes du droit belge des sociétés devant demeurer inchangées. Le Code des sociétés devait ainsi s'inscrire dans la vision que les politiciens avaient alors de la réalité économique[6], vision qui s'avéra vite dépassée.

1. *Doc.parl.*, Sén., 1993-1994, n° 1086-2, p. 35.
2. Telle que la procédure en cas de conflit d'intérêts ou le régime des clauses d'agrément ou de préemption.
3. Voir en France: B. SAINTOURENS, 'La flexibilité du droit des sociétés', *Rev. trim. dr. comm.*, 1987, p. 463; Y. GUYON, *Traité des contrats. Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, L.G.D.J., 1993; en Belgique: I. CORBISIER, 'Pour une nouvelle dimension contractuelle et une personnalité morale non obligatoire en droit des sociétés', *XIVe Journées d'études juridiques Jean Dabin, Principes et exigences du droit des sociétésen Europe*, Louvain-la-Neuve, 19-20 novembre 1992; T. TILQUIN, 'La société et la société faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne. Evolutions récentes', *R.D.C.*, 1993, pp. 750 à 759.
4. Sur l'exemple français de société par actions simplifiée ('*SAS*'), voir I. CORBISIER et P. NICAISE, 'SAS, un exemple à suivre?', *D.A.O.R.*, n° 33, pp. 43 et s.
5. La marge de manœuvre est toutefois étroite dans la mesure où cette codification exclut toute modification de fond (*Doc.parl.*, Sén., 1993-1994, n° 1086-2, p. 475).
6. 'Dix ans d'application du Code des sociétés: 'vingt fois sur le métier, remettez votre ouvrage'', éditorial, *J. T.*, 2011, n° 6428, page 177.

Comme l'ont écrit d'éminents auteurs '*l'ironie de l'histoire a voulu que ce capitalisme-là, caractéristique, pour faire bref, des Trente Glorieuses, subisse de substantiels coups de boutoir dès la fin des années 1990 en Europe continentale, cédant donc progressivement le pas, dans une économie désormais mondialisée et libéralisée, au capitalisme financier, celui des investisseurs institutionnels exigeants et des retours sur investissement plantureux. Par voie de conséquence, le régime juridique applicable jusqu'alors aux entreprises sociétaires, repris à son compte sans changement notable par le Code des sociétés, est apparu, à certains égards, obsolète. À peine entré en vigueur, le Code s'exposait donc déjà à des réformes d'ampleur variée: chasser la politique et elle revient au galop*[1]'.

681. Depuis son entrée en vigueur, le Code des sociétés n'a cessé d'être influencé par ce changement socio-économique, au point que les modifications qui lui ont été apportées ne sont plus de simples améliorations techniques, mais constituent de réelles évolutions conceptuelles.

On peut distinguer deux périodes dans l'évolution du Code des sociétés: la première qui prit court dès l'entrée en vigueur du Code, à la suite de scandales liés à la surévaluation, puis l'effondrement, des cours de bourse de sociétés cotées étrangères ou même belges[2], pour s'achever avec les remous de la crise financière de 2008, marquée en Belgique par le retentissement de l'affaire *Fortis*, et la seconde qui a débuté à la suite de ces événements marquants et se poursuit aujourd'hui encore.

En nombre, les réformes furent plus nombreuses lors de la première des deux périodes précitées, touchant alors à la typologie des sociétés, à leur constitution, à leur fonctionnement, à leur capital, à leur restructuration et à leur dissolution.

Plongé dans la crise financière et (se sentant) obligé de résoudre la crise dans la crise que constituait l'affaire *Fortis*, le législateur, qui plaçait sa confiance dans l'autorégulation du marché et le souci de bonne gouvernance des organismes financiers, troqua l'optimisme qu'il affichait naguère pour une méfiance vigilante. C'est ainsi que les sociétés cotées et leurs dirigeants ont fait l'objet d'une attention particulière et se sont vues imposer le respect de nouvelles règles: code de bonne conduite, transparence en matière de rémunération, *etc.*

L'ensemble de ces modifications touchèrent, de près ou de loin, le régime juridique applicable aux sociétés anonymes.

1. *Ibid.*
2. Voir les scandales *Enron*, *Parmalat*, *Lernout & Hauspie*.

Sous-section 1
La première mue du Code des sociétés

682. Avant la crise financière de 2008, le Code des sociétés avait donc déjà subi une 'première mue[1]'. Le Code des sociétés s'était, à cette occasion, notamment enrichi de deux nouveaux types de sociétés (la société européenne et la société coopérative européenne), les seuils d'appréciation de la dimension des sociétés et des groupes de sociétés avaient été revus et le fonctionnement des sociétés avait aussi été revu, spécialement celui des sociétés anonymes.

La plus grande réforme qui ait touché le Code des sociétés lors de cette première période, résulte de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers consécutive aux changements intervenus, notamment aux Etats-Unis, à la suite du scandale *Enron* et le *Sarbane-Oxley Act* destiné, entre autres, à responsabiliser l'organe de gestion par rapport à son actionnariat et renforcer l'indépendance de l'organe de contrôle[2].

Axée autour de la notion de bonne gouvernance d'entreprise, cette loi a introduit dans notre droit positif de nouvelles règles, mais également de nouveaux concepts[3]. Pour les sociétés anonymes, l'instauration d'un régime dual optionnel (organe de gestion et d'administration unique *versus* organe exécutif placé sous le contrôle d'un organe de surveillance), la possibilité de recourir à des comités d'avis, l'obligation pour les personnes morales nommées en qualité d'administrateur ou de membre du comité de direction de désigner une personne physique en qualité de représentant permanent, *etc.*

La loi de 2002 a également modifié les règles applicables aux situations de conflits d'intérêts, plus spécialement pour les sociétés cotées, et prescrit un renforcement de l'indépendance des commissaires par l'introduction des principes de la '*cooling off period*' et du '*one to one*[4]'.

1. A cet égard, voir P. DE WOLF et F. TCHEKEMIAN, 'La Première mue du Code des sociétés', *Droit des affaires – actualité et perspectives*, Liège, ECCI, 2006, pp. 11-83.
2. Loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, *M.B.*, 4 septembre 2002, p. 39121.
3. Comme celui de sociétés 'cotées' correspondant, selon l'article 143 aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché règlementé au sens de l'article 2, 3° de la loi du 2 août 2002.
4. En ce qui concerne le renforcement de l'indépendance des commissaires, voir: I. DE POORTER, 'De onafhankelijkheid van de commissaris in een internationaal perspectief', *R.D.C.*, 2002, n° 10, pp. 790-811; H. DE WULF, 'De onafhankelijkheid van de commissaris afkoelingsperiode en vergoeding', in H. BRAECKMANS et E. WYMEERSCH, behoorlijk vennootschap bestuur, Antwerpen, Intersentia, 2003, pp. 135-168; J. L. DUPLAT, 'Dernières évolutions en matière de contrôle externe', *Dernières évolutions en droit des sociétés*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 2003, pp. 151-155 et A. KILESSE, 'L'indépendance du commissaire à la lumière de la loi corporate governance', *Rev. prat. soc.*, 2003, pp. 5 à 94.

683. D'autres changements non moins importants survinrent par la suite: si la disparition des titres au porteur consacrée par une loi du 14 décembre 2005 en est vraisemblablement le fait le plus marquant, on retiendra par ailleurs une simplification de la mise en gage de titres et des formalités nécessaires à l'opposabilité d'un tel gage, une certaine clarification quant aux certificats globaux représentatifs d'actions ou d'obligations collectives, l'enregistrement de certains transferts de titres, la cession forcée de titres (*squeeze out* et *squeeze out* privé), ou encore la publicité de participations importantes.

Retenons également quelques précisions apportées aux règles de l'acquisition de ses propres titres par la société anonyme ainsi qu'un durcissement de la responsabilité des dirigeants d'entreprise dans le cadre d'une faillite (responsabilité particulière à l'égard de l'ONSS).

La crise financière de 2008 a eu un impact encore plus significatif sur l'évolution de notre Code des sociétés.

Sous-section 2
La seconde mue

684. La majorité des modifications apportées au Code des sociétés à partir de 2008 a trait aux sociétés cotées particulièrement exposées aux crises financières et dès lors sujettes à recevoir des mécanismes de protection renforcée en matière d'action de leurs dirigeants et de leur contrôle.

La rémunération des dirigeants de sociétés cotées a particulièrement retenu l'attention du législateur:

- les modes de rémunération des administrateurs de ce type de sociétés et les conditions d'acquisition d'actions de la société par leurs soins ont été précisés (art. 520*bis* et 520*ter* C. soc.) et des dispositions analogues ont été prévues pour les membres du comité de direction et les délégués à la gestion journalière des sociétés cotées (art. 524*bis in fine* et art. 525 *in fine* C. soc.)[1];

- les conventions conclues avec un administrateur exécutif, un membre du comité de direction ou un délégué à la gestion journalière en matière d'indemnité de départ ont été encadrées (art. 554 al. 3 et 4, C. soc.);

- un comité de rémunération de rémunération composé de membres non exécutifs du conseil d'administration, dont une majorité d'administrateurs indépendants, a été instauré avec pour mission, entre autres, de formuler des propositions au conseil d'administration sur la politique de rémunération des dirigeants (art. 526*quater* C. soc.).

1. Voir *infra* chapitre VII.

Les procédures d'établissement des données comptables et financières produites par les sociétés cotées ont été renforcées par la création d'un comité d'audit[1] et les règles applicables aux conflits d'intérêts dans le chef des administrateurs d'une société cotée ont été complétées (art. 524, § 7, nouveau; art. 526*ter* C. soc.).

685. Les règles relatives aux assemblées générales de sociétés cotées ont aussi fait l'objet d'aménagements:

- le délai de convocation pour de ces sociétés est plus long (30 jours);

- les mesures de publicité sont plus larges (annonces insérées dans un organe de presse de diffusion nationale et dans des médias ayant une diffusion efficace auprès d'un public réparti dans l'espace économique européen (art. 533, § 2, C. soc.);

- les convocations doivent contenir des informations spécifiques (art. 533*bis* C. soc.);

- l'ordre du jour peut être réaménagé à la requête d'un ou plusieurs actionnaires possédant ensemble au moins 3 % du capital, moyennant le respect de certaines formes (art. 533*ter* C. soc.);

- le conseil d'administration peut également décaler de cinq semaines l'assemblée générale si la société reçoit une déclaration de participation importante ou a connaissance qu'une telle déclaration aurait dû être faite, ceci dans les vingt jours qui précèdent la date à laquelle l'assemblée générale avait été initialement fixée (art. 534 C. soc.).

Celles concernant la représentation d'un actionnaire et le contenu du procès-verbal de l'assemblée générale ont également été précisées (art. 546 et 547*bis* C. soc.).

686. Les règles évoquées ci-dessus, propres aux sociétés cotées, se mêlent à d'autres règles nouvelles applicables à toutes les sociétés anonymes.

Les assemblées générales de sociétés anonymes ont fait l'objet d'un réexamen destiné à renforcer la qualité des informations destinées aux actionnaires (art. 540 C. soc.), l'égalité de traitement entre ces derniers (art. 551*bis* C. soc.) et consacrer

1. Voir *infra* chapitre VII, section 5, sous-section 4.

les règles de participation à distance ou par voie de procuration (art. 538*bis* et art. 550 C. soc.; art. 547 C. soc.).

Enfin, les assouplissements prévus par la directive 2006/68/CE en matière d'apports en nature et de quasi-apports (art. 444, 447 et 602 C. soc.), de rachat d'actions propres (art. 620 et art. 622 C. soc.) et d'assistance financière (art. 629 C. soc.) ont été intégrés dans notre loi[1].

1. Voir chapitres III et XII.

Chapitre II
Les sociétés anonymes faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne

687. Comme nous l'avons déjà dit, nous n'envisageons pas, dans le présent traité, le statut des sociétés anonymes dites '*publiques*'. La notion de 'société faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne' telle que définie par l'article 438 C. soc. (voir *infra*) regroupe des sociétés qui, par différents moyens, ont sollicité le public afin de financer leurs activités:

- les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé;
- les sociétés qui effectuent des offres publiques en vertu de la loi du 16 juin 2006 relative aux offres publiques d'instruments de placement et aux admissions d'instruments de placement à la négociation sur des marchés réglementés.

Il apparaît toutefois primordial de définir cette notion afin de circonscrire l'étendue de nos propos.

Section 1
Définition

688. Le concept de société faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne a été introduit dans notre droit par la loi du 13 avril 1995 modifiant les lois sur les sociétés commerciales.

L'article 438 C. soc. considère comme telle toute société qui a fait un appel public à l'épargne en Belgique ou à l'étranger, par:

- une offre publique en souscription,
- une offre publique en vente,
- une offre publique d'échange ou
- une admission à la cote au sens de l'article 4 C. soc.,

d'obligations ou de titres représentatifs ou non du capital, conférant le droit de vote ou non, ainsi que de titres donnant droit à la souscription ou à l'acquisition de tels titres ou à la conversion en de tels titres.

Selon les travaux préparatoires, cette définition ne vaut que '*pour l'application des lois coordonnées*'[1] devenues entre-temps le Code des sociétés. Elle n'a dès lors aucune vocation à être appliquée aux autres législations qui y font référence et notamment en droit financier[2].

Le critère retenu par l'article 438 C. soc. est celui de l'*appel public à l'épargne*. Les dispositions ne s'appliquent qu'aux sociétés anonymes qui ont fait un tel appel public. La loi exige donc que ce soit la société elle-même qui ait initié l'appel public[3]. La seule dispersion de ses titres dans le public – du chef par exemple de succession – ne suffit pas à lui conférer le statut de société publique.

Selon l'article 438 C. soc., le caractère public de cet appel à l'épargne est révélé, soit par la réalisation d'une offre publique ou une admission à la cote d'un marché réglementé au sens de l'article 4 C. soc.

Conformément à l'article 202 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés, la notion d'offre publique est appréciée par rapport à l'article 3, § 1er, de la loi du 16 juin 2006 relative aux offres publiques d'instruments de placement et aux admissions d'instruments de placement à la négociation sur des marchés réglementés: '*il y a lieu d'entendre par 'offre publique' une communication adressée sous quelque forme et par quelque moyen que ce soit à des personnes et présentant une information suffisante sur les conditions de l'offre et sur les instruments de placement à offrir, de manière à mettre un investisseur en mesure de décider d'acheter ou de souscrire ces instruments de placement, et qui est faite par la personne qui est en mesure d'émettre ou de céder les instruments de placement ou pour son compte*'[4].

En ce qui concerne l'admission à la cote sur un marché réglementé, l'article 4 C. soc. renvoie à l'article 2, 3°, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers qui vise *tout* marché réglementé belge ou étranger.

1. *Doc. parl.*, Sén, 1993-1994, n° 1086-2, p. 32.
2. P. LAMBRECHT, 'La société et son capital', *Droit des sociétés: les lois des 7 et 13 avril 1995*, Bruxelles et Louvain-la-Neuve, Bruylant-Académia, 1995, p. 49.
3. P. LAMBRECHT, *ibid.*, p. 50, n° 10.
4. Sous réserve des exceptions énumérées au paragraphe 2 de cette disposition.

L'article 438 vise du reste les appels publics à l'épargne, qu'ils aient lieu '*en Belgique ou à l'étranger*', ceci afin '*d'éviter d'inciter les sociétés belges à faire appel public à l'épargne à l'étranger*'[1].

Cette même disposition précise enfin que les appels publics portent tant sur des obligations que sur des titres représentatifs ou non du capital peu importe qu'ils confèrent ou non le droit de vote.

689. Afin d'éviter qu'une société ne garde indéfiniment son statut de société publique alors que, dans les faits, celui-ci ne se justifierait plus, l'article 438, alinéa 3, C. soc. prévoit deux hypothèses dans lesquelles une société anonyme cesse d'être considérée comme faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne.

La première concerne l'offre de reprise visée à l'article 513 C. soc.[2]: à l'issue de cette offre, la société ne sera plus considérée comme société publique, à moins que des obligations émises par cette société ne soient encore répandues dans le public (art. 513, al. 3, C. soc.).

La seconde touche les sociétés dont les titres ne sont plus répandus dans le public. D'après les travaux préparatoires de la loi du 13 avril 1995, '*la question de savoir si des titres de la société sont encore ou non répandus dans le public est une question de fait qui doit, en premier lieu, être appréciée par la société elle-même et en second lieu, faire l'objet d'un contrôle marginal portant sur la vraisemblance de l'affirmation de la société par la Commission bancaire et financière, à qui il appartient, une fois satisfait de ce que les titres de la société ne sont plus répandus dans le public, de la radier du registre des sociétés faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne*'[3]. L'arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés précise, en son article 203 que, tant pour l'application de l'article 438, alinéa 3, que pour l'article 513, § 1er, C. soc., les titres ou obligations ne sont plus considérés comme étant répandus dans le public s'il sont répandus entre moins de 100 personnes physiques ou morales autres que des investisseurs qualifiés au sens de l'article 10 de la loi du 16 juin 2006 relative aux offres publiques d'instruments de placement et aux admissions d'instruments de placement à la négociation sur des marchés réglementés.

1. Loi du 13 avril 1995 modifiant les lois coordonnées sur les sociétés commerciales, *Doc. parl.*, Sén., 1993-1994, n° 1086-2, p. 32.
2. Voir *infra*, n°s 1535 et s.
3. Loi du 13 avril 1995 modifiant les lois coordonnées sur les sociétés commerciales, *Doc. parl.*, Sén., 1993-1994, 1086-2, p. 32.

Section 2
Aperçu des dispositions du Code des sociétés spécifiques aux sociétés faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne

690. Le Code des sociétés édicte diverses règles s'appliquant aux sociétés dites publiques: certaines s'appliquent à *toutes* ces sociétés (Sous-section 1), d'autres aux seules sociétés *cotées* selon que ce soit leurs titres ou seulement leurs actions qui sont admis sur un marché réglementé (Sous-section 2).

Ces règles ne doivent pas être confondues avec celles applicables en cas d'O.P.A. (Sous-section 3).

Sous-section 1
Dispositions applicables à toutes les sociétés faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne

691. Sans entrer dans le détail, on notera les articles suivants du Code des sociétés:

- art. 438: obligation de mentionner dans les statuts le caractère public de la société;
- art. 484: obligation de libérer intégralement les parts bénéficiaires souscrites en numéraire;
- art. 513, § 1er: cession forcée des titres;
- art. 523, § 1er, dernier alinéa: non-participation de l'administrateur aux délibérations et vote du conseil en cas de conflit d'intérêts;
- art. 524*ter*, § 1er: non-participation du membre du comité de direction aux délibérations et vote du comité en cas de conflit d'intérêts;
- art. 548 et 549: sollicitation de procuration;
- art. 571: participation à l'assemblée des obligataires;
- art. 578 et 579: sollicitation de procuration de l'obligataire;
- art. 583: émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription;
- art. 594: sort du droit de souscription non exercé;

- art. 603: limitation du montant du capital autorisé;
- art. 626: émission d'actions sans droit de vote avec faculté de rachat;
- art. 635: non-application des procédures d'exclusion et de retrait.

Sous-section 2
Dispositions applicables aux sociétés cotées

692. Il y a lieu de distinguer selon que seules les actions ou plus généralement les titres de la société soient cotés. Les dispositions suivantes du Code des sociétés s'appliquent aux sociétés dont les actions sont admises à la cotation sur un marché réglementé:

- art. 514: publicité des participations importantes;
- art. 520*bis*: rémunération des administrateurs exécutifs;
- art. 520*ter*: acquisition d'actions ou d'options sur actions à un administrateur;
- art. 524*bis*: application des articles 520*bis* et 520*ter* aux membres du comité de direction;
- art. 525: application des articles 520*bis* et 520*ter* aux délégués à la gestion journalière;
- art. 526*quater*: comité de rémunération;
- art. 533, § 2: convocations des assemblées;
- art. 533*bis*: contenu des convocations;
- art. 533*ter*: inscription de sujets à l'ordre du jour;
- art. 535: documents à transmettre en vue de l'assemblée générale;
- art. 536, § 2: enregistrement en vue de participer à l'assemblée générale;
- art. 546: procès-verbaux des assemblées générales;
- art. 547*bis*: procuration;

- art. 550, § 4: vote à distance;
- art. 553: documents en vue de l'assemblée générale;
- art. 554: vote sur le rapport de rémunération;
- art. 555: délai de 5 semaines de prorogation.

Les sociétés dont les titres sont admis à la cotation sur un marché réglementé seront en outre soumises aux dispositions qui suivent:

- art. 524: conflits d'intérêts;
- art. 526*bis* et 526*ter*: comité d'audit;
- art. 598: suppression du droit de préférence;
- art. 620, § 2: acquisition d'actions propres.

Sous-section 3
Dispositions applicables en cas d'O.P.A.

693. Le Code des sociétés contient également diverses règles applicables en cas d'O.P.A. seulement:

- art. 500: nominativité et incessibilité temporaire de certaines actions souscrites en cours d'O.P.A.;
- art. 511: application des clauses d'agrément et de préemption;
- art. 556 et 557: assemblée générale spéciale;
- art. 607: utilisation limitée du capital autorisé.

On notera que l'O.P.A. '*peut viser les titres de toute société, même privée, dès lors que l'offre en tant que telle a un caractère public*'[1]. Ces règles ne sont donc pas spécifiques aux sociétés faisant ou ayant fait appel publiquement à l'épargne au sens du Code des sociétés.

1. J.F. TOSSENS, 'La société ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne: le concept et les enjeux à l'aube d'une nouvelle réforme des lois coordonnées sur les sociétés commerciales', *Rev. prat. soc.*, 1994, n° 24.

Chapitre III
Constitution

Section 1
Conditions de fond

694. La constitution d'une SA requiert les éléments suivants:

1° un capital minimum de 61.500 euros;

2° la souscription intégrale du capital;

3° la libération intégrale du capital minimum;

4° la libération d'un quart au minimum de chaque action correspondant à un apport en numéraire ou en nature.

On y ajoutera les exigences suivantes:

- une pluralité d'actionnaires;
- la mise en commun des apports;
- la recherche d'un bénéfice à partager[1];
- une œuvre à réaliser dans un esprit de collaboration et d'égalité.

Sous-section 1
Les actionnaires

§ 1. NOMBRE

695. La constitution d'une SA suppose l'intervention d'au moins deux actionnaires. A défaut, la nullité de la société et partant sa dissolution pourront être poursuivies[2-3].

1. Sous réserve des sociétés à finalité sociale, voir n°s 15 et 16.
2. Voir *infra*, n° 761.
3. Il ne faut pas confondre cette situation avec celle où, en cours d'existence de la société, tous les titres se trouvent réunis entre les mains d'une seule personne (voir *infra*, n° 1519).

§ 2. Qualité

696. Les actionnaires peuvent être autant des personnes physiques que des personnes morales. Pour ces dernières, la constitution de la SA devra s'inscrire dans les limites de leur objet social ou, s'il s'agit de personnes morales de droit public, dans le respect des réglementations les gouvernant.

§ 3. Questions particulières

A. La participation des époux[1]

697. La participation de deux époux à la constitution d'une SA a suscité de nombreuses questions: mari et femme doivent-ils être considérés comme un seul actionnaire ou peuvent-ils être '*comptés*' pour deux?

Il convient de distinguer suivant le régime matrimonial des époux.

a. Cas des époux mariés sous le régime de la séparation de biens

698. Dans le régime de séparation de biens, chaque époux a la plénitude des pouvoirs d'administration et de disposition sur ses biens.

Il les gère librement et peut, en conséquence, apporter à une société ses biens ou avoirs personnels. En contrepartie de ses apports personnels – en espèces ou en nature –, il recevra des titres qui lui seront propres.

Il faudra toutefois, lors de la constitution, tenir compte de certaines règles dites du régime primaire[2]:

1. l'époux propriétaire du logement familial ne peut l'apporter en société sans l'accord de son conjoint (art. 215 C. civ.);

2. le conjoint pourrait s'opposer à l'exercice de l'activité professionnelle s'il l'estime contraire aux intérêts de la famille (art. 216 C. civ.). La seule souscription à l'acte constitutif ou à une augmentation de capital ne constitue pas une

1. Sur l'ensemble de cette problématique, voir *Les sociétés et le patrimoine familial. Convergences et confrontations*, Bruxelles, Bruylant, 1996.
2. Pour plus de détails, voir *R.P.D.B.*, v° *Régimes matrimoniaux (droit interne)*.

activité professionnelle. Par contre, selon le cas, la fonction d'administrateur ou de gérant peut constituer une profession.

Deux époux séparés de biens peuvent donc constituer seuls une société anonyme: ils comptent pour deux actionnaires distincts puisqu'ils apportent des biens personnels.

Une question peut se poser lorsque les époux apportent des biens indivis entre eux: les titres émis en rémunération de cet apport constituent-ils nécessairement un bien indivis ou les époux peuvent-ils créer des parts *'divises'*. Nous estimons que rien ne s'oppose à cette dernière solution.

b. Cas des époux mariés sous le régime de la communauté légale

699. S'agissant d'époux mariés sous le régime de la communauté légale, la situation est plus complexe[1].

Sont propres:

- les actions souscrites par un époux avant le mariage;
- les actions souscrites par un époux pendant le mariage au moyen de biens *propres*;
- les actions acquises par un époux, avant ou pendant le mariage, par suite de donation, succession ou testament.

Dans tous les autres cas, les actions souscrites ou acquises par un époux durant le mariage sont communes. L'article 1401, 5°, C. civ. atténue la rigueur des conséquences de cette solution en prévoyant que sont propres, quel que soit le moment de l'acquisition, '*les droits résultant de la qualité d'associé liés à des parts ou actions sociales communes dans des sociétés où toutes les parts ou actions sociales sont nominatives si celles-ci sont attribuées à un seul conjoint ou inscrites à son nom*'[2]. Le législateur a ainsi consacré la distinction entre le titre et la finance: seuls

1. Voir Y.-H. Leleu et S. Louis, 'Sociétés et régime matrimonial de communauté', *in Droit des sociétés*, Larcier, 2010.
2. Pour un commentaire de cette disposition, introduite par une loi du 1er avril 1987, voir F. Boucqaert, 'Participation de deux époux à une société. Historique de la loi du 1er avril 1987 complétant l'article 1401 du Code civil', *Rev. prat. soc.*, 1987, pp. 287 et s.; H. Michel, 'Les parts et actions nominatives dépendant du patrimoine commun', *J.T.*, 1987, pp. 565 et s.

les droits d'associé[1] sont propres; les parts demeurent communes ainsi que les droits patrimoniaux[2] y attachés.

Cette dernière règle suppose que tous les titres de la SA soient obligatoirement nominatifs[3]: il faut donc qu'une clause statutaire le prévoie expressément. Les statuts ne pourraient prévoir la forme dématérialisée[4].

En conséquence, soit les époux apportent des biens propres et dans ce cas, comme en séparation de biens, ils compteront pour deux actionnaires; soit ils apportent chacun des biens dépendant de leur communauté – dans le respect des règles de gestion de leur patrimoine commun –, ils ne pourront alors constituer une société anonyme seuls que si les titres sont, en vertu d'une clause statutaire expresse, obligatoirement nominatifs et si ces titres sont immatriculés pour moitié au nom de chacun des époux[5].

B. Capacité juridique

700. Il faut, lors de la constitution de la SA, tenir compte de la capacité des actionnaires.

Les incapables ne peuvent participer à la constitution de la société. Ils devront être dûment représentés ou assistés après avoir obtenu, selon les cas, les autorisations *ad hoc*[6].

1. Ces droits sont: le droit de vote, le droit de souscription préférentielle, le droit d'investigation et de contrôle, le droit à l'information.
2. Le patrimoine commun a ainsi droit au prix de vente des titres, aux dividendes, aux remboursements effectués à l'occasion d'une réduction de capital, à la quote-part dans le *boni* de liquidation (B. CARTUYVELS, 'Statuts des parts sociales souscrites au moyen de fonds communs par un époux marié sous un régime de communauté', *15 années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, Louvain-la-Neuve et Bruxelles, Académia-Bruylant, 1991, p. 68).
3. H. MICHEL, 'Les parts et actions nominatives dépendant du patrimoine commun', *J.T.*, 1987, p. 566; B. CARTUYVELS, 'Statuts des parts sociales souscrites au moyen de fonds communs par un époux marié sous un régime de communauté', *15 années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, Louvain-la-Neuve et Bruxelles, Académia-Bruylant, 1991, p. 64.
4. E. DE WILDE D'ESTMAEL, 'La suppression des titres au porteur en droit patrimonial. Les conséquences patrimoniales de la disparition des titres au porteur', *J.T.*, 2008, p. 452.
5. Plusieurs auteurs considèrent toutefois qu'en cas d'apport de biens communs soumis à une gestion conjointe, les parts doivent être attribuées aux deux époux conjointement. On ne pourrait les inscrire pour totalité au nom d'un conjoint ou pour moitié à chacun des conjoints. Ainsi, lorsqu'un fonds de commerce est exploité en commun, par le mari et la femme, les actions attribuées en contrepartie de l'apport doivent l'être aux deux époux conjointement.
6. Sur cette délicate question, voir *T.P.D.C.*, T. 4, vol. 1, n° 27.

C. Nationalité

701. Aucune exigence de nationalité n'est posée quant à la constitution d'une SA en Belgique.

Des sociétés étrangères peuvent constituer une SA de droit belge. Les conditions de capacité seront déterminées par référence à la loi nationale de cette société.

Les étrangers personnes physiques qui exerceraient une activité au sein de la société devront être attentifs à la loi du 19 février 1965 relative à l'exercice par les étrangers des activités professionnelles indépendantes. L'article 1er de cette loi prévoit que *'tout étranger qui exerce sur le territoire du Royaume une activité de caractère lucratif et indépendante doit être titulaire d'une carte professionnelle'*. Aussi, s'ils *'apparaissent comme fondateurs, dans les sociétés, d'une manière si fréquente, que l'on peut estimer qu'ils exercent là une véritable activité et, en quelque sorte, une profession'*[1], ou s'ils sont désignés en qualité d'administrateurs délégués, ils devront satisfaire à cette exigence à moins de figurer parmi les cas d'exemption prévus par l'arrêté royal du 3 février 2003 dispensant certaines catégories d'étrangers de l'obligation d'être titulaires d'une carte professionnelle pour l'exercice d'une activité professionnelle indépendante[2].

D. Comparution par mandataire

702. Les actionnaires peuvent se faire représenter par un mandataire lors de la constitution (art. 450 C. soc.).

Le mandat peut être donné par acte sous seing privé, sauf s'il comporte apport d'immeuble (art. 2 L. hyp.). Le mandat verbal ne peut être admis.

Qu'elle soit sous seing privé ou donnée par acte authentique, la procuration devra nécessairement, sous peine de sanctions pénales (art. 91, 2°, C. soc.), reproduire les énonciations visées à l'article 69 C. soc. (*infra*, nos 734 à 748).

1. M. COIPEL, 'Dispositions communes à toutes les formes de sociétés commerciales. Première partie. Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés', *Rép. not.*, T. 12, Livre II, Bruxelles, Larcier, 1982, n° 55-1.
2. *M.B.*, 4 mars 2003, p. 10517, article 1er; voir G. RAUCQ et P. HAINAUT-HAMENDE, 'Les sociétés anonymes', *Rép. not.*, T. 12, Livre III, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 65; voir aussi *T.P.D.C.*, T. 1, n° 60.

Sous-section 2
Le capital et les apports

§ 1. Notion

703. Le capital social est une notion abstraite, de nature essentiellement comptable[1]. Il correspond, au sens strict du terme, à '*la somme des biens détachés par les associés de leur patrimoine personnel, à laquelle ils entendent limiter leur responsabilité et en dessous de laquelle ils s'interdisent de ramener la valeur de l'actif net par des distributions de dividendes*'[2] ou des remboursements aux associés.

Le capital social ne varie pas en fonction des pertes ou des bénéfices réalisés par la société sauf augmentation ou réduction de capital. Il est, à l'origine de la société, égal à la somme des apports. Le capital se confond alors, et à ce moment seulement, avec l'avoir social ou l'actif net.

L'utilité du capital social est double:

- d'une part, il contribue à la détermination des droits des actionnaires au sein de la société. Les apports des fondateurs sont, en effet, convertis en actions qui représentent une proportion déterminée du capital en fonction de la valeur de leurs apports et donc leur poids en terme de pouvoir à l'assemblée générale et de perception des dividendes;

- d'autre part, le capital constitue en principe pour les créanciers une garantie minimale de recouvrement de leur créance, même si, dans les faits, il est fréquent de constater qu'en cas de faillite, cette mesure de protection se révèle inopérante en dépit des mécanismes organisés par le Code pour protéger la consistance du capital social (art. 633 et 634 C. soc.).

Lors de la constitution d'une société anonyme, la loi formule diverses exigences quant à ce capital. Elles tiennent à son minimum, à sa souscription et à sa libération.

1. Pour une analyse plus détaillée de la notion et de son rôle, voir Th. Delvaux, 'Le capital en droit des sociétés, notions et constitution', *La constitution de sociétés et la phase de démarrage d'entreprises*, Droit et Entreprise, la Charte, 2003, pp. 511 et s.
2. J. Van Houtte, 'Sociétés privées à responsabilité limitée', *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 1989, n° 31.

§ 2. Un capital minimum et suffisant

A. Capital minimum

704. Conformément à l'article 439 C. soc., le capital minimum de la SA est fixé à 61.500 euros (anciennement 2.500.000 francs belges).

B. Capital suffisant – plan financier

705. Il ne suffit pas que la SA dispose d'un capital de 61.500 euros. Encore faut-il que le montant du capital soit suffisant pour permettre l'exercice normal de l'activité projetée pendant deux ans au moins.

Les fondateurs pourront en effet être solidairement tenus pour les engagements de la société, dans une proportion fixée par le juge, en cas de faillite prononcée dans les trois ans de la constitution, si, lors de cette constitution, le capital social, était manifestement insuffisant (art. 456, 4°, C. soc.).

Dans cette perspective, l'article 440 C. soc. oblige les fondateurs à établir un plan financier dans lequel ils justifient le montant du capital social de la société à constituer. La mesure est préventive; elle tend à éviter une sanction par trop automatique et une appréciation *a posteriori* – toujours plus facile – du juge. Elle vise surtout à prévenir la constitution d'entreprises non viables[1].

Le législateur a voulu '*amener les fondateurs à étudier sérieusement les besoins de l'entreprise avant de s'engager dans l'aventure sociétaire, en sachant qu'en cas de sous-évaluation manifeste, ils prennent le risque considérable de devoir supporter personnellement tout ou partie des dettes sociales, si la société est déclarée en faillite*'[2]. Il est donc de l'intérêt des fondateurs de ne pas négliger la rédaction de ce plan financier.

La loi ne définit pas ce plan ni n'en précise le contenu. Tout au plus doit-il envisager l'exercice de l'activité sociale pendant deux ans au moins[3]. S'il veut répondre aux objectifs fixés, le plan financier contiendra au moins un budget de

1. Kh. Hasselt, 5 avril 1990, *R.D.C.*, 1995, p. 171.
2. Pour d'autres précisions, voir *T.P.D.C.*, T. 4, vol. 2, 'Les responsabilités' et vol. 1, n° 210 à 213; C. Parmentier, 'La responsabilité des dirigeants d'entreprise en matière de faillite', *R.D.C.*, 1986, p. 763, n° 28.
3. Le plan doit donc couvrir 24 mois et non les deux premiers exercices sociaux.

trésorerie équilibré rassemblant tous les flux financiers de recettes et de dépenses, à partir du budget d'exploitation et d'un compte de résultat prévisionnel[1].

Le plan doit être remis, préalablement à la constitution, au notaire instrumentant qui a mission de le conserver. Il demeure strictement confidentiel et n'est ni déposé au tribunal de commerce, ni publié au *Moniteur*, comme c'est le cas pour l'acte constitutif. Il ne sera transmis au tribunal de commerce par le notaire, à la demande du juge-commissaire ou du procureur du Roi, qu'au cas où la société serait déclarée en faillite dans les trois ans de sa constitution (art. 456, 4°, C. soc.).

Hormis sa responsabilité quant à la conservation de ce plan, le notaire n'assume aucune autre responsabilité personnelle de ce chef: il ne pourrait être mis en cause si le plan devait se révéler insuffisant[2]. Son devoir de conseil l'oblige toutefois à avertir les fondateurs sur l'importance du plan financier quant à leurs responsabilités et à attirer leur attention si le plan présenté s'avérait '*illusoire ou fumeux*'[3].

Contrairement à ce que l'on pouvait supposer, on dénombre peu de cas de responsabilité des fondateurs pour insuffisance manifeste du capital[4].

§ 3. Souscription du capital

706. Souscrire c'est prendre l'engagement d'apporter un bien à la société.

La loi distingue deux types d'apports: les apports en numéraire et les apports en nature.

A. Modalités de la souscription

707. La constitution d'une SA requiert que le capital social soit intégralement souscrit (art. 441 C. soc.), c'est-à-dire que '*lors de la constitution, les comparants s'engagent à faire des apports pour un montant égal à ce capital statutaire*'[5].

708. Ce principe de la souscription intégrale du capital a diverses conséquences.

1. L. Dabin, 'L'évolution des conditions de constitution des sociétés anonymes et des sociétés privées à responsabilité limitée', *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, p. 21.
2. G. Raucq et P. Hainaut-Hamende, 'Les sociétés anonymes', *Rép. not.*, T. 12, Livre III, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 86.
3. H. Michel, 'Plan financier et responsabilité notariale', *J.T.*, 1982, p. 71.
4. Voir notamment les décisions rapportées dans G. Caprasse, *La responsabilité des fondateurs en cas de capital insuffisant*, La constitution de sociétés et la phase de démarrage d'entreprises, pp. 575 et s.
5. G. Raucq et P. Hainaut-Hamende, 'Les sociétés anonymes', *Rép. not.*, T. 12, Livre III, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 217.

a. La souscription doit être pure et simple

La souscription ne peut être soumise à une quelconque condition. Ainsi, la souscription subordonnée à l'octroi d'une place de directeur, d'employé ou d'administrateur de la société est nulle[1]. Il en va de même de la souscription conditionnée par toute autre forme d'avantage[2].

b. Interdiction de souscrire ses propres actions

L'article 442 C. soc. interdit à la société de souscrire ses propres actions que ce soit directement, par une société filiale ou par une personne agissant en son nom propre mais pour le compte de la société ou de la société filiale[3].

Cette interdiction s'appliquera davantage en cas d'augmentation de capital car, hors le cas de la souscription par une personne agissant en son nom propre mais pour compte de la société ou d'une de ses filiales, la souscription par la société ou sa filiale de ses propres actions se conçoit mal lors de l'acte constitutif, la société n'existant pas encore à ce moment[4].

c. Responsabilité des fondateurs

Les fondateurs sont tenus solidairement envers les intéressés, malgré toute stipulation contraire, de toute la partie du capital qui ne serait pas valablement souscrite ainsi que de la différence éventuelle entre le capital minimum requis par la loi et le montant des souscriptions. Ils en sont de plein droit réputés souscripteurs (art. 456, 1°, C. soc.).

B. Les apports

709. La souscription peut être effectuée au moyen d'apports en numéraire ou en nature.

1. Liège, 27 janvier 1938, *Rev. prat. soc.*, 1938, p. 221.
2. Liège, 14 octobre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1283 à propos de la souscription par un notaire d'une part de capital dans une société coopérative moyennant un engagement d'exclusivité de cette dernière pour tout acte authentique que cette dernière serait amenée à conclure dans le cadre de ses activités.
3. Pour plus de détails, voir *infra*, n°s 1478 et 1479.
4. Sauf à imaginer l'hypothèse d'une souscription au nom de la société en formation (G. Raucq et P. Hainaut-Hamende, 'Les sociétés anonymes', *Rép. not.*, T. 12, Livre III, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 230).

a. Apports en numéraire

710. L'apport en numéraire ou en espèces consiste en l'apport d'une somme d'argent.

Il doit, dans une certaine proportion, faire l'objet d'un mode précis de libération[1].

b. Apports en nature

1. Définition

711. Par apports en nature, on entend tout apport de biens ou de droits autres qu'en numéraire, susceptible d'évaluation économique.

Selon l'article 443 C. soc., '*les apports en nature ne peuvent être rémunérés par des actions représentatives du capital social que s'ils consistent en éléments d'actifs susceptibles d'évaluation économique, à l'exclusion des actifs constitués par des engagements concernant l'exécution de travaux ou de prestations de services*'.

2. Application

712. Sont ainsi susceptibles de constituer des apports en nature:

- les apports de droits intellectuels, tels que marques et brevets;
- les apports de prestations de services déjà exécutées (résultat d'une étude de marché; travail réalisé par les promoteurs et consistant à établir les contacts nécessaires);
- les apports de droits de jouissance personnels;
- les apports du 'goodwill'[2];
- les apports de savoir-faire ('*know-how*') à condition qu'ils n'impliquent pas pour leur utilisation les services de l'apporteur ou de toute autre personne.

1. Voir *infra*, n° 719.
2. Notons que le goodwill ne pourrait faire l'objet d'un apport autonome: il est en effet indissociable du fonds de commerce auquel il est rattaché. Le goodwill constitue '*la plus-value qu'un commerce ou une entreprise présente par rapport à la somme de ses éléments constitutifs du fait de la conjonction de ceux-ci et de leur mise en œuvre en vue de faire prospérer l'entreprise et de constituer ou de conserver une clientèle*' (Travaux préparatoires à la loi du 5 décembre 1984 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, *Doc. parl.*, Ch., 1981-1982, n° 210-9, p. 19).

3. Contrôle des apports en nature

713. Afin d'éviter toute fictivité ou surévaluation des apports en nature, la loi a mis en place un mécanisme de contrôle de ces apports.

Ce contrôle repose sur la rédaction de deux rapports: l'un émane du réviseur d'entreprises désigné par les fondateurs[1]; l'autre des fondateurs eux-mêmes (art. 444, § 1er, C. soc.).

L'article 444 prévoit trois cas dans lesquels il n'est pas requis de demander un rapport révisoral. Ce sera le cas quand un apport en nature est constitué:

1. de valeurs mobilières[2] ou d'instruments[3] du marché monétaire visés à l'article 2, 31° et 32°, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, évalués au cours moyen pondéré auquel ils ont été négociés sur un ou plusieurs marchés réglementés[4] visés à l'article 2, 3°, 5° et 6°, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers durant les trois mois précédant la date effective de la réalisation de l'apport en nature;

1. Seuls les réviseurs d'entreprises peuvent établir ce rapport. Cette mission échappe à la compétence des experts-comptables. Voir *T.P.D.C.*, T. 4, vol. 1, n° 203 et s.
2. Il s'agit de toutes les catégories de titres négociables sur le marché des capitaux à l'exception des instruments de paiement, telles que:
   a) les actions de sociétés et autres titres équivalents à des actions de sociétés, de sociétés de type *partnership* ou d'autres entités, ainsi que les certificats représentatifs d'actions;
   b) les obligations et les autres titres de créance, y compris les certificats concernant de tels titres;
   c) toute autre valeur donnant le droit d'acquérir ou de vendre de telles valeurs ou donnant lieu à un règlement en espèces, fixé par référence à des valeurs mobilières, à une monnaie, à un taux d'intérêt ou rendement, aux matières premières ou à d'autres indices ou mesures.
3. Il s'agit des catégories d'instruments habituellement négociées sur le marché monétaire, telles que les bons du Trésor, les certificats de dépôt et les effets de commerce à l'exclusion des instruments de paiement.
4. Il s'agit de tout marché réglementé belge ou étranger, par lesquels on comprend:
   a) 'Marché réglementé belge': un système multilatéral, exploité et/ou géré par une entreprise de marché, qui assure ou facilite la rencontre – en son sein même et selon ses règles non discrétionnaires – de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers pour des instruments financiers, d'une manière qui aboutisse à la conclusion de contrats portant sur des instruments financiers admis à la négociation dans le cadre de ses règles et/ou de ses systèmes, et qui est agréé et fonctionne régulièrement conformément aux dispositions du chapitre II de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers;
   b) 'Marché réglementé étranger': tout marché d'instruments financiers qui est organisé par une entreprise de marché dont l'Etat d'origine est un Etat membre de l'Espace économique européen autre que la Belgique et qui a été agréé dans cet Etat membre en qualité de marché réglementé en application du titre III de la Directive 2004/39/CE.

2. d'éléments d'actif autres que les valeurs mobilières et instruments du marché monétaire visés au 1°, qui ont déjà été évalués par un réviseur d'entreprises et pour autant qu'il soit satisfait aux conditions suivantes:

   a) la juste valeur est déterminée à une date qui ne peut précéder de plus de six mois la réalisation effective de l'apport;

   b) l'évaluation a été réalisée conformément aux principes et aux normes d'évaluation généralement reconnus pour le type d'élément d'actif constituant l'apport;

3. d'éléments d'actif autres que les valeurs mobilières et instruments du marché monétaire visés au 1° dont la juste valeur est tirée, pour chaque élément d'actif, des comptes annuels de l'exercice financier précédent, à condition que les comptes annuels aient été contrôlés par le commissaire ou par la personne chargée du contrôle des comptes annuels et à condition que le rapport de cette personne comprenne une attestation sans réserve.

Le rapport de contrôle redevient toutefois requis pour la réévaluation effectuée à l'initiative et sous la responsabilité des fondateurs:

1. dans le cas prévu ci-avant sous le n° 1, si le prix a été affecté par des circonstances exceptionnelles pouvant modifier sensiblement la valeur de l'élément d'actif à la date effective de son apport, notamment dans les cas où le marché de ces valeurs mobilières ou de ces instruments du marché monétaire n'est plus liquide;

2. dans les cas prévus ci-avant sous les n° 2 et 3, si des circonstances nouvelles peuvent modifier sensiblement la juste valeur de l'élément d'actif à la date effective de son apport.

Dans tous les cas où le rapport de contrôle n'est pas requis, une déclaration est déposée conformément à l'article 75 C. soc. dans le délai d'un mois suivant la date effective de l'apport de l'élément d'actif. Cette déclaration contient les éléments suivants:

1. une description de l'apport en nature concerné;

2. le nom de l'apporteur;

3. la valeur de cet apport, l'origine de cette évaluation et, le cas échéant, le mode d'évaluation;

4. la valeur nominale des parts ou, à défaut de valeur nominale, le nombre de parts émises en contrepartie de chaque apport en nature;

5. une attestation précisant si les valeurs obtenues correspondent au moins au nombre et à la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, au pair comptable des parts à émettre en contrepartie de cet apport;

6. une attestation selon laquelle aucune circonstance nouvelle susceptible d'influencer l'évaluation initiale n'est survenue.

714. On soulignera que le régime décrit ci-dessus n'est pas obligatoire: les fondateurs peuvent, nonobstant le fait qu'ils soient dans une des hypothèses d'exception visées par le code, décider d'appliquer la procédure classique des apports en nature.

De manière générale, lorsqu'il n'est pas fait application du régime dispensant du rapport révisoral, l'article 444, § 1er, C. soc. définit avec précision la mission du réviseur.

Le rapport du réviseur portera notamment[1] sur quatre points:

- la description de chaque apport en nature;

- les modes d'évaluation adoptés;

- l'indication de la correspondance entre les valeurs auxquelles conduisent les modes d'évaluation adoptés et le nombre, la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, le pair comptable des actions à émettre en contrepartie;

- la rémunération effectivement attribuée en contrepartie des apports.

715. Conformément à l'article 444, § 1er, C. soc., les *fondateurs* doivent quant à eux rédiger un rapport spécial dans lequel ils exposent l'intérêt que présentent pour la société les apports en nature et, le cas échéant, les raisons pour lesquelles ils s'écartent des conclusions du réviseur par lesquelles ils ne sont donc pas forcément liés. En réalité, le rapport des fondateurs doit exister préalablement au rapport du réviseur, au moins à titre de projet.

Il n'appartient pas au réviseur d'effectuer une description des biens apportés, mais de faire rapport sur la description qui en a été faite par les fondateurs. La doc-

1. Ceci constitue un contenu minimum du rapport. Pour plus de détails, voir la '*norme particulière sur les apports ne consistant pas en numéraire*' de l'Institut des Réviseurs d'Entreprises adoptée par le Conseil de l'Institut en sa séance du 7 décembre 2001.

trine dominante estime que la description elle-même relève des fondateurs, le rapport du réviseur devant simplement contenir un '*commentaire général concernant les aspects techniques et économiques de l'apport*'[1]. Il n'appartient pas au réviseur de procéder lui-même à l'évaluation des apports mais uniquement de faire rapport sur les modes d'évaluation des apports[2]. Celle-ci relève de la seule compétence et responsabilité des fondateurs.

Le rapport spécial des fondateurs et celui du réviseur sont déposés au greffe du tribunal de commerce conformément à l'article 75 C. soc.

C. Les quasi-apports

716. Il ne faut pas confondre les apports en nature avec ce qu'on appelle, depuis la loi du 5 décembre 1984, les '*quasi-apports*'.

Le mécanisme mis en place par les articles 445 à 447 C. soc. '*vise à éviter les opérations dont le but est d'éluder la vérification des apports en nature par le réviseur d'entreprises*'[3], en soumettant celles-ci au même contrôle révisoral.

En réalité, les quasi-apports n'ont d'autre point commun avec les apports que cette similitude procédurale avec les apports en nature. La procédure prévue par les articles 445 à 447 C. soc. vise des biens appartenant à un fondateur que la société se propose d'acquérir dans les deux ans de sa constitution pour une contre-valeur au moins égale à un dixième du capital souscrit[4]. Dans ce cas, le mode d'évaluation de la contre-valeur de cette acquisition devra être contrôlé à l'instar de ce qui est prévu pour les quasi-apports. La loi prévoit en sus une autorisation préalable de l'assemblée générale (art. 447, § 1er, al. 3, C. soc.)[5].

1. P. RAUCQ et P. HAINAUT-HAMENDE, 'Les sociétés anonymes', *Rép. not.*, T. 12, livre III, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 117, n° 22.
2. L. DABIN, 'L'évolution des conditions de constitution des sociétés anonymes et des sociétés privées à responsabilité limitée', *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, p. 27, n° 14.
3. *Doc. parl.*, Ch., 1981-1982, n° 210-9, p. 23.
4. Sous réserve des exceptions prévues à l'article 446 C. soc. pour les acquisitions faites dans les limites des opérations courantes conclues aux conditions et sous les garanties normalement exigées par la société pour les opérations de même espèce et pour les acquisitions en bourse ou celles résultant d'une vente ordonnée par justice.
5. Voir *infra*, nos 1468 à 1477.

§ 4. LIBÉRATION DU CAPITAL ET DES ACTIONS

717. La libération est l'exécution de l'engagement pris, par la souscription, d'effectuer un apport. Elle consiste, dans le chef de l'actionnaire, à faire l'apport convenu.

La loi pose deux exigences quant à cette libération (art. 448 C. soc.):

- chaque action doit être libérée d'un quart au moins;
- le capital doit être libéré intégralement à concurrence de 61.500 euros.

A. Libération des actions

718. L'article 448 C. soc. prévoit que '*chaque action correspondant à un apport en numéraire et chaque action correspondant, en tout ou en partie, à un apport en nature, doivent être libérées d'un quart*'.

a. Apports en numéraire

719. La loi exige que chaque action soit libérée d'un quart au moins et non que l'ensemble des actions soit libéré d'un quart au moins. La différence est essentielle.

Exemple: une SA au capital de 100.000 euros, représenté par 1000 actions de 100 euros chacune, toutes souscrites en numéraire. La libération intégrale de 615 actions, alors que les 385 autres ne seraient pas libérées, ne serait pas conforme à la loi.

La loi n'exige pas pour autant que toutes les actions soient libérées dans une égale proportion, pourvu qu'un quart au moins de chaque action soit libéré.

Ainsi dans l'exemple ci-dessus, la libération serait parfaitement valable si 600 actions étaient entièrement libérées et 400 libérées à concurrence d'un quart.

720. Afin d'assurer que les fonds au moyen desquels les actions sont libérées soient effectivement mis à disposition de la société lors de sa constitution, l'article 449 C. soc. exige que les fonds soient, '*préalablement à la constitution de la société, déposés par versement ou virement à un compte spécial ouvert au nom de la société en formation auprès de La Poste (Postchèque) ou d'un établissement de crédit établi en Belgique, autre qu'une caisse d'épargne communale, régi par la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit. Une attestation justifiant ce dépôt est remise au notaire instrumentant*'.

Ce compte spécial est à la disposition exclusive de la société à constituer. Il ne peut en être disposé que par les personnes habilitées à engager la société et après que le notaire instrumentant ait informé l'organisme dépositaire de la passation de l'acte. Si la société n'est pas constituée dans les trois mois de l'ouverture du compte spécial, les fonds sont restitués à leur demande à ceux qui les ont déposés.

b. Apports en nature

721. Les actions représentant les apports en nature doivent, dès la constitution de la société, être libérées d'un quart au moins.

En pratique, cette disposition n'a d'utilité que pour les biens divisibles[1]. En conséquence, faute d'être divisibles, les apports en nature devront être intégralement libérés lors de la constitution: les biens ou droits apportés devront être à la disposition de la société.

c. Versement du solde non libéré à la constitution

722. La loi ne formule qu'une exigence s'agissant du solde non libéré à la constitution: '*les actions correspondant en tout ou en partie à des apports en nature doivent être entièrement libérées dans un délai de cinq ans, à dater de la constitution de la société*' (art. 448 C. soc.).

Aucun délai n'est fixé pour la libération complémentaire des actions correspondant à des apports en numéraire.

Dans le silence des statuts, il appartiendra au conseil d'administration de décréter, selon les besoins de la société, les appels de fonds et demander aux actionnaires une libération complémentaire.

A défaut de clause statutaire, le conseil d'administration est seul juge de l'opportunité de ces appels de fonds[2]. Cette décision ne peut toutefois se réaliser au mépris de l'intérêt social ou de l'égalité des actionnaires. Serait ainsi abusive la décision d'appeler la libération complémentaire de certaines actions seulement.

La doctrine classique[3] enseigne que l'actionnaire ne peut, sans y être autorisé par les statuts, libérer anticipativement ses actions.

1. *Doc. parl.*, Sén., 1982-1983, n° 390-2, p. 13.
2. C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. BENOÎT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 759.
3. *Ibid.*, n° 798.

En cas de faillite de la société, le curateur est compétent pour appeler le capital non encore libéré[1].

723. La loi a voulu protéger la société contre l'actionnaire qui n'aurait pas entièrement libéré son apport:

- les actions sont obligatoirement nominatives jusqu'à leur entière libération (art. 477 C. soc.);
- la liste des actionnaires qui n'ont pas encore entièrement libéré leurs actions est déposée en même temps que les comptes annuels (art. 479, 3°, C. soc.). Elle indiquera les sommes dont ces actionnaires sont encore redevables;
- la cession d'un titre non libéré n'affranchit pas le cédant des dettes antérieures à la publication du transfert (art. 507 C. soc.)[2];
- le droit de vote est suspendu pour l'actionnaire qui ne répond pas à l'appel de fonds (art. 541, al. 3, C. soc.);
- les créanciers de la société peuvent faire décréter par justice les versements nécessaires à la conservation de leurs droits (art. 199 C. soc.).

Les statuts peuvent également renforcer cette protection de la société par l'introduction de clauses de déchéance[3].

B. Libération du capital à concurrence de 61.500 euros au moins

724. Il ne suffit pas que chaque action soit libérée d'un quart. Encore faut-il que les montants ainsi libérés atteignent au moins 61.500 euros. L'article 448 C. soc. prévoit en effet que dès la constitution de la société, le capital doit être libéré intégralement à concurrence de 61.500 euros au moins.

1. Anvers, 14 avril 1992, *T.R.V.*, 1992, p. 322, note M. WYCKAERT.
2. Il n'est pas douteux que la société, représentée le cas échéant par son curateur en cas de faillite, devra s'être adressée préalablement au cessionnaire, titulaire du titre non libéré et, à ce titre, débiteur principal de l'obligation de libération. Ce n'est qu'en cas de défaillance de ce dernier que la société ou, les tiers par application de l'article 1166 C. civ. (action oblique) pourront se retourner contre le cédant à charge pour lui de se retourner ultérieurement contre celui à qui il a cédé son titre (L. FRÉDÉRICQ, *Principes de droit commercial belge*, T. II, Gand, 1930, pp. 328 à 332).
3. Sur celles-ci et leur licéité, voir C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. BENOÎT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, nos 784 et s.

Sous-section 3
L'objet social

725. Toute société, à moins qu'elle ne soit à finalité sociale[1] se caractérise par le but de lucre. La société anonyme n'échappe pas à cette règle. Son objet sera donc lucratif.

L'objet pourra consister dans l'exercice d'une activité commerciale ou civile (art. 3, § 2, C. soc.)[2]. Dans le premier cas, la société sera considérée comme commerciale et possédera la qualité de commerçant (art. 3, § 1er, C. soc.). Dans le second cas, on parlera de société civile à forme commerciale. Ces sociétés ne possèdent pas la qualité de commerçant (art. 3, § 4, C. soc.).

En principe c'est l'objet social statutaire et non l'activité réellement exercée qui doit être pris en considération pour déterminer le caractère civil ou commercial de la société[3], le tout sous réserve de ce que l'objet statutaire révèle la volonté réelle des fondateurs au moment de la constitution de la société. Dans le cas contraire, la Cour de cassation admet que la nature civile ou commerciale de l'objet social soit appréciée par rapport à l'intention des fondateurs plutôt que par rapport à leur volonté déclarée[4].

§ 1. Formulation large ou restrictive de l'objet social?

726. Faut-il opter pour une description détaillée de l'objet ou, au contraire, pour la définition la plus extensive ou la plus vague possible de celui-ci?

On rencontre dans la pratique, des libellés d'objet social tenant plus de l'abécédaire que d'une formulation précise[5].

Il convient de rappeler qu'en vertu de l'article 526 C. soc., la société anonyme peut être liée par un acte excédant son objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait ou ne pouvait ignorer que ledit acte dépassait cet objet sans que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. Cette preuve sera

1. Voir P. Nicaise, 'La société coopérative et les sociétés à finalité sociale', *Droit des sociétés: les lois des 7 et 13 avril 1995*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 336 et s.; voir également *T.P.D.C.*, Titre XIII.
2. Voir *T.P.D.C.*, T. 4, vol. 1, nos 7 et 94 à 95.
3. Anvers, 16 janvier 2003, *R.D.C.B.*, 2003, p. 245; selon la Cour d'appel de Liège, l'activité réelle ne sera pas toujours indifférente. En cas de doute ou d'ambiguïté des statuts, l'activité réellement exercée pourra déterminer s'il s'agit ou non d'une société commerciale (Liège, 20 mars 2008, *Rev. prat. soc.*, 2008, p. 341).
4. Cass., 20 octobre 2001, *R.W.*, 2001-2002, p. 993.
5. Voir A. Benoit-Moury, 'Représentation des sociétés de capitaux et limitations relatives à l'objet social', note sous Cass., 12 novembre 1987, *R.C.J.B.*, 1989, p. 416, n° 15.

d'autant plus difficile à rapporter pour la société que l'objet statutaire est vague. Il ne faudrait pas non plus oublier que l'objet statutaire délimite, dans l'ordre interne, l'étendue des pouvoirs et partant la responsabilité des administrateurs. Partant, elle constitue une garantie essentielle des actionnaires[1].

On ne saurait trop conseiller au rédacteur des statuts d'y être attentif et d'éviter, dans l'intérêt de la société et des actionnaires, les formules trop '*passe-partout*' ou trop extensives.

§ 2. Activités interdites ou réglementées

727. Bien évidemment, l'objet social de la société anonyme ne peut être illicite ou contraire à l'ordre public. Il s'agirait là d'une cause de nullité de la société (art. 454, 3°, C. soc.).

Les fondateurs devront également être attentifs aux réglementations pouvant exister en certaines matières. Certaines activités requièrent, pour leur immatriculation à la Banque Carrefour des Entreprises, un accès à la profession et le respect de conditions spécifiques.

Dans le domaine financier et des assurances, la loi formule également certaines exigences quant au statut des intermédiaires et des opérateurs[2].

§ 3. Actes à titre gratuit

728. La question de la possibilité pour une société anonyme d'accomplir des actes à titre gratuit, que ce soit sous forme de libéralités, de mécénat, de garantie ou de cautionnement, dépasse la simple appréciation de tels actes par rapport à son objet social. Rappelons qu'en vertu de l'article 1er du Code des sociétés, toute société est constituée '*pour exercer une ou plusieurs activités déterminées et dans le but de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect*'. Cette finalité conditionne la capacité de la société et le pouvoir de ses organes de l'engager valablement suivant le principe bien établi de la spécialité légale.

Si dans un arrêt du 13 avril 1989 la Cour de cassation avait admis que la licéité d'actes de disposition à titre gratuit n'était pas nécessairement incompatible avec la nature même d'une société commerciale pour autant que cet acte soit accompli, fût-ce indirectement, en vue d'atteindre son objet social[3], une décision du

1. *Ibid.*, p. 419.
2. Voir *T.P.D.C.*, T. 5.
3. Cass., 13 avril 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 825. Voir *infra*, n° 926.

30 septembre 2005 réaffirme clairement le caractère déterminant de la spécialité légale dans une telle appréciation[1].

En pratique, il convient de pouvoir démontrer le bénéfice patrimonial direct ou indirect que revêt l'acte consenti à titre gratuit pour la société qui l'octroie. Tel peut être le cas lorsque l'attribution d'un avantage à un administrateur, ancien administrateur ou membre de sa famille, est destinée à stimuler sa diligence et sa compétence au profit de la société[2]. On considère généralement que les sûretés consenties par une société pour couvrir les engagements d'une société affiliée, membre d'un même groupe, rencontrent cette exigence[3].

En revanche, les actes à titre gratuit de caractère absolument désintéressé violent le principe de la spécialité légale[4]. Dans l'arrêt précité du 30 septembre 2005, la Cour de cassation juge tel le fait pour une société de fournir une caution à une société tierce dirigée par le même administrateur délégué sans qu'aucune rétribution ne lui soit procurée pour ce faire.

Sous-section 4
Interdiction des clauses léonines

729. L'article 32 C. soc. prohibe les pactes léonins qui affranchiraient un associé de toute contribution aux pertes ou le priveraient de toute participation aux bénéfices. Dans le cadre des sociétés anonymes, l'article 455 C. soc. prévoit que les clauses de l'acte constitutif déterminant la répartition des bénéfices ou des pertes qui seraient contraires à l'article 32 seront 'simplement' réputées non écrites[5].

Cette interdiction pose de délicats problèmes quant à la validité des conventions de portage d'actions par lesquelles une partie participe au capital social d'une société à condition que les autres associés s'engagent à racheter ses actions à un prix prédéterminé après un certain délai ou si une certaine condition se réalise. Ce faisant, l'associé bénéficiant de cet engagement de la part des autres serait *de facto* exonéré de toutes pertes dans l'entreprise.

1. Cass., 30 septembre 2005, *R.D.C.*, 2006, p. 1028 et note P-A. FORIERS; voir aussi A. FRANÇOIS, 'Libéralité et spécialité légale: un cadeau empoisonné?', *Rev. prat. soc.*, 2010, pp. 214 à 228.
2. P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, 'Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1992, n° 27.
3. Encore que l'appréciation de la compatibilité avec la spécialité légale doive être accompagnée d'une validation par rapport à l'intérêt social. Voir G. SCHAEKEN WILLEMAERTS et J. RICHELLE, 'Sûretés dans un groupe de sociétés', *Dr. Banc. Fin.*, 2004, p. 278.
4. Voir *T.P.D.C.*, T. 2, vol. 1, n°s 47 à 49.
5. Voir *T.P.D.C.*, T. 4, vol.1, n°s 33 à 36, 138, 234 et les références citées.

Après quelques hésitations, la jurisprudence considère désormais que de telles opérations ne sont pas contraires à l'article 32 C. soc. à condition toutefois de servir exclusivement l'intérêt social[1].

Section 2
Conditions de forme

730. Comme nous l'avons précisé dans l'introduction, le présent traité ne vise pas les sociétés qui font appel public à l'épargne. C'est la raison pour laquelle nous n'envisageons que le mécanisme de fondation directe de la société à l'exclusion du mode de constitution par souscription, assez rare en pratique, organisé aux articles 451 et 452 C. soc.[2].

Sous-section 1
Forme de l'acte constitutif

731. Les sociétés anonymes doivent, comme les SPRL, les sociétés en commandite par actions et les sociétés coopératives à responsabilité limitée, être constituées par acte authentique (art. 66, al. 2, C. soc.). Le recours au notaire est donc obligatoire.

L'article 454, 1°, C. soc. sanctionne de nullité le défaut d'acte authentique.

1. Cass. 29 mai 2008, *Rev. prat. soc.*, 2009, p. 101 à 122; voir aussi N. GOOSENS, 'Het leeuwenbeding: De geldigheid van klassieke portageovereenkomsten en het einde van de causale onafhankelijkheidsleer?', note sous Cass., 29 mai 2008, *R.D.C.B.*, 2009, pp. 275 et s.; R. HOUBEN, 'Het risicovrij aandeelhouderschap in een NV – Vragen vanuit het verbod op leonijns beding en empty voting', *R.W.*, 2008-2009, pp. 1538 et s.; T. VLIETINCK, 'Leonijnse aantasting van put en calls: het ijs gebroken?', note sous Cass., 29 mai 2008, *T.R.V.*, 2008, pp. 659 et s.; T. VLIETINCK, 'Leonijnse aantasting van puts and calls: het ijs blijft glad', note sous Bruxelles, 10 novembre 2006, *T.R.V.*, 2007, pp. 187 et s.; O. CLEVENBERGH et A. ANCIAUX, 'Les options sur actions, l'obligation pour les associés de contribuer aux pertes et les pactes léonins', *R.D.C.B.*, 2006, p. 1003 et s. ainsi que le présent traité, T. 4, vol. 1, n° 34 et références citées.
2. Pour une description des trois étapes de la procédure de constitution voir J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Précis de droit des sociétés*, Bruylant, 2006, pp. 423 et 424; G. RAUCQ et P. HAINAUT-HAMENDE, 'Les sociétés anonymes', *Rép. not.*, T. 12, livre III, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 117, n° 22.

Sous-section 2
Langue de l'acte constitutif

732. La langue de l'acte constitutif[1] est déterminée par application des décrets linguistiques des 19 juillet 1973, 12 juillet 1978 et 30 juin 1982 et de l'arrêté royal du 18 juillet 1966.

Ainsi, de manière pratique[2]:

'*1° Doivent être rédigés en langue néerlandaise uniquement:*

- *les actes de sociétés n'ayant des sièges qu'en région (unilingue) de langue néerlandaise, à l'exception des communes visées sous le tiret suivant, le décret étant d'application. La sanction est la nullité de l'acte;*

- *les actes des sociétés n'ayant des sièges que dans les communes périphériques de Bruxelles et dans les communes de frontière linguistique de la région de langue néerlandaise, les articles 52 et 59 de l'arrêté royal du 18 juillet 1966 étant d'application. La sanction est l'inopposabilité de l'acte.*

2° Doivent être rédigés en langue française uniquement:

- *les actes des sociétés n'ayant des sièges qu'en région (unilingue) de langue française, à l'exception des communes sous le tiret suivant, le décret du 30 juin 1982 étant d'application. La sanction est la nullité de l'acte;*

- *les actes des sociétés n'ayant des sièges d'exploitation que dans les communes de frontière linguistique de langue française et dans les communes malmédiennes; les articles 52 et 59 de l'arrêté royal du 18 juin 1966 étant d'application. La sanction est l'inopposabilité de l'acte.*

3° Doivent être rédigés en langue allemande uniquement, les actes des sociétés commerciales n'ayant leur siège que dans les communes de la région de langue allemande, à l'exception des communes malmédiennes, les articles 52 et 59 de l'arrêté royal du 18 juillet 1966 étant d'application.

4° Peuvent être rédigés dans les deux langues, française et néerlandaise, ou dans une des deux langues au choix, les actes des sociétés ayant leur siège en région

1. Tous les documents à joindre à l'acte (attestation bancaire, rapport révisoral, plan financier, procurations) sont soumis à la même réglementation.
2. G. RAUCQ et P. HAINAUT-HAMENDE, 'Les sociétés anonymes', *Rép. not.*, T. 12, livre III, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 288, n° 204.

bilingue de Bruxelles-Capitale, les articles 52 et 59 de l'arrêté royal du 18 juillet 1966 étant d'application.

5° Les actes des sociétés ayant un siège d'exploitation dans plusieurs régions linguistiques doivent être rédigés dans chacune des langues de ces régions'.

On notera que, pour l'application de ces textes, c'est le siège d'exploitation et non le siège social qui est déterminant[1].

Les fondateurs se devront d'être particulièrement attentifs à cette réglementation: la nullité de l'acte[2] pouvant, par application de l'article 454, 1°, C. soc., entraîner la nullité de la société.

Pour éviter ces difficultés, les fondateurs peuvent établir les statuts dans les deux langues. Un acte bilingue peut d'ailleurs être reçu par tous les notaires du pays[3].

Sous-section 3
Contenu de l'acte constitutif

733. La loi a prévu un contenu minimum de l'acte constitutif.

D'une part, l'acte de société doit mentionner les indications contenues dans l'extrait destiné à publication en vertu de l'article 69 C. soc. (voir ci-dessous § 1er).

D'autre part, l'article 453 C. soc. énumère les mentions spécifiques à l'acte de constitution d'une société anonyme (voir ci-dessous § 2).

Les indications imposées par ces deux dispositions ne définissent pas de façon exhaustive le contenu de l'acte constitutif ou de l'extrait qui doit être déposé au greffe du tribunal de commerce. Aussi, rien n'empêche de conférer à ces documents un contenu plus large que celui défini par la loi.

Relevons enfin que certaines mentions ne peuvent figurer dans les actes de société (voir ci-dessous § 3).

1. Sur cette distinction, voir *infra*, n° 735.
2. Au sens *d'instrumentum* (pour plus de détails, voir D. STERCKX, 'Procédure notariale', *Rép. not.*, T. 13, livre VIII, pp. 202 et s.).
3. G. RAUCQ et P. HAINAUT-HAMENDE, 'Les sociétés anonymes', *Rép. not.*, T. 12, livre III, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 289, n° 205.

§ 1. Mentions requises par l'article 69 C. soc.

A. Forme et dénomination de la société (art. 69, 1°, C. soc.)

734. L'article 65 C. soc. stipule que toute société est désignée par une dénomination sociale[1]. Il peut s'agir d'une dénomination de fantaisie (exemple: '*Au gai luron*') ou de la désignation de l'objet de son entreprise (exemple: '*Entreprise de plafonnage de Mons*').

Les fondateurs disposent de la plus grande liberté dans le choix de cette dénomination sous la réserve suivante: selon l'article 65 C. soc. la dénomination de la société '*doit être différente de toute autre société. Si elle est identique, ou si sa ressemblance peut induire en erreur, tout intéressé peut la faire modifier et réclamer des dommages-intérêts, s'il y a lieu*'.

La jurisprudence fait une interprétation extensive de cette règle[2]: l'application de l'article 65 C. soc. suppose simplement un risque de confusion résultant de la ressemblance entre les dénominations et ce risque doit être examiné dans l'abstrait. '*Il est indifférent que les sociétés soient ou non concurrentes, qu'elles exploitent ou non des entreprises semblables ou qu'elles aient une implantation ou un rayon géographique identiques ou comparables*'[3].

Cette protection de la dénomination s'applique à la dénomination statutaire. Rien n'empêche la société d'utiliser une autre appellation pour l'exploitation de son commerce. Celle-ci bénéficie notamment de la protection de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur[4].

Enfin, qu'il s'agisse de la dénomination sociale ou du nom commercial, le choix de ceux-ci devra se réaliser dans le respect des marques existantes.

La société peut, en cours de vie sociale, changer de dénomination, dans le respect des règles de modification des statuts (*infra*, n°s 943 et s.). Toutefois, toute modification de la dénomination d'une société en liquidation est interdite (art. 183, § 2, C. soc.).

1. Voir *T.P.D.C.*, T. 4, vol. 1, n° 42.
2. Sous une réserve toutefois: la société qui s'estime lésée doit agir rapidement sous peine d'être déchue de son droit exclusif sur la dénomination qu'elle a choisie (Comm. Bruxelles, 25 avril 1983, *Rev. prat. soc.*, 1985, p. 60 et note P. Kileste).
3. P. Van Ommeslaghe et X. Dieux, 'Examen de jurisprudence (1979 à 1990). Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1993, p. 666, n° 39; voir aussi D. Van Gerven, 'Kroniek Vennootschapsrecht 2004-2005', *T.R.V.*, 2005, pp. 203 et s.; pour une décision plus récente voir Bruxelles, 20 octobre 2011, *Intellectuele rechten / Droits intellectuels*, 2012, p. 185.
4. Dans ce cas, le demandeur doit établir *in concreto* la confusion et le caractère préjudiciable de l'utilisation de la dénomination.

B. Désignation précise du siège social (art. 69, 2°, C. soc.)

735. La désignation du siège permet aux tiers d'atteindre aisément la société afin de lui signifier notamment tous actes judiciaires.

La seule indication de la ville ou de la commune où il est situé est insuffisante. Il conviendra de mentionner également le nom de la rue et le numéro postal.

La société anonyme – comme toute autre société – ne peut avoir qu'un seul siège social. Elle peut par contre établir plusieurs sièges d'exploitation où se concentre une activité technique, industrielle ou commerciale[1].

Si ultérieurement, la société entend transférer son siège social, elle ne pourra le faire qu'en respectant la procédure de modification des statuts. Afin d'éviter ces formalités, il est recommandé de donner, dans les statuts, le pouvoir au conseil d'administration de transférer le siège social, pour autant que cette clause ne permette pas le transfert dans un autre Etat ou dans une autre région linguistique[2].

Lorsque la société est en liquidation, le transfert du siège social doit être soumis à l'homologation du tribunal de commerce (art. 183, § 3, C. soc.).

C. Durée de la société (art. 69, 3°, C. soc.)

736. L'acte de société devra indiquer la durée de la société lorsque celle-ci n'est pas illimitée.

En effet, sauf disposition contraire des statuts, la société anonyme est constituée pour une durée illimitée (art. 645 C. soc.).

Rien n'empêche les statuts de fixer une durée précise. Sauf prorogation avant terme, la société sera dissoute de plein droit à l'échéance convenue.

737. La durée prend cours au jour où la société acquiert la personnalité juridique par le dépôt au greffe. En effet, tant que le dépôt n'a pas eu lieu, la société est toujours en formation[3]. On ne pourrait faire rétroagir la naissance de la société.

1. Il conviendra de respecter les lois et décrets relatifs à l'emploi des langues (voir *supra*, n° 732).
2. G. Raucq et P. Hainaut-Hamende, 'Les sociétés anonymes', *Rép. not.*, T. 12, livre III, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 194.
3. Art. 2, § 4, al. 2, C. soc.

D. Identité des fondateurs (art. 69, 4°, C. soc.)

738. L'acte doit renseigner l'identité des fondateurs[1] ainsi que celle des actionnaires qui, bénéficiant de l'exonération de responsabilité prévue par l'article 450, alinéa 2, C. soc., n'auraient pas encore libéré intégralement leur apport auquel cas il devra être fait mention, pour chaque actionnaire concerné, du montant des valeurs restant à libérer.

E. Montant du capital social, de la partie libérée et du capital autorisé (art. 69, 5°, C. soc.)

739. Nous renvoyons à ce qui a été dit *supra*, n°s 703 et s.

En vertu de l'article 3 de la loi du 30 décembre 1885[2], tel que modifié par une loi du 12 juillet 1991 et un arrêté royal du 20 juillet 2000, il est permis d'exprimer dans les actes publics et administratifs, les sommes en euros ou dans une unité monétaire d'un Etat membre de l'O.C.D.E. Cette législation est applicable aux actes de société[3].

Si le conseil d'administration est habilité par les statuts à augmenter le capital à concurrence d'un montant maximum (art. 603 et 604 C. soc.), l'acte constitutif devra indiquer le montant de cette habilitation[4].

F. Formation du capital social (art. 69, 6°, C. soc.)

740. L'acte de société doit indiquer la manière dont le capital social est formé ainsi que, le cas échéant, les conclusions du rapport du réviseur d'entreprises concernant les apports en nature. Cette exigence est renforcée, quant aux apports en nature, par les mentions imposées par l'article 453, 6°, C. soc. (voir *infra* § 2).

1. *Voir infra*, n°s 766 et s.
2. Loi approuvant l'acte du 12 décembre 1885 par lequel la Belgique adhère à la convention monétaire conclue à Paris, le 6 novembre 1885, entre la France, la Grèce, l'Italie et la Suisse, ainsi qu'à l'arrangement et à la déclaration y annexés, *M.B.*, 31 décembre 1885, numéro 1885123050.
3. Certains auteurs considèrent que l'indication dans l'acte du capital en une monnaie autre que l'euro ne peut remplacer la mention en euros et constitue simplement une indication supplémentaire (F. BOUKAERT, 'Heeft de wet van 12 juli 1991 op het gebruik van vreemde munten in openbare en administratieve akten de vennootschappenwet gewijzigd?', *T.R.V.*, 1992, pp. 76 à 78; M. COIPEL, 'Les sociétés privées à responsabilité limitée', *Rép. not.*, T. 12, Liv. IV, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 155).
4. Pour plus de détails, voir *infra*, n°s 1053 et s.

G. Début et fin de l'exercice social (art. 69, 7°, C. soc.)

741. En pratique, les exercices sociaux suivent l'année calendrier, même s'il est fréquent de voir des exercices sociaux s'étalant du premier juillet au trente juin.

H. Réserves, répartition des bénéfices et du boni de liquidation (art. 69, 8°, C. soc.)

742. La loi impose la constitution d'une réserve légale (art. 616 C. soc.) à laquelle l'acte constitutif doit faire référence de même qu'à la constitution de toute autre réserve prévue statutairement.

L'acte constitutif renseignera également toute disposition particulière relative à la répartition des bénéfices et du boni de liquidation.

I. Administration de la société (art. 69, 9°, C. soc.)

743. L'acte constitutif doit indiquer '*la désignation des personnes autorisées à administrer et à engager la société, l'étendue de leurs pouvoirs et la manière de les exercer, soit en agissant seules, soit conjointement ou en collège*'.

L'ensemble de cette matière est étudiée au chapitre VII de ce titre auquel il y a lieu de se référer.

J. Contrôle de la société (art. 69, 10°, C. soc.)

744. Au cas où un commissaire est désigné, l'acte devra en préciser l'identité. Nous renvoyons à ce qui en sera dit au chapitre VIII du présent titre.

K. Désignation précise de l'objet social (art. 69, 11°, C. soc.)

745. La loi exige une désignation *précise* de l'objet social et veut ainsi éviter toute définition trop vague[1].

L. Assemblées générales ordinaires (art. 69, 12°, C. soc.)

746. La loi exige que soit indiqué les lieu, jour et heure de l'assemblée générale ordinaire ainsi que les conditions d'admission et d'exercice du droit de vote. On veillera à choisir, dans le délai de six mois imposé à l'organe de gestion pour sou-

1. Voir *supra*, n° 727.

mettre les comptes annuels à l'approbation de l'assemblée générale (art. 92 C. soc.), une date suffisamment éloignée de la fin de l'exercice social pour laisser à l'organe de gestion un délai confortable pour préparer et arrêter ces comptes.

M. Données à caractère personnel en cas de procuration et autres données prévues par le Code (art. 69, 13°, C. soc.)

747. Cette exigence a été introduite dans le code par une loi du 15 décembre 2005 destinée, entre autres, à simplifier le dépôt électronique des actes constitutifs. Les travaux préparatoires précisent que les données essentielles à caractère personnel comme le nom, le prénom et l'adresse, sont celles du mandataire dont on renseignera également la capacité et l'identité de la personne pour laquelle il agit[1]. L'acte contiendra en outre toutes les dispositions pertinentes d'une procuration sous seing privé ou authentique.

En faisant référence aux *données prévues par le présent Code*, le texte renvoie au contenu de l'article 453, alinéa 2, C. soc.

N. Attestation de libération du capital social (art. 69, 14°, C. soc.)

748. L'acte constitutif doit inclure une attestation du notaire instrumentant constatant le dépôt du capital libéré avec mention du nom de l'institution financière où ce dépôt a été effectué. Pour ce faire, le notaire se fondera sur le certificat de blocage qui doit lui être remis par les fondateurs lors de la passation de l'acte.

§ 2. Mentions requises par l'article 453 C. soc.

A. Souscription et libération du capital (art. 453, 1°, C. soc.)

L'article 453, 1°, C. soc. requiert que soit constaté dans l'acte l'accomplissement des conditions de fond relatives au capital, à savoir:

- que le capital est intégralement souscrit;
- qu'il est de 61.500 euros au moins;
- qu'il est libéré à concurrence de 61.500 euros au moins;
- que chacune des actions correspondant à un apport en numéraire ou en nature est libérée d'un quart au moins.

1. *Doc. parl.*, Ch., 2004-2005, n° 51/1967, p. 15.

B. Administration de la société (art. 453, 2°, C. soc.)

L'acte de société doit mentionner les règles qui déterminent le nombre et le mode de désignation des membres des organes chargés de l'administration ou, le cas échéant, de la gestion journalière, de la représentation à l'égard des tiers et du contrôle de la société, ainsi que la répartition des compétences entre ces organes. A ce titre, l'exigence portée par cette disposition fait partiellement double emploi avec celles contenues à l'article 69, 9°, C. soc.

L'ensemble de cette matière est étudiée au chapitre VII de ce titre auquel il y a lieu de se référer.

C. Actions représentatives du capital (art. 453, 3°, C. soc.) et parts bénéficiaires (art. 453, 4°, C. soc.)

749. La loi exige que soient indiqués le nombre de ces titres, pour les actions, leur valeur nominale s'il échet, les conditions particulières limitant éventuellement leur cessibilité et les droits de chaque catégorie s'il en existe plusieurs[1].

D. Forme des actions (art. 453, 5°, C. soc.)

750. Les statuts doivent mentionner la forme nominative ou dématérialisée des titres émis par la société ainsi que les dispositions relatives à leur conversion dans la mesure où elles diffèrent de celles que la loi fixe[2].

E. Spécification et rémunération des apports en nature (art. 453, 6°, C. soc.)

751. L'acte de société doit indiquer:

- la spécification de chaque apport qui n'est pas effectué en numéraire: la loi attend une description détaillée de chaque apport;
- le nom de l'apporteur;
- le nom du réviseur d'entreprises et les conclusions de son rapport;
- le nombre et la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, le nombre des actions émises en contrepartie de chaque apport;

1. Voir *infra*, chapitre V.
2. Voir *infra*, n°s 813 et s.

– les autres conditions auxquelles l'apport est fait: il se peut en effet que l'apport soit rémunéré pour partie par l'attribution de titres de la société constituée et pour partie par la prise en charge par la société de dettes de l'apporteur ou par l'engagement de verser une somme d'argent à ce dernier. Dans ce cas, l'acte devra indiquer les modalités de paiement: délai, taux d'intérêt, causes d'exigibilité avant terme,...

F. Cause et consistance des avantages particuliers attribués aux fondateurs (art. 453, 7°, C. soc.)

752. L'article 453, 7°, C. soc. prescrit l'indication de '*la cause et la consistance des avantages particuliers attribués à chacun des fondateurs ou à quiconque a participé directement ou indirectement à la constitution de la société*'.

Tout ce qui est accordé en dehors de ce que le commun des actionnaires obtient doit être indiqué, pourvu que l'attribution soit faite aux fondateurs[1]. Il en irait ainsi de l'attribution d'actions ou du paiement d'une commission. La loi exige que soient mentionnés et les avantages et la cause de ceux-ci.

Cette indication permettra notamment de déterminer qui, des comparants à l'acte constitutif aura la qualité de fondateur et partant, la responsabilité particulière qui leur incombe, le tout dans le respect de l'article 450, alinéa 2, C. soc.[2].

G. Frais de constitution (art. 453, 8°, C. soc.)

753. '*Le montant, au moins approximatif, des frais, dépenses et rémunérations ou charges, sous quelque forme que ce soit, qui incombent à la société ou qui sont mis à sa charge à raison de sa constitution*' doit être mentionné dans l'acte.

Il faut indiquer tous les frais, dépenses et rémunérations à la double condition qu'ils soient relatifs à la constitution de la société et qu'ils soient mis à sa charge[3]. Il en est ainsi des frais de notaire, de réviseur, des droits d'enregistrement, de transcription, de publication de l'acte,...

La loi ne se contente pas de l'indication de la nature de ces frais. Elle exige un chiffre global.

1. E. PIRMEZ, 'Ecrit posthume', *Rev. prat. soc.*, 1897, n° 811, p. 245.
2. Voir *infra*, n° 766.
3. C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. BENOÎT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 297.

H. Organisme dépositaire des apports en numéraire (art. 453, 9°, C. soc.)

754. Le nom de '*l'organisme dépositaire des apports à libérer en numéraire conformément à l'article 449*' doit être mentionné dans l'acte. Il s'agit en réalité de l'organisme qui aura remis l'attestation bancaire[1].

I. Mutations à titre onéreux relatives aux immeubles apportés (art. 453, 10°, C. soc.)

755. Afin de permettre aux tiers d'apprécier la valeur de ces apports, l'acte doit reprendre '*les mutations à titre onéreux dont les immeubles apportés à la société ont été l'objet pendant les cinq années précédentes ainsi que les conditions auxquelles elles ont été faites*'.

La loi ne vise que les mutations à titre onéreux: vente, échange, apport en société et dation en paiement.

Elle concerne tous les immeubles: tant par nature que par destination ou par l'objet auquel ils s'appliquent.

J. Charges grevant les biens apportés (art. 453, 11°, C. soc.)

756. Pour la même raison que celle évoquée ci-dessus, l'acte doit reprendre '*les charges hypothécaires ou les nantissements grevant les biens apportés*'.

Il est admis que l'expression '*charges hypothécaires*' vise tant les hypothèques que les privilèges.

Quant au mot '*nantissement*', il vise essentiellement le gage sur fonds de commerce.

K. Conditions de réalisation des options (art. 453, 12°, C. soc.)

757. S'il y a apport à la société d'une option, par exemple pour l'acquisition d'un immeuble, il convient que l'acte précise de manière claire et nette '*les conditions auxquelles est subordonnée la réalisation des droits apportés en option*'. On a voulu éviter que la société, au lendemain de sa constitution, ne se trouve en présence d'une charge inattendue.

1. *Voir supra*, n° 719.

§ 3. Mentions interdites

758. Il est interdit aux ministres, anciens ministres et ministres des Chambres législatives de faire mention desdites qualités dans les actes de société (art. 2, loi du 6 août 1931). Il en va de même pour les membres et anciens membres des gouvernements de Communauté et de Région ainsi qu'aux membres et anciens membres des Conseils, en ce qui concerne les fonctions relevant de la Communauté ou de la Région (art. 8, loi spéciale du 16 juillet 1993).

L'inobservation de cette règle est sanctionnée par une amende à charge du notaire instrumentant ou du greffier qui a effectué la publication.

Section 3
Sanction des règles de constitution

759. La violation des règles de constitution donne lieu à divers types de sanctions.

Certaines dispositions légales sont sanctionnées par la nullité de la société. Compte tenu de la gravité de cette mesure, le législateur a limité ces causes de nullité à quatre cas, préférant à la nullité de la société la responsabilité civile ou pénale de ses fondateurs.

On notera également une sanction spécifique s'il s'agit d'une SA à finalité sociale.

Sous-section 1
Nullité de la SA

760. L'article 454 C. soc. limite les causes de nullité des SA Ce texte met en application l'article 11 de la première directive du 9 mars 1968 du Conseil des Communautés européennes.

Ce régime légal vise à assurer la sécurité juridique des tiers.

§ 1. Causes de nullité

761. Conformément à l'article 454 C. soc, la nullité d'une société anonyme ne peut être prononcée que dans les 4 cas suivants:

'*1° si la constitution n'a pas eu lieu dans la forme requise;*

2° si cet acte ne contient aucune indication au sujet de la dénomination de la société, de l'objet social, des apports ou du montant du capital souscrit;

3° si l'objet social est illicite ou contraire à l'ordre public;

4° si le nombre d'actionnaires valablement engagés, ayant comparu à l'acte, en personne ou par porteurs de mandats, est inférieur à deux'.

A. Vices de forme

762. La nullité ne peut être prononcée que dans les deux hypothèses visées par l'article 454, 1° et 2°, C. soc.

La première vise le défaut de forme authentique. Il est unanimement admis qu'il faut assimiler à l'absence d'acte authentique la nullité de l'acte constitutif en tant qu'acte authentique, en application de l'article 68 de la loi du 25 Ventôse an XI organique du notariat (loi du 16 mars 1803) ou en application de la législation relative à l'emploi des langues[1].

Plus théorique apparaît la seconde cause de nullité pour vice de forme. La nullité ne pourra être prononcée que si l'acte ne contient '*aucune indication*' au sujet de la dénomination de la société, de l'objet social, des apports et du montant du capital souscrit. La simple imprécision, le caractère incomplet ou inexact des indications requises ne suffisent pas. C'est l'absence de toute indication qui peut seule entraîner la nullité.

B. Vices de fond

763. Seuls deux vices de fond peuvent amener la nullité de la SA:

- un objet illicite ou contraire à l'ordre public;
- l'absence de deux actionnaires valablement engagés.

S'agissant de l'illicéité de l'objet, c'est l'objet tel qu'il est décrit dans les statuts et non l'activité effectivement exercée qu'il faut prendre en compte[2].

La société pourra également être annulée si elle ne comprend pas deux actionnaires valablement engagés. Dans la pratique, hors le cas d'école où un notaire aurait accepté de recevoir l'acte de constitution d'une SA avec un seul actionnaire, cette

1. Voir *supra*, n° 732.
2. C.J.C.E., 13 novembre 1990, *R.D.C.*, 1991, p. 875, obs. M. Coipel.

cause de nullité ne se rencontrera que par suite de l'annulation rétroactive de l'engagement d'un actionnaire pour vice de consentement.

C. Autres irrégularités

764. Les autres irrégularités qui pourraient affecter l'acte de société ne peuvent entraîner sa nullité. Le législateur a cru bon de le rappeler à propos des clauses léonines afin de marquer la rupture par rapport au régime antérieur (*supra*, n° 729). L'article 455 C. soc. dispose ainsi que '*si les clauses de l'acte constitutif déterminant la répartition des bénéfices ou des pertes sont contraires à l'article 32 C. soc., ces clauses sont réputées non écrites*'.

§ 2. Régime de la nullité

765. Conformément à l'article 11 de la première directive, l'article 172 C. soc. énonce que '*la nullité d'une société dotée de la personnalité juridique doit être prononcée par une décision judiciaire*'. Il s'ensuit qu'elle ne pourrait résulter d'une reconnaissance conventionnelle ou d'une transaction[1].

De plus, cette nullité ne produit ses effets qu'à dater de la décision qui la prononce (art. 172, al. 2, C. soc.). La décision d'annulation ne produit aucun effet rétroactif. Cette caractéristique du régime des nullités est essentielle car elle permet de régulariser la société annulable. Il suffira, par un nouvel acte authentique, de rendre la situation conforme à la loi, par exemple en modifiant l'objet social ou en rédigeant l'acte dans la langue appropriée eu égard au siège d'exploitation de la société[2].

La nullité n'est toutefois opposable aux tiers qu'à compter de la publication de la décision prescrite par les articles 67, 73 et 173 C. soc. Le tiers qui s'estimerait lésé par la décision d'annulation pourra former tierce-opposition contre le jugement dans les six mois de la publication de cette décision judiciaire (art. 1128 C. jud.).

Les effets de la nullité sont précisés par l'article 175 C. soc.: '*La nullité d'une société prononcée par décision judiciaire conformément à l'article 172 entraîne la liquidation de la société comme dans le cas d'une dissolution.*

1. L. Simont, 'Les règles relatives à la publicité, aux nullités et aux actes accomplis au nom d'une société en formation', *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, p. 111, n° 35.
2. Voir *supra*, n° 732.

La nullité ne porte pas atteinte par elle-même à la validité des engagements de la société ou de ceux pris envers elle, sans préjudice des effets de l'état de liquidation.

Les tribunaux peuvent désigner les liquidateurs. Ils peuvent déterminer le mode de liquidation de la société annulée entre les associés, sauf si la nullité est prononcée sur base des articles 66, 227, 1° ou 2°, ou 403, 1° ou 2°, ou 404, 1° ou 2°'.

Quant à la prescription de l'action en nullité, elle diffère selon son fondement:

- l'action basée sur un vice de forme se prescrit par 5 ans (art. 198, § 1er, C. soc.);
- l'action basée sur un vice de fond se prescrit par trente ans[1].

Sous-section 2
Responsabilité civile des fondateurs[2]

§ 1. Qui est fondateur?

766. Conformément à l'article 450, alinéa 2, C. soc., les comparants à l'acte constitutif[3] sont considérés comme fondateurs de la société.

La même disposition permet, à certaines conditions, de désigner comme fondateurs un ou plusieurs actionnaires, les autres étant tenus comme simples souscripteurs.

Les conditions sont les suivantes:

- le ou les actionnaires désignés comme fondateurs doivent posséder au moins un tiers du capital social;
- les autres comparants se bornent à souscrire des actions en espèces sans recevoir, directement ou indirectement, aucun avantage particulier.

Si l'acte constitutif indiquait comme simples souscripteurs des comparants ayant bénéficié d'avantages particuliers ou ayant souscrit des actions en nature, ces com-

1. Si l'on considère ce vice comme '*continu*', l'action serait en fait imprescriptible (voir Simonart, 'L'ordre public et le droit des sociétés', *R.D.C.*, 1994, n° 15).
2. Pour plus de détails, voir *T.P.D.C.*, ce tome, n°1648.
3. A condition qu'ils soient souscripteurs. Ainsi, la personne qui comparaîtrait à l'acte uniquement pour accepter un mandat d'administrateur ne peut être considérée comme fondateur.

parants devraient être, nonobstant les stipulations de l'acte, considérés comme fondateurs[1].

§ 2. Cas de responsabilité

767. L'article 456 C. soc. énonce les hypothèses dans lesquelles la responsabilité *des fondateurs* pourra être mise en cause.

Ils sont ainsi solidairement tenus, malgré toute stipulation contraire:

a) '*de toute partie du capital qui ne serait pas valablement souscrite en vertu de l'article 441 ainsi que la différence éventuelle entre le capital minimum requis par l'article 439 et le montant des souscriptions; ils en sont de plein droit réputés souscripteurs*' (art. 456, 1°, C. soc.).

Ne constitue pas une souscription valable du capital un apport fictif, c'est-à-dire l'apport d'un bien dénué de toute valeur[2].

b) '*de la libération effective du capital minimum visé à l'article 439 de la libération effective jusqu'à concurrence d'un quart des actions, de la libération intégrale dans un délai de cinq ans des actions correspondant en tout ou en partie à des apports en nature en vertu de l'article 448 ainsi que de la libération effective de la partie du capital dont ils sont réputés souscripteurs conformément au 1°*' (art. 456, 2°, C. soc.).

c) '*de la réparation du préjudice, qui est une suite immédiate et directe, soit de la nullité de la société prononcée par application de l'article 454, soit de l'absence ou de la fausseté des énonciations prescrites par les articles 451 et 453 dans l'acte ou le projet d'acte de société et dans les souscriptions, soit de la surévaluation manifeste des apports en nature*' (art. 456, 3°, C. soc.).

Notons, qu'à la différence des dispositions qui précèdent, cette responsabilité requiert la preuve d'un préjudice et que celui-ci soit la suite immédiate et directe de l'infraction constatée.

d) '*des engagements de la société dans une proportion fixée par le juge, en cas de faillite, prononcée dans les trois ans de la constitution, si le capital social était, lors de la constitution, manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins*' (art. 456, 4°, C. soc.).

1. C. Resteau, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. Benoît-Moury et A. Grégoire, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 455.
2. Cass., 10 mars 1978, *Rev. prat. soc.*, 1979, p. 41.

Nous renvoyons à ce qui a été dit à propos du plan financier (*supra*, n° 705).

Si, en dehors de ces hypothèses, certaines personnes s'estimaient lésées, elles devraient alors fonder leur action sur la base de l'article 1382 du Code civil[1].

§ 3. Cas particuliers

A. Les mandataires

768. Ceux qui ont pris un engagement pour des tiers, soit comme mandataire, soit en se portant fort, sont réputés personnellement obligés, s'il n'y a pas mandat valable ou si l'engagement n'est pas ratifié dans les deux mois de la stipulation; ce délai est réduit à quinze jours si les noms des personnes, pour lesquelles la stipulation a été faite, ne sont pas indiqués. Les fondateurs sont solidairement tenus de ces engagements (art. 459 C. soc.).

B. Les comparants à l'acte

769. Tous les comparants à l'acte constitutif – et pas seulement les fondateurs – sont tenus solidairement à la libération des actions qui, en violation de l'article 442 C. soc., auraient été souscrites par la société elle-même, une filiale ou par un tiers agissant pour compte de la société ou de la filiale (art. 457 C. soc.).

Sous-section 3
Sanctions pénales

770. Sont punis d'une amende de 50 à 10.000 euros '*ceux qui n'ont pas fait les énonciations requises par les articles ... 453... dans les actes ou projets d'actes de sociétés, dans les procurations ou dans les souscriptions*' (art. 647, 3°, C. soc.). Cette disposition vise les fondateurs.

1. A. Benoit-Moury, 'Dix ans de jurisprudence en matière de sociétés', *Act. dr.*, 1991, p. 68, n° 24. Voir également, *T.P.D.C.*, Titre IX, nos 1661 et s.

L'article 649 C. soc. peut également s'appliquer aux fondateurs ou comparants:

'*Art. 649. – Seront considérés comme coupables d'escroquerie et punis des peines portées par le Code pénal, ceux qui ont provoqué soit des souscriptions ou des versements soit des achats d'actions, d'obligations ou d'autres titres de société;*

- *par simulation de souscriptions ou de versements à une société;*
- *par la publication de souscriptions ou de versements qu'ils savent ne pas exister;*
- *par la publication de noms de personnes désignées comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque, alors qu'ils savent ces désignations contraires à la vérité;*
- *par la publication de tous autres faits qu'ils savent être faux*'.

Sous-section 4
Dissolution des sociétés à finalité sociale

771. Pour les sociétés à finalité sociale, le législateur a prévu une sanction spécifique dans l'hypothèse où les statuts de ces sociétés ne prévoient pas ou ne prévoient plus tout ou partie des dispositions visées à l'article 661 C. soc.

Dans ce cas, à la requête d'un associé, d'un tiers ou du ministère public, le tribunal peut prononcer la dissolution de la société (art. 667 C. soc.) (voir *infra*, titre VII).

Section 4
Formalités postérieures à la constitution

772. Une fois constituée, la société devra remplir toute une série de formalités afin de pouvoir débuter son activité.

Ces formalités administratives ne sont pas spécifiques aux sociétés anonymes.

Elles sont diverses et multiples. Nous nous limiterons à l'essentiel. Nous n'examinerons pas ici les formalités requises de celui qui souhaite engager du personnel, ni les aspects fiscaux (O.N.S.S., T.V.A., I. soc,...).

Trois démarches doivent retenir l'attention:

1. la reprise des engagements pris au nom de la société en formation;
2. l'ouverture d'un compte financier;
3. l'immatriculation à la banque carrefour des entreprises.

Sous-section 1
Engagements pris au nom d'une société en formation[1]

773. Conformément à l'article 2, § 4, C. soc., la société anonyme n'est dotée de la personnalité juridique qu'à compter du dépôt au greffe effectué conformément à l'article 68 C. soc.

Toutefois, la vie des affaires exige, bien souvent, que, dès avant l'acte constitutif et le dépôt au greffe, les futurs fondateurs prennent des engagements au nom de la société en formation: conclusion de bail, engagement de personnel, études de marchés, commandes de matériel,...

L'article 60 C. soc. prévoit qu'*'à défaut de convention contraire, ceux qui, au nom d'une société en formation, avant l'acquisition par celle-ci de la personnalité juridique, ont pris un engagement à quelque titre que ce soit, en sont personnellement et solidairement responsables, sauf si la société a déposé l'extrait visé à l'article 68 dans les deux ans de la naissance de l'engagement et si ces engagements sont repris par elle dans les deux mois suivant le dépôt précité. Dans ce dernier cas, l'engagement est réputé avoir été contracté par la société dès l'origine*'.

Ainsi donc, pour autant que l'engagement ait été expressément pris par le promoteur au nom de la société en formation et qu'il soit repris par la société dans les délais légaux[2], le promoteur sera déchargé de toute responsabilité quant à cet engagement[3]. Cette reprise de l'engagement par la société entraîne le remplacement

1. Sur cette question, voir *T.P.D.C.*, T. 4, vol. 2, 'Les responsabilités'; J. LEDOUX et H. MICHEL, 'Engagements pris au nom d'une société en formation', *Rev. not. belge*, 1996, pp. 254 à 272.
2. Il faut qu'il y ait identité entre la société constituée qui reprend l'engagement et la société en formation au nom de laquelle cet engagement a été passé. Pour vérifier cette identité, il faut tenir compte des éléments qui peuvent avoir une influence sur la solvabilité de la société constituée. Le fait que le nom de la société constituée est différent ou que des membres de la famille des promoteurs sont entrés dans la société n'est pas pertinent (Comm. Hasselt, 29 janvier 1997, *T.R.V.*, 1997, p. 93).
3. Il y a lieu de considérer qu'en s'engageant au nom d'une société en formation, le promoteur est immédiatement tenu de cet engagement à titre personnel, sous condition résolutoire de la reprise de celui-ci par la société: Cass., 14 septembre 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 717, note S. GILCART.

rétroactif du promoteur par la société, en qualité de créancier comme en qualité de débiteur[1].

Pour que le promoteur soit délié, il faut que la reprise de ses engagements soit décidée par un organe compétent de la société et dans les délais légaux, fût-ce tacitement[2]: dans les deux mois qui suivent le dépôt d'un extrait de l'acte constitutif conformément à l'article 68 C. soc. et à condition que ce dépôt soit intervenu dans les deux ans de la naissance de l'engagement. La reprise de l'engagement a un double effet:

- elle dégage le promoteur;
- elle engage la société qui pourra en profiter mais qui devra en assumer les charges.

774. La pratique révèle différentes possibilités de reprise des engagements pris par le promoteur selon le moment où ceux-ci ont été contractés:

- pour les engagements contractés avant la signature de l'acte constitutif: l'acte reprend un état des engagements pris au nom de la société en formation. La signature de l'acte emportera reprise des engagements par la société lorsque celui-ci aura été déposé au greffe;
- pour les engagements contractés entre la signature de l'acte constitutif et son dépôt au greffe: l'acte peut donner mandat à un ou plusieurs actionnaires ou à un ou plusieurs administrateurs de prendre des engagements pour le compte de la société. Pour autant que les engagements pris s'inscrivent dans les limites du mandat, le dépôt au greffe entraînera reprise de ces engagements;
- quelle que soit la date des engagements, la reprise pourra intervenir postérieurement au dépôt au greffe, à la suite d'une décision du conseil d'administration prise dans le délai légal de deux mois.

1. S. GILCART, *La société en formation, Une étude du mécanisme sui generis de l'article 60 du Code des sociétés*, Wolters Kluwer Belgique, 2004, p. 128, n° 98.
2. Une reprise tacite consiste, pour la société, à mettre en œuvre les stipulations de l'engagement pris par le promoteur, en prolonger les effets ou encore à poursuivre une action judiciaire entamée par ou contre les promoteurs. Ainsi par exemple, lorsque la société assume le remboursement des échéances d'un prêt souscrit en son nom ou lorsqu'elle prend à sa charge ou continue le paiement des loyers d'un immeuble mis à sa disposition: S. GILCART, *La société en formation, Une étude du mécanisme sui generis de l'article 60 du Code des sociétés*, Wolters Kluwer Belgique, 2004, p. 126, n° 94. Voir aussi Mons, 29 novembre 1993, *R.D.C.*, 1995, p. 150.

Sous-section 2
Ouverture d'un compte financier

775. L'article 1er de l'arrêté royal n° 56 du 10 novembre 1967 favorisant l'usage de la monnaie scripturale impose à tout commerçant, personne morale ou physique, l'ouverture d'un compte financier ouvert auprès de la Poste ou alternativement auprès d'un établissement de crédit établi en Belgique.

Ce numéro de compte doit être mentionné sur les documents par lesquels la société réclame paiement.

Sous-section 3
Immatriculation auprès de la banque carrefour des entreprises

776. La banque carrefour des entreprises est un registre électronique qui rassemble toutes les données d'identification des entreprises actives en Belgique[1]. Aussi, la société anonyme doit y être immatriculée. Cette immatriculation ne remplace pas les autres procédures d'inscription préalables au démarrage d'une entreprise que sont, à titre d'exemple, l'immatriculation à l'O.N.S.S. ou auprès de l'administration fiscale.

L'immatriculation auprès de la banque carrefour des entreprises est effectuée directement par le greffe ou par le notaire instrumentant suite au dépôt au greffe de l'acte constitutif de la société.

La création de la banque carrefour des entreprises n'a pas fait disparaître l'institution du registre de commerce. Pour les sociétés anonymes ayant un objet commercial, il convient toujours de s'y faire immatriculer. Cette formalité est effectuée auprès de guichets d'entreprises agréés, organisés conformément à la loi du 16 janvier 2003. Ces guichets sont également chargés de recueillir les demandes d'accès à la profession lorsque la loi l'exige pour les activités professionnelles qui seront exercées au travers de la société anonyme.

Conformément à l'article 14 de la loi du 16 janvier 2003, le défaut d'immatriculation à la banque carrefour entraîne la déclaration d'irrecevabilité de toute action en justice entreprise par la société. Cette irrecevabilité est d'ordre public et doit, le cas échéant, être soulevée d'office par le juge.

1. Loi du 16 janvier 2003 portant création d'une Banque-Carrefour des Entreprises, modernisation du registre de commerce, création de guichets-entreprises agréés et portant diverses dispositions, *M.B.*, 5 février 2003, p. 4778.

Lorsque la société est inscrite mais que son action en justice trouve son fondement dans une activité pour laquelle elle n'est pas inscrite à la date d'introduction de l'action, ou qui ne tombe pas sous l'objet social pour lequel elle est inscrite, l'action est également frappée d'irrecevabilité. Dans ce dernier cas toutefois, l'irrecevabilité peut être couverte en cas d'absence de contestation quant à la recevabilité de l'action.

Chapitre IV
Publicité

Section 1
Publicité de l'acte constitutif

777. Les actes de sociétés sont soumis à une double publicité:

- dépôt au greffe;
- publication, par extrait, au *Moniteur belge.*

Sous-section 1
Dépôt au greffe

778. Doivent être déposés au greffe du tribunal de commerce dans le ressort territorial duquel la société a son siège social:

- l'extrait à publier;
- une expédition de l'acte constitutif;
- les rapports des fondateurs et du réviseur d'entreprises prescrits par l'article 444 C. soc.

Ce dépôt doit avoir lieu dans la quinzaine[1] de la date des actes définitifs, c'est-à-dire de la signature des statuts.

En même temps qu'il adresse l'extrait au *Moniteur*, le greffe constitue un dossier au nom de la société où sera déposée une copie de l'acte constitutif, de même que tout acte modificatif ultérieur. Toute personne peut prendre connaissance des documents déposés dans ce dossier et en obtenir copie ou extrait intégral ou partiel en s'adressant à un guichet d'entreprise agréé (art. 21 de la loi du 16 janvier 2003 portant création d'une banque carrefour des entreprises).

1. Pour le calcul de ce délai de quinze jours, le jour de l'acte constitutif ne compte pas. Le dépôt doit donc intervenir au plus tard le quinzième jour à partir du lendemain; voir S. GILCART et C. BROCAL, 'Les règles de constitution des SA, SPRL et SCRL', *in Guide juridique de l'entreprise*, Kluwer, 2012, p. 32, n° 320 et références citées.

Ce dépôt au greffe est capital: conformément à l'article 2, § 4, C. soc., la société ne sera dotée de la personnalité juridique qu'à compter du jour de ce dépôt. Très souvent, le notaire qui effectuera le dépôt demandera au greffe, le récépissé de ce dépôt.

Sous-section 2
Publication aux annexes du *Moniteur belge*

779. Conformément à l'article 72 C. soc., '*l'extrait de l'acte constitutif est déposé et publié aux frais des intéressés*'.

§ 1. Contenu de l'extrait

780. L'article 69 C. soc. énumère les points que doit contenir l'extrait à publier:

Nous renvoyons à ce qui en a été dit au chapitre précédent (voir *supra*, n°s 734 à 748).

§ 2. Forme de l'extrait

781. L'extrait est signé par le notaire (art. 71 C. soc.).

Comme tout extrait d'acte authentique, il contient la copie de la relation de l'enregistrement (art. 171 C. enreg.)[1].

§ 3. Publication

782. L'extrait est déposé au greffe du tribunal de commerce, dans le ressort territorial duquel la société a son siège social, dans la quinzaine de l'acte constitutif, comme indiqué ci-dessus[2].

La *publication* a lieu dans les annexes au *Moniteur belge*, dans les quinze jours du dépôt au greffe[3], à peine de dommages-intérêts contre les fonctionnaires auxquels l'omission ou le retard serait imputable (art. 73 C. soc.). L'arrêté royal du 30 janvier 2001 détermine, conformément à l'article 73, alinéa 2, C. soc., la forme et les conditions du dépôt et de la publication.

1. S. Gilcart et C. Brocal, 'Les règles de constitution des SA, SPRL et SCRL', *in Guide juridique de l'entreprise*, Kluwer, 2012, p. 31, n° 310.
2. Le dépôt tardif est sanctionné d'amende fiscale (art. 256 et 257 C. enreg.).
3. Ce délai sera calculé de la même manière que le délai requis pour le dépôt au greffe.

La publication de l'extrait de l'acte constitutif est complétée par une publication par *mention* (art. 75, al. 2, C. soc.). La mention du dépôt au greffe de l'expédition de l'acte et des rapports du réviseur et des fondateurs est apposée au bas de l'extrait à publier au *Moniteur belge* (art. 11, § 3, al. 5, de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés).

§ 4. Sanction de l'absence de publication

783. Outre une amende de cinquante à dix mille euros (art. 91, al. 1er, 4°, C. soc.), l'absence de publication est sanctionnée par l'inopposabilité de l'acte.

Ce régime est détaillé par l'article 76 C. soc.:

'*Les actes et indications dont la publicité est prescrite ne sont opposables aux tiers qu'à partir du jour de leur publication par extraits ou par mention aux Annexes du Moniteur belge, sauf si la société prouve que ces tiers en avaient antérieurement connaissance.*

Les tiers peuvent néanmoins se prévaloir des actes dont la publicité n'a pas été effectuée.

Pour les opérations intervenues avant le seizième jour qui suit celui de la publication, ces actes ne sont pas opposables aux tiers qui prouvent qu'ils ont été dans l'impossibilité d'en avoir connaissance.

En cas de discordance entre le texte déposé et celui qui est publié aux Annexes du Moniteur belge, ce dernier n'est pas opposable aux tiers. Ceux-ci peuvent néanmoins s'en prévaloir, à moins que la société ne prouve qu'ils ont eu connaissance du texte déposé.

En cas de discordance entre les documents visés à l'article 67, § 1er, alinéa 2, et à l'article 67, § 1er, alinéa 3, cette dernière traduction volontairement publiée n'est pas opposable aux tiers. Ceux-ci peuvent toutefois se prévaloir des traductions volontairement publiées, à moins que la société ne prouve qu'ils ont eu connaissance de la version visée à l'article 67, § 1er, alinéa 2'.

Section 2
Publicité permanente

Sous-section 1
Publication en cours de vie sociale

784. La loi a prévu également la publication d'autres actes ou documents intéressant la société.

Cette publication a lieu sous deux formes:

- soit par dépôt et publication par extrait;
- soit par dépôt et publication par mention.

§ 1. Actes à déposer et à publier par extrait

785. '*Art. 74. Sont déposés et publiés conformément aux articles précédents:*

1° les actes apportant changement aux dispositions dont le présent code prescrit la publication;

2° l'extrait des actes relatifs à la nomination et à la cessation des fonctions:
a) des personnes autorisées à administrer et à engager la société;
b) des commissaires;
c) des liquidateurs; au cas où le liquidateur est une personne morale, l'extrait contiendra la désignation ou la modification à la désignation de la personne physique qui la représente pour l'exercice des pouvoirs de liquidation;
d) des administrateurs provisoires;
e) des membres du conseil de surveillance.
L'extrait précise l'étendue des pouvoirs de ces personnes ainsi que la manière d'exercer ceux-ci, soit en agissant seules, soit conjointement, soit en collège;

3° l'extrait de la décision judiciaire passée en force de chose jugée ou exécutoire par provision prononcent la dissolution de la société, de même que l'extrait de la décision judiciaire réformant le jugement exécutoire par provision précité.
Cet extrait contiendra:
a) la dénomination sociale et le siège social;
b) la date de la décision et la juridiction qui l'a prononcée;
c) le cas échéant, les noms, prénoms et adresse des liquidateurs; au cas où le liquidateur est une personne morale, l'extrait contiendra la désignation ou

la modification à la désignation de la personne physique qui la représente pour l'exercice des pouvoirs de liquidation;

4° une déclaration, signée par les organes compétents de la société, constatant:
a) la dissolution de la société;
b) tout événement susceptible de mettre fin de plein droit aux fonctions d'une des personnes mentionnées au 2° du présent article;

5° les actes ou extraits dont la publication est prescrite par le présent code'.

§ 2. Actes à déposer et à publier par mention

786. Pour certains actes, la loi se contente d'une simple mention aux annexes du *Moniteur belge* de leur dépôt au greffe.

Il s'agit plus particulièrement (i) des actes modificatifs de l'acte constitutif qui ne sont pas soumis à la publication par extrait, (ii) des versions coordonnées des statuts résultant des modifications qui y ont été apportées, qu'elles soient soumises à la publication par extrait ou non et (iii) de tout autre acte dont le dépôt seul est prescrit par le Code des sociétés (art. 75 C. soc.).

§ 3. Sanctions

787. Le non-respect des formalités de publicité permanente est, comme celui des formalités de publicité de l'acte constitutif, sanctionné par l'inopposabilité de l'acte aux tiers aux conditions prévues par l'article 76 C. soc.

Sous-section 2
Information des tiers

§ 1. Mentions obligatoires

788. L'article 78 C. soc. prescrit certaines indications à faire dans les actes:

'*Tous les actes, factures, annonces, publications, lettres, notes de commande, sites Internet et autres documents, sous forme électronique ou non émanés (...) des sociétés anonymes (...) doivent contenir:*

1° la dénomination de la société;

2° la forme, en entier ou en abrégé[1]*, ainsi que, selon le cas, les mots "société civile à forme commerciale" reproduits lisiblement et placés immédiatement avant le nom de la société; (...) dans le cas prévu au livre X, cette mention ou ces initiales doivent être suivis des mots "à finalité sociale";*

3° l'indication précise du siège de la société;

4° le numéro d'entreprise;

5° le terme "registre des personnes morales" ou l'abréviation "RPM", suivi de l'indication du siège du tribunal dans le ressort duquel la société a son siège social;

6° le cas échéant, l'indication que la société est en liquidation'.

§ 2. Mentions facultatives

789. Les documents visés à l'article 78 C. soc. peuvent mentionner le montant du capital. Il devra toujours s'agir du '*capital libéré tel qu'il résulte du dernier bilan. Si celui-ci fait apparaître que le capital libéré n'est plus intact, mention doit être faite de l'actif net tel qu'il résulte du dernier bilan*' (art. 79, al. 1er, C. soc.).

§ 3. Sanction

790. L'article 80 C. soc. sanctionne la violation de la règle énoncée à l'article 78 de la manière suivante:

'*Toute personne qui interviendra pour une société visée dans l'article 78 dans un acte ou sur un site Internet où les prescriptions y visées ne seraient pas remplies, pourra, suivant les circonstances, être déclarée personnellement responsable des engagements qui y sont pris par la société*'.

L'article 79, alinéa 2 sanctionne ainsi qu'il suit l'inobservation de la règle énoncée en son alinéa 1er:

'*Au cas où est mentionné un montant supérieur au montant permis*[2] *et où la société demeure en défaut, le tiers aura le droit de réclamer de la personne qui est intervenue pour la société dans cet acte ou sur ce site Internet une somme suffisante pour qu'il soit dans la même situation que si le montant correct avait été énoncé*'.

1. En l'espèce, *société anonyme* ou *SA*.
2. Qu'il s'agisse du capital libéré ou de l'actif net tel qu'il résulte du dernier bilan.

§ 4. Signature des administrateurs

791. '*Les personnes qui représentent une société doivent, dans tous les actes engageant la responsabilité de cette société, faire précéder ou suivre immédiatement leur signature de l'indication de la qualité en vertu de laquelle elles agissent*' (art. 62 C. soc.).

La loi ne prévoit toutefois aucune sanction spécifique en cas de non-respect de cette disposition.

Chapitre V
Les actions et leur transmission

792. Une société anonyme peut émettre des actions, des parts bénéficiaires, des obligations et des droits de souscription (art. 460 C. soc.).

L'action représente l'ensemble des droits d'un associé envers la société. Ces droits sont multiples et varient selon les diverses espèces d'actions. On distinguera ainsi les actions de capital, dont chacune représente une quotité du capital, des parts bénéficiaires, dont la caractéristique commune est de ne correspondre à aucun apport au capital. Au sein de chaque catégorie, de nouvelles distinctions pourront encore être opérées en fonction de l'étendue des droits accordés à chaque type d'actions (Section 1), de la forme (Section 2) ou du degré de négociabilité de celles-ci (Section 3).

Le droit de souscription appelé aussi warrant ou warrant sec lorsqu'il n'est lié à aucun autre titre, confère à son détenteur le droit de souscrire, à des conditions fixées au moment de leur émission, des actions dans le cadre d'une augmentation de capital (art. 496 C. soc.).

A la différence de l'action, l'obligation ne confère pas, en principe, un droit d'associé: l'obligataire est un créancier de la société '*dont les droits, en raison de la nature et de l'origine de sa créance, sont intimement liés à la marche des affaires sociales*'[1]. Le régime des obligations sera analysé *infra* au Chapitre XI.

Section 1
Types d'actions

Sous-section 1
Les actions de capital

§ 1. Notion

793. '*Le capital des sociétés anonymes se divise en actions librement cessibles, assorties ou non du droit de vote, avec ou sans mention de valeur*' (art. 476 C. soc.).

1. J. Van Ryn, *Principes de droit commercial*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 1954, p. 343, n° 506.

Les actions de capital sont donc les titres attribués aux souscripteurs du capital en échange de leurs apports en numéraire ou en nature. La société anonyme émet ces titres au moment de sa constitution et également au cours de la vie sociale, chaque fois qu'elle désire augmenter le capital.

Chaque action représente ainsi une quote-part du capital social. Cette quote-part peut se traduire par une valeur nominale déterminée[1] ou implicite[2]. La loi permet également que les actions soient émises sans désignation de valeur nominale (art. 476 C. soc.). Dans ce cas, le '*pair*' ou la valeur de chaque action s'obtient en divisant le montant du capital par le nombre d'actions. L'émission d'actions sans désignation de valeur nominale présente des avantages pratiques indéniables[3].

§ 2. Droits attachés à l'action

794. L'action confère à son titulaire divers droits. Ces droits de l'actionnaire sont essentiellement de trois ordres: '*les droits politiques, exercés collectivement dans les assemblées, les droits financiers, exprimant leur vocation au partage des bénéfices et les droits patrimoniaux, leur permettant de monnayer la valeur de leurs titres*'[4].

A. Droits '*politiques*'

795. Etre actionnaire implique que l'on ait '*le droit de prendre part au fonctionnement interne de la société, en participant aux délibérations de l'assemblée générale*'[5].

Ce droit, qui s'exprime dans un vote à l'assemblée, suppose une information parfaite de l'actionnaire.

L'évolution récente du droit des sociétés montre une accentuation de ce droit à l'information de l'actionnaire en contrepied d'une '*désacralisation du droit de vote*'[6].

1. Ainsi par exemple: '*Le capital est représenté par... actions d'une valeur nominale de 100 euros*'.
2. Exemple: '*Le capital est représenté par 200 actions, chacune représentant un deux-centième de l'avoir social*'.
3. Ainsi, par exemple, en cas de réduction de capital, l'estampillage des actions ne sera pas nécessaire.
4. M. Cozian et A. Viandier, *Droit des sociétés*, Paris, Litec, 1987, p. 265, n° 820.
5. J. Van Ryn, *Principes de droit commercial*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 1954, p. 352, n° 521.
6. T. Tilquin, 'La société privée et la société faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne. Evolutions récentes', *R.D.C.*, 1993, p. 107, n° 11.

a. Droit de vote

796. Chaque action de capital donne, en principe, une voix à l'assemblée générale[1].

Le Code des sociétés permet la création d'actions sans droit de vote (*infra*, n° 801) ainsi que l'aménagement conventionnel de l'exercice de ce droit (*infra*, n°s 926 et s.).

b. Droit à l'information

797. L'actionnaire ne dispose pas d'un droit absolu à obtenir toutes les informations relatives à la vie sociale de la société: celles-ci sont en principe réservées aux organes sociaux[2].

Le législateur a toutefois, au fil du temps, renforcé ces droits à l'information, dans un souci principalement de protection des actionnaires minoritaires[3]. On citera, à titre d'exemples:

- le droit de poser des questions aux administrateurs et aux commissaires réviseurs (art. 540 C. soc.);
- le droit d'exiger la convocation d'une assemblée générale et d'en fixer l'ordre du jour (art. 532 C. soc.);
- le droit de demander, en cas d'indices d'atteinte grave ou de risque d'atteinte grave aux intérêts de la société, la désignation d'un expert-vérificateur chargé de vérifier les livres et les comptes de la société ainsi que les opérations accomplies par ses organes (art. 168 C. soc.);
- le droit, dans les sociétés anonymes où n'existe pas de commissaire, pour les actionnaires, d'exercer individuellement les pouvoirs d'investigation et de contrôle des commissaires (art. 166 C. soc.).

1. Art. 541 C. soc.
2. R. PRIOUX, 'La transparence, principe général de droit en matière d'information des actionnaires et du marché', *J.T.*, 1994, p. 218, n° 4.
3. Nous n'envisageons pas ici les droits conférés par la loi aux actionnaires en raison des exigences du droit financier (sur cette question, voir J.L. DUPLAT, 'L'accès à l'information des actionnaires minoritaires dans les sociétés cotées et non cotées', *Colloque du 6 octobre 1992 sur les actionnaires minoritaires: vers un nouveau partage du pouvoir*, Séminaire Van Ham, pp. 2 et s.; R. PRIOUX, 'La transparence, principe général de droit en matière d'information des actionnaires et du marché', *J.T.*, 1994, n°s 15 et s.).

On y ajoutera également les informations ponctuelles que doit fournir le conseil d'administration à l'occasion d'actes ou d'opérations particulières soumis à l'assemblée générale et qui se caractérisent par l'établissement d'un rapport spécial[1].

B. Droits '*financiers*'

798. Conformément à l'article 1er du Code des sociétés, la société '*a pour but de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect*'[2].

Cette vocation a pour corollaires immédiats:

- le droit au *dividende* si l'année sociale est bénéficiaire et si les profits ne sont pas mis en réserve (art. 617 C. soc.);
- le droit au *boni de liquidation;*
- le droit de *souscription préférentielle* dans les augmentations de capital.

Certains de ces droits financiers peuvent néanmoins être conférés de manière prioritaire ou privilégiée à certaines actions déterminées[3].

C. Droits '*patrimoniaux*'

799. Elément du patrimoine de l'actionnaire, l'action implique que l'actionnaire puisse avoir le droit de rester actionnaire comme celui de pouvoir céder ses actions.

Absolus à l'origine, ces droits se sont progressivement émoussés.

Les restrictions à la libre négociabilité des actions sont régies par le Code des sociétés (*infra*, n°s 300 et s.).

Notre droit connaît aussi des mécanismes d'exclusion, de rachat forcé et d'offre de reprise[4].

1. Voir *infra*, n° 1078.
2. A moins qu'il ne s'agisse d'une société à finalité sociale (art. 1er, al. 3 C. soc. – *infra*, n°s 1907 et s.).
3. Voir *infra*, n° 807.
4. Voir *infra*, chapitre XIII.

Il n'existe pas pour l'actionnaire de droit intangible de conserver sa qualité d'associé pendant toute la durée de la société. La loi permet en effet, à certaines conditions relativement strictes, d'"*exproprier*"[1] l'actionnaire de son titre.

§ 3. Catégories d'actions de capital

800. Les droits accordés aux actions de capital peuvent, comme nous l'avons indiqué, varier et être plus ou moins étendus.

Une société anonyme peut ainsi connaître différentes catégories d'actions de capital:

- actions avec ou sans droit de vote;
- actions privilégiées, de priorité ou de préférence;
- actions de jouissance.

A. Actions sans droit de vote

801. L'article 476 C. soc. permet la création d'actions sans droit de vote.

La loi apporte toutefois certaines limitations à l'émission de pareils titres et prévoit les hypothèses où ces actions recouvrent le droit de vote.

a. Conditions d'émission (art. 480 C. soc.)

802. Les actions sans droit de vote:

1. ne peuvent représenter *plus d'un tiers* du capital social;
2. doivent conférer, en cas de bénéfice distribuable[2], un *dividende privilégié* et, sauf disposition contraire des statuts, *récupérable*[3] ainsi qu'un droit dans la répartition du surplus des bénéfices qui ne peut être inférieur à celui des actions avec droit de vote;
3. doivent conférer un *droit privilégié au remboursement de l'apport* en capital et un droit dans la distribution du *boni* de liquidation au moins égal à celui des actions avec droit de vote;
4. confèrent à leurs porteurs un droit de *souscription préférentielle* en cas d'émission d'actions nouvelles avec ou sans droit de vote (art. 592, al. 2, C. soc.)[1].

1. *Doc. parl.*, Sénat, 1993-1994, n° 1086-2, p. 445.
2. Au sens de l'art. 617 C. soc. (voir *infra*, n° 1404).
3. Un dividende récupérable est un '*dividende qui peut être payé sur les bénéfices des années ultérieures à celles à l'exercice duquel il se rapporte, si les bénéfices de cet exercice ne permettent pas le paiement du dividende préférentiel ou ne permettent que le paiement d'un dividende préférentiel partiel*' (J.-M. Van Hille, *La société anonyme. Aspects juridiques et pratiques*, Complément, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 54).

b. Récupération du droit de vote

803. L'article 481 C. soc. prévoit les hypothèses dans lesquelles, nonobstant toute disposition contraire des statuts, les actions sans droit de vote retrouvent un droit de vote:

1. lorsque les actions sans droit de vote représentent plus d'un tiers du capital. Dans ce cas, elles recouvrent le droit de vote mais perdent le droit au dividende privilégié et au remboursement privilégié;
2. en cas de non-respect des autres conditions d'émission;
3. en cas de vote par l'assemblée générale sur la modification des droits accordés aux différentes catégories d'actions;
4. lorsque l'assemblée générale doit délibérer sur la dissolution, la fusion, la scission de la société, la modification de l'objet social, la transformation de la société ou la réduction du capital;
5. lorsque l'assemblée générale doit délibérer sur une suppression ou sur une limitation du droit de préférence ou sur l'autorisation à donner au conseil d'administration d'augmenter le capital en supprimant ou limitant le droit de préférence;
6. lorsque les dividendes privilégiés et récupérables n'ont pas été entièrement mis en paiement durant trois exercices successifs et cela jusqu'au moment où ces dividendes auront été entièrement récupérés.

1. Pour plus de détails, voir *infra*, n°s 1339 et s.

c. Droits des actions sans droit de vote

804. Sous réserve du droit de vote qui leur est refusé et des avantages financiers accordés en contrepartie, les actions sans droit de vote bénéficient des mêmes prérogatives que les actions avec droit de vote: droit à l'information, droits financiers, droits patrimoniaux.

d. Conversion d'actions ordinaires en actions sans droit de vote

805. Les actions sans droit de vote peuvent être créées en cours de vie sociale par conversion d'actions ordinaires en actions sans droit de vote. L'article 48, § 2, C. soc. règle les modalités techniques de cette opération:

'*En cas de création d'actions sans droit de vote, par voie de conversion d'actions avec droit de vote déjà émises, l'assemblée générale, statuant aux conditions requises pour les modifications des statuts, détermine le nombre maximum d'actions à convertir et fixe les conditions de conversion.*

Les statuts peuvent toutefois autoriser le conseil d'administration à déterminer le nombre maximum d'actions à convertir et à fixer les conditions de conversion.

L'offre de conversion doit être faite en même temps à tous les actionnaires, en proportion de leur part dans le capital social. Elle indique le délai au cours duquel la conversion peut être exercée. Ce délai est déterminé par le conseil d'administration et doit être au moins d'un mois. L'offre de conversion doit faire l'objet d'un avis publié au Moniteur belge, ainsi que dans un organe de presse de diffusion nationale et dans un organe de presse régional du siège de la société.

Quand toutes les actions sont nominatives, les actionnaires peuvent en être informés par lettre recommandée à la poste'.

e. Rachat des actions sans droit de vote

806. Les statuts peuvent également prévoir, dans les conditions de l'émission, la possibilité pour la société d'exiger le rachat des actions sans droit de vote[1]. L'article 626 C. soc précise les conditions de ce rachat:

'*Le rachat est décidé par l'assemblée générale statuant dans les conditions requises pour les modifications des statuts, moyennant le traitement égal des*

1. Pour les sociétés ayant fait ou faisant appel public à l'épargne, il doit être fait mention dans le libellé de l'émission qu'il s'agit d'une émission d'actions sans droit de vote avec faculté de rachat (art. 626, al. 3, C. soc.).

actionnaires qui se trouvent dans des conditions identiques. Le cas échéant, il est fait application de l'article 560. Les dispositions de l'article 613 sont applicables. Les actions sans droit de vote sont annulées et le capital est réduit de plein droit.

Le prix des actions sans droit de vote est déterminé au jour du rachat, d'un commun accord entre la société et une assemblée spéciale des actionnaires vendeurs réunis conformément aux articles 569 et 570, et statuant selon les conditions de quorum et de majorité prévues à l'article 560. En cas de désaccord sur le prix et nonobstant toute disposition contraire des statuts, le prix est fixé par un expert désigné de commun accord par les parties conformément à l'article 31 ou, à défaut d'accord sur l'expert, par un expert désigné par le président du tribunal de commerce statuant comme en référé'.

B. Actions privilégiées, de priorité ou de préférence

807. Ces trois types d'actions se différencient des actions ordinaires de capital par les droits financiers qui y sont attachés. L'avantage qui leur est accordé porte presque toujours sur l'attribution d'un dividende privilégié passant avant et en plus du dividende ordinaire. Il peut même être prévu qu'en cas d'insuffisance du bénéfice d'une année, ce dividende soit récupérable par priorité sur le bénéfice des exercices ultérieurs. Très souvent également, ce dividende privilégié est complété par un droit privilégié de remboursement lors de la dissolution de la société.

Il faut rapprocher de ces titres les actions dites 'traçantes' issues de la pratique anglo-saxonne, émises en vue de refléter en termes de dividendes ou de *boni* de liquidation, les résultats obtenus par une activité ou une participation déterminée de la société émettrice[1].

Les statuts disposent de toute liberté pour modaliser ces droits.

Ces actions sont régulièrement émises à la constitution de la société ou ultérieurement, comme moyen d'aménager le risque de l'actionnaire.

C. Actions de jouissance (amortissement du capital)

808. Les actions de jouissance sont des titres émis en remplacement d'actions de capital lorsque la valeur nominale de celles-ci a été remboursée à leurs porteurs[2]. Ces actions ont un caractère hybride dans la mesure où elles ne sont plus représentatives du capital.

1. L. DABIN, 'Régime juridique des marchés financiers et des valeurs mobilières', *Rép. not.*, T. XII, livre XI, Larcier, 2010, n° 103, p. 179.
2. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 1954, p. 517.

La loi soumet à de strictes conditions la création de pareilles actions.

L'article 615 C. soc. exige:

- que les statuts prévoient cette faculté;
- que le remboursement de la valeur nominale des actions se réalise uniquement au moyen de bénéfices distribuables au sens de l'article 617 C. soc.;
- que le choix des actions qui seront remboursées résulte d'un tirage au sort.

Les actions de capital remboursées dans ces conditions sont alors remplacées par des actions de jouissance. Les actionnaires dont les actions sont ainsi '*amorties*' conservent leurs droits dans la société, à l'exclusion du droit au remboursement de l'apport ainsi qu'à l'exclusion du droit de participation à un premier dividende perçu sur des actions non amorties dont le montant est déterminé par les statuts (art. 615, al. 3, C. soc.).

Ces actions ne se rencontrent plus guère dans la pratique. Elles ont été conçues pour les sociétés dont, en raison de leur objet, les actifs s'amenuisent au fil du temps (ex.: sablières, carrières,...). On pourrait imaginer leur création en cas de réduction de capital à zéro[1].

Sous-section 2
Les titres hors capital

§ 1. Notion

809. '*Les parts bénéficiaires ne représentent pas le capital social. Les statuts déterminent les droits qui y sont attachés*' (art. 483 C. soc.).

La caractéristique de ces titres, que l'on retrouve en pratique sous des appellations diverses (parts bénéficiaires, parts de fondateurs, actions de dividende,...) est de ne pas être attribués, en principe, en échange d'un apport entré dans la composition du capital social[2].

1. Voir T. Tilquin, 'Les opérations d'assainissement du capital des sociétés en difficulté et l'abus de droit des actionnaires', *R.D.C.*, 1991, p. 6, n° 2 et plus spécialement les références citées sous notes 9 et 10.
2. J. Van Ryn, *Principes de droit commercial*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 549.

Ces titres sont le plus souvent émis en vue de récompenser des apports en industrie ou 'qui, difficilement évaluables, ne participent pas à la formation du capital: apports de connaissance technique ou de savoir-faire, de relations commerciales, de démarches, d'études, de recherches...'[1-2].

Il faut également mentionner les '*certificats de participation*' qui sont des parts bénéficiaires émises en contrepartie d'apports en espèces[3], dépourvues du droit de vote mais donnant droit à un dividende et à une part dans le boni de liquidation. Véritables substituts aux actions sans droit de vote[4], ces titres sont expressément reconnus par la loi qui impose, pour les sociétés ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne, leur libération intégrale tout en leur accordant une négociabilité immédiate (art. 484 C. soc.)[5].

§ 2. Droits attachés aux titres hors capital

810. Conformément à l'article 483 C. soc. (2ème phrase), '*les statuts déterminent les droits qui y sont attachés*'. Il appartiendra donc aux statuts de déterminer les droits attachés à ces titres hors capital:

- droit au dividende;
- droit au boni de liquidation;
- droit de vote.

Sur ce dernier point, trois remarques:

- les parts sont muettes si les statuts ne leur donnent pas le droit de vote (art. 541 C. soc.);

1. F. T'Kint, 'Le droit de vote et l'assemblée générale', *Le nouveau droit belge des sociétés*, Louvain-la-Neuve, 3 décembre 1991, p. 20.
2. Il faut néanmoins un apport effectif. Ils ne peuvent en aucun cas être attribués à titre gratuit (G. Raucq et P. Hainaut-Hamende, 'Les sociétés anonymes', *Rép. not.*, T. 12, Livre III, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 141). Ces parts sont quelquefois émises en faveur du personnel en vue de le '*fidéliser*' à l'entreprise, en lui octroyant une part des bénéfices. Sur cette question, voir *La participation financière des travailleurs*, Bruxelles, Bruylant, 1998.
3. Ce qui, bien qu'exceptionnel, n'est pas interdit par la loi.
4. F. T'Kint, 'Le droit de vote et l'assemblée générale', *Le nouveau droit belge des sociétés*, Louvain-la-Neuve, 3 décembre 1991, p. 21.
5. Voir P. Van Ommeslaghe et X. Dieux, 'Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1992, n° 116.

- lorsque les statuts leur accordent un droit de vote, celui-ci est limité: l'article 542, alinéa 2, C. soc. dispose en effet que '*ces titres ne pourront, en aucun cas, donner droit à plus d'une voix par titre, se voir attribuer dans l'ensemble un nombre de voix supérieur à la moitié de celui attribué à l'ensemble des actions ou parts représentatives du capital exprimé, ni être comptés dans le vote pour un nombre de voix supérieur aux deux tiers du nombre des voix émises par les actions*';

- nonobstant toute disposition contraire, ces titres ont un droit de vote à l'occasion des assemblées modifiant leur statut (art. 560, al. 4, C. soc.), ainsi qu'en cas de modification de l'objet social (art. 559, al. 7, C. soc.), d'acquisition par la société de ses propres actions (art. 620, § 1er, 1°, C. soc.) et de transformation de la société (art. 781, § 1er, 2°, b), C. soc.).

On rappellera que l'acte constitutif, lorsqu'il crée de tels titres, doit mentionner: '*le nombre de parts bénéficiaires, les droits attachés à ces parts ainsi que, le cas échéant, les conditions particulières qui limitent leur cession et, s'il existe plusieurs catégories de parts bénéficiaires, les mêmes indications pour chaque catégorie*' (art. 453, 4°, C. soc.).

§ 3. Émission en cours de vie sociale

811. Les parts bénéficiaires peuvent être émises lors de la constitution ou au cours de l'existence de la société.

Dans ce dernier cas, il s'agit selon nous d'une compétence de l'assemblée générale statuant aux conditions de l'article 558 C. soc.[1].

§ 4. Cession des parts bénéficiaires

812. Les parts bénéficiaires sont soumises à un régime particulier de négociabilité[2].

1. Dans ce sens: H. Du Faux, 'L'émission de parts bénéficiaires en cours d'existence de la société anonyme', *Rev. not. belge*, 1988, p. 189; *contra:* G. Raucq et P. Hainaut-Hamende, 'Les sociétés anonymes', *Rép. not.*, T. 12, Livre III, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 711.
2. Voir *infra*, n° 846.

Section 2
Forme des actions

§ 1. Notions

813. Les titres, représentatifs ou non du capital, peuvent revêtir la forme nominative ou dématérialisée (art. 460, al. 2, C. soc.).

En vertu de la loi du 14 décembre 2005 portant suppression des titres au porteur, il ne peut plus être émis de titres au porteur depuis le 1er janvier 2008. Les titres au porteur émis avant cette date sont appelés à disparaître, respectivement avant le 31 décembre 2012 (pour les titres émis *après* la publication de la loi) et le 31 décembre 2013 (pour ceux émis *avant* la publication de la loi)[1].

Les statuts déterminent librement si les actions seront nominatives ou dématérialisées.

Ce principe connaît toutefois deux exceptions:

- les actions sont obligatoirement nominatives jusqu'à leur entière libération (art. 477 C. soc.). Il convient en effet de connaître l'identité de l'actionnaire à qui les appels de fonds pourront être demandés;

- nonobstant toute disposition statutaire, les propriétaires d'actions dématérialisées peuvent, à tout moment, en demander la conversion, à leurs frais, en actions nominatives (art. 462 C. soc). Ce principe est d'ordre public.

§ 2. Actions ou titres nominatifs

814. L'action nominative correspond à une inscription sur le registre des actions nominatives (art. 465 C. soc.).

La loi impose la tenue dans toute société anonyme d'un registre des actions nominatives.

Le registre des actions nominatives doit permettre à la société, aux dirigeants et actionnaires de retrouver la filière des propriétaires successifs d'une même action.

1. P. De Wolf et F. Tchekemian, 'La première mue du Code des sociétés', *Droit des affaires, Actualités et perspectives*, ECCI, 2006, pp. 60 et s.

Ce registre doit donc contenir (art. 463, al. 3, C. soc.):

- '*la désignation précise de chaque actionnaire et l'indication du nombre de ses actions;*
- *l'indication des versements effectués;*
- *les transferts ou transmissions avec leur date et la conversion des actions nominatives en actions dématérialisées, si les statuts l'autorisent;*
- *la mention expresse de la nullité des titres prévue par l'article 625*'.

La loi n'impose pas de forme particulière pour ce registre. Il ne doit pas être coté ni visé par le tribunal de commerce. Il doit être tenu au siège de la société où tout actionnaire peut en prendre connaissance. Conformément à l'article 464 C. soc., le conseil d'administration peut scinder ce registre en deux parties dont l'une sera tenue au siège social et l'autre en dehors, en Belgique ou à l'étranger[1].

S'agissant des parts bénéficiaires, si elles sont nominatives, mention de leur nature, de la date de leur création et des conditions de cession est faite sur le registre et les certificats d'inscription (art. 463, al. 4, C. soc.).

La loi prévoit que des certificats constatant l'inscription dans le registre sont délivrés aux actionnaires (art. 465, al. 2, C. soc.).

C'est toutefois l'inscription dans le registre qui établit la propriété du titre[2]. Le certificat d'inscription ne fait preuve que comme copie[3].

Il est de la responsabilité du conseil d'administration de veiller avec soin à la tenue correcte de ce registre[4].

§ 3. Actions ou titres au porteur

815. En vertu de la loi du 14 décembre 2005 portant suppression des titres au porteur, plus aucun titre revêtant cette forme ne peut être émis depuis le 1er janvier 2008.

1. Voir art. 464 C. soc., pour les modalités particulières de cette scission.
2. Bruxelles, 24 juin 1981, *Rev. prat. soc.*, 1981, p. 215.
3. G. Stevens, 'La preuve d'un concept juridique polymorphe: la qualité d'associé', *Preuve et information dans la vie des sociétés*, C.J.B., Bruxelles, Larcier, 2010, n° 28, pp. 156 et 157.
4. Bruxelles, 24 juin 1981, *Rev. prat. soc.*, 1981, p. 215.

Pour les actions au porteur créées avant cette date, la loi a organisé une procédure progressive de conversion et, à défaut, de suppression de l'ensemble des actions au porteur en circulation[1].

§ 4. Actions ou titres dématerialisés

816. Les actions peuvent être émises sous la forme dématérialisée. Il s'agit d'une forme de titres qui ne se confond ni avec les titres nominatifs, ni avec les défunts titres au porteur[2].

A. Définition

817. Le système de la dématérialisation met en présence, en règle générale, quatre intervenants: l'actionnaire, un teneur de compte, un organisme de liquidation et, enfin, la société émettrice.

L'action dématérialisée est représentée par une inscription en compte au nom de son propriétaire ou de son détenteur auprès d'un établissement agréé chargé de tenir les comptes, dénommé '*teneur de comptes agréé*' (art. 468, al. 1er, C. soc.). Il appartient au Roi de déterminer et d'agréer les teneurs de compte de manière individuelle ou de manière générale par catégorie d'établissements, en fonction de leur activité.

Le système conçu est de type pyramidal. L'actionnaire dispose d'un compte-titre auprès d'un teneur de comptes qui détient lui-même un compte global auprès de l'organisme de liquidation.

L'ensemble des titres dématérialisés d'une société est inscrit au registre des parts nominatives au nom de l'organisme de liquidation ou, dans certains cas, au nom du teneur de compte. Ainsi, en principe, le nombre d'actions reprises dans le registre des parts nominatives au nom de l'organisme de liquidation devra correspondre à l'ensemble des actions détenues par les divers teneurs de comptes auprès de l'organisme de liquidation.

1. P. De Wolf et F. Tchékémian, 'La première mue du Code des sociétés', *Droit des affaires, Actualités et perspectives*, ECCI, 2006, pp. 64 à 66.
2. Exposé des motifs préalable à la loi du 7 avril 1995, *Doc. parl.*, Sénat, 1994-1995, n° 1321-1, p. 2.

Par contre, l'identité des titulaires d'actions dématérialisées reste inconnue de la société, à l'exception des situations où ceux-ci se manifesteront directement auprès de cette dernière, comme à l'occasion des assemblées générales par exemple[1].

L'intérêt de l'action dématérialisée se situe dans sa transmission: l'action se transmet, sans manipulation, '*par virement de compte à compte*' (art. 468, al. 2, C. soc.). '*Si les deux parties à l'opération ont leur compte titres auprès du même teneur de comptes, le transfert a lieu par le débit et le crédit des comptes concernés auprès du même teneur de comptes. Si le compte du donneur d'ordre et celui du bénéficiaire sont tenus par des teneurs de compte différents, le transfert s'opère à l'intervention de l'organisme de liquidation: le compte du teneur de comptes du cédant sera débité dans les livres de cet organisme centralisateur, tandis que le compte du teneur de comptes du bénéficiaire du transfert sera crédité*'[2].

B. Avantages de la dématérialisation[3]

818. La dématérialisation évite la remise et la conservation matérielle des titres et partant, les frais et les nombreux problèmes de contrôle et de sécurité liés aux transactions portant sur les titres au porteur.

Elle garantit, à l'égard de la société, l'anonymat de l'actionnaire. La loi prévoit en effet que '*le nombre des actions dématérialisées en circulation à tout moment est inscrit, par catégorie d'actions, dans le registre des actions nominatives au nom de l'organisme de liquidation*' (art. 41, § 1er*bis*, dernier al., L.C.S.C.). La société ignore donc l'identité de l'actionnaire '*dématérialisé*'. Cet anonymat n'existe toutefois qu'à l'égard de la société: l'administration fiscale pourra en effet demander au teneur de comptes agréé l'identité du propriétaire économique des titres[4][5].

1. G. STEVENS, 'La preuve d'un concept juridique polymorphe: la qualité d'associé', *Preuve et information dans la vie des sociétés*, C.J.B., Bruxelles, Larcier, 2010, n° 55, p. 174.
2. Exposé des motifs préalable à la loi du 7 avril 1995, *Doc. parl.*, Sénat, 1994-1995, n° 1321-1, p. 6.
3. Sur le contexte de la législation, voir M. VANDER HAEGEN, 'La loi du 7 avril 1995 sur les titres dématérialisés: régime des actions et obligations dématérialisées émises par les sociétés anonymes de droit belge', *Rev. prat. soc.*, 1996, pp. 5 à 29; voir aussi J. MALHERBE et crts, *Précis de droit des sociétés*, Bruylant, 2006, n° 777 à 784.
4. P. HAMER, 'Les titres dématérialisés', *Le nouveau droit des sociétés. La réforme de 1995*, Anvers, Kluwer, 1995, p. 153.
5. Sur la possibilité de procéder à un don manuel d'actions dématérialisées, voir M. DE WOLF, 'La suppression des titres au porteur ne signifie pas la fin des dons manuels de titres', 8 avril 2006, *www.businessandlaw.be*.

C. Création des actions dématérialisées

819. Conformément à l'article 453, alinéa 1er, 5°, C. soc., il appartient aux statuts de déterminer si la société peut ou non émettre des actions dématérialisées. Si les statuts contiennent pareille autorisation, '*les actions dématérialisées pourront être créées directement lors de la constitution de la société ou lors d'une augmentation de capital ultérieure*'[1].

Il est impératif également que les statuts prévoient s'il est possible de convertir les actions nominatives en actions dématérialisées ainsi que les conditions de cette conversion. Il appartient également aux statuts de préciser si les actions dématérialisées existantes sont susceptibles d'être converties en une autre catégorie de titre à la demande de l'actionnaire: à défaut de pareille précision, la conversion est impossible[2].

D. Exercice des droits liés à l'action dématérialisée

a. Preuve du droit de propriété

820. Il semble admis que les mentions de la comptabilité des teneurs de comptes et de l'organisme de liquidation vaudront comme preuve de la propriété des titres '*sauf preuve contraire de l'existence d'une cession non encore comptabilisée ou d'une erreur*'[3].

b. Exercice des droits liés à l'action

821. Le paiement des dividendes, des intérêts et des capitaux échus des valeurs mobilières dématérialisées sera libératoire pour l'émetteur dès paiement à l'organisme de liquidation (art. 473, al. 1er, C. Soc.). Il appartient à l'organisme de liquidation de rétrocéder à son tour ces sommes au teneur de comptes agréé en fonction des montants de valeurs mobilières dématérialisées inscrites à son nom à l'échéance. Ce paiement est libératoire pour l'organisme de liquidation (art. 473, al. 2, C. soc.). Restera au teneur de comptes à payer les titulaires d'actions dématérialisées inscrites en compte auprès de lui.

1. P. LAMBRECHT, 'La société et son capital', *Droit des sociétés: les lois des 7 et 13 avril 1995*, Bruxelles-Louvain-la-Neuve, UCL, Centre Jean Renauld, Bruylant-Academia, 1995, p. 72, n° 39.
2. *Ibid.*, p. 78, n° 53.
3. M. VAN DER HAEGEN, 'La nouvelle loi sur les titres dématérialisés: régime des actions et obligations dématérialisées émises par les sociétés anonymes de droit belge', *Cessions d'actions, titres dématérialisés*, Colloque Vanham et Vanham du 7 juin 1995, n° 15 et la note 29.

Quant aux autres droits '*associatifs*' du propriétaire d'actions dématérialisées[1], ils '*s'exercent moyennant la production d'une attestation établie par le teneur de comptes agréé ou l'organisme de liquidation, certifiant le nombre de valeurs mobilières dématérialisées inscrites au nom du propriétaire ou de son intermédiaire à la date requise pour l'exercice de ces droits*' (art. 474 C. Soc.).

E. Procédures et règles particulières

a. Obligations imposées au teneur de comptes – Faillite du teneur de comptes

822. Les teneurs de comptes agréés sont libres de tenir les valeurs dématérialisées qu'ils détiennent pour le compte de tiers et pour leur propre compte sur des comptes ouverts auprès de l'organisme de liquidation, auprès d'un ou de plusieurs établissements qui agissent pour eux, directement ou indirectement, comme intermédiaires à l'égard de cet organisme de liquidation, ou auprès à la fois de l'organisme de liquidation et d'un ou plusieurs des établissements précités (art. 469 C. soc.).

Le principe de l'accès unique du teneur de compte agréé auprès de l'organisme de liquidation (principe d'accès unique) a été supprimé par une loi du 21 décembre 2007[2].

L'obligation faite au teneur de compte de détenir les valeurs détenues pour compte propre et pour compte de tiers sur des comptes *distincts* qui existait dans la version initiale de l'article 469 C. soc. (anciennement art. 52*octies*/1, al. 1er, L.C.S.C.), se retrouve désormais à l'article 77*ter* de la loi du 6 avril 1995 relative au statut et au contrôle des entreprises d'investissement[3].

1. On envisage ici le droit de souscription ou de conversion, le droit d'agir en responsabilité contre les administrateurs ou de requérir la nullité de la délibération d'un organe de la société... (M. VAN DER HAEGEN, 'La loi du 7 avril 1995 sur les titres dématérialisés: régime des actions et obligations dématérialisées émises par les sociétés anonymes de droit belge', *Rev. prat. soc.*, 1996, n° 22).
2. Loi du 21 décembre 2007 portant des dispositions diverses (I), art. 9, *M.B.*, 31 décembre 2007, p. 66163; *Doc. parl.*, Ch., n° 52-517/1, pp. 9 et 10.
3. Déplacée en un premier temps à l'article 26, § 2, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers en vertu de l'article 143, § 2, de la même loi (*M.B.*, 4 septembre 2002, p. 39171; *Doc. parl.*, Ch., n° 50-1842/1, p. 125 *in fine*), cette obligation de ségrégation se retrouve actuellement dans la loi du 6 avril 1995 relative au statut et au contrôle des entreprises d'investissement par l'effet de l'arrêté royal du 27 avril 2007 visant à transposer la Directive européenne concernant les marchés d'instruments financiers (art. 58, *M.B.*, 31 mai 2007, p. 29343).

Enfin, la loi organise le droit de revendication du propriétaire des titres dématérialisés en cas de faillite du teneur de comptes (art. 471, al. 2, C. soc.)[1].

b. Mise en gage de titres dématérialisés

823. L'article 470 C. soc. réglemente la mise en gage des valeurs dématérialisées: la mise en possession se réalise par simple inscription des valeurs à un compte spécial ouvert chez le teneur de comptes au nom d'une personne à convenir de commun accord entre le débiteur et le créancier gagiste assurant ainsi l'opposabilité du gage aux tiers. La loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers renforce la protection des tiers. En vertu de l'article 470 du Code des sociétés, tel que modifié par ladite loi, le constituant du gage est présumé être propriétaire des titres donnés en gage et la validité du gage n'est pas affectée par l'absence de droit de propriété du constituant du gage sur les valeurs remises en gage. Si le constituant du gage a averti le créancier gagiste qu'il n'est pas le propriétaire des valeurs données en gage, la validité du gage est subordonnée à l'autorisation du propriétaire.

Les modalités de réalisation du gage sont décrites aux articles 8 et suivants de la loi du 15 décembre 2004[2].

c. Saisie-arrêt

824. Les créanciers du titulaire d'actions dématérialisées ne peuvent réaliser une saisie-arrêt sur les comptes ouverts au nom d'un teneur de comptes agréé auprès de l'organisme de liquidation (art. 472, al. 1er, C. soc.). Cette saisie-arrêt est toutefois possible sur les comptes ouverts auprès du teneur de comptes agréé.

d. Faillite du propriétaire des actions dématérialisées

825. Dans ce cas, et dans toute autre hypothèse de concours, les créanciers du propriétaire d'actions dématérialisées '*peuvent faire valoir leurs droits sur le solde disponible des valeurs mobilières inscrites en compte au nom et pour compte de leur débiteur, après déduction ou addition des titres qui, en vertu d'engagements conditionnels, d'engagements dont le montant est incertain ou d'engagements à terme, sont entrés, le cas échéant, dans une partie distincte de ce compte-titres, au*

1. Pour plus de détails, voir P. LAMBRECHT, 'La société et son capital', *Droit des sociétés: les lois des 7 et 13 avril 1995*, Bruxelles-Louvain-la-Neuve, UCL, Centre Jean Renauld, Bruylant-Academia, 1995, pp. 76 et 77.
2. Voir pour plus de détail C. ALTER, 'La loi relative aux sûretés financières', *T.P.D.C.*, T. 5, Droit bancaire et financier, titres 1 à 2*bis*, pp. 595-657.

jour de la faillite ou du concours, et dont l'inclusion dans le solde disponible est différée jusqu'à la réalisation de la condition, de la détermination du montant ou l'échéance du terme' (art. 472, al. 2, C. soc.).

Section 3
Certification, détention et négociation des actions

Sous-section 1
Certification

§ 1. Nature et objectifs de la certification

826. Le Code des sociétés permet la certification d'actions, parts bénéficiaires, obligations convertibles ou droits de souscription émis par une société anonyme (art. 503 C. soc.).

Cette technique s'inspire d'une pratique connue depuis plus de cent ans aux Pays-Bas[1]: l'*administratiekantoor*. Plusieurs sociétés belges faisaient d'ailleurs appel à un 'bureau de gestion' néerlandais pour certifier leurs titres[2]. Le Code des sociétés permet la réalisation de ces opérations dans des conditions qui évitent ce détour par les Pays-Bas.

L'idée à la base de la technique de la certification est d'opérer une dissociation entre les droits financiers liés à une action (droit au dividende, droit au boni de liquidation,...) et le droit de vote, sans que des titres distincts sur le plan juridique soient créés.

Les titres de la société anonyme vont ainsi être cédés à un bureau d'administration, lequel émettra des certificats en échange.

L'émetteur du certificat exerce, comme tout propriétaire, le droit de regard qui est attaché à l'action[3], à savoir essentiellement le droit de vote à l'assemblée générale (art. 503, § 1er, al. 2). Par contre, il a l'obligation d'octroyer au détenteur du

1. *Doc. parl.*, Ch., 1997-1998, nos 1430/1 et 1431/1, p. 2.
2. *Doc. parl.*, Ch., 1997-1998, n° 1430/3, p. 2.
3. *Doc. parl.*, Ch., 1997-1998, n° 1430/3, p. 2.

certificat les avantages financiers que l'action peut procurer, sous déduction de ses frais éventuels[1].

Cette technique de certification entend favoriser la continuité des entreprises, en particulier des entreprises familiales[2]. Elle permet d'assurer la continuité du management, même en cas de désintégration de l'actionnariat[3]. Elle présente l'avantage d'être neutre du point de vue fiscal: l'article 13, § 1er, alinéa 1er, de la loi du 15 juillet 1998 prévoit en effet que '*Pour l'application du Code des impôts sur les revenus 1992, le titulaire de certificats, et non l'émetteur de ces certificats, est considéré à tous égards comme actionnaire ou associé et bénéficiaire direct des dividendes et autres distributions ou attributions et les certificats sont assimilés aux titres auxquels ils se rapportent*'[4].

Il s'agit là d'un avantage indéniable par rapport à d'autres techniques existantes, telles que la création d'une société en commandite par actions ou d'une société de portefeuille.

§ 2. Régime juridique

A. Entité émettrice

827. La certification exige qu'une structure intermédiaire intervienne pour émettre les certificats en échange des titres dont elle acquiert la propriété.

La loi n'impose aucune prescription en la matière. Il appartient aux parties de faire le choix de la figure juridique qui leur conviendra le mieux[5]. Rien n'empêche de recourir à une structure étrangère: la loi '*s'appliquera également aux étrangers émettant des certificats se rapportant à des titres émis par des sociétés belges*'[6].

1. Art. 503, § 1er, al. 4: 'L'émetteur de certificats se rapportant à des actions ou parts bénéficiaires met en paiement immédiatement, sauf disposition contraire, sous déduction de ses frais éventuels, au titulaire de certificats les dividendes, l'éventuel produit du droit de souscription et le produit de liquidation éventuellement distribués par la société ainsi que toute somme provenant dè la réduction ou de l'amortissement du capital'.
2. *Doc. parl.*, Ch., 1997-1998, n° 1430/3, p. 2.
3. *Doc. parl.*, Ch., 1997-1998, nos 1430/1 et 1431/1, p. 2.
4. Cette disposition n'est pas applicable lorsque l'émetteur et le titulaire des certificats dérogent à la disposition prévue aux articles 43*bis*, § 1er, alinéa 4, et 124*ter*, § 1er, alinéa 4, des lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935. De même, la nature, nominative ou au porteur, des titres prise en considération pour l'application de ce Code est celle des certificats et non des titres certifiés (art. 13, § 1er, al. 2, loi 15 juillet 1998).
5. *Doc. parl.*, Ch., 1997-1998, nos 1430/1 et 1431/1, p. 10.
6. *Doc. parl.*, Ch., 1997-1998, n° 1430/3, p. 3.

B. Collaboration de la société

828. L'émission de certificats peut s'effectuer avec ou sans la collaboration de la société émettrice des titres elle-même.

Cette notion de collaboration de la société à l'émission de certificats doit s'appréhender selon les travaux préparatoires, assez largement: '*La simple approbation de la société – exempte de toute idée de promotion – ne doit toutefois pas être considérée comme constitutive de la collaboration de celle-ci. Pour apporter sa collaboration à la certification, la société doit avoir la volonté de promouvoir l'opération, soit qu'elle en ait pris l'initiative, soit qu'elle supporte les frais de la certification ou encore qu'elle participe, directement ou indirectement, à l'administration de la personne morale émettant les certificats. La collaboration de la société pourra être spécifiée dans les conditions de la certification; elle pourra résulter des procès-verbaux constatant la volonté de collaborer à la certification ou encore se déduire de circonstances de fait*'[1].

La distinction fondée sur la collaboration ou non de la société à l'émission de certificats aura des conséquences sur les droits reconnus aux titulaires de certificats ainsi qu'en matière d'auto-contrôle (acquisition d'actions propres et participations croisées)[2].

C. Forme des certificats

829. Les certificats peuvent revêtir la forme au porteur, la forme nominative ou la forme dématérialisée (art. 503 C. soc.).

Toutefois, lorsque le certificat se rapporte à des titres nominatifs, il ne peut jamais revêtir la forme au porteur (art. 503, § 1er, al. 1er, C. soc.).

D. Obligations de l'émetteur de certificats

a. Information à la société qui a émis les titres certifiés

830. L'émetteur de certificats se rapportant à des titres nominatifs est tenu de se faire connaître en cette qualité à la société qui a émis les titres certifiés. Cette dernière portera cette mention au registre concerné. L'émetteur de certificats se rapportant à des titres au porteur est tenu de faire connaître sa qualité d'émetteur à la

1. *Doc. parl.*, Ch., 1997-1998, nos 1430/1 et 1431/1, p. 8.
2. Voir *infra*, nos 1478 et 1480.

société qui a émis les titres certifiés avant tout exercice du droit de vote (art. 43*bis*, § 1er, al. 3, L.C.S.C.).

b. Attribution immédiate des avantages financiers au titulaire du certificat

831. L'émetteur de certificats est tenu de réserver tout produit ou revenu des titres auxquels se rapportent les certificats au titulaire de ceux-ci.

Ainsi l'article 503, § 1er, alinéa 4, C. soc., prévoit-il que, sauf disposition contraire, les dividendes, l'éventuel produit du droit de souscription et le boni de liquidation distribués par la société, de même que toute somme provenant de la réduction ou de l'amortissement du capital, sont immédiatement attribués par l'émetteur des certificats au titulaire de ceux-ci, sous déduction toutefois des frais éventuels supportés par l'émetteur des certificats. Par 'immédiatement', on entend, selon les travaux préparatoires, 'dans les 15 jours'[1].

Rien n'empêche toutefois l'émetteur et le titulaire de certificats de convenir de modalités particulières d'exécution de cette obligation. '*Ainsi, si, conformément à ce qui a été convenu, l'émetteur capitalise les dividendes distribués et les investit, le produit constitué par cet investissement doit revenir au titulaire des certificats, et ce selon les modalités convenues*'[2].

c. Cession des titres

832. Sauf disposition contraire, l'émetteur de certificats ne peut céder les titres auxquels se rapportent les certificats (art. 503, § 1er, al. 5, C. soc.). La vente par l'émetteur des titres auxquels se rapportent les certificats ne répond pas en principe à l'objectif poursuivi par la certification. La loi n'a toutefois pas voulu en faire une interdiction absolue: la disposition prohibant la cession de ces titres revêt un caractère supplétif.

Seule exception à ce principe: lorsque l'émetteur de certificats a fait appel public à l'épargne, la cession des titres auxquels se rapportent les certificats est interdite[3]. Il s'agit là d'une règle impérative prise dans un souci de protection des intérêts des titulaires de certificats[4].

1. *Doc. parl.*, Ch., 1997-1998, nos 1430/1 et 1431/1, p. 6.
2. *Ibid.*
3. Art. 503, § 1er, al. 5 *in fine*, C. soc.
4. *Doc. parl.*, Ch., 1997-1998, nos 1430/1 et 1431/1, p. 6.

d. Faillite de l'émetteur

833. La loi a voulu protéger les titulaires de certificats contre la faillite de l'émetteur ou d'une autre situation de concours.

La solution s'inspire de ce que prévoit l'article 471, alinéa 2, C. soc. en cas de dématérialisation.

'*Art. 503, § 2. En cas de faillite de l'émetteur de certificats ou de toute autre situation de concours, les certificats sont échangés de plein droit nonobstant toute disposition contraire et les titulaires de certificats exercent collectivement leur revendication sur l'universalité des titres certifiés de la même catégorie et émis par la même société, appartenant à l'émetteur de certificats.*

Si, dans le cas visé à l'alinéa précédent, cette universalité est insuffisante pour assurer la restitution intégrale des titres, elle sera répartie entre les titulaires de certificats en proportion de leurs droits.'

E. Droits du titulaire de certificats

834. Outre les droits financiers, le titulaire de certificats peut se voir reconnaître d'autres droits.

a. Echange des certificats

835. L'article 503, § 1er, alinéa 6, C. soc., permet au titulaire du certificat de demander l'échange du certificat en titres auxquels il se rapporte.

Cette échangeabilité peut toutefois être modalisée ou limitée par les parties. Ce sera généralement le cas, eu égard aux objectifs de continuité de l'entreprise poursuivis par la certification: permettre l'échange *ab initio* contrecarrerait forcément ceux-ci.

Toutefois, une clause interdisant l'échange de manière illimitée dans le temps présenterait un caractère abusif[1]. L'article 503, § 1er, alinéa 6, C. soc. exige dès lors, à l'instar de l'article 510, alinéa 2, C. soc. relatif aux clauses d'inaliénabilité, que les clauses interdisant l'échange soient limitées dans le temps.

1. *Doc. parl.*, Ch., 1997-1998, nos 1430/1 et 1431/1, p. 7.

En toute hypothèse, nonobstant toute clause contraire, '*l'échange peut être obtenu à tout moment par chaque titulaire de certificats en cas d'inexécution des obligations de l'émetteur à son égard ou lorsque ses intérêts sont gravement méconnus*' (art. 503, § 1er, dernier al., C. soc.).

On ne peut que s'en référer, à cet égard, aux travaux préparatoires[1]:

'*Un des objectifs poursuivis par le projet consiste à favoriser la continuité des entreprises et en particulier des entreprises familiales. Le droit reconnu au titulaire de certificats d'obtenir l'échange des certificats en titres auxquels ils se rapportent lorsque ses intérêts sont gravement méconnus doit être apprécié compte tenu d'un tel objectif; les intérêts du titulaire de certificats doivent parfois céder à l'objectif de continuité de l'entreprise. Ainsi, la décision de la société de ne pas distribuer de dividendes pendant une certaine période est susceptible de léser les intérêts du titulaire de certificats sans toutefois constituer la méconnaissance grave donnant lieu au droit à l'échange. Il y aura ainsi méconnaissance grave des intérêts du titulaire de certificats lorsque cette méconnaissance est manifestement disproportionnée par rapport aux objectifs de la certification, par exemple la continuité de l'entreprise.*

Il appartiendra aux cours et tribunaux de trancher les contestations relatives aux droits et aux intérêts du titulaire de certificats'.

b. Assistance aux assemblées et information

836. C'est en cette matière notamment qu'influe la collaboration de la société à l'émission des certificats.

Lorsque les certificats ont été émis avec la collaboration de la société, la loi reconnaît aux titulaires de certificats, à l'instar du droit néerlandais[2], le droit d'assister aux assemblées générales de la société, avec voix consultative seulement (art. 537 C. soc.), et de prendre connaissance ou de recevoir gratuitement une copie des pièces visées à l'article 553 C. soc. (art. 535, al. 3 C. soc.).

1. *Ibid.*
2. *Ibid.*, p. 9.

Sous-section 2
Détention des actions

837. La détention d'actions n'est en principe soumise à aucune restriction[1].

§ 1. Loi du 2 mai 2007

838. L'article 515 du Code des sociétés permet de *rendre statutairement applicable* les articles 6 à 17 de la loi du 2 mai 2007 relative à la publicité des participations importantes à d'autres sociétés que les sociétés cotées. Les statuts pourront prévoir l'obligation de déclarer à la société toute acquisition de titres de ladite société conférant un des seuils de participation suivants: 1 %, 2 %, 3 %, 4 % ou 7,5 %. En vertu de l'article 18 renvoyant aux articles 23 et 24 de la loi du 2 mai 2007, le défaut de déclaration fera l'objet d'une intervention appropriée de la F.S.M.A.

L'introduction de pareille disposition statutaire permet au conseil d'administration d'avoir une connaissance précise de la structure de l'actionnariat de la société et de son évolution[2].

§ 2. Dépossession involontaire des titres au porteur

839. La loi du 24 juillet 1921 sur la dépossession involontaire des titres au porteur, modifiée par la loi du 22 juillet 1991, permet de bloquer les titres au porteur[3] perdus ou volés.

Lorsqu'une action est perdue ou volée ou lorsque son possesseur est victime d'un abus de confiance ou d'une escroquerie, le porteur involontairement dépossédé signifie à l'Office national des valeurs mobilières, par exploit d'huissier, lettre recommandée ou déclaration sur place, opposition à la négociation des titres et à l'exercice des droits qu'ils constatent. L'acte d'opposition doit contenir certaines mentions (art. 2 loi 24 juillet 1921).

1. Nous n'envisageons pas ici par définition les actions de sociétés cotées en bourse *(cf.* pour celles-ci l'article 514 C. soc. et la loi du 2 mai 2007 relative à la publicité des participations importantes (*M.B.*, 12 juin 2007)).
2. G. Keutgen et G.-A. Dal, 'La transparence de l'actionnariat', *J.T.*, 1989, pp. 449 à 457, n° 5.
3. La loi s'applique aux valeurs mobilières définies à l'article 1er de la loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers, ainsi qu'à leurs coupons, à l'exclusion des coupons de la dette directe et indirecte de l'Etat, des Communautés et des Régions.

L'Office national adresse copie de l'acte à l'émetteur et publie, aux frais de l'opposant, au *Bulletin des oppositions*, la désignation et les numéros des titres frappés d'opposition.

Lorsque le titre est présenté à l'émetteur[1] ou à un intermédiaire financier[2], ceux-ci doivent retenir le titre ou le coupon et surseoir à sa négociation ou à son paiement (art. 13 loi 24 juillet 1921), sous peine de responsabilité personnelle vis-à-vis de l'opposant (art. 14 loi 24 juillet 1921)[3].

§ 3. Acquisition d'une quotité de titres opérant 25% ou plus des droits de vote

840. Toute personne physique ou morale qui acquiert des titres représentatifs ou non du capital, conférant le droit de vote dans les sociétés anonymes autres que celles visées aux articles 514 et 515 et qui ont émis des actions au porteur ou dématérialisées, doit déclarer à cette société, au plus tard le cinquième jour ouvrable suivant le jour de l'acquisition, le nombre de titres qu'elle possède lorsque les droits de vote afférents à ces titres atteignent une quotité de 25 % ou plus du total des droits de vote existant au moment de la réalisation de l'opération donnant lieu à déclaration.

Elle doit faire la même déclaration, dans le même délai, en cas de cession de titres lorsque, à la suite de cette cession, les droits de vote tombent en deçà du seuil précité de 25 %.

Sous-section 3
Négociation

§ 1. Généralités

841. Les actions de capital et hors capital d'une société anonyme sont, en principe, librement cessibles (art. 476 C. soc.).

1. Par exemple, pour perception du dividende.
2. Par exemple, pour être vendu.
3. Pour plus de détails, voir A. Déome et O. Poelmans, 'La dépossession involontaire des titres au porteur', *Rev. Banq.*, 1992, p. 258.

Entre parties, la cession se réalise *solo consensu*[1]. Toutefois, '*l'accord des volontés du cédant et du cessionnaire ne suffit pas pour que la cession soit opposable à la société et aux tiers*'[2].

A. Titres nominatifs

842. S'agissant des actions ou titres nominatifs, le transfert peut être rendu opposable aux tiers et à la société de deux façons:

- soit par l'accomplissement des formalités énoncées par l'article 1690 du Code civil[3];
- soit par une déclaration de transfert inscrite sur le registre des actions nominatives, datée et signée par le cédant et le cessionnaire ou par leurs fondés de pouvoirs (art. 504, al. 1er, C. soc.)[4].

Il est en outre loisible à la société d'accepter et d'inscrire sur le registre un transfert qui serait constaté par la correspondance ou d'autres documents établissant l'accord du cédant et du cessionnaire (art. 504, al. 3, C. soc.). Dans ce dernier cas, si contestation il y a, il appartient à la société de prouver la réalité de la cession[5]. S'agissant d'une matière commerciale, tout mode de preuve est admissible[6].

Une controverse subsiste quant à la donation de titres nominatifs: d'éminents auteurs[7] considèrent que celle-ci ne peut résulter que d'un acte authentique. D'autres affirment, avec la Cour d'appel de Bruxelles, que la cession à titre gratuit

1. Cass., 12 juillet 1923, *Rev. prat. soc.*, 1925, p. 60.
2. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 1954, p. 343, n° 535.
3. Ce régime de la cession de créance a été assoupli par la loi du 6 juillet 1994 (voir P. WÉRY, 'Le nouveau régime de l'opposabilité de la cession de créance', *L'opposabilité de la cession de créance aux tiers*, Bruges, La Charte, 1995, pp. 1 et s.).
4. Une seule et même personne peut être désignée comme mandataire du cédant et du cessionnaire à l'effet de signer la déclaration de transfert sur le registre (*R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 1943, T. 12, vol. Sociétés, n° 528).
5. Cass., 21 avril 1983, *Rev. prat. soc.*, 1983, p. 234: '[...] *que cependant, le registre des actions nominatives n'est pas un mode de preuve exclusif et qu'il est permis tant à la société qu'à l'associé de prouver, conformément au droit commun, la qualité d'actionnaire nominatif au moyen, entre autres, d'élements de correspondance ou d'autres documents établissant l'accord du cédant et du cessionnaire*'; dans le même sens, voir Anvers, 22 septembre 2005, *NjW*, 2006, p. 651 et note S. DE GEYTER.
6. Cass., 19 avril 2001, *Rev. prat. soc.*, 2001, p. 278.
7. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. VIII, Bruxelles, Bruylant, 1944, p. 580, n° 492; J. VAN RYN et P. VAN OMMESLAGHE, 'Les sociétés commerciales. Examen de jurisprudence (1972-1978)', *R.C.J.B.*, 1981, p. 362 et les réf. citées; voir aussi E. SPRUYT, 'Omtrent schenking van aandelen op naam via het register van aandelen', *T.R.V.*, 2003, p. 520.

de titres nominatifs peut se faire par donation indirecte, le transfert s'opérant en ce cas par l'inscription sur le registre des actions nominatives[1].

B. Titres dématérialisés

843. Comme nous l'avons déjà dit, l'inscription en compte vaudra comme preuve de la propriété des titres sauf preuve contraire de l'existence d'une cession non encore comptabilisée ou d'une erreur[2].

§ 2. RESTRICTIONS À LA NÉGOCIABILITÉ

844. La loi restreint, dans certains cas, la cessibilité des actions **(A)**.

Les statuts ou des conventions extra-statutaires peuvent également réglementer ces cessions **(B)**.

A. Restrictions légales

a. Cession d'actions non entièrement libérées

845. L'article 506 C. soc. prévoit que les transferts d'actions non entièrement libérées ne sont opposables aux tiers qu'après la publication par mention du dépôt de la liste des actionnaires qui n'ont pas entièrement libéré leurs actions visée à l'article 479, alinéa 2, 3°, C. soc.

Rappelons que la cession d'actions non entièrement libérées ne peut affranchir leurs souscripteurs de contribuer, à concurrence du montant non libéré, aux dettes antérieures à la publication. L'ancien propriétaire a un recours solidaire contre celui à qui il a cédé son titre et contre les cessionnaires ultérieurs (art. 507 C. soc.).

b. Incessibilité temporaire des parts bénéficiaires

846. L'article 508 C.soc. prévoit que '*les parts bénéficiaires, de même que tous titres y conférant directement ou indirectement droit, ne sont négociables que dix jours après le dépôt des deuxièmes comptes annuels qui suit leur création*'.

1. L. RAUCENT, 'Examen de jurisprudence sur les libéralités et les successions (1973-1979)', *R.C.J.B.*, 1980, pp. 273 et 277; J. RENAULD, 'Le transfert à titre gratuit des titres nominatifs dans les SA', *in Liber Amicorum Louis Fredericq*, T. II, Gand, Faculteit der Rechtsgeleerdheid te Gent, 1965, pp. 795 et s.; Bruxelles, 31 octobre 2002, *T.R.V.*, 2003, p. 546.
2. Voir *supra*, n° 820.

Tombent sous l'application de cet article, les transmissions à titre onéreux[1] de tous titres non représentatifs du capital, à l'exception des titres souscrits en numéraire dans les sociétés ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne (art. 509 C. soc.). Le délai de dix jours n'est pas un délai franc: les titres peuvent être aliénés le dixième jour[2].

Le législateur n'a toutefois pas frappé ces titres d'une incessibilité absolue pendant ce délai: '*jusqu'à l'expiration de ce délai, leur cession ne peut être faite que par acte public ou par écrit sous seing privé, signifié à la société dans le mois de la cession, le tout à peine de nullité*' (art. 508 C. soc.)[3]. C'est l'acte de cession lui-même qui doit être signifié et non seulement le fait de la cession[4].

La sanction de l'inobservation de l'article 508 C. soc. est la nullité. Ainsi, si une cession est faite avant le dixième jour après la publication des deuxièmes comptes annuels qui suit la création des titres cédés, sans accomplir les formalités prescrites par la loi, elle est nulle. Toutefois, il ne s'agit que d'une nullité relative: elle ne peut être demandée que par l'acheteur (art. 508, al. 2, C. soc.).

c. Incessibilité temporaire des actions émises en faveur du personnel

847. L'article 609 du Code des sociétés organise la possibilité pour les sociétés anonymes d'émettre des actions au profit de leur personnel[5].

Il prévoit que ces actions, obligatoirement nominatives, sont incessibles pendant une période de 5 ans à partir de la souscription (art. 609, § 1er, al. 4, C. soc.). Cette incessibilité disparaît en certaines circonstances: licenciement, mise à la retraite de l'intéressé, décès ou invalidité du bénéficiaire ou de son conjoint (art. 609, § 3, al. 1er, C. soc.).

d. Incessibilité temporaire d'actions nées de l'exercice de certains droits de souscription

848. L'article 500 C. soc. prévoit que les actions qui ont été souscrites à la suite d'une émission de droits de souscription réservée à une ou plusieurs personnes

1. C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. BENOÎT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 718.
2. *Ibid.*, n° 721.
3. Cette règle a été conçue '*afin que les cessionnaires puissent se faire une opinion raisonnée de la valeur des titres, cette valeur étant en fonction de la valeur des choses mises en commun*' (C. RESTEAU, *ibid.*, n° 723).
4. *Ibid.*, n° 734.
5. Voir *infra*, nos 1372 et s.

déterminées, durant le déroulement d'une offre publique d'acquisition, doivent revêtir la forme nominative et ne peuvent pas être cédées pendant 12 mois[1].

B. Restrictions statutaires ou conventionnelles

849. Les actionnaires peuvent vouloir limiter la cessibilité des actions.

Leurs motivations sont diverses. Au premier rang, figure certainement le souci de conserver un caractère '*fermé*' à la société et d'éviter ainsi l'intrusion de tiers. Cette préoccupation se rencontre fréquemment dans les sociétés familiales. Elle est d'autant plus sensible '*lorsque l'entreprise familiale en arrive à la deuxième ou à la troisième génération et que les liens personnels ayant existé entre les fondateurs se sont relâchés*'[2]. On la retrouve également entre parties lorsqu'il s'agit d'assurer la stabilité de l'actionnariat de contrôle de la société.

L'article 510 C. soc. règle la matière.

a. Champ d'application

1. Principe

850. L'article 476 du Code des sociétés proclame la libre cessibilité des titres.

Par exception, l'article 510 prévoit en son alinéa 1er que les statuts, les actes authentiques d'émissions d'obligations convertibles ou de droits de souscription et toutes autres conventions peuvent déroger à la cessibilité entre vifs ou la transmissibilité à cause de mort des titres.

Les clauses qui tendent à limiter la cessibilité des actions peuvent donc être consignées soit dans les statuts, soit dans des conventions d'actionnaires. La sécurité poussera les actionnaires à leur conférer un caractère statutaire, la confidentialité à leur préférer une convention extrastatutaire...

Notons également que les clauses restrictives de négociabilité peuvent être introduites, autant lors de la constitution de la société, qu'en cours de vie sociale[3].

1. Voir *infra*, n° 1457.
2. P. VAN OMMESLAGHE, 'Les conventions d'actionnaires en droit belge', *Rev. prat. soc.*, 1989, p. 290.
3. *Doc. parl.*, Sénat, 1990-1991, n° 1107-3, p. 99.

2. Titres visés

851. L'article 510, alinéa 1er, C. soc. vise expressément les actions nominatives ou les actions dématérialisées, les droits de souscription ou tous autres titres donnant droit à l'acquisition d'actions, en ce compris les obligations convertibles, les obligations avec droit de souscription ou les obligations remboursables en actions.

Les parts bénéficiaires ne sont pas visées par cet article.

3. Sociétés familiales – Transmissibilité à cause de mort

852. S'agissant des clauses restrictives de la transmissibilité à cause de mort, il convient d'avoir égard aux règles de droit successoral. Les clauses d'agrément et/ou les clauses prévoyant un droit de préemption doivent, par conséquent, être conformes aux dispositions du Code civil (par exemple au droit des héritiers réservataires, à l'interdiction de conclure des accords relatifs à une succession non encore ouverte,...)[1].

853. Il importe donc de concilier les clauses restrictives de transmissibilité à cause de mort avec l'interdiction des pactes sur succession future.

L'article 1130, alinéa 2, du Code civil dispose qu' '*on ne peut (...) renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit.*'

Comme l'a précisé la Cour de cassation[2], un pacte sur succession future est un pacte par lequel des droits purement éventuels sont attribués, modifiés ou cédés sur une succession non encore ouverte ou sur une partie de cette succession: ces droits ne sont accordés que pour autant qu'ils fassent encore partie de la succession au moment du décès[3], le disposant se réservant la liberté de les aliéner jusqu'à ce moment.

En application de ce principe, '*la clause restrictive de la cessibilité des actions entravant la transmissibilité à cause de mort des actions d'une société anonyme ne constitue pas un pacte sur succession future dans la mesure où cette clause lie aussi le disposant*'[4]. Il suffit donc, pour éviter la prohibition légale, que la clause

1. *Doc. parl.*, Sénat, 1993-1994, n° 1086-2, p. 52.
2. Cass., 16 octobre 1959 et 10 novembre 1960, *R.C.J.B.*, 1961, pp. 5 et s. et la note J. RENAULD, 'Le pacte sur succession future'; Cass., 11 avril 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 991.
3. P. VAN OMMESLAGHE, 'Les conventions d'actionnaires en droit belge', *Rev. prat. soc.*, 1989, p. 301, n° 7.
4. I. CORBISIER, 'La société et ses associés', *Droit des sociétés: les lois des 7 et 13 avril 1995*, Bruxelles, Louvain-la-Neuve, Bruylant Academia, 1995, p. 135.

s'applique non seulement au décès du propriétaire des titres mais également de son vivant.

La loi tolère néanmoins une exception au principe de l'interdiction des pactes sur succession future lorsqu'une clause de continuation de la société avec certains héritiers seulement figure dans les statuts mêmes de la société. L'article 42 C. soc. admet, dans pareil cas, la validité de cette clause[1]:

'*S'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier, ou seulement entre les associés survivants, ces dispositions seront suivies: au second cas, l'héritier du décédé n'a droit qu'au partage de la société, eu égard à la situation de cette société lors du décès, et ne participe aux droits ultérieurs qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il succède*'.

b. Portée de l'article 510 C. soc.[2]

854. L'article 510, alinéas 2 et 3, C. soc. vise expressément trois types de clauses restrictives de la négociabilité des actions d'une société anonyme:

- les clauses d'inaliénabilité;
- les clauses d'agrément;
- les clauses de préemption.

1. Clauses d'inaliénabilité

855. La clause d'inaliénabilité appelée aussi clause de blocage ou d'incessibilité interdit à celui qui la souscrit de céder ses actions. Cette clause, destinée à garantir une certaine stabilité de l'actionnariat se rencontre fréquemment dans les entreprises communes ('*joint ventures*').

1. Si pareille clause – qui ne s'applique qu'au décès du disposant et ne le lie donc pas de son vivant – se retrouvait non dans les statuts de la société mais dans une simple convention entre actionnaires, on devrait en déduire sa nullité.
2. Le champ d'application de cette disposition recouvre, en plus des actions, les warrants et tout autres titres ou effets qui donnent droit à l'obtention d'actions, en ce compris les obligations convertibles, les obligations avec droit de souscription ou les obligations remboursables en actions; de simples obligations ou des parts bénéficiaires ne sont pas visées par le régime mis en place par l'article 510 C. soc. et leur cessibilité est régie par le droit commun: Comm. Hasselt, 8 mars 2004, *T.R.V.*, 2004, p. 249.

En vertu du Code des sociétés, les clauses d'inaliénabilité doivent être limitées dans le temps et être justifiées par l'intérêt social à tout moment (art. 510, al. 2, C. soc.).

856. Le texte ne précise pas la durée maximale d'incessibilité tolérée. Selon la doctrine, la limitation doit être raisonnable et répondre à l'intérêt personnel et légitime des actionnaires[1]. En tout état de cause la question fera l'objet d'une appréciation au cas par cas[2].

La jurisprudence ne fournit, à l'heure actuelle, aucune indication précise permettant d'apporter une réponse tranchée à la question. Dans ce contexte, les rédacteurs de la clause auront égard, par prudence, à l'importance des montants investis, à la nature de l'activité ainsi qu'à la qualité des actionnaires. Il convient de citer la loi française qui fixe un plafond de dix ans pour les sociétés par actions simplifiées (SAS.)[3].

857. La seconde condition – justification dans l'intérêt social à tout moment – semble plus délicate.

D'une part, la référence à la notion d'intérêt social s'avère en effet plus stricte que celle d'intérêt 'légitime' retenue antérieurement par la doctrine et la jurisprudence: elle interdit de prendre en considération l'intérêt légitime d'un actionnaire si celui-ci n'est pas conforme à l'intérêt social[4]. Ainsi, une clause temporaire interdisant au donataire d'aliéner ses actions jusqu'à ce qu'il ait atteint un certain âge est étrangère à l'intérêt social[5].

Une abondante littérature traite de la notion de l'intérêt social, concept à géométrie variable bien connu du droit des sociétés[6].

1. P.-A. FORIERS, Intervention dans le cadre de la journée d'études organisée par la CDVA le 20 septembre 1994, *Rev. prat. soc.*, n° spécial: 'Le projet de loi modifiant les lois coordonnées sur les sociétés commerciales – Quels changements dans la vie des entreprises?', p. 36.
2. P. DE WOLF et G. STEVENS, 'Commentaire de l'art. 510 C. soc.', *in Commentaire systématique du 'nouveau' Code des sociétés*, Bruxelles, Kluwer, 31 mars 2001, p. 300.
3. Art. 262 loi du 24 juillet 1966.
4. I. CORBISIER, 'La société et ses associés', *Droit des sociétés: les lois des 7 et 13 avril 1995*, Bruxelles, Louvain-la-Neuve, Bruylant Academia, 1995, p. 142, n° 91.
5. P.-A. FORIERS, Intervention dans le cadre de la journée d'études organisée par la CDVA le 20 septembre 1994, *Rev. prat. soc.*, n° spécial: 'Le projet de loi modifiant les lois coordonnées sur les sociétés commerciales – Quels changements dans la vie des entreprises?', p. 36; M. VAN DER HAEGEN, 'La loi du 7 avril 1995 sur les titres dématérialisés: régime des actions et obligations dématérialisées émises par les sociétés anonymes de droit belge', *Rev. prat. soc.*, 1996, n° 16.
6. X. DIEUX, 'La société anonyme: armature juridique de l'entreprise ou produit financier', *in XIVes Journées d'études juridiques Jean Dabin*; P. DE WOLF, 'Exercice du pouvoir et fonctionnement de la SA: un régime de liberté (moins) surveillée', *J.T.*, 2003, p. 590, n° 3; voir également *infra*, n° 1349.

D'autre part, la loi exige que cet intérêt social soit justifié 'à tout moment'. Le législateur a manifestement voulu que la clause soit justifiée par l'intérêt social non seulement lors de sa conclusion mais aussi pendant toute sa durée: les dispositions convenues entre les parties dans les meilleures intentions du monde peuvent devenir difficilement exécutables à la suite de circonstances nouvelles[1] faisant perdre dès lors toute justification à celles-ci.

2. Clauses d'agrément et de préemption

858. La clause d'agrément est celle qui soumet la cession des actions à l'accord préalable d'une ou plusieurs personnes ou d'un organe, généralement le conseil d'administration.

La clause de préemption est une clause de préférence en vertu de laquelle le candidat cédant devra, préalablement à toute cession, proposer ses actions au bénéficiaire de la clause, actionnaire ou non.

859. En la matière, la loi se borne à édicter une règle impérative[2]: l'application des clauses d'agrément ou de préemption ne peut aboutir à ce que *l'incessibilité des titres soit prolongée plus de six mois à dater de la demande d'agrément ou de l'invitation à exercer le droit de préemption* (art. 510, al. 3, C. soc.). Toute clause prévoyant un délai supérieur à six mois verra ce dernier réduit de plein droit à six mois (art. 510, al. 4, C. soc.).

Compte tenu de la place laissée à la liberté contractuelle dans le régime de ces clauses d'agrément et de préemption, on ne peut qu'attirer l'attention des actionnaires sur le soin qu'il convient d'apporter à leur rédaction[3].

Exemples

– Clause d'agrément

'La procédure d'agrément s'applique aux cessions d'actions, à titre onéreux ou gratuit, à des tiers non actionnaires de la société.

1. *Doc. parl.*, Sénat, 1993-1994, n° 1086-2, p. 45.
2. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 1954, p. 319, n° 460.
3. L. FREDERICQ, *Principes de droit commercial belge*, T. 2, Gand, Van Rysselberghe et Rombaut, 1930, p. 98, n° 619.
D. VIDAL, *Droit des sociétés. Manuel*, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 351, n° 940.
G. RIPERT, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1951, p. 113.
A. LEFEBVRE-TEILLARD, *La société anonyme au XIXe siècle*, PUF, 1985, p. 21; R. PIRET, *L'évolution de la législation belge sur les sociétés anonymes*, 1946, n° 23.

L'actionnaire qui désire céder tout ou partie de ses actions à une personne, physique ou morale, qui n'est pas actionnaire, en informe le conseil d'administration.

La décision d'agrément est prise par le conseil d'administration, à la majorité des deux tiers des administrateurs présents ou représentés, dans le mois de l'envoi de la notification de l'actionnaire.

Le conseil d'administration n'est pas tenu d'indiquer les motifs de son refus ou de son agrément.

La décision d'agrément ou de refus du conseil est notifiée à l'actionnaire cédant dans les quinze jours de la décision du conseil d'administration.

Si le conseil d'administration n'agrée pas le cessionnaire proposé, le cédant a dix jours à dater de l'envoi de la notification du conseil d'administration pour décider et notifier s'il renonce ou non à son projet de céder des titres. A défaut de notification au conseil d'administration par le cédant à qui l'on a opposé un refus d'agrément, il est présumé renoncer à son projet de cession. S'il ne renonce pas à son projet, le conseil d'administration, statuant à la majorité des deux tiers, est tenu dans un délai d'un mois à compter de l'envoi de la notification de refus, de faire acquérir les actions par un actionnaire ou par un tiers.

Les actions sont acquises au prix convenu initialement entre l'actionnaire cédant et le candidat cessionnaire ou, en cas de contestation sur ce prix, au prix à déterminer par un expert désigné de commun accord par les parties conformément à l'article 1854 du Code civil ou, à défaut d'accord sur l'expert, par le président du tribunal de commerce statuant comme en référé à la requête de la partie la plus diligente.

L'acquéreur, actionnaire ou tiers, agréé par le conseil d'administration en application des alinéas précédents, paie le prix des actions dans un délai de trente jours à compter de la détermination du prix.

Les notifications faites en exécution du présent article sont faites par lettres recommandées à la poste, les délais commençant à courir à partir de la date d'expédition de la lettre apposée sur le récépissé de la recommandation postale.'

– Clause de préemption

'Sauf les exceptions prévues par la loi, un actionnaire ne peut céder tout ou partie de ses actions à un tiers sans les avoir préalablement offertes aux autres actionnaires.

L'actionnaire qui décide de céder tout ou partie de ses actions en informe le conseil d'administration qui transmet cette offre dans les quinze jours aux autres actionnaires.

Dans le mois de cette notification par le conseil d'administration, les autres actionnaires peuvent exercer un droit de préemption au prorata des actions qu'ils possèdent dans la société. Le droit de préemption dont certains actionnaires ne feraient pas usage, accroît au droit de préemption des actionnaires qui en font usage, toujours au prorata des actions dont ils sont déjà propriétaires.

En cas de silence d'un actionnaire, il est présumé refuser l'offre.

En cas d'exercice du droit de préemption, les actions sont acquises au prix offert par le tiers ou, en cas de contestation sur ce prix, au prix à déterminer par un expert désigné de commun accord par les parties conformément à l'article 1854 du Code civil ou, à défaut d'accord sur l'expert, par le président du tribunal de commerce statuant comme en référé à la requête de la partie la plus diligente.

L'actionnaire qui se porte acquéreur des actions d'un autre actionnaire, en application des alinéas précédents, en paie le prix dans un délai de trente jours à compter de la détermination du prix.

Les notifications faites en exécution du présent article sont faites par lettres recommandées à la poste, les délais commençant à courir à partir de la date d'expédition de la lettre, apposée sur le récépissé de la recommandation postale.

Les lettres peuvent être valablement adressées aux actionnaires à la dernière adresse connue de la société.

Par dérogation à ce qui précède, la cession par un actionnaire de tout ou partie de ses actions à une société de son groupe n'est soumise à aucune procédure particulière.'

3. Sort des clauses d'agrément et de préemption en cas d'O.P.A.

860. Les articles 511 et 512 C. soc. réglementent le fonctionnement des clauses d'agrément et de préemption en cas d'O.P.A. sur la société[1].

1. Pendant le déroulement d'une O.P.A., les clauses d'agrément ou de préemption restent opposables à l'auteur de l'offre ou d'une contre-offre éventuelle[2].

2. Toutefois, '*en cas de refus d'agrément ou d'application des clauses de préemption, les titulaires de titres doivent se voir proposer, dans les cinq jours suivant la clôture de l'offre, l'acquisition de leurs titres à un prix au moins égal au prix de l'offre ou de la contre-offre, par une ou plusieurs personnes bénéficiant de l'agrément ou à l'égard desquelles le droit de préemption ne serait pas invoqué*' (art. 511 C. soc.).

1. Pour plus de détails, voir I. CORBISIER, 'Les conventions d'actionnaires', *Le nouveau droit belge des sociétés*, Louvain-la-Neuve, U.C.L., 3 décembre 1991, n° 18; J.-M. NELISSEN-GRADE, 'Goedkeurings- en verkoopclausules in de naamloze vennootschap – Overeenkomsten betreffende de uitoefening van het stemrecht', *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991, Verslagboek van de Leuvense Vennootschapsdag van 4 oktober 1991*, Kalmhout, Biblo, 1992, n°s 48 à 51.
2. M. VAN DER HAEGEN, 'La nouvelle loi sur les titres dématérialisés: régime des actions et obligations dématérialisées émises par les sociétés anonymes de droit belge', *Cessions d'actions, titres dématérialisés*, Colloque Vanham et Vanham du 7 juin 1995, n° 21.

3. Il est fait *exception* à cette *deuxième* règle pour les clauses d'agrément[1] figurant dans les statuts et les actes authentiques d'émission[2]: ces clauses seront opposables *intégralement*[3] à l'auteur de l'offre '*pour autant que le refus d'agrément soit justifié par l'application constante et non discriminatoire des règles d'agrément adoptées par ledit conseil d'administration et communiquées à l'Autorité des services et marchés financiers (F.S.M.A.) avant la date de la réception de la communication visée à l'article 511*' (art. 512 C. soc.)[4]. Dans pareil cas, par dérogation à l'article 511 C. soc., le conseil d'administration ne doit pas proposer un acquéreur dans les cinq jours suivant la clotûre de l'offre.

c. Sanctions

861. Il convient de distinguer deux hypothèses:

– celle d'une clause contraire à la loi;

– celle du non-respect d'une clause restrictive de négociabilité.

1. Clause contraire à la loi

862. Selon l'article 551 C. soc., '*les conventions entre actionnaires qui sont contraires aux articles 510 et 511 sont nulles*'[5]. Les clauses statutaires contraires aux articles 510 et 511, sont également annulables.

On notera toutefois que pour les clauses d'agrément et de préemption prévoyant une incessibilité supérieure à six mois: celles-ci ne sont pas nulles; la loi réduit de plein droit à six mois tout délai plus long (art. 510, al. 3, C. soc.).

1. Les clauses de préemption ne bénéficient pas de cette exception.
2. Les clauses d'agrément figurant dans une convention sous seing privé sont exclues de ce régime.
3. M. VAN DER HAEGEN, 'La nouvelle loi sur les titres dématérialisés: régime des actions et obligations dématérialisées émises par les sociétés anonymes de droit belge', *Cessions d'actions, titres dématérialisés*, Colloque Vanham et Vanham du 7 juin 1995, n° 21.
4. Il s'agit de la communication faite par l'Autorité des services et marchés financiers (F.S.M.A.) selon laquelle elle a été saisie d'un avis d'O.P.A.
5. Le doute subsiste néanmoins sur la nature – relative ou absolue – de cette nullité (voir I. CORBISIER, 'La société et ses associés', *in Droit des sociétés: les lois des 7 et 13 avril 1995*, Bruxelles, Louvain-la-Neuve, Bruylant Academia, 1995, p. 167, n° 13). On notera également que l'art. 551 C. soc. ne vise que les conventions entre un actionnaire et un tiers, on se référera au droit commun (J.-M. GOLLIER et P. MALHERBE, 'Les sociétés commerciales. Lois des 7 et 13 avril 1995', *in Les dossiers du Journal des Tribunaux*, Bruxelles, Larcier, 1996, n° 81).

2. Non-respect d'une clause licite

863. Le Code des sociétés ne contient aucune indication sur ce point. Il convient dès lors de se référer au droit commun en distinguant les clauses statutaires des clauses extrastatutaires.

(i) Clause statutaire

864. Si la clause méconnue résulte des statuts, son inobservation aura pour effet de rendre la cession opérée en contravention de celle-ci inopposable à la société[1]. Celle-ci pourra toujours considérer le cédant comme actionnaire.

(ii) Clause extrastatutaire

865. S'agissant de pareille clause, leur efficacité semble moindre. La société ne peut en effet, en cas d'inobservation, invoquer l'inopposabilité de la cession. Seules les parties à la convention peuvent contester les droits du cessionnaire et intenter une action en dommages et intérêts contre le cédant[2], sous réserve toutefois de l'application de la théorie de la tierce complicité à l'acquéreur[3].

d. Clauses restrictives de cessibilité non visées par l'article 510 C. soc.

866. On rencontre dans la pratique d'autres clauses limitant la cessibilité des titres que les clauses d'agrément, de préemption et d'inaliénabilité visées par la loi[4].

Il en est ainsi lorsque les actionnaires entendent interdire la cession à certaines personnes déterminées ou à certaines catégories de personnes. Ces clauses se retrouvent fréquemment dans les sociétés professionnelles.

Au rang des clauses de blocage, on peut citer les clauses de 'standstill' ou de non-agression par lesquelles les parties s'engagent à ne pas acquérir d'actions supplémentaires afin de ne pas rompre l'équilibre établi entre les différents actionnaires.

1. I. CORBISIER, 'La société et ses associés', *in Droit des sociétés: les lois des 7 et 13 avril 1995*, Bruxelles, Louvain-la-Neuve, Bruylant Academia, 1995, pp. 151 et s., n° 12; Comm. Ypres, 23 juin 2003, *R.W.*, 2005-06, p. 468.
2. G. RAUCQ et P. HAINAUT-HAMENDE, 'Les sociétés anonymes', *Rép. not.*, T. 12, Livre III, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 252, n° 276.
3. Voir B. FERON, 'Les conventions d'actionnaires après la loi du 13 avril 1995', *R.D.C.*, 1996, pp. 691 et 692.
4. B. FERON, 'Les conventions d'actionnaires après la loi du 13 avril 1995', *R.D.C.*, 1996, pp. 677 à 679.

Des clauses de sortie conjointe sont parfois stipulées. De deux ordres, celles-ci vont souvent de pair. Dans les clauses dites de '*tag along*', les actionnaires s'engagent, en cas de projet de cession de leur participation, à convaincre le candidat cessionnaire de racheter également les titres des autres actionnaires; à défaut pour le cessionnaire d'étendre son acquisition, le candidat cédant devra renoncer à la cession. A l'inverse, les clauses dites de '*drag along*' permettent au candidat cédant de contraindre les autres actionnaires à céder leur participation en même temps que la sienne si le candidat cessionnaire le souhaite. Généralement consenties par des actionnaires minoritaires en faveur de l'actionnaire majoritaire, ces clauses permettent de satisfaire à l'exigence éventuelle d'un candidat repreneur soucieux de reprendre l'intégralité du capital de la société convoitée.

Enfin, des clauses d'options d'achat ('*call*') ou de vente ('*put*') sont fréquemment intégrées dans les pactes d'actionnaires afin de permettre à leur bénéficiaire, selon les cas (mésentente, infraction au pacte, prise de participation échelonnée dans le temps), soit d'exclure partiellement ou complètement un actionnaire, soit de se retirer progressivement ou entièrement de l'actionnariat[1].

Les clauses de sortie conjointe et d'option supposent de définir avec précision le mode de détermination du prix de cession. La plupart des conventions se réfèrent au prix offert, de bonne foi, par le tiers acquéreur (plutôt pour les clauses de sortie conjointe) ou organisent une procédure de fixation du prix par voie d'expertise.

Des clauses d'options entrecroisées (dites de '*shotgun*', '*Texas shoot-out*', roulette russe, omelette mexicaine ou encore de choix de Salomon) sont supposées, entre autres, éluder l'écueil d'une valorisation *a priori* compliquée à réaliser: par l'effet de ces clauses, l'offrant pourra se voir contraint de céder sa participation à l'actionnaire dont il s'est proposé de racheter les titres, aux prix et conditions qu'il a lui-même fixés dans son offre. Au risque de voir une offre dérisoire se retourner contre lui, l'offrant sera donc incité à proposer, au promettant, un prix de reprise convenable.

§ 3. Garanties du vendeur

867. Le code ne contient aucune disposition spécifique sur les garanties à fournir par le vendeur d'actions. L'acquéreur s'estimant lésé par la valeur des actions qu'il a acquises ou de la société dans laquelle il a pris une participation, devra fonder son recours, soit sur le droit commun **(A)**, soit sur les clauses de garantie contenues dans la convention de cession **(B)**.

1. Ces clauses sont appréciées par la jurisprudence sous l'angle du droit commun. Pour un cas d'application, voir Bruxelles, 19 septembre 2002, *Rev. prat. soc.*, 2003, p. 310.

A. Recours fondés sur le droit commun

868. Le fondement des recours tirés du droit commun réside soit dans l'absence de réunion de toutes les conditions essentielles requises pour valider l'existence d'un contrat, soit dans l'obligation de garantie que le vendeur est tenu de fournir en vertu de l'article 1644 du Code civil (garantie pour vices cachés). L'efficacité de ces recours est cependant sujette à caution.

869. Une convention de cession d'actions est un contrat synallagmatique. A ce titre, elle est soumise aux règles de validité énoncées aux articles 1108 et suivants du Code civil. Pour être valable, tout contrat suppose (i) la capacité de contracter et (ii) un consentement exempt de tout vice de la partie qui s'oblige, (iii) un objet certain et, enfin, (iv) une cause licite.

En matière de convention de cession d'actions, c'est généralement vers un vice de consentement que s'oriente la réclamation de l'acquéreur lésé et, plus particulièrement, sur l'erreur substantielle ayant affecté son consentement. Certaines décisions de justice ont considéré que l'erreur sur la valeur des actions de la société cible répondait à cette notion d'erreur substantielle lorsque les éléments de la cause permettaient d'établir que cette valeur a été déterminante dans la décision d'acquérir[1]. Des décisions plus récentes ont cependant refusé de suivre ce courant jurisprudentiel, considérant que l'acquisition d'actions impliquait nécessairement un certain pari économique et la prise en charge des risques de bonne ou de mauvaise fortune future[2].

Dol et violence supposent la démonstration de manœuvres de la part du cédant ayant déterminé ou forcé le consentement de l'acquéreur et présentent, en pratique, peu de perspective de succès pour le cessionnaire lésé[3]. Quant à la lésion, dernier type de vice de consentement prévu par le Code civil, celle-ci n'est applicable qu'à des contrats particuliers dont la vente d'actions ne fait pas partie.

870. Enfin, le recours fondé sur la garantie du vendeur pour vice caché n'apporte qu'une réponse insatisfaisante aux attentes de réparation de l'acquéreur déçu. Doctrine et jurisprudence estiment en effet que le vice ouvrant le droit à la garantie doit affecter les qualités intrinsèques de la chose vendue, c'est-à-dire de l'action elle-même, et ne vise donc pas les actifs de la société[4]. Les cas où la garantie pour vices cachés peut être valablement invoquée sont essentiellement limités à l'étendue et

1. Liège, 13 janvier 1910, *Rev. prat. soc.*, 1910, p. 181.
2. Liège, 1er avril 1992, *Rev. prat. soc.*, 1993, p. 97 et note I. CORBISIER.
3. Voir Liège, 21 décembre 1999, *Rev. prat. soc.*, 2000, p. 164, Bruxelles, 17 mai 2001, *Rev. prat. soc.*, 2002, p. 73 ou encore Bruxelles, 30 avril 2004, *Rev. prat. soc.*, 2005, p. 101; pour une décision ayant reçu le recours de l'acquéreur, voir Bruxelles, 30 mars 2004, *Rev. prat. soc.*, 2005, p. 94.
4. Bruxelles, 20 mai 1987, *Rev. prat. soc.*, 1987, p. 226.

au libre exercice des droits (de vote, aux dividendes, au boni de liquidation) des titres cédés.

B. Recours fondés sur les clauses de garantie[1]

871. Seuls des mécanismes contractuels de garantie permettent de pallier l'imperfection du régime légal. Sous l'influence des praticiens de droits anglo-saxons, des clauses de garanties au fonctionnement plus ou moins sophistiqué sont fréquemment insérées dans les conventions de cessions d'actions[2].

On distingue les clauses de garantie de valeur (ou clauses de révision de prix) et les clauses de garantie de reconstitution (ou clauses de garantie de passif). Leur validité au regard du droit belge n'est pas douteuse. En vertu des premières, le cédant s'engage au paiement d'indemnités compensatoires destinées à combler la moins-value affectant les actions cédées suite à une variation des actifs (à la baisse) ou du passif (à la hausse) de la société cible après la cession mais trouvant son origine avant celle-ci. Par l'effet des secondes, le cédant s'engage à indemniser la société cible, seule bénéficiaire possible de cette clause, de toute augmentation de passif, diminution d'actif, ou combinaison de ces deux phénomènes.

872. Les clauses de garanties reposent sur une structure qui doit faire apparaître ce qui est garanti (déclarations du vendeur) et ce qui ne l'est pas (divulgations du vendeur et limitations en termes de montants). Il convient également de déterminer comment elle peut être mise en œuvre.

a. Déclarations du vendeur

873. Les déclarations du vendeur (ou '*seller's representations*') ont pour objet de fournir une description, en termes très généraux, de la société cible et de ses activités à la date de la signature de la convention de cession. C'est par référence à ce

1. A ce sujet, voir également A. COIBION, 'Quelques réflexions sur les garanties conventionnelles en matière de cession d'actions et sur l'influence de la pratique anglaise', *R.D.C.*, 2003, pp. 864 à 879.
2. Quoique fastidieux à mettre en place, de tels mécanismes présentent plus de sécurité pour l'acquéreur que des clauses rédigées dans des termes trop généraux. Ainsi, dans une affaire où le vendeur garantissait simplement avoir fourni à l'acquéreur 'toute l'information et les données pertinentes en relation avec les actions cédées et le fonctionnement et l'exploitation de la société' et n'avoir celé 'aucune information qui, si portée à la connaissance de l'acquéreur, aurait amené ce dernier à ne pas acheter les actions ou les acheter à d'autres conditions', la Cour rejeta le recours en indemnisation de l'acquéreur au motif qu'étant commerçant et suffisamment compétent en matière de comptabilité, il aurait dû apprécier avec plus de rigueur les paramètres de l'acquisition et qu'il ne pouvait rejeter sur le vendeur ses propres manquements et négligences, Gand, 27 octobre 2008, *T.R.V.*, 2011, p. 571 et note B. BELLEN et J. STEVENS.

que le vendeur des actions a déclaré que naîtra son obligation d'indemniser l'acheteur ou la société pour le dommage lié à l'inexactitude de l'une de ces déclarations.

Sont communément visés: l'existence de la société et son inscription auprès des autorités compétentes (Banque Carrefour des Entreprises), le droit de propriété du cédant sur les titres cédés, leur nature, la libre cessibilité et l'absence de sûretés les grevant, le dépôt et la correction de ses comptes annuels, les contrats significatifs en cours et, spécialement, les baux commerciaux, les droits intellectuels (licences, marques ou brevets) et le nombre de travailleurs engagés, le respect des normes environnementales ou de sécurité, les litiges en cours, ...

b. Limitations de la responsabilité du vendeur

874. Comme pour toute autre clause, l'étendue de la garantie du vendeur fera l'objet d'une négociation. L'intérêt du vendeur est bien évidemment d'en limiter la portée.

Un premier moyen permettant de limiter la responsabilité du vendeur réside dans la formulation des déclarations du vendeur en les tempérant par des réserves précisant qu'elles ne sont pas faites de manière absolue mais à la (meilleure) connaissance ('*to the best knowledge*') des vendeurs ou des garants. L'effet principal de telles réserves est un renversement de la charge de la preuve: il appartiendra à l'acquéreur souhaitant obtenir réparation de prouver que c'est en connaissance de cause que la déclaration inexacte a été faite par le vendeur. Dans la pratique, ces formules sont généralement réservées aux faits ou aux événements significatifs affectant les affaires de l'entreprise (inexistence de plaintes en matière d'environnement, risques de survenance de litiges, ...).

875. L'adjonction à la convention de cession d'une lettre de divulgation (ou '*disclosure letter*') permet de limiter davantage la portée de la garantie en renseignant l'acquéreur sur toute une série d'informations qui constitueront autant d'exceptions aux déclarations portées dans la convention. Ainsi, tout élément affectant négativement la situation de la société et communiqué sous cette forme à l'acquéreur ne pourra fonder le droit de ce dernier à obtenir une indemnisation. Etant connu au moment de la signature, on suppose que l'acquéreur l'a accepté comme tel et qu'il a été pris en considération dans la détermination du prix payé pour les actions cédées.

876. Une autre technique permettant de limiter la garantie du vendeur consiste à apporter des limitations temporelles et financières à l'obligation d'indemnisation. Les premières ont pour but de prévoir que l'engagement de garantie cessera à l'expiration d'une période déterminée. Ce type de limitation de responsabilité varie en fonction de la question spécifique (garantie de passif social ou fiscal) à laquelle

elle s'applique. En ce qui concerne les limitations financières, les parties peuvent essentiellement faire appel à trois mécanismes différents en prévoyant (i) un plafond de garantie (souvent évoqué en pourcentage du prix de vente), (ii) un montant unitaire minimum par réclamation et/ou (iii) un montant de seuil cumulé ou de panier de réclamations. L'objectif des deux derniers mécanismes est de limiter les possibilités, pour l'acquéreur, de faire intempestivement appel à la garantie pour des montants jugés trop faibles.

Certaines clauses enfin font dépendre le droit à l'indemnisation de la possibilité réservée au cédant de participer à la défense de la société dans le cadre de la procédure pouvant déboucher sur un accroissement de passif (en cas de contrôle fiscal ou de procédure en justice par exemple).

c. Modalités d'appel aux garanties

877. Typiquement, les conventions de cessions d'actions déterminent les formes (envoi recommandé généralement) et le délai endéans lequel l'acquéreur doit faire appel à la garantie à compter de la découverte du fait sur lequel il fonde sa réclamation, l'obligation d'assortir la réclamation d'une description précise des faits justifiant l'appel à la garantie et l'obligation de dresser une évaluation du dommage subi ainsi que de la réparation demandée. La jurisprudence réservant une interprétation restrictive aux clauses conventionnelles de garantie, il convient d'en respecter scrupuleusement les formes et les délais endéans lesquels les revendications doivent être formulées.

d. Calcul du dommage

878. La réparation du dommage suite à la mise en œuvre d'une garantie se fait par le paiement de dommages-intérêts. Les clauses de garantie (ou d'indemnisation) prévoient généralement que le montant de l'indemnisation à charge du vendeur est égal au montant du dommage. Il peut aussi être précisé que le dommage subi par la société cible sera considéré comme étant le dommage subi par l'acheteur à concurrence de sa participation dans le capital de la société. Si la clause prévoit spécifiquement une réduction du prix, il faudra veiller à une rédaction rigoureuse de celle-ci afin de la distinguer clairement d'un éventuel mécanisme d'ajustement de prix et éviter ainsi tout risque de nullité de la vente pour cause d'indétermination du prix.

Le calcul de l'impact de la violation des garanties sur la valeur de la société cible se fait sur la base de documents comptables (généralement sous la forme d'un bilan récent) joints en annexe de la convention. Les méthodes classiques procèdent d'une approche purement patrimoniale de l'actif net réévalué ou de l'actif net après liquidation. En cas de contestation sur le montant du dommage, celui-ci doit être évalué

aux termes d'une expertise contradictoire dont la convention prévoit idéalement les formes et les modes de mise en mouvement.

Enfin, il n'est pas rare qu'une garantie financière supplémentaire soit réclamée du vendeur afin de sécuriser le paiement des montants éventuellement dus en vertu de son obligation de garantie. La mise en œuvre de cette 'garantie de la garantie' est réalisée sur la base de mécanismes classiques tels le placement d'une partie du prix de la vente sur un compte bloqué ('*escrow*'), la garantie bancaire à première demande ou encore le cautionnement personnel des personnes physiques contrôlant ou dirigeant l'entité cédante.

Chapitre VI
Les assemblées générales

Section 1
Notions générales

879. Importance des assemblées générales

L'assemblée générale est '*la réunion de tous les membres de la société assemblés pour délibérer sur les affaires sociales*'[1].

Avant les modifications introduites par la loi du 6 mars 1973, on considérait que l'assemblée générale constituait l'organe principal et souverain de la société. Elle était à la société anonyme ce que le pouvoir législatif était à la nation[2].

La loi du 6 mars 1973 a profondément modifié cette vision des choses en conférant au conseil d'administration '*le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social de la société, à l'exception de ceux que la loi réserve à l'assemblée générale*' (art. 522 C. soc.).

Cette révolution '*copernicienne*' n'a toutefois pas privé l'assemblée générale des actionnaires de tout pouvoir. Le code lui réserve encore des décisions importantes telles que les modifications des statuts, la nomination des administrateurs et commissaires, l'approbation des comptes,...

Les réformes législatives des dernières années témoignent de l'importance dont jouit encore l'assemblée générale. En modernisant les procédures de convocation, de participation et de tenue de l'assemblée, le législateur a eu à cœur de remédier à l'absentéisme des actionnaires et d'accentuer leur implication dans le processus de décision, tout en tenant compte des spécificités propres aux sociétés cotées.

880. Assemblées ordinaires et extraordinaires

On distingue généralement deux types d'assemblées générales:

- l'assemblée ordinaire, appelée également annuelle ou statutaire: elle se réunit au moins une fois par an, à la date, au lieu et à l'heure fixés par les statuts

1. *R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 1943, T. 12, *v° Sociétés anonymes*, n° 1141.
2. J. GUILLERY, *Des sociétés commerciales en Belgique, Commentaire de la loi du 18 mai 1873*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1882, p. 447, n° 723; voir également *supra*, n° 64.

(art. 552 C. soc.). Elle entend le rapport de gestion, le rapport des commissaires, discute les comptes annuels, vote la décharge aux administrateurs et commissaires, décide de la répartition des bénéfices éventuels et de tout autre point à l'ordre du jour (art. 554, al. 1er, C. soc.).

- l'assemblée extraordinaire: elle est réunie en dehors de l'assemblée annuelle à l'effet de délibérer sur tout objet quelconque mis à l'ordre du jour. Le plus souvent, il s'agira de se prononcer sur une modification des statuts.

Cette distinction n'a, dans les faits, pas grande importance[1]. Ces deux types d'assemblées sont soumis aux mêmes règles quant à leur convocation, leur tenue et leur mode de délibération sauf s'il s'agit d'une modification aux statuts. Dans cette dernière hypothèse, le législateur a, dans un souci légitime de protection, renforcé les formalités en exigeant notamment certains quorum de présence et de vote[2].

Section 2
Convocations

881. Pour qu'une assemblée, ordinaire ou extraordinaire, puisse délibérer, il faut que des convocations régulières aient été faites.

Il est toutefois unanimement admis que ces convocations sont inutiles si tous les actionnaires[3] se réunissent volontairement. Bien évidemment, cette assemblée ne pourra délibérer que sur les objets sur lesquels tous les actionnaires consentiraient à voter[4].

En dehors de cette hypothèse, il conviendra de convoquer l'assemblée. La loi édicte diverses règles quant à l'auteur, la forme et le contenu de la convocation ainsi que les informations à joindre à celle-ci.

1. Jugé que la décharge des administrateurs peut valablement être votée dans le cadre d'une assemblée générale extraordinaire quoique cette décharge soit mentionnée à l'article 554 C. soc. décrivant le contenu d'une assemblée générale ordinaire (Bruxelles, 12 avril 2002, *Rev. prat. soc.*, 2003, p. 276).
2. Nous signalerons, ci-après, ces exigences spécifiques.
3. Ainsi que, le cas échéant, les obligataires et les titulaires de droits de souscriptions (art. 537 C. soc.) lorsque la société a procédé à l'émission de tels titres.
4. C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. BENOÎT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 1142.

Sous-section 1
Qui peut convoquer?

§ 1. Assemblée ordinaire

882. C'est au conseil d'administration que revient l'obligation de convoquer l'assemblée statutaire. Si les administrateurs s'abstenaient de la convoquer pour la date fixée dans les statuts, ils seraient solidairement responsables de cette violation envers la société et les tiers[1].

En cas de carence du conseil, il appartient au(x) commissaire(s) de convoquer l'assemblée. Si les commissaires s'abstenaient ou refusaient de convoquer l'assemblée, les actionnaires n'auraient d'autre solution que d'*'assigner les administrateurs pour qu'il leur soit enjoint de convoquer l'assemblée, ou pour que soit nommé un mandataire de justice chargé de la convoquer, de la présider et d'en surveiller la tenue'*[2].

§ 2. Assemblée extraordinaire

A. Convocation par le conseil d'administration

883. *'Le conseil d'administration, les commissaires, s'il y en a, peuvent convoquer l'assemblée générale'* (art. 532, 1re phrase, C. soc.).

Les administrateurs ont la liberté la plus complète pour réunir l'assemblée générale et lui soumettre tous les points qu'ils désirent faire trancher[3].

Ce droit de convoquer appartient au conseil d'administration et non à l'administrateur individuellement.

B. Convocation par le(s) commissaire(s)

884. Lorsque la société a désigné un ou plusieurs commissaires[4], ceux-ci peuvent prendre l'initiative de convoquer l'assemblée. Ils doivent toutefois faire preuve de

1. J. Van Ryn, *Principes de droit commercial*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 691.
2. F. De Bauw, *Les assemblées générales dans les sociétés anonymes*, Bruxelles, Bruylant, 1996, n° 15.
3. *R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 1943, T. 12, *v° Sociétés anonymes*, n° 1144; sous réserve de la faculté reconnue à une frange de l'actionnariat de sociétés cotées de placer d'autres thèmes à l'ordre du jour en vertu de l'article 533*ter* C. soc., voir *infra*, n° 895.
4. Voir *infra*, nos 1240 et s.

la plus grande prudence, en veillant à ne pas s'immiscer inopportunément dans la gestion de la société[1]. Ils ne convoqueront l'assemblée que s'ils constatent des irrégularités dans la gestion ou un blocage mettant gravement la société en péril[2].

C. Convocation à la requête d'actionnaires représentant un cinquième du capital

885. L'article 532, 2ème phrase, C. soc. prévoit que les actionnaires représentant le cinquième du capital social ont le droit d'exiger du conseil d'administration et/ou des commissaires la convocation d'une assemblée générale. Quelques remarques à propos de cette disposition:

1. la loi ne permet pas à ces actionnaires de convoquer directement l'assemblée. En cas de refus du conseil et des commissaires éventuels, le président du tribunal de commerce statuant en référé peut désigner un administrateur provisoire avec pour mission de convoquer et présider l'assemblée[3];

2. le droit de requérir la convocation appartient à ceux qui possèdent un cinquième du capital social. Seuls disposent donc de ce droit les détenteurs d'actions représentatives du capital, à l'exclusion des autres titres. Il est toutefois admis qu'un seul actionnaire, à condition qu'il possède un cinquième du capital, puisse exiger la convocation;

3. ce droit des actionnaires représentant un cinquième du capital de demander la convocation de l'assemblée constitue une disposition d'ordre public. A partir du moment où ils sont régulièrement requis, les administrateurs n'ont pas à apprécier l'opportunité de la tenue d'une assemblée ni à rechercher s'il convient de lui soumettre les questions qu'on veut lui faire résoudre[4];

4. les statuts ne peuvent supprimer ou restreindre ce droit; ils peuvent toutefois en étendre l'application en prévoyant par exemple un seuil inférieur à celui d'un cinquième.

L'article 647, 1°, C. soc. punit d'une amende de 50 à 10.000 euros les administrateurs, commissaires ou liquidateurs qui auront négligé de convoquer l'assemblée dans les trois semaines de la réquisition qui leur en aura été faite.

1. P.A. Foriers, 'Les situations de blocage dans les sociétés anonymes', *R.D.C.*, 1992, p. 468.
2. F. De Bauw, *Les assemblées générales dans les sociétés anonymes*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 21, n° 23.
3. Comm. Courtrai (réf.), 24 juin 1968, *Rev. prat. soc.*, 1969, p. 268.
4. Bruxelles (8e ch.), 18 juin 1996, *T.R.V.*, 1996, p. 494.

D. Convocation par l'assemblée

886. L'assemblée a le droit de se convoquer elle-même[1]. En fait, cette hypothèse se rencontrera lorsque l'assemblée décide de postposer ses travaux à une époque déterminée par elle.

E. Convocation par le(s) liquidateur(s)

887. En cas de liquidation de la société, il appartient au(x) liquidateur(s) de convoquer l'assemblée. C'est également à eux que peuvent s'adresser les actionnaires disposant d'un cinquième du capital.

§ 3. Annulation ou ajournement de la convocation

888. Il est admis que l'auteur de la convocation peut toujours l'annuler ou ajourner la réunion[2]. Le conseil d'administration ne peut toutefois annuler la convocation d'une assemblée faite à la requête d'actionnaires représentant un cinquième du capital que si ces mêmes actionnaires le requièrent d'annuler la convocation. Il ne peut, non plus, annuler la convocation de l'assemblée générale ordinaire; tout au plus, peut-il proroger cette assemblée à trois semaines[3].

Enfin, tout intéressé peut agir en référé aux fins d'obtenir l'ajournement de l'assemblée[4].

Sous-section 2
Forme de la convocation

§ 1. Principe

889. La loi vise tout d'abord les situations où la société a émis des titres dématérialisés.

1. C. Resteau, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. Benoît-Moury et A. Grégoire, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 1131.
2. F. De Bauw, *Les assemblées générales dans les sociétés anonymes*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 29, n° 44.
3. Voir *infra*, n° 941. Dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché visé à l'art. 4 C. soc., ce délai est porté à cinq semaines.
4. F. De Bauw, *Les assemblées générales dans les sociétés anonymes*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 30, n° 47; Comm. Hasselt, 25 octobre 1990, *T.R.V.*, 1991, p. 183 et note W. Kupers.

Une distinction est faite selon le type d'assemblée à convoquer (art. 533, § 1er, al. 1er, C. soc.).

Pour les assemblées statutaires entendues comme les assemblées générales annuelles qui se tiennent dans la commune aux lieu, jour et heure indiqués dans l'acte constitutif et dont l'ordre du jour se limite aux décisions visées à l'article 554 C. soc., une seule publication de la convocation effectuée 15 jours au moins avant l'assemblée dans le *Moniteur belge* suffit.

Pour les assemblées statutaires ayant le cas échéant, un ordre du jour plus étendu et pour toutes les assemblées générales extraordinaires, une deuxième publication devra intervenir simultanément dans un organe de presse de diffusion nationale.

890. Lorsque la société est cotée, le délai de convocation est porté à 30 jours (art. 533, § 2, al. 1er, C. soc.).

Le système de convocation par l'intermédiaire du *Moniteur belge* et d'un organe de presse de diffusion nationale est complété d'une convocation '*dans des médias dont on peut raisonnablement attendre une diffusion efficace des informations auprès du public dans l'ensemble de l'Espace économique européen et qui sont accessibles rapidement et de manière non discriminatoire*' (art. 533, § 2, al. 1er, c, C. soc.). Les travaux préparatoires de la loi du 20 décembre 2010 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées qui a modifié l'article 533 en ce sens ne précisent pas autrement quels types de médias sont susceptibles de présenter ces caractéristiques qu'en se référant aux recommandations formulées par la F.S.M.A. aux émetteurs d'instruments financiers admis à la négociation sur un marché réglementé '*d'utiliser le plus grand nombre possible de canaux de distribution différents, tels que des agences de presse, des journaux (y compris des journaux à diffusion plus large que nationale), des fournisseurs d'informations (électroniques), etc.*'[1]. La loi précise en outre que la société ne peut pas facturer aux actionnaires des frais spécifiques liés à ce mode de convocation (art. 533, § 2, al. 5, C. soc.).

891. Lorsqu'en plus des titres dématérialisés, la société a émis des titres nominatifs, les convocations doivent être faites comme indiqué ci-dessus, par voie de publications.

En plus, '*ces convocations seront communiquées, quinze jours avant l'assemblée, aux actionnaires, porteurs d'obligations ou titulaires d'un droit de souscription en nom, aux titulaires de certificats nominatifs émis avec la collaboration de la société, aux administrateurs et aux commissaires; cette communication se fait*

1. *Doc. parl.*, Ch., n° 53-421/001, p. 13 *in fine* et 14.

par lettre ordinaire sauf si les destinataires ont individuellement, expressément et par écrit, accepté de recevoir la convocation moyennant un autre moyen de communication, sans qu'il doive être justifié de l'accomplissement de cette formalité' (art. 533, § 1er, al. 2 et § 2, al. 3, C. soc.). Il n'est donc pas nécessaire d'adresser ces lettres par voie recommandée.

§ 2. Exception lorsque tous les titres sont nominatifs

892. Lorsque tous les titres sont nominatifs, les convocations peuvent être faites uniquement par lettres recommandées à moins que les destinataires aient individuellement, expressément et par écrit, accepté de recevoir la convocation moyennant un autre moyen de communication (art. 533, § 1er, al. 3 et § 2, al. 4, C. soc.)[1]. Des convocations par simple lettre, téléfax ou voie électronique seraient donc admissibles dans ce cas.

Celles-ci sont adressées au moins quinze jours avant l'assemblée. Ce délai n'est pas un délai '*franc*'[2]. Répond au vœu de la loi l'envoi des lettres fait le quinzième jour avant l'assemblée[3]. Rien n'empêche les statuts de prévoir un délai plus long.

Sous-section 3
Contenu de la convocation

893. Les convocations pour toute assemblée générale doivent contenir:

- l'identification de l'organe qui convoque (conseil d'administration, commissaire...);
- le lieu, la date et l'heure de la réunion;
- les formalités d'enregistrement prescrites par la loi ou par les statuts pour pouvoir être admis à l'assemblée[4];
- l'ordre du jour.

1. Il se déduit du libellé de la disposition que même si toutes les actions sont nominatives, les convocations devront être faites par voie de presse en cas d'existence d'obligataires ou de titulaires de droits de souscription qui ne revêtiraient pas la forme nominative.
2. Un délai est franc lorsqu'il ne comprend ni le *dies a quo* ni le *dies ad quem*.
3. C. Resteau, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. Benoît-Moury et A. Grégoire, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 1144.
4. Voir *infra*, n° 1438.

Pour les assemblées générales des sociétés cotées, les convocations doivent contenir en plus les éléments d'information suivants (art. 533*bis*, § 1er, 5° et 6°, C. soc.):

- l'indication de l'adresse où il est possible d'obtenir le texte intégral des documents et des propositions de décision nécessaires en vue de la participation à l'assemblée, ainsi que des démarches à effectuer à cet effet;
- l'indication de l'adresse précise du site internet sur lequel les informations à publier en vertu de l'article 533*bis*, § 2, C. soc. seront disponibles.

894. L'indication de l'ordre du jour est essentielle. C'est en effet la lecture de cet ordre du jour qui incitera l'actionnaire à se rendre ou non à l'assemblée. Il limite également la compétence de l'assemblée.

L'ordre du jour est rédigé par ceux qui convoquent l'assemblée. Si la convocation a lieu à la requête d'actionnaires, ces derniers doivent indiquer les questions qu'ils souhaitent voir portées à l'ordre du jour.

895. Pour les sociétés cotées, la loi prévoit la faculté pour un ou plusieurs actionnaires possédant ensemble au moins 3 % du capital social[1] de requérir l'inscription de sujets à traiter à l'ordre du jour de toute assemblée générale autre que l'assemblée statutaire, ainsi que de déposer des propositions de décision concernant des sujets à traiter inscrits ou à inscrire à l'ordre du jour (art. 533*ter*, § 1er, al. 1er, C. soc.).

Pour être valable, toute requête en ce sens doit parvenir à la société, le cas échéant par voie électronique, au plus tard le vingt-deuxième jour qui précède la date de l'assemblée générale, auquel cas la société sera tenue de publier un ordre du jour complété des sujets à traiter additionnels et des propositions de décision y afférentes qui y auraient été portés, et/ou des propositions de décision qui seules auraient été formulées, au plus tard le quinzième jour qui précède la date de l'assemblée générale (art. 533*ter*, § 3, C. soc.).

896. L'ordre du jour doit être suffisamment précis.

1. Cette détention est établie soit par un certificat constatant l'inscription des actions correspondantes sur le registre des actions nominatives de la société, soit par une attestation, établie par le teneur de comptes agréé ou l'organisme de liquidation, certifiant l'inscription en compte du nombre d'actions dématérialisées correspondantes (art. 533*ter*, § 1er, al. 2, C. soc.).

Deux remarques:

1. l'assemblée statutaire est toujours compétente pour entendre les rapports de gestion et des commissaires, discuter et adopter les comptes annuels et voter la décharge car c'est la mission normale de cette assemblée (art. 554, al. 1er et 2, C. soc.)[1];

2. le code formule des exigences spécifiques quant au contenu de l'ordre du jour pour certains types de décisions ou de sociétés:

   (i) en cas de modifications statutaires, il convient de préciser en quoi consistent les modifications proposées à chacun des articles des statuts (art. 558, al. 2, C. soc.)[2];

   (ii) un certain nombre de décisions requièrent un rapport du conseil d'administration et, dans certains cas, du commissaire-réviseur, d'un réviseur d'entreprises ou d'un expert-comptable externe. La loi impose souvent d'annoncer ces rapports dans l'ordre du jour[3].

   (iii) pour les sociétés ayant fait appel ou faisant appel public à l'épargne, la loi précise que l'ordre du jour devra également contenir les propositions de décisions et pour les sociétés cotées, la proposition du comité d'audit relative à la nomination ou au renouvellement d'un commissaire ou du réviseur d'entreprises chargé du contrôle des comptes consolidés (art. 533, § 1er, al. 4, C. soc.).

897. Il est unanimement admis que l'assemblée ne peut délibérer en dehors des points figurant à l'ordre du jour.

Ce principe connaît cependant trois tempéraments:

1. la compétence de l'assemblée s'étend au contenu implicite de l'ordre du jour[4]. Il ne faudrait toutefois pas que sous le couvert de la mention '*Divers*', l'on cherche à faire voter une question essentielle. La rubrique '*Divers*' portée à l'ordre du jour ne peut couvrir que des points d'importance secondaire ou des mesures d'exécution;

2. l'urgence peut toutefois, selon les circonstances, justifier que l'assemblée délibère sur un point ne figurant pas à l'ordre du jour. Il convient toutefois qu'il s'agisse d'une question imprévue qui exige, dans l'intérêt de la société, une décision immédiate[1];

3. Si tous les actionnaires sont présents ou dûment représentés[2], ils peuvent bien évidemment aborder tout point sur lequel ils seraient tous d'accord de délibérer.

1. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 697.
2. Ce qui n'impose toutefois pas la mention du texte complet de la disposition statutaire nouvelle (J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 796).
3. Voir notamment art. 29*quater*, 33*bis*, § 2, 33*bis*, § 6, 34, § 2, 34*bis*, § 4, 64*quinquies*, 70*bis*, 71, 101*ter*, 101*quater*, 103, 167, 178*bis*, 697, 710, 733, 748 L.C.S.C. La loi exige également, en cas de décharge aux administrateurs d'indiquer dans la convocation les actes faits en dehors des statuts et pour lesquels la décharge est demandée (art. 79, al. 3, L.C.S.C.). Enfin, en cas de réduction de capital, les convocations doivent indiquer la manière dont cette réduction sera opérée ainsi que son but (art. 72 L.C.S.C.).
4. Ainsi par exemple, lorsque l'objet mis au vote est une suite normale d'un point mentionné (Liège, 12 janvier 1961, *Rev. prat. soc.*, 1962, p. 146).

Sous-section 4
Documents à joindre à la convocation – Information à publier simultanément

898. Doivent être adressés aux actionnaires nominatifs en même temps que la convocation et tenus à la disposition de tout actionnaire, au siège social, quinze jours avant l'assemblée:

- pour l'assemblée ordinaire, les comptes annuels, les rapports de gestion et des commissaires (art. 553 C. soc.);

- les rapports et/ou états comptables prévus par les articles 181, 445, 560, 582, 583, 596, 603, 633, 697, 710, 720, 733, 748, 761 et 778 C. soc.;

- les observations écrites du commissaire en cas de révocation (art. 135 C. soc.).

899. Depuis la loi du 20 décembre 2010, entrée en vigueur le 28 avril 2011, les sociétés cotées doivent également mettre à disposition de leurs actionnaires sur leur site internet au moins les informations suivantes, et ce à partir de la date de la convocation pendant une période expirant 5 ans après la tenue de l'assemblée générale (art. 533*bis*, § 2, C. soc.):

- la convocation ainsi que, le cas échéant, l'ordre du jour publié conformément à l'article 533*ter*, § 3, C. soc.;

1. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 697.
2. Et à condition que la société n'ait pas émis d'emprunt obligataire ou de droits de souscriptions (voir *supra*, n° 881).

- le nombre total d'actions et de droits de vote à la date de la convocation, y compris des totaux distincts pour chaque catégorie d'actions, lorsque le capital de la société est divisé en deux catégories d'actions ou plus;

- les documents destinés à être présentés à l'assemblée générale;

- pour chaque sujet à traiter inscrit à l'ordre du jour de l'assemblée générale, une proposition de décision ou, lorsque le sujet à traiter ne requiert pas l'adoption d'une décision, un commentaire émanant du conseil d'administration. En outre, les propositions de décision formulées par les actionnaires en application de l'article 533*ter* sont ajoutées au site internet dès que possible après leur réception par la société;

- les formulaires qui peuvent être utilisés pour voter par procuration et, le cas échéant, pour voter par correspondance, sauf si ces formulaires sont adressés directement à chaque actionnaire.

Section 3
Tenue des assemblées générales

Sous-section 1
Composition de l'assemblée

§ 1. Qui peut assister à l'assemblée générale?

900. Peuvent assister[1] à l'assemblée générale:

- les actionnaires;

- les titulaires de parts bénéficiaires;

- les obligataires (art. 537 C. soc.);

- les titulaires d'un droit de souscription (art. 537 C. soc.);

- les mandataires de ceux-ci[2];

- les administrateurs et les commissaires.

1. L'assistance n'implique pas nécessairement le droit de vote (*infra*, n°s 911 et s.).
2. Voir *infra*, n° 918.

La présence des administrateurs est obligatoire afin de leur permettre de répondre aux questions qui leur seraient posées par les actionnaires au sujet de leur rapport ou des points portés à l'ordre du jour. Il en va de même des commissaires lorsque la loi leur impose d'établir un rapport (art. 538 C. soc.).

La question de savoir si les actionnaires ont le droit de se faire accompagner de leur conseil pour assister à l'assemblée demeure controversée[1]. Dans la pratique, il est rare que l'assemblée refuse cette présence. En cas de crainte d'une attitude négative de l'assemblée, il est possible de demander au juge des référés d'autoriser cette présence.

§ 2. Formalités d'admission

901. Les statuts peuvent imposer l'accomplissement de certaines formalités pour assister à l'assemblée (art. 536, § 1er, al. 1er, C. soc.).

Seuls les statuts peuvent déterminer les formalités à accomplir[2]. Ils peuvent ainsi prévoir l'obligation pour les actionnaires nominatifs ou dématérialisés d'aviser le conseil de leur intention de participer à l'assemblée. Ils peuvent également stipuler que les obligataires seront soumis aux mêmes formalités d'admission que les actionnaires. Toute latitude est laissée aux statuts sous réserve que, sous couvert d'organisation, on en arrive à enlever à un actionnaire ou à une catégorie d'actionnaires, le droit de vote[3].

902. Pour les sociétés ayant fait ou faisant appel public à l'épargne le droit de participer à l'assemblée générale est subordonné, soit à l'inscription de l'actionnaire sur le registre des actions nominatives de la société, soit au dépôt d'une attestation, (établie par le teneur de comptes agréé ou l'organisme de liquidation constatant l'indisponibilité, jusqu'à la date de l'assemblée générale, des actions dématérialisées), aux lieux indiqués par l'avis de convocation, dans le délai porté par les statuts sans que celui-ci puisse être supérieur à six jours ni inférieur à trois jours ouvrables avant la date fixée pour la réunion de l'assemblée générale. En cas de silence des statuts, ce délai expirera le troisième jour avant la date fixée pour la réunion de l'assemblée générale (art. 536, § 1er, al. 2, C. soc.).

1. A. Benoit-Moury, 'Dix ans de jurisprudence en matière de sociétés', *Act. dr.*, 1991, n° 50, p. 118; S. Raes, 'De bijstand van een advocaat als raadsman op de vergadering van een orgaan van een rechtspersoon', *T.R.V.*, 1989, p. 36. Pour plus de détails, voir F. De Bauw, *Les assemblées générales dans les sociétés anonymes*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 218 à 223, n°s 502 à 510, pp. 218 à 223.
2. Voir Comm. Bruxelles, 1er juillet 1993, *Rev. prat. soc.*, 1994, p. 314 et note P. Lambrecht.
3. C. Resteau, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. Benoît-Moury et A. Grégoire, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 1168.

Pour les sociétés cotées, le droit de participer à une assemblée générale et d'y exercer le droit de vote est précisé à l'article 536, § 2, C. soc. Les actions doivent tout d'abord faire l'objet d'un enregistrement comptable, au nom de l'actionnaire, entre le quatorzième jour et vingt-quatre heures avant l'assemblée générale, soit par leur inscription sur le registre des actions nominatives de la société, soit par leur inscription dans les comptes d'un teneur de compte agréé ou d'un organisme de liquidation. Ensuite, l'actionnaire indique à la société, ou à la personne qu'elle a désignée à cette fin, sa volonté de participer à l'assemblée générale, au plus tard le sixième jour qui précède la date de l'assemblée. Enfin, une attestation sera délivrée à l'actionnaire par le teneur de comptes agréé ou par l'organisme de liquidation certifiant le nombre d'actions dématérialisées inscrites à son nom à la date d'enregistrement, pour lequel l'actionnaire a déclaré vouloir participer à l'assemblée générale.

Il est significatif que selon le système mis en place et pour des raisons techniques évidentes, l'actionnaire se voit reconnaître le droit de participer à l'assemblée générale sans qu'il soit tenu compte du nombre d'actions détenues au jour de celle-ci (art. 536, § 2, al. 1er, *in fine*, C. soc.) et alors même qu'il aura peut-être cédé sa participation entre-temps.

§ 3. Liste de présences

903. La tenue d'une liste des présences est obligatoire (art. 539 C. soc.). Celle-ci peut être rédigée sur une feuille qui sera annexée au procès-verbal; rien n'empêche toutefois de mentionner directement le nom du propriétaire des titres au début du procès-verbal de la réunion.

Sous-section 2
Organisation de l'assemblée

904. Les statuts ont toute liberté pour déterminer le mode de délibération de l'assemblée générale (art. 63 C. soc.).

Ce n'est qu'en l'absence de dispositions statutaires sur ce point que la loi prévoit que '*les nominations se font et les décisions se prennent d'après les règles ordinaires des assemblées délibérantes*' (art. 63 C. soc.).

Nous n'envisagerons pas ici l'infinie palette des dispositions statutaires[1]. Nous nous bornerons à rappeler les usages des assemblées délibérantes.

On peut les résumer comme suit[2]: un bureau provisoire est constitué. Celui-ci se compose du président, à savoir le doyen d'âge, de deux scrutateurs et d'un secrétaire étant les membres les plus jeunes de l'assemblée. Ce bureau provisoire procède à la vérification des pouvoirs des actionnaires. Lorsque les pouvoirs ont été vérifiés, on procède à l'élection du bureau définitif. Il se compose d'un président, d'un secrétaire, et d'un ou deux scrutateurs désignés par le sort.

Chaque membre du bureau a un rôle bien défini:

- le président a la police de l'assemblée; c'est lui qui dirige l'ensemble des opérations;
- le secrétaire l'assiste dans cette mission et prend toutes les notes nécessaires à la rédaction du procès-verbal;
- le ou les scrutateurs sont chargés du dépouillement et de la vérification des scrutins.

Rappelons encore que l'ensemble de ces règles ne s'appliquent qu'en cas de silence des statuts. On ne peut donc que conseiller aux fondateurs de prévoir dans les statuts la composition du bureau.

Sous-section 3
Réponse aux questions

905. Les administrateurs et, le cas échéant, les commissaires, répondent aux questions qui leur sont posées par les actionnaires, en assemblée ou par écrit, au sujet de leur rapport ou des points portés à l'ordre du jour (art. 540, al. 1er et 2, C. soc.). Le texte légal précise, depuis la loi du 20 décembre 2010, que ces réponses ne seront

1. Exemple de clause statutaire:
*'Article ** – BUREAU. Toute assemblée générale est présidée par le président du conseil d'administration ou, à son défaut, par un vice-président ou, à leur défaut, par l'administration-délégué. En cas d'absence ou d'empêchement des personnes ci-avant citées, l'assemblée est présidée par le plus fort actionnaire présent et acceptant ou par le plus âgé de ceux-ci s'il y en a plusieurs de même importance. Le président désigne le secrétaire. Si le nombre d'actionnaires présents le permet, l'assemblée choisit un ou plusieurs scrutateurs parmi ses membres. Les administrateurs présents complètent le bureau'.*
Voir également H. Olivier et K. Deboeck, *Vademecum de l'administrateur de société anonyme*, Bruxelles, Créadif, 1992, 3e éd., n° 304.
2. Voir pour plus de détails, C. Resteau, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. Benoît-Moury et A. Grégoire, Bruxelles, Swinnen, 1981, nos 1199 à 1213.

fournies que dans la mesure où la communication de données ou de faits n'est pas de nature à porter préjudice aux intérêts commerciaux de la société ou aux engagements de confidentialité souscrits par la société, ses administrateurs ou, le cas échéant, ses commissaires. Le principe était déjà constant en jurisprudence[1].

Il est prévu par ailleurs que les actionnaires puissent, dès la publication de la convocation, poser leurs questions par écrit, le cas échéant par voie électronique. Il y sera répondu au cours de l'assemblée pour autant que ces actionnaires aient satisfait aux formalités d'admission à l'assemblée. Les statuts peuvent fixer le délai dans lequel ces questions écrites doivent parvenir à la société sauf dans les sociétés cotées où les questions écrites doivent parvenir à la société au plus tard le sixième jour qui précède la date de l'assemblée (art. 540, al. 4, C. soc.).

Sous-section 4
Décisions et procès-verbaux

906. Les décisions de l'assemblée sont prises à la majorité simple ou à la majorité qualifiée (*infra*, Section 4).

Un procès-verbal de l'assemblée doit être dressé. Lorsque l'assemblée ne porte pas sur une modification des statuts, le secrétaire rédige le procès-verbal. Celui-ci est signé par les membres du bureau et par les actionnaires qui le demandent; les expéditions à délivrer aux tiers sont signées par un ou plusieurs administrateurs, conformément à ce que prévoient les statuts (art. 546 C. soc.).

Lorsque l'assemblée est tenue devant notaire, celui-ci rédige le procès-verbal.

907. Depuis la loi du 2 août 2002, certaines assemblées générales peuvent être tenues par écrit. Le législateur a souhaité avaliser la pratique *contra legem*, existant au sein de nombreuses sociétés, qui consistait pour l'organe de gestion à faire circuler entre actionnaires, en dehors de toute réunion effective, des procès-verbaux destinés à rendre compte d'assemblées générales fictives.

Désormais, à l'exception des décisions qui doivent être passées par acte authentique, les actionnaires peuvent, à l'unanimité, prendre toute autre décision par écrit en faisant usage de la procédure décrite ci-avant.

1. Le législateur a ainsi mis fin à la controverse née d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Gand selon lequel le droit de poser des questions est absolu et que, par conséquent, il ne pouvait être mis fin aux questions-réponses par un vote majoritaire de l'assemblée (Gand, 18 avril 2002, *T.R.V.*, 2002, p. 225); au sujet de cette controverse, voir G. RAUCQ et P. HAINAUT-HAMENDE, *Rép. not.*, T. 12, Livre IV, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 495, p. 628 et références citées.

Le rôle des titulaires d'obligations et de droits de souscription en est réduit d'autant puisqu'ils se voient simplement attribuer le droit de prendre connaissance des décisions alors qu'en principe, ils participent à l'assemblée avec voix consultative (art. 537 C. soc.).

Sous-section 5
Participation à l'assemblée par des moyens électroniques

908. Depuis la loi du 12 décembre 2010, il est possible pour les actionnaires de participer à distance à une assemblée générale grâce à un moyen de communication électronique de type vidéoconférence mis à disposition par la société et ceci pour autant que les statuts le prévoient (art. 538*bis*, § 1er, al. 1er, C. soc.).

Le recours à ce mode de participation suppose que la société soit en mesure de contrôler, grâce au moyen de communication électronique utilisé, la qualité et l'identité de l'actionnaire. Inversement, le système en question doit au moins permettre à l'actionnaire, de manière directe, simultanée et continue, de prendre connaissance des discussions au sein de l'assemblée, le cas échéant de poser des questions, et d'exercer le droit de vote sur tous les points sur lesquels l'assemblée est appelée à se prononcer. Certaines règles de forme précisées à l'article 538*bis*, C. soc. devront en outre être respectées.

La participation à distance est exclue pour les membres du bureau de l'assemblée générale, aux administrateurs et aux commissaires (art. 538*bis*, § 1er, al. 8, C. soc.). Prévue en principe pour les actionnaires, la loi stipule que cette possibilité pourrait être étendue, par voie statutaire, aux titulaires de parts bénéficiaires, aux porteurs d'obligations et aux titulaires de droits de souscription ou de certificats émis avec la collaboration de la société, compte tenu des droits qui leur ont été attribués (art. 538*bis*, §§ 2 et 3, C. soc.).

Section 4
Le vote aux assemblées générales

Sous-section 1
Notions générales

909. Le fonctionnement de l'assemblée générale de la société anonyme est basé sur le principe démocratique[1].

1. H. OLIVIER et K. DEBOECK, *Vademecum de l'administrateur de société anonyme*, Bruxelles, Créadif, 1992, 3e éd., n° 313.

Dans cette perspective, le droit de vote de l'actionnaire est une prérogative essentielle. D'une part, il apparaît comme un procédé de défense de l'actionnaire: en votant à l'assemblée générale, il peut influer sur la direction des affaires sociales et partant protéger le patrimoine qu'il a investi dans la société. D'autre part, il constitue également un moyen de gestion du patrimoine de la société.

Ces deux aspects du droit de vote en expliquent la nature:

- c'est une prérogative de l'actionnaire: l'actionnaire est libre ou non de voter, et celui qui aurait un intérêt personnel dans la délibération n'a aucune obligation d'abstention[1];

- c'est également un droit fonctionnel: l'actionnaire ne peut aller jusqu'à détourner complètement son vote de sa finalité sociale.

Cette nature du droit de vote semble toutefois évoluer, le caractère fonctionnel de celui-ci étant de plus en plus marqué.

En effet, le droit de vote apparaît moins comme une prérogative de l'actionnaire que comme un attribut de l'action. C'est ce qu'exprime l'article 547 C. soc.: '*Tous les actionnaires ayant droit de vote peuvent voter...*' Depuis la loi du 18 juillet 1991, le droit de vote n'apparaît plus comme le corollaire nécessaire de l'action: le législateur a permis la création d'actions sans droit de vote (*supra*, n°s 801 à 806); il a, après la Cour de cassation, admis la licéité des conventions portant sur l'exercice du droit de vote (*infra*, n°s 926 et s.). L'article 547 C. soc. fait écho à cette '*désacralisation du droit de vote*'[2] en prévoyant que seuls les actionnaires titulaires d'actions ayant le droit de vote pourront voter.

Sous-section 2
Titres ayant le droit de vote

910. Seuls ont le droit de vote aux assemblées générales les propriétaires des titres auxquels la loi ou les statuts reconnaissent pareil droit de vote.

1. Pour des exemples de législations étrangères privant l'actionnaire du droit de vote dans pareilles circonstances: voir F. T'KINT, 'Les actions et le droit de vote', *Rev. prat. soc.*, 1989, p. 242.
2. T. TILQUIN, 'La société privée et la société faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne. Evolutions récentes', *R.D.C.*, 1993, p. 107, n° 11.

Ainsi en est-il:

- des propriétaires d'actions de capital avec droit de vote;

- des propriétaires de parts bénéficiaires lorsque les statuts leur accordent ce droit de vote.

On notera toutefois que la loi accorde, dans des circonstances spécifiques, un droit de vote aux actions de capital sans droit de vote (*supra*, n° 803) ainsi qu'aux parts bénéficiaires privées statutairement du droit de vote (*supra*, n° 810).

Deux remarques s'agissant des actions de capital avec droit de vote:

1. le droit de vote qui leur est reconnu ne peut être retiré indirectement par les statuts.
   Serait ainsi illicite la clause stipulant que seuls peuvent voter les actionnaires propriétaires, par exemple, de cinq actions[1]. Il en irait de même de celle qui imposerait un délai d'attente à un nouvel actionnaire avant qu'il ne puisse prendre part au vote[2].
   Ceci n'empêche bien évidemment pas les statuts de prévoir des formalités d'admission à l'assemblée (*supra*, n° 901);

2. lorsque les actions de capital donnent droit au vote, celui-ci doit être proportionnel à la quotité de capital que l'action représente.
   L'article 541 C. soc. traduit ce principe: '*Lorsque les actions ou parts sont de valeur égale, chacune donne droit à une voix. Lorsqu'elles sont de valeur inégale ou que leur valeur n'est pas mentionnée, chacune d'elles confère de plein droit un nombre de voix proportionnel à la partie du capital qu'elle représente, en comptant pour une voix l'action ou la part représentant la quotité la plus faible*'.
   Il n'est donc pas permis de créer des actions à vote plural, donnant par exemple droit à 10 voix, alors que d'autres actions de même valeur n'en auraient qu'une.

1. C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. BENOÎT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 1150.
2. F. T'KINT, 'Les actions et le droit de vote', *Rev. prat. soc.*, 1989, p. 243.

Sous-section 3
L'exercice du droit de vote

§ 1. À QUI APPARTIENT LE DROIT DE VOTE?

911. L'article 547 C. soc. énonce le principe: '*Tous les actionnaires ayant droit de vote peuvent voter par eux-mêmes ou par procuration*'.

L'article 551*bis* C. soc., intégré dans le code depuis la loi du 20 décembre 2010, consacre l'obligation de traiter de manière égalitaire tous les actionnaires qui se trouvent dans une situation identique. Ce principe est un des fondements du fonctionnement des sociétés[1].

A. Vote par le propriétaire

912. Le propriétaire des titres peut toujours voter en personne[2].

Il faut cependant tenir compte de certaines circonstances spécifiques.

a. Titres en indivision

913. En cas de copropriété, '*la société a le droit de suspendre l'exercice des droits y afférents jusqu'à ce qu'une seule personne soit désignée comme étant, à son égard, propriétaire de l'action*' (art. 461 C. soc.).

b. Démembrement de la propriété

914. La loi ne prévoit aucune disposition spécifique en cas de démembrement de la propriété des titres entre usufruitier et nu-propriétaire.

1. F. HELLEMANS, *De algemene vergadering*, Biblo, 2001, p. 720, n° 673 et les références citées; voir également *infra*, n° 956.
2. L'article 651, 1°, C. soc. qui sanctionnait pénalement ceux qui, en se présentant sciemment comme propriétaires d'actions qui ne leur appartenaient pas, ont pris part au vote a été abrogé par la loi du 14 décembre 2005 portant suppression des titres au porteur. Cette sanction, qui subsiste pour les SPRL et les SCRL (art. 349, 1°, et 389, 1°, C. soc.) a été abrogée dans les sociétés anonymes afin de mettre un terme à l'insécurité juridique affectant la participation à l'assemblée générale du titulaire ultime des titres nominatifs ou d'un intermédiaire détenteur de ces titres et dès lors de favoriser la circulation scripturale des titres nominatifs (art. 32 de la loi, *Doc. parl.*, Ch., n° 51-1974/001, p. 23).

Les statuts peuvent régler cette délicate question en étendant le principe de l'article 461 C. soc. à cette hypothèse.

A défaut de stipulation statutaire, on admet que l'usufruitier est apte à exercer le droit de vote aux assemblées ordinaires. Dans les autres cas, il convient de voir si la décision envisagée concerne la jouissance de l'action (usufruitier) ou sa substance (nu-propriétaire). Devant les difficultés pratiques soulevées[1], on ne peut que conseiller de régler statutairement cette question[2].

c. Titres gagés

915. Lorsque les titres sont gagés, le vote appartient en principe au débiteur gagiste[3]. Toutefois, en vertu de la loi du 14 décembre 2005 (art. 11), les parties au gage peuvent déroger conventionnellement au principe et transférer au créancier gagiste les droits attachés aux titres mis en gage.

d. Titres saisis

916. Le droit de vote appartient au saisi jusqu'au jour de la vente[4].

e. Titres sous séquestre

917. En principe, sauf décision contraire du jugement ou de l'ordonnance instituant le séquestre, le droit de vote appartient au possesseur apparent.

B. Vote par procuration

918. Selon l'article 547 C. soc., les actionnaires peuvent également voter par procuration.

1. Voir C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. BENOÎT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 1162.
2. On notera que la jurisprudence française condamne les clauses statutaires privant le nu-propriétaire de tout droit de vote au profit de l'usufruitier. Voir récemment Cass. fr., 4 janvier 1994, *Bull. Joly*, 1994, p. 279. Sur cet arrêt: J.-J. DAIGRE, 'Un arrêt de principe: Le nu-propriétaire de droits sociaux ne peut pas être totalement privé de son droit de vote (A propos de Cass. comm., 4 janvier 1994)', *Bull. Joly*, 1994, pp. 249 et s.
3. F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, 2004, 4ème éd., p. 150, n° 284.
4. C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. BENOÎT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 1164.

Il est unanimement admis que les statuts ne pourraient exclure ce vote par mandataire[1].

Toutefois, les statuts peuvent, sans supprimer ce droit, régler les conditions auxquelles les actionnaires devront se conformer pour voter par mandataire[2]. Ces conditions ne peuvent évidemment rendre impossible l'exercice du droit de vote[3].

919. L'article 547, alinéa 2, C. soc. précise qu'il faut entendre par procuration, '*le pouvoir donné par un actionnaire à une personne physique ou morale pour exercer au nom de cet actionnaire tout ou partie de ses droits lors de l'assemblée générale*'.

La procuration peut être donnée pour une ou plusieurs assemblées déterminées ou pour les assemblées tenues pendant une période déterminée. Lorsqu'elle est donnée pour une assemblée, elle vaut pour les assemblées successives convoquées avec le même ordre du jour.

Enfin, le mandataire bénéficie des mêmes droits que l'actionnaire ainsi représenté et, en particulier, du droit de prendre la parole, de poser des questions lors de l'assemblée générale et d'y exercer le droit de vote (art. 547, al. 4, C. soc.).

La loi prévoit des modalités particulières pour l'octroi de procurations dans les sociétés ayant fait ou faisant appel public à l'épargne et dans les sociétés cotées (art. 547*bis* et 548 C. soc.).

920. L'article 548 C. soc. réglemente la sollicitation publique de procuration. Cette pratique consiste à inviter les actionnaires à donner procuration au sollicitant pour les représenter à l'assemblée générale.

C'est le caractère public de la sollicitation et non la nature de la société qui en fait l'objet qui rend applicable cette réglementation. Peu importe qu'il s'agisse d'une société ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne[4].

1. F. DE BAUW, *Les assemblées générales dans les sociétés anonymes*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 117 et s., n° 236 et s.
2. En prévoyant, par exemple, que seul un actionnaire peut être mandataire.
3. F. DE BAUW, 'L'organisation et la tenue des assemblées générales de sociétés anonymes depuis la loi du 18 juillet 1991', *R.D.C.*, 1992, p. 230, n° 4.3.
4. La loi renforce toutefois les exigences pour ce type de sociétés (art. 549, al. 3 à 6, C. soc.).

En application de l'article 549, dernier alinéa C. soc., l'arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés détermine, en son article 204, le caractère public d'une sollicitation de procuration[1].

Celui qui sollicite publiquement procuration devra respecter les règles suivantes (art. 549, al. 1er C. soc.):

'*1° la procuration n'est sollicitée que pour une seule assemblée, mais elle vaut pour les assemblées successives avec le même ordre du jour;*

2° la procuration est révocable;

3° la demande de procuration doit contenir, au moins, les mentions suivantes:
a) l'ordre du jour avec une indication des sujets à traiter ainsi que les propositions de décisions;
b) l'indication que les documents sociaux sont à la disposition de l'actionnaire qui les demande;
c) l'indication du sens dans lequel le mandataire exercera son droit de vote;
d) une description détaillée et une justification de l'objectif de celui qui sollicite la procuration'.

On notera que c'est le sollicitant qui indique le sens dans lequel il votera, libre à l'actionnaire de donner ou non procuration. Le sollicitant pourra s'écarter du sens indiqué '*soit en raison de circonstances inconnues au moment où les instructions ont été données, soit lorsque leur exécution risquerait de compromettre les intérêts*

1. *Le caractère public d'une sollicitation de procuration au sens de l'article 549 du Code des sociétés est établi dès qu'une des circonstances suivantes est réalisée:*
1° la mise en œuvre, par le demandeur ou sur l'ordre de celui-ci, de procédés de publicité de quelque nature qu'ils soient, destinés à solliciter ou à recommander la procuration visée;
2° le recours à ou l'intervention d'un ou de plusieurs intermédiaires;
3° la sollicitation, par le demandeur ou pour le compte de celui-ci, de plus (d'au moins 100) actionnaires;
Pour l'application de la présente disposition est considérée comme procédé de publicité:
a) la diffusion d'informations dans la presse écrite ou dans des publications périodiques ou non, ou par la radio, la télévision ou tout autre moyen audiovisuel;
b) la diffusion de circulaires ou de tous autres documents standardisés relatifs à la demande, même s'ils sont adressés personnellement au destinataire;
c) la diffusion d'informations par voie de téléphonie ou par recours à un système d'information électronique;
d) l'utilisation d'autres techniques visant à porter la demande à la connaissance du public.
Pour l'application de la présente disposition, il y a lieu d'entendre par intermédiaire, toute personne physique ou morale qui, même à titre d'activité temporaire ou accessoire, et en quelque qualité que ce soit, intervient directement ou indirectement, contre rémunération ou avantage de quelque nature que ce soit, dans une sollicitation de procuration pour le compte du demandeur.

du mandant' (art. 549, al. 2, C. soc.). Dans ce cas, le sollicitant devra en informer l'actionnaire.

921. Relevons enfin que pour les sociétés cotées, lorsque l'ordre du jour a fait l'objet d'une modification suite à la requête faite en ce sens par des actionnaires représentant au moins 3 % du capital de la société (art. 533*ter* C. soc.), les procurations de vote notifiées à la société antérieurement à la publication de l'ordre du jour complété restent valables pour les sujets à traiter inscrits à l'ordre du jour qu'elles couvrent. Pour les sujets à traiter inscrits à l'ordre du jour qui font l'objet de propositions de décision nouvelles déposées en application de la présente disposition, le mandataire peut, en assemblée, s'écarter des éventuelles instructions données par son mandant si l'exécution de ces instructions risquerait de compromettre les intérêts de son mandant. Il doit toutefois en informer son mandant (art. 533, § 4, al. 1er et 2, C. soc.).

Dans tous les cas, la procuration doit indiquer si le mandataire est autorisé à voter sur les sujets à traiter nouveaux inscrits à l'ordre du jour ou s'il doit s'abstenir (art. 533, § 4, al. 3, C. soc.).

§ 2. Mode de votation

A. Principes

922. A défaut de disposition statutaire, on appliquera les principes des assemblées délibérantes (art. 63 C. soc.):

- les votes ayant pour objet des nominations ou révocations ou des questions de personnes ont lieu au scrutin secret;

- dans les autres cas, les votes se font par assis et levé sauf si le résultat du vote selon cette technique est douteux ou lorsque les actionnaires ne disposent pas d'un nombre égal de voix ou sont représentés par mandataire[1]. On procédera alors au vote par appel nominal. Il en sera de même lorsque cinq actionnaires au moins le demandent[2].

1. G. Raucq et P. Hainaut-Hamende, 'Les sociétés anonymes', *Rép. not.*, T. 12, Livre IV, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 640, n° 504.
2. C. Resteau, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. Benoît-Moury et A. Grégoire, Bruxelles, Swinnen, 1981, p. 401, n° 1207.

Le nom des actionnaires opposants ne doit pas être noté au procès-verbal de l'assemblée *sauf* en cas de vote de la décharge. En effet, seuls les actionnaires minoritaires absents lors de ce vote ou qui n'ont pas voté la décharge peuvent intenter l'action sociale de l'article 562 C. soc. (*infra*, nos 1227 et s.).

B. Vote à distance

923. Selon l'article 550, § 1er, C. soc., '*les statuts peuvent autoriser tout actionnaire à voter à distance avant l'assemblée générale, par correspondance ou sous forme électronique, au moyen d'un formulaire mis à disposition par la société*'. En cas de vote sous forme électronique, la société doit être en mesure, selon des modalités définies dans les statuts, de contrôler la qualité et l'identité de l'actionnaire faisant usage de cette faculté.

Le formulaire de vote à distance doit contenir au moins différentes mentions légales permettant d'identifier avec précision l'actionnaire votant. En outre, '*les formulaires dans lesquels ne seraient mentionnés ni le sens d'un vote ni l'abstention, sont nuls*' (art. 550, § 2, C. soc.).

Le formulaire de vote par correspondance doit parvenir à la société dans le délai prévu par les statuts ou, pour les sociétés cotées, au plus tard le sixième jour avant l'assemblée. Lorsque le vote est exprimé par voie électronique, il peut l'être jusqu'au jour de l'assemblée (art. 550, § 3, al. 1er et 2, C. soc.).

La prise en compte du vote à distance pour le calcul des règles de quorum et de majorité suppose évidemment que les éventuelles conditions de participation à l'assemblée générale prévues à l'article 536 C. soc. soient remplies (art. 550, § 3, al. 3, C. soc.).

Contrairement à ce qui est prévu pour les sociétés cotées, le vote exprimé par l'actionnaire qui aurait cédé ses titres entre l'expédition de son formulaire de vote et l'assemblée générale, est considéré comme nul (art. 550, § 3, al. 4, C. soc.).

§ 3. Restrictions à l'exercice du droit de vote

A. Restrictions légales

924. La loi prévoit diverses hypothèses où le droit de vote sera suspendu[1]:

- articles 442, § 1er, alinéa 3 et 585, § 1er, alinéa 3, C. soc.: suspension des droits afférents aux actions souscrites par la société ou sa filiale (*infra*, nos 1478 et 1479);
- article 461 C. soc.: suspension des droits à défaut pour les copropriétaires d'avoir désigné une seule personne comme propriétaire de l'action à l'égard de la société;
- article 622, § 1er, C. soc.: suspension des droits attachés aux actions acquises par la société qui les a émises (*infra*, nos 1480 et s.);
- article 630, § 1er, alinéa 2 C. soc.: suspension des droits attachés aux actions détenues en gage par la société qui les a émises (*infra*, nos 1505 et 1506);
- article 631, § 1er, C. soc.: suspension des droits attachés aux actions détenues dans le cadre de participations croisées (*infra*, nos 1508 et s.);
- article 541 C. soc.: suspension des droits afférents aux actions sur lesquelles les versements régulièrement appelés et exigibles n'ont pas été effectués.

B. Restrictions statutaires et conventionnelles

a. Article 544 C. soc.

925. Avant la loi du 18 juillet 1991, l'article 76 des L.C.S.C. limitait le pouvoir votal des actionnaires en leur interdisant de prendre part au vote pour un nombre de voix dépassant la cinquième partie du nombre de voix attachées à l'ensemble des titres ou les deux cinquièmes du nombre de voix attachées aux titres représentés.

Depuis la loi du 13 avril 1995, '*les statuts peuvent limiter le nombre de voix dont chaque actionnaire dispose dans les assemblées, sous la condition que cette limitation s'impose à tout actionnaire quels que soient les titres pour lesquels il prend part au vote*' (art. 544 C. soc.).

1. On tiendra également compte des règles applicables aux parts bénéficiaires (art. 75 L.C.S.C.) (voir *supra*, n° 810).

Deux observations s'imposent.

1. La limitation statutaire doit, pour être valable, s'imposer à '*tout actionnaire*'.

La loi entend ainsi interdire qu'une clause limitative du droit de vote puisse opérer des distinctions selon les catégories de titres pour lesquels il est pris part au vote.

Par contre, l'article 544 '*n'empêche pas les limitations fondées sur le statut de l'actionnaire (limitation pour l'actionnaire personne morale et non pour l'actionnaire personne physique)*'[1].

2. La limitation statutaire doit viser tout actionnaire '*quels que soient les titres pour lesquels il prend part au vote*'.

Il ressort clairement des travaux préparatoires de la loi du 13 avril 1995 que cette expression entend soumettre à la limitation de la puissance votale non seulement les actions mais également les parts bénéficiaires[2]. L'article 544 concerne, en effet, les droits de l'actionnaire et non les droits attachés à l'action.

Notons enfin que la loi prévoit diverses hypothèses dans lesquelles la limitation statutaire ne s'appliquera pas:

- article 632, § 2, alinéa 5 C. soc.;
- article 560, alinéa 4 C. soc.

b. Conventions de vote

926. Il peut être utile pour les actionnaires de régler, dans une convention de vote ou un pacte de votation, l'exercice de leur droit de vote aux assemblées générales.

Traditionnellement, les clauses par lesquelles les actionnaires s'engageaient à exercer leur droit de vote, soit dans le sens prévu par la convention elle-même, soit comme la majorité d'entre eux le déciderait, étaient considérées comme nulles[3].

Par un arrêt du 13 avril 1989, dont la doctrine n'avait pas manqué de souligner l'importance, la Cour de cassation avait posé le principe de la licéité des conventions de vote '*lorsqu'elles ne suppriment pas le droit de l'actionnaire de participer*

1. *Doc. parl.*, Sénat, 1993-1994, n° 1086-2, p. 194.
2. *Ibid.*
3. P. Van Ommeslaghe, 'Les conventions d'actionnaires en droit belge', *Rev. prat. soc.*, 1989, n° 13.

aux décisions sociales, qu'elles sont conformes à l'intérêt de la société elle-même et qu'elles sont exemptes de toute idée de fraude'[1].

Aussi, le législateur a estimé devoir consacrer la licéité des conventions de vote.

L'article 551 C. soc. prévoit que:

'*§ 1er. L'exercice du droit de vote peut faire l'objet de conventions entre actionnaires. Ces conventions doivent être limitées dans le temps et être justifiées par l'intérêt social à tout moment.*
Toutefois, sont nulles:
1° les conventions qui sont contraires aux dispositions du présent code ou à l'intérêt social;
2° les conventions par lesquelles un actionnaire s'engage à voter conformément aux directives données par la société, par une filiale ou encore par l'un des organes de ces sociétés;
3° les conventions par lesquelles un actionnaire s'engage envers les mêmes sociétés ou les mêmes organes à approuver les propositions émanant des organes de la société.

§ 2. Les conventions entre actionnaires qui sont contraires aux articles 510 et 511 sont nulles.

§ 3. Les votes émis en assemblée générale en vertu des conventions visées au § 1er, alinéa 3, et § 2 sont nuls. Ces votes entraînent la nullité des décisions prises à moins qu'ils n'aient eu aucune incidence sur la validité du vote intervenu. L'action en nullité se prescrit six mois après le vote'.

1. Conditions de validité des conventions de vote

927. L'article 551, § 1er, alinéa 1er, C. soc. consacre la validité de principe des conventions de vote.

Il soumet toutefois celle-ci à deux exigences:

- la limitation dans le temps;
- la justification à tout moment par l'intérêt social.

1. Cass., 13 avril 1989, *Pas.*, 1989,1, p. 825, *R.D.C.*, 1989, p. 878. Voir pour un commentaire de cet arrêt P. VAN OMMESLAGHE, 'Les conventions d'actionnaires en droit belge', *Rev. prat. soc.*, 1989, pp. 312 à 322; D. MICHELS, *J.T.*, 1990, pp. 751 à 759; M. WYCKAERT, *T.R.V.*, 1989, pp. 326 à 330; J.-M. NELISSEN-GRADE, *R.C.J.B.*, 1991, pp. 214 à 257.

a) La limitation dans le temps

928. Le régime des conventions de vote est aligné sur celui des clauses d'inaliénabilité. On se référera donc à ce qui a été déjà dit à ce propos (*supra*, n° 855).

b) La justification à tout moment par l'intérêt social

929. Comme pour les clauses d'inaliénabilité, le législateur exige que la convention de vote soit justifiée par l'intérêt social à tout moment.

La conformité de la convention à l'intérêt social n'est pas une innovation. La Cour de cassation, dans son arrêt du 13 avril 1989, avait déjà dégagé cette condition.

Par contre, l'exigence que la convention soit conforme '*à tout moment*' à l'intérêt social implique que l'appréciation de la conformité à l'intérêt social ne se limite pas au moment de la conclusion de la convention, au risque de rendre précaires les conventions de vote en question[1].

2. Sanctions des conventions de vote illicites

930. L'article 551, § 1er, alinéa 3 et § 2, C. soc. énonce quatre causes de nullité frappant les conventions de vote – même si celles-ci sont limitées dans le temps:

1. les conventions qui sont contraires au code ou à l'intérêt social[2];
2. les conventions par lesquelles un actionnaire s'engage à voter conformément aux directives données par la société, par une filiale ou encore par l'un des organes de ces sociétés;
3. les conventions par lesquelles un actionnaire s'engage envers les mêmes sociétés ou les mêmes organes à approuver les propositions émanant des organes de la société.
4. les conventions contraires aux § 2 à § 4 des articles 510 et 511 (*supra*, n° 862).

1. J.-M. GOLLIER et P. MALHERBE, 'Les sociétés commerciales. Lois des 7 et 13 avril 1995', *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 129, n° 126.
2. La majeure partie de la doctrine considère que les conventions de vote ne peuvent méconnaître les statuts. Pour une opinion plus nuancée, voir B. FERON, 'Les conventions d'actionnaires après la loi du 13 avril 1995', *R.D.C.*, 1996, pp. 699 à 701.

Toutefois, les votes émis en assemblée générale en vertu d'une convention illicite ne pourront entraîner la nullité des décisions prises que s'ils ont eu une incidence sur la validité du vote intervenu (art. 551, § 3, C. soc.). En outre, cette action en annulation des décisions de l'assemblée se prescrit six mois après le vote.

3. Violation de conventions de vote licites

931. Assez curieusement, la loi n'envisage pas la question de la violation d'une convention de vote licite.

On considère traditionnellement[1] que la convention de vote ne concerne que les parties contractantes et est donc étrangère à la société ('*res inter alios acta*'). En vertu de cette conception, l'inexécution de la convention de vote n'affecte en rien la vie de la société[2]: les votes émis en violation de la convention restent valables vis-à-vis de la société. Elle se résoudra par l'allocation de dommages et intérêts par la partie défaillante aux autres parties à la convention victimes de cette violation.

Dans une remarquable étude sur les conventions de vote, le professeur NELISSEN-GRADE s'est quelque peu écarté de l'opinion traditionnelle exposée ci-dessus: '*Dès lors que l'on reconnaît la validité des conventions de vote, il faut admettre que le juge puisse, conformément au droit commun, en ordonner l'exécution en nature, chaque fois qu'elle est possible, et avec toutes les conséquences que cela comporte*'[3]. Il s'ensuit que les parties à une convention de vote pourraient se pourvoir devant le juge en vue d'obtenir que celui-ci condamne l'actionnaire défaillant à voter dans le sens de son engagement, voire même que le juge se substitue à cet actionnaire, son jugement tenant lieu de vote[4].

En pratique, on évitera valablement l'écueil de l'inopposabilité du pacte de votation à la société en intégrant cette dernière comme partie signataire de la convention afin de lui en rendre les termes opposables.

Enfin, comme l'a souligné pertinemment Isabelle CORBISIER[5], '*il apparaît aussi que,... le non-respect d'une convention de vote conforme à l'intérêt social (il semblerait ici qu'une justification positive au regard de cet intérêt doive pouvoir être avancée) puisse entraîner la nullité d'une décision d'assemblée générale qui procéderait de la méconnaissance des dispositions de la convention*'.

1. P. DE WOLF et B. FERON, 'Les conventions d'actionnaires. Une évolution inachevée', *D.A.O.R.*, 1991, n° 37.
2. En ce sens, M. WYCKAERT, 'De conventionele bescherming van de minderheidsaandeelhouder. De bescherming van de minderheidsaandeelhouder', *T.R.V.*, 1988, numéro spécial, V, p. 54.
3. J.-M. NELISSEN-GRADE, 'De la validité et de l'exécution de la convention de vote dans la société anonyme', note sous Cass., 13 avril 1989, *R.C.J.B.*, 1991, pp. 252 à 257.
4. Sur cette question, voir L. VAN CANEGHEM, 'L'exécution forcée en nature des conventions de vote dans la société anonyme', *Rev. prat. soc.*, 1996, pp. 31 à 59.
5. I. CORBISIER, 'La société et ses associés', *in Droit des sociétés: les lois des 7 et 13 avril 1995*, Centre Jean Renaud, U.C.L., p. 188, n° 17.2.

C. Restrictions judiciaires

932. La suspension du droit de vote peut aussi être ordonnée par justice.

La loi prévoit expressément cette possibilité dans plusieurs hypothèses.

Les juges des référés ont également multiplié le recours à cette '*sanction*'.

a. Dispositions légales

933. Diverses dispositions de la loi permettent au juge de suspendre le droit de vote lié à certaines actions.

Ainsi, dans les procédures d'exclusion (art. 638, al. 2, C. soc.) et de rachat forcé (art. 642, al. 2, C. soc.)[1], la loi autorise le juge à suspendre les droits liés aux actions ou parts à transférer, à l'exception du droit au dividende. Cette décision n'est d'ailleurs susceptible d'aucun recours.

L'article 641 C. soc. va même plus loin puisqu'il autorise le juge, pour de justes motifs, à transférer le droit de vote exercé à un autre titre que celui de propriétaire au(x) titulaire(s) de l'action.

b. Le juge des référés

934. Le président du tribunal de commerce, siégeant en référé, peut toujours par ordonnance suspendre le droit de vote de certaines actions afin d'*'éviter qu'une atteinte irréparable, grave ou suffisamment sérieuse, soit portée, par des décisions déjà adoptées, voire simplement annoncées dans un ordre du jour, aux intérêts de la société, d'un associé, d'un groupe d'associés ou de tiers qui contribuent étroitement à l'exploitation de l'entreprise*'[2].

1. Voir *infra*, n°s 1521 et s.
2. P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, 'Examen de jurisprudence (1979 à 1990). Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1993, p. 808, n° 203.

La jurisprudence a, au cours de ces dernières années, multiplié les exemples de pareille intervention du juge des référés[1] principalement lorsqu'il y avait contestation sur la propriété de certaines actions ou parts[2].

§ 4. Abus du droit de vote: abus de majorité et de minorité

935. La théorie de l'abus de majorité – ou de minorité – est régulièrement invoquée devant nos cours et tribunaux à l'effet de sanctionner les actionnaires qui useraient de leur droit de vote en assemblée générale au détriment de certains actionnaires ou de l'intérêt social. On renvoie le lecteur pour plus de détails sur cette question au Titre IX de ce traité (*infra*, n°s 1645 et s.).

A. Abus de majorité

936. Selon la doctrine classique[3], l'abus de majorité requiert trois conditions:

- la décision critiquée doit avoir un effet spoliateur pour l'actionnaire minoritaire; il suffit toutefois que le préjudice soit potentiel;
- '*l'effet spoliateur suppose que la décision critiquée soit prise non dans l'intérêt de la société mais en considération d'un intérêt étranger à celle-ci (intérêt du groupe majoritaire, ou d'une tierce personne)*'[4];
- il faut en outre que l'abus présente un caractère '*intentionnel*'[5]. Tel est certainement le cas lorsque la résolution adoptée est prise dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité[6]. Outre cette volonté affichée de nuire à la minorité, l'élément intentionnel peut aussi résulter de '*la volonté ou de la conscience de poursuivre, au détriment de la société ou des autres associés, un intérêt tiers*'[7].

1. G. Horsmans, 'Le rôle du juge dans la vie des sociétés', *in Les sociétés commerciales,* Ed. Jeune Barreau, 1985, pp. 391 et s.
2. Voir par exemple Bruxelles, 21 juin 1988, *Rev. prat. soc.*, 1989, p. 47; Comm. Bruxelles, 2 mars 1988, *Rev. prat. soc.*, 1988, p. 197; Comm. Bruxelles, 5 janvier 1988, *J.T.*, 1988, p. 69; Bruxelles, 13 mars 1991, *Rev. prat. soc.*, 1992, p. 221.
3. P. Coppens, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, Louvain, 1947; P.-A. Foriers, F. Maussion et L. Simont, 'L'abus de pouvoirs ou de fonctions', *Travaux de l'Association H. Capitant*, T. 28, Paris, 1980, pp. 178 et s.
4. J. Van Ryn et P. Van Ommeslaghe, 'Examen de jurisprudence (1972 à 1978). Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1981, p. 400, n° 71.
5. P. Coppens, 'Du caractère intentionnel de l'abus de majorité', *Rev. prat. soc.*, 1955, pp. 292 à 295.
6. Cass. comm. fr., 2 juillet 1985, *Bull. soc.*, octobre 1985, p. 962.
7. P. Van Ommeslaghe, *Droits et devoirs des sociétés-mères et de leurs filiales*, Rapport général, p. 86, n° 38.

Cette exigence d'un élément intentionnel implique que '*le juge ne peut intervenir qu'exceptionnellement pour censurer une décision de l'assemblée générale, puisque c'est, en principe, la loi majoritaire qui préside au fonctionnement de celle-ci dans les sociétés anonymes*'[1].

La doctrine récente semble toutefois remettre en cause ce caractère intentionnel de l'abus de majorité pour se rallier à une conception '*objective*' de l'abus du droit de vote[2]. L'abus du droit de vote n'est en effet en rien différent d'un autre abus[3] et aucune disposition du Code des sociétés ne permet de déduire cette exigence supplémentaire[4]. C'est donc par rapport à la bonne foi, qui doit présider à l'exécution du pacte social, que s'appréciera objectivement le manquement[5]: l'abus pourra ainsi résulter d'une simple légèreté. La théorie du contrôle marginal, chère au regretté professeur Ronse[6], permettra d'éviter un interventionnisme judiciaire excessif[7]: le juge n'interviendra que pour sanctionner les comportements qui excèdent manifestement l'exercice normal du droit de vote.

B. Abus de minorité

937. L'abus du droit de vote n'est pas l'apanage de la majorité. Il peut également venir de la minorité.

L'abus de minorité est généralement perçu comme étant le fait de quelques actionnaires qui, au cours d'une assemblée générale, usent des prérogatives que leur accordent la loi ou les statuts dans un intérêt contraire à celui de la société[8]. Il répond aux mêmes conditions que l'abus de majorité[9].

1. P. Van Ommeslaghe et X. Dieux, 'Examen de jurisprudence (1979 à 1990). Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1993, p. 809, n° 143.
2. J.-M. Nelissen-Grade, 'De la validité et de l'exécution de la convention de vote dans la société anonyme', *R.C.J.B.*, 1991, p. 244, n° 50; T. Tilquin, 'Les opérations d'assainissement du capital des sociétés en difficulté et l'abus de droit des actionnaires', *R.D.C.*, 1991, p. 18; P. Van Ommeslaghe et X. Dieux, 'Examen de jurisprudence (1979 à 1990). Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1993. pp. 808 et s., n° 143.
3. J. Ronse, *Nietigheid van besluiten van organen van de N.V.*, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland, Jaarboek 1965-1966, pp. 391 et s.
4. P. Van Ommeslaghe et X. Dieux, 'Examen de jurisprudence (1979 à 1990). Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1993, p. 809, n° 143.
5. J.-M. Nelissen-Grade, note sous Cass., 13 avril 1989, *R.C.J.B.*, 1991, p. 244, n° 50.
6. J. Ronse, 'Marginale toetsing in het privaatrecht', *T.P.R.*, 1977, p. 207.
7. J.-M. Nelissen-Grade, note sous Cass., 13 avril 1989, *R.C.J.B.*, 1991, pp. 214 à 257.
8. G-A. Dal et P. Nicaise, 'L'actionnaire minoritaire', *XIVe Journées d'études juridiques Jean Dabin*, 19-20 novembre 1992, Louvain-La-Neuve, p. 32.
9. Pour plus de détails, voir L. Simont, 'Réflexion sur l'abus de minorité', *Liber Amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1986.

A titre d'exemple, on peut citer le jugement du Tribunal de commerce de Bruxelles du 13 décembre 1984[1] rendu dans la désormais célèbre affaire Rossel. En l'espèce, les actionnaires minoritaires disposaient statutairement du droit de présenter à l'assemblée générale trois administrateurs sur sept, les présentations se faisant '*successivement place par place*' par la désignation de leurs candidats. Après avoir vu un de leurs candidats évincé lors des deux premières présentations, les actionnaires minoritaires tentèrent de l'imposer en le présentant, à la troisième place, en concours avec un candidat '*manifestement incompatible avec les intérêts et l'objet de la société*'.

La décision du tribunal fut de considérer que les actionnaires minoritaires '*ont entendu placer l'assemblée générale devant un* 'choix' *impossible entre une candidature systématiquement rejetée et une autre, inacceptable pour la société, avec l'intention de la contraindre à voter pour le premier candidat; que ces manœuvres inspirées par des fins égoïstes et au mépris de l'intérêt social constituent un abus de droit caractérisé*'.

L'utilisation par des actionnaires d'une minorité de blocage peut aussi être susceptible d'abus. Il en va ainsi lorsque les minoritaires refusent leur concours à une mesure proposée par la majorité et qui requiert une majorité qualifiée. Bien évidemment, le simple fait de s'opposer à la proposition des majoritaires n'est pas nécessairement constitutif d'abus.

Ainsi, dans un arrêt du 9 novembre 1991[2] la Cour d'appel de Liège confirmant un jugement du Tribunal de commerce de Liège du 20 janvier 1981[3], a considéré relativement au vote négatif d'actionnaires minoritaires à l'encontre de propositions de prorogation d'une société et d'augmentation de son capital:

'*Attendu que l'on ne peut conclure que les intimés (minoritaires) ont agi sans le moindre souci des intérêts de la société en refusant la prorogation de celle-ci, telle qu'elle leur était proposée, le 24 novembre 1980, sans qu'aucune suite ne soit donnée à leurs propres propositions; que les appelants ne rapportent pas la preuve que les intimés n'auraient pas agi comme l'aurait fait une personne prudente et diligente, et qu'ils auraient outrepassé les limites de l'exercice normal de leurs droits; que, dès lors, l'abus de droit n'est pas établi dans leur chef*'.

Dans le même sens, on peut également citer un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 20 mars 1981[4], confirmant un jugement du Tribunal de commerce de Bruxelles du 15 juin 1979[5].

1. *Rev. prat. soc.*, 1985, p. 122.
2. *Rev. prat. soc.*, 1982, p. 145.
3. *Rev. prat. soc.*, 1981, p. 292.
4. *Rev. prat. soc.*, 1981, p. 133.
5. *Rev. prat. soc.*, 1980, p. 65.

Un problème se pose également au niveau de la sanction dans ces hypothèses de '*résistance abusive*' des minoritaires: le principe étant la réparation en nature[1], le juge peut-il enjoindre à l'actionnaire minoritaire de voter dans le sens de la résolution ou à défaut de pareil vote, considérer que le jugement à intervenir tiendra lieu de vote positif? De nombreux auteurs n'hésitent pas à s'engager dans cette voie[2]. La jurisprudence paraît quelque fois plus hésitante[3]. La Cour de cassation française a opté pour une solution originale[4]: pour sanctionner l'abus de minorité, le juge ne peut se substituer aux organes sociaux légalement compétents et décider que sa décision vaut acte; en revanche, '*il lui est possible de désigner un mandataire aux fins de représenter les associés minoritaires défaillants à une nouvelle assemblée et de voter en leur nom dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social mais ne portant pas atteinte à l'intérêt légitime des minoritaires*'.

Section 5
Pouvoirs des assemblées générales

Sous-section 1
Principes

938. Comme nous l'avons déjà indiqué (*supra*, n° 879), l'assemblée générale des actionnaires n'a plus, depuis la loi de 1973, le pouvoir résiduel, celui-ci ayant été transféré au conseil d'administration.

Toutefois, l'assemblée dispose de compétences que la loi lui réserve impérativement:

- approbation des comptes annuels (art. 554, al. 2, C. soc.);
- vote de la décharge des administrateurs et des commissaires (art. 554, al. 2, C. soc.);

1. Ce qu'a encore rappelé la Cour de cassation dans un arrêt du 26 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1341: '*Attendu que la victime d'un dommage résultant d'un acte illicite a le droit d'en exiger la réparation en nature si elle est possible et ne constitue pas l'exercice abusif d'un droit*'.
2. MESTRE, 'Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés', *R.J.C.*, 1985, pp. 81 et s., spécialement pp. 87-89; J. RONSE, J.-M. NELISSEN-GRADE, R. VAN HULLE, 'Overzicht van rechtspraak (1978-1985) – vennootschapsrecht', *T.P.R.*, 1982, p. 1341, n° 341; T. TILQUIN, 'Les opérations d'assainissement du capital des sociétés en difficulté et l'abus de droit des actionnaires', *R.D.C.*, 1991, pp. 6 à 24; P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, 'Examen de jurisprudence (1979 à 1990). Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1993, p. 816, n° 145.
3. Comm. Bruxelles, 13 décembre 1984, *Rev. prat. soc.*, 1985, p. 137: '*Le tribunal n'a pas le pouvoir d'imposer à un groupe d'actionnaires de voter dans un sens déterminé, au mépris de la liberté de vote;... qu'il appartient aux actionnaires d'exercer la prérogative dans le respect des statuts et de l'intérêt social; que le tribunal ne pourrait que sanctionner a posteriori le vote émis en contradiction avec les statuts ou l'intérêt social*'; voir également, Mons, 23 mars 1989, *R.D.C.*, 1990, p. 326.
4. Cass. comm. fr., 9 mars 1993, *Rev. soc.*, 1993, p. 403 et note P. MERLE, *D.*, 1993, 363 et note Y. GUYON, *J.C.P.*, 1993, II, 22107 et note Y. PACLOT.

- nomination et révocation des administrateurs (art. 518, § 2, C. soc.);
- nomination et révocation des commissaires (art. 130 C. soc.);
- modification des statuts (art. 558 C. soc.);
- modification du capital (art. 581 C. soc.)[1];
- restructuration (art. 670 et ss. C.soc.);
- transformation (art. 744 et ss. C.soc.);
- dissolution (art. 181 et ss. C.soc.).

L'assemblée ne pourrait renoncer à ces compétences exclusives au profit d'un autre organe de la société. Ainsi, les statuts ne pourraient-ils laisser le soin de nommer les administrateurs à d'autres que l'assemblée.

Les statuts peuvent étendre les compétences de l'assemblée en prévoyant par exemple que les actes importants de gestion, tels que l'aliénation ou l'affectation en hypothèque des immeubles sociaux ou du fonds de commerce, doivent être soumis à l'autorisation préalable de l'assemblée. Ces restrictions à la plénitude de gestion du conseil d'administration n'ont pas d'effet vis-à-vis des tiers, même si elles sont publiées[2]. Elles sont toutefois valables dans l'ordre interne de la société: les administrateurs qui ne les respecteraient pas pourraient voir leur responsabilité engagée vis-à-vis de la société.

Nous nous proposons d'envisager ci-après les pouvoirs et règles particulières des différents types d'assemblées.

Sous-section 2
Assemblée générale statutaire[3]

§ 1. Pouvoirs

939. Trois points doivent obligatoirement figurer à l'ordre du jour de l'assemblée statutaire (art. 554 C. soc.):

- rapport du conseil d'administration et éventuellement des commissaires;

1. Sous réserve de la procédure du capital autorisé (*infra*, n°s 1053 et s.).
2. Voir *infra*, n° 1041.
3. Appelée aussi assemblée ordinaire ou annuelle (*supra*, n° 879).

- approbation des comptes annuels;
- décharge des administrateurs et éventuellement des commissaires.

Indépendamment de ces trois points, l'assemblée statutaire peut se prononcer sur toute question que le conseil d'administration jugerait bon d'inscrire à l'ordre du jour.

§ 2. Présence et majorité

940. L'assemblée peut délibérer quel que soit le nombre d'actionnaires présents ou représentés sauf si les statuts en disposent autrement.

A défaut de stipulation statutaire, les décisions sont prises à la majorité simple.

§ 3. Prorogation de l'assemblée ordinaire

941. L'article 555 C. soc. permet au conseil d'administration de proroger, séance tenante, l'assemblée générale à trois semaines.

Ce droit ne peut être exercé qu'à l'assemblée générale statutaire[1]. Le conseil d'administration n'est pas tenu de justifier ou de motiver sa décision[2].

Cette décision '*annule toute décision prise. La seconde assemblée a le droit d'arrêter définitivement les comptes annuels*' (art. 555 C. soc.). Cette seconde assemblée n'est plus susceptible de prorogation. Il appartient au conseil d'établir de nouvelles convocations pour cette seconde assemblée[3].

Si le conseil d'administration accepte le bien-fondé des observations formulées par l'assemblée et, en conséquence, se propose de modifier les comptes annuels, il ne pourrait user de son droit de prorogation pour soumettre à la seconde assemblée des comptes modifiés dans l'intervalle. En effet, la seconde assemblée n'est une prorogation de la première que si elle se tient avec le même ordre du jour et sur la base des *mêmes documents*. Le conseil, après avoir tenu une réunion spéciale pour l'approbation des comptes modifiés devrait, dans la rigueur des principes, convo-

1. Les statuts pourraient toutefois reconnaître également ce droit pour toute autre assemblée (G. Raucq et P. Hainaut-Hamende, *Rép. not.*, T. 12, Livre IV, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 411, p. 648).
2. J. Van Ryn, *Principes de droit commercial*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 770.
3. *Ibid.*, n° 770.

quer une nouvelle assemblée générale en veillant à respecter le prescrit de l'article 535 C. soc[1].

Sous-section 3
Assemblée générale extraordinaire

942. Seules les assemblées générales extraordinaires impliquant une modification des statuts sont soumises à des règles particulières.

Ces règles sont encore renforcées dans certaines circonstances spécifiques (modification de l'objet social, transformation,...).

§ 1. Modification des statuts

943. Compte tenu de l'importance de la décision, le législateur a renforcé les formalités en cas de modification des statuts.

A. Convocations

944. Conformément à l'article 558, alinéa 2, C. soc., '*l'assemblée générale ne peut valablement délibérer sur les modifications aux statuts que si l'objet des modifications proposées a été spécialement indiqué dans la convocation*' (*supra*, n° 337).

On rappellera que la simple mention '*modification des statuts*' ou '*modification des articles... des statuts*' est insuffisante: il faut préciser en quoi consistent les modifications proposées à chacun des articles des statuts[2].

B. Quorum de présence

945. '*L'assemblée générale ne peut valablement délibérer sur les modifications aux statuts que si... ceux qui assistent à la réunion représentent la moitié au moins du capital social*' (art. 558, al. 2, *in fine* C. soc.).

1. F. De Bauw, *Les assemblées générales dans les sociétés anonymes*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 237, n° 552.
2. G. Raucq et P. Hainaut-Hamende, *Rép. not.*, T. 12, Livre IV, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 610, n° 471.

Si ce quorum de présence n'est pas atteint, '*une nouvelle convocation sera nécessaire et la deuxième assemblée délibérera valablement, quelle que soit la portion du capital représentée par les actionnaires présents*' (art. 558, al. 3, C. soc.).

C. Quorum de voix

946. Aucune modification n'est admise, dispose l'article 554, alinéa 4, C. soc., '*que si elle réunit les trois quarts des voix*'.

Les statuts ne pourraient prévoir un chiffre inférieur à cette majorité des trois quarts. Rien ne les empêche toutefois d'exiger une majorité plus importante.

D. Acte notarié

947. Conformément à l'article 66, alinéa 3, C. soc., toute modification aux statuts doit, à peine de nullité, être reçue par acte authentique. Celui-ci devra être déposé et publié (*supra*, n° 785).

§ 2. Modification de l'objet social

948. La loi du 6 janvier 1958 a prévu la possibilité pour l'assemblée générale de modifier l'objet social.

Elle pose toutefois des conditions plus lourdes pour cette modification particulière des statuts (art. 559 C. soc.):

1. Le conseil d'administration doit établir un rapport auquel est joint un état résumant la situation active et passive de la société, arrêté à une date ne remontant pas à plus de trois mois. Ce rapport devra donner une '*justification détaillée*' de la modification proposée. S'il existe des commissaires, ils devront faire rapport sur l'état annexé au rapport du conseil.

2. Quorum de présence:
   '*L'assemblée générale ne peut valablement délibérer sur la modification à l'objet social 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 titres non représentatifs du capital.*
   Si cette condition n'est pas remplie, une nouvelle convocation sera nécessaire. Pour que la deuxième assemblée délibère valablement, il suffira qu'une portion quelconque du capital y soit représentée' (art. 559, al. 4 et 5, C. soc.).

3. Quorum de vote:
'*Aucune modification n'est admise que si elle réunit les quatre cinquièmes au moins des voix.*
Nonobstant toute disposition contraire des statuts, les titres ne représentant pas le capital exprimé donneront droit à une voix par titre. Ils ne pourront se voir attribuer dans l'ensemble un nombre de voix supérieur à la moitié de celui attribué à l'ensemble des actions ou parts représentatives du capital exprimé, ni être comptés dans le vote pour un nombre de voix supérieur aux deux tiers du nombre des voix émises par les actions ou parts représentatives du capital exprimé. Si les votes soumis à la limitation sont émis en sens différents, la réduction s'opérera proportionnellement; il n'est pas tenu compte des fractions de voix' (art. 70*bis*, al. 5 et 6, C. soc.).

§ 3. Modification des '*droits respectifs*' des catégories

949. Lorsqu'existent au sein de la société anonyme plusieurs catégories d'actions, l'assemblée générale peut modifier leurs droits respectifs en respectant la procédure de l'article 560 C. soc.

La loi n'a pas voulu que la société reste prisonnière d'avantages attribués antérieurement à certaines catégories de titres, représentatifs ou non du capital et ceci, '*nonobstant toutes dispositions contraires des statuts*' (art. 560, al. 1er, C. soc.).

La procédure de l'article 560 C. soc. devra être respectée chaque fois qu'il y a remplacement d'une catégorie par une autre ou modification des droits respectifs d'une catégorie. La procédure n'est donc pas à suivre lorsque la décision entraîne les mêmes conséquences pour chaque catégorie[1].

950. La réglementation est la suivante[2]:

- l'objet et la justification détaillée de la modification proposée sont exposés par le conseil d'administration dans un rapport spécial (art. 560, al. 2, C. soc.);
- la modification doit réunir dans chaque catégorie, les conditions de présence et de majorité requises pour toute modification des statuts;
- nonobstant toutes dispositions contraires des statuts, chacune des parts bénéficiaires donne droit au vote dans sa catégorie;

1. Gand, 15 décembre 1986, *Rev. prat. soc.*, 1987, p. 71, note P. Coppens.
2. La loi du 29 juin 1993 a assoupli cette réglementation en supprimant l'homologation de la cour d'appel.

- l'assemblée générale doit admettre tout porteur de coupures à prendre part à la délibération dans sa catégorie, les voix étant comptées sur la base d'une voix à la coupure la plus faible.

§ 4. Assemblée générale spéciale

951. L'article 556 prévoit une procédure particulière lorsque la société souhaite conférer à des tiers des droits affectant son patrimoine ou donnant naissance à une dette ou à un engagement à sa charge, '*lorsque l'exercice de ces droits dépend du lancement d'une offre publique d'acquisition sur les actions de la société ou d'un changement de contrôle exercé sur elle*'.

Dans ce cas, la décision (c'est-à-dire le procès-verbal d'assemblée en rendant compte) fait l'objet d'un dépôt au greffe conformément à l'article 75 C. soc. Selon les cas, ce dépôt devra être effectué préalablement à la réception par la société de la communication faite par la F.S.M.A. en vertu de l'article 557 C. soc. selon laquelle elle a été saisie d'un avis d'O.P.A. (art. 556, al. 2, C. soc.).

Cette disposition vise à réglementer la pratique des options que l'on donne à un tiers pour essayer de soustraire les 'joyaux' du patrimoine industriel de l'entreprise en cas d'O.P.A. sur celle-ci[1]. Pareilles options sont admises si elles sont décidées par l'assemblée générale et non par le conseil d'administration[2].

Si certains auteurs ont pu considérer que l'application de cette disposition était exclusivement réservée aux sociétés ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne[3], la pratique ne semble pas leur avoir donné raison.

Il n'est pas rare enfin de voir cette disposition appliquée pour des opérations de financement dans le cadre desquelles une filiale est amenée à garantir la dette contractée par sa mère en vertu d'un contrat de prêt qui comporterait une clause de résiliation anticipée en cas de cession, par la mère, du contrôle de ses filiales (dont celle qui s'engage). Faisant le lien entre l'engagement de codébiteur ou de caution fourni par la filiale et la clause de résiliation en cas de changement de contrôle au niveau des filiales contenue dans le contrat de financement ainsi garanti, les praticiens recommandent généralement de faire application de l'article 556 C. soc. dans ce genre de situation.

1. *Doc. parl.*, Sénat, 1990-1991, n° 1107-3, p. 315.
2. Pour plus de détails sur cette réglementation qui déborde du cadre de ce traité, voir not. D. Meulemans, *Het vernieuwd juridisch kader van de ondernemingen: financieel, vennootschaps- en boekhoudrecht, o.c.*, nos 35 à 47.
3. D. Van Gerven, 'De regels voor vennootschappen die een publiek beroep op het spaarwezen doen of hebben gedaan', *R.W.*, 1994, pp. 82 et 83.

§ 5. Autres modifications

952. Nous envisageons ultérieurement d'autres modifications aux statuts:

- augmentation du capital (*infra*, Chapitre X, Section 1);
- réduction du capital (*infra*, Chapitre X, Section 2).

Nous renvoyons aux autres parties de ce traité pour les opérations suivantes:

- transformation de la société (*infra*, Titre XIV);
- fusion et scission de la société (*infra*, Titre X);
- dissolution de la société (*infra*, Titre XV).

Sous-section 4
Limites aux pouvoirs des assemblées

953. Que l'assemblée soit ordinaire ou extraordinaire, il est des actes qu'elle ne peut accomplir, des barrières qu'elle ne peut franchir.

§ 1. Le cadre institutionnel de la société[1]

954. Si l'assemblée générale ne peut renoncer à sa mission (*supra*, n° 938), elle doit également respecter la sphère de compétence des autres organes sociaux.

Elle ne peut adresser des injonctions au conseil d'administration dans sa sphère de compétence, mettre à néant ou modifier une décision prise dans cette limite, par cet organe. Le conflit éventuel entre l'assemblée et le conseil '*ne peut se résoudre que par le jeu normal du mécanisme institutionnel de la société à savoir la révocation des administrateurs (...), le refus de la décharge et la décision éventuelle d'intenter l'* '*actio mandati*' *(...)*'[2].

1. J. Ronse, *De Vennootschapswetgeving 1973*, Louvain, Story-scientia, n° 309.
2. L. Simont, 'La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales', *Rev. prat. soc.*, 1974, n° 5786, p. 37.

§ 2. L'intérêt social

955. L'assemblée générale doit agir au mieux des intérêts de la société et de sa finalité propre.

L'idée d'intérêt social est au centre des développements que nous avons déjà consacrés à l'abus de majorité et de minorité (*supra*, n°s 935 à 937).

Sa définition exacte est toutefois loin d'être aisée[1].

§ 3. Les droits acquis

956. Si l'assemblée peut, moyennant le respect des formalités de l'article 560 C. soc., modifier les droits acquis collectifs, elle ne peut en principe porter atteinte aux droits acquis individuels ou propres à tout actionnaire.

Parmi ceux-ci figuraient le droit de rester actionnaire, le droit à l'égalité de traitement ainsi que le droit à la négociabilité des titres.

'*Le plus intangible des droits de tout actionnaire est assurément son droit de conserver, pendant toute l'existence sociale, sa qualité de membre de la société*', proclamait la doctrine autrefois[2]. Ce droit, absolu à l'origine, connaît aujourd'hui de nombreuses limites que ce soit à l'occasion d'une cession forcée de titres (ou squeeze-out, art. 513 C. soc.) ou lorsque de justes motifs justifient son exclusion (art. 636 C. soc.) (*infra*, n°s 1522 et s.).

Le droit à l'égalité de traitement décrit par Gilson comme '*le droit pour chaque actionnaire d'être traité sur le même pied que tous ses associés lorsqu'il n'y a qu'une seule catégorie d'actions et, lorsqu'il y a plusieurs catégories dotées par les statuts de privilèges spéciaux, de conserver les mêmes privilèges que les autres actionnaires de sa catégorie*'[3], est consacré par l'article 551*bis* C. soc.

Quant au troisième droit imprescriptible de l'actionnaire, à savoir la négociabilité de ses titres, nous en avons déjà évoqué la portée limitée à propos des clauses restrictives de négociabilité (*supra*, n°s 849 et s.).

1. Voir *infra*, n° 1349. Sur ce problème, voir P. Van Ommeslaghe et X. Dieux, 'Examen de jurisprudence (1979 à 1990). Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1993, pp. 772 et s., n°s 125 et s. et les références citées; X. Dieux, 'Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui', Bruxelles, Bruylant, 1995, n°s 73 et s.
2. F. Gilson, *Les modifications aux statuts des sociétés anonymes*, Bruxelles, Bruylant, p. 102.
3. *Ibid.*, n° 59.

Section 6
Nullité des décisions d'assemblées générales

Sous-section 1
Causes de nullité

957. L'article 64 C. soc. règle la matière. Il énonce cinq hypothèses dans lesquelles la nullité de la décision de l'assemblée générale sera prononcée.

1° 'lorsque la décision prise est entachée d'une irrégularité de forme, si le demandeur prouve que cette irrégularité a pu avoir une influence sur la décision' (art. 64, 1°, C. soc.).

Dans les cas de violation des règles de forme (absence de convocation régulière par exemple), il appartient au demandeur d'établir que le respect de ces règles aurait pu conduire à une décision différente. Il s'agit là d'une application de la théorie de l'appréciation marginale défendue par le professeur RONSE et consacrée par la jurisprudence dominante.

2° 'en cas de violation des règles relatives à son fonctionnement ou en cas de délibération sur une question étrangère à l'ordre du jour lorsqu'il y a intention frauduleuse' (art. 64, 2°, C. soc.).

La nullité de la décision requiert qu'il y ait fraude.

En l'absence de fraude, la nullité ne pourrait être prononcée que s'il est prouvé que le respect de la formalité aurait pu conduire à une décision différente[1].

3° 'lorsque la décision prise est entachée de tout autre excès de pouvoir ou de détournement de pouvoir' (art. 64, 3°, C. soc.).

On ne peut, sur ce point, que conseiller d'être attentif aux précisions qu'apporte l'exposé des motifs[2]:

'Comme le souligne le Conseil d'Etat dans son avis, le détournement de pouvoir désigne toute irrégularité d'une décision d'assemblée générale quant à son but, tandis que l'excès de pouvoir désigne, au sens étroit, toute irrégularité d'une décision d'assemblée générale quant à son objet, à la suite d'une violation de la loi ou des statuts. Sont cités comme exemples de détournement de pouvoir, la dissolution anticipée d'une société lorsque le but poursuivi est de permettre la reconstitution

1. *Doc. parl.*, Sénat, 1992-1993, n° 492-2, p. 31.
2. *Doc. parl.*, Ch., 1989-1990, n° 1214-1, p. 34.

immédiate sous une autre forme de la société dissoute, au seul profit des actionnaires de la majorité' ou encore 'la décision qui, modifiant la clause des statuts relative à la répartition de l'avoir social en cas de liquidation, a rompu l'égalité des actionnaires en faisant d'un seul actionnaire le propriétaire des biens sociaux'. Comme exemple d'excès de pouvoir, le Conseil d'Etat cite le cas d'une décision de l'assemblée générale qui mettrait à charge des associés des engagements excédant leur apport en société ou qui exclurait toute répartition de dividendes.'

4° 'lorsque des droits de vote qui sont suspendus en vertu d'une disposition légale non reprise dans le présent code, ont été exercés et que, sans ces droits de vote illégalement exercés, les quorums de présence ou de majorité requis pour les décisions d'assemblée générale n'auraient pas été réunis' (art. 64, 4°, C. soc.).

A l'origine, le texte visait notamment la suspension des droits de vote pour absence de déclaration d'une participation importante en vertu de la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition. Nous avons vu que cette loi a été remplacée par la loi du 2 mai 2007 relative à la publicité des participations importantes dans des émetteurs dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé qui ne contient plus ce mécanisme de suspension des droits de vote. La sanction reste néanmoins valable dans d'autres hypothèses.

5° 'pour tout autre cause prévue dans le présent code' (art. 64, 5°, C. soc.).

Sont ici visées de manière générale toutes les hypothèses d'une décision prise par l'assemblée générale en violation de règles particulières, prescrites à peine de nullité par le code. Citons à titre d'exemple les décisions prises en tenant compte de votes émis en vertu de conventions de votes tenues pour nulles en vertu de l'article 551, § 1er, alinéa 3 et § 2, C. soc. (art. 551, § 3, C. soc.).

Il en va de même des décisions prises en l'absence des rapports particuliers prévus pour certaines décisions importantes: article 181, § 3 (dissolution); article 447, § 1er, alinéa 4 (quasi-apport); article 560, alinéa 3 (modification des droits attachés aux titres); article 582, alinéa 4 (augmentation de capital en dessous du pair comptable); article 583 (émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription); article 596, alinéa 3 (dérogation au droit de préférence); article 603, alinéa 3 (capital autorisé); article 633, alinéa 3 (pertes sociales); article 689 (fusion/scission); article 780 (transformation).

Notons que dans les hypothèses visées ci-dessus et contrairement à celles visées sous l'article 64, 1°, la loi ne laisse pas au juge un pouvoir d'appréciation: la seule absence de ces rapports oblige le juge à prononcer la nullité de la décision.

Sous-section 2
Qui peut agir?

958. Conformément à l'article 178, alinéa 1er, C. soc., '*tout intéressé*' peut agir en nullité. Ce concept apparaît comme très large[1].

Toutefois, la nullité encourue est couverte à l'égard de ceux qui ont voté la décision attaquée ou qui ont renoncé à s'en prévaloir, à moins que la nullité ne résulte d'une règle d'ordre public (art. 178, al. 2, C. soc.). L'actionnaire qui a voté la décision peut cependant l'attaquer si son consentement a été vicié, par exemple s'il a été trompé sur l'opération projetée par des manœuvres constitutives de dol.

Sous-section 3
Modalités de l'action en nullité

959. '*L'action en nullité est dirigée contre la société*' (art. 179, § 1er, C. soc.). Même si la nullité n'est invoquée que sous la forme d'une exception, il faut appeler la société à la cause pour entendre lui déclarer commun le jugement à intervenir[2].

D'autre part, la loi précise que '*si des motifs graves le justifient, le demandeur en nullité peut solliciter en référé la suspension provisoire de l'exécution de la décision attaquée. L'ordonnance de suspension et le jugement prononçant la nullité produisent leurs effets à l'égard de tous et sont publiés dans les mêmes formes que la décision suspendue ou annulée*' (art. 179, § 1er, C. soc.).

Sous-section 4
Droits des tiers

960. L'article 180 C. soc. prévoit le cas où le droit du demandeur en nullité serait en conflit avec les droits acquis à l'égard de la société par des tiers de bonne foi, sur la base des décisions dont la nullité est alléguée.

La loi permet au tribunal de faire prévaloir l'intérêt de ces tiers en déclarant sans effet la nullité à l'égard de leurs droits, sous réserve du droit du demandeur à des dommages-intérêts s'il y a lieu. '*Ceux-ci pourraient être réclamés conformément au droit commun, tant à la société qu'aux actionnaires qui ont contribué consciemment à faire prendre la décision irrégulière*'[3].

1. G. HORSMANS, 'Les nullités et les sanctions', *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 227, n° 25.
2. *Ibid.*, p. 248, n° 57.
3. *Doc. parl.*, Ch., 1989-1990, n° 1214-1, p. 35.

Sous-section 5
Prescription

961. '*Les actions en nullité d'une décision de l'assemblée générale prévues par l'article 178 ne peuvent plus être intentées après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date à laquelle les décisions prises sont opposables à celui qui invoque la nullité ou sont connues de lui*' (art. 198, § 2, al. 3 C. soc.)[1].

L'action en nullité d'une décision de l'assemblée en raison de votes émis en vertu de conventions de vote nulles se prescrit également par six mois (art. 551 C. soc.). Le point de départ de cette prescription diffère toutefois de celui retenu par l'article 198, § 2, alinéa 3, C. soc.: le délai de six mois débute '*après le vote*'[2].

1. Pour les opérations de fusions et scissions, voir art. 198, § 2, al. 1er, C. soc.: '*Les actions en nullité d'une fusion ou d'une scission prévues à l'article 689 ne peuvent plus être intentées après l'expiration d'un délai de 6 mois à compter de la date à laquelle la fusion ou la scission est opposable à celui qui invoque la nullité, ou bien si la situation a été régularisée*'.
2. Sur la question de l'alignement de la règle de l'article 551 C. soc. (ancien art. 74*ter*, § 3, des L.C.S.C.) avec celle de l'article 198, § 2, al. 3, C. soc. (ancien art. 194*bis* des L.C.S.C), voir F. DE BAUW, *Les assemblées générales dans les sociétés anonymes*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 345, n° 842.

Chapitre VII
Le conseil d'administration et les autres organes de gestion et de représentation

962. Conçu par la loi du 18 mai 1873 comme '*le pouvoir exécutif chargé de gérer les affaires sociales dans les limites tracées par l'assemblée*[1]', alors organe souverain, le conseil d'administration est devenu, au fil du temps, l'organe principal des sociétés anonymes.

En conférant en 1973 au conseil d'administration, dans le sillage de la première directive européenne du 9 mars 1968, '*le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social à l'exception de ceux que la loi réserve à l'assemblée générale*' (art. 522, § 1er, al. 1, C. soc.), la loi a consacré la prééminence qu'occupait déjà, dans les faits, le conseil. On soulignera que l'article 531 C. soc. traite de la plénitude de pouvoirs de l'assemblée générale en des termes à peu près inchangés depuis 1873. Les dispositions les plus récentes l'emportant sur les plus anciennes, il convient incontestablement d'accorder la prééminence au conseil d'administration sur l'assemblée générale.

L'introduction en 1984, à la suite de la deuxième directive européenne de 1976, de la technique du capital autorisé, a considérablement renforcé les pouvoirs du conseil d'administration.

Se rendant compte que, dans de nombreuses sociétés, les administrateurs échappaient de fait à tout contrôle parce qu'ils étaient généralement issus des rangs des actionnaires majoritaires, le législateur a voulu, en 1991, renforcer le rôle des assemblées générales en favorisant leur fréquentation[2]. Il a également accentué la pression sur les administrateurs en permettant à une minorité d'actionnaires d'exercer une action en responsabilité contre ceux-ci.

963. Il convient de faire état d'un important courant qui remonte aux années 30 du XXe siècle, consécutivement à la grande crise de 1929, relatif au bon fonctionnement des sociétés.

1. C. RESTEAU, 'Traité des sociétés anonymes', 3e éd. par A. BENOÎT-MOURY, et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 1.126.
2. Voir *supra*, n° 879.

Du côté anglo-saxon, la réflexion lancée par A. BERLE et G.C. MEANS[1] sous le vocable de '*corporate governance*' interrogeait l'efficacité des structures de gestion dans un système moniste. Basée sur la théorie économique des 'coûts d'agence', ainsi que sur la séparation entre la propriété de l'entreprise et le management, elle a conduit à l'émergence de la notion d'administrateur indépendant.

En Europe continentale, le modèle germanique introduit en Allemagne dès 1937 et reproduit, moyennant certains aménagements au Pays-Bas en 1971[2], a initié la réflexion sur l'efficacité de la gestion en l'axant sur le dualisme des structures de gestion. A côté d'un système moniste dans lequel ne siège qu'une catégorie d'administrateurs, apparaît le système dualiste au sein duquel siègent des administrateurs exécutifs (au sein du '*Vorstand*') surveillés par d'autres administrateurs, non exécutifs (au sein de l'*Aufsichtsrat*').

964. Les milieux juridiques et économiques américains et anglais, ont développé dans le courant des années 70, cette réflexion sur le fonctionnement des sociétés commerciales, principalement lorsque ces sociétés faisaient appel public à l'épargne[3].

Au cours des trois dernières décennies, une évolution est intervenue en Belgique dans la définition des pouvoirs des organes sociétaires que sont l'assemblée générale, le conseil d'administration et le commissaire ainsi que dans les rapports que ces organes entretiennent entre eux.

Participation des actionnaires à l'assemblée générale, bonne performance du conseil d'administration et efficacité du contrôle ont guidé, peu ou prou, le plus souvent dans le sillage du droit européen, les réformes en droit des sociétés.

Le conseil d'administration et l'organe de contrôle ont fait l'objet d'une attention particulière dans le cadre de la loi du 2 août 2002 dite de '*corporate governance*'. Adoptée à la suite de quelques grandes affaires qui ont émaillé les années 1990 (Enron, Vivendi, Parmalat, Leernhout et Hauspie, *etc.*) et dans la foulée de la régle-

1. A. BERLE et G.C. MEANS, 'The modern corporation and private property', 2e éd., Harcourt, Brace and World, New York, 1967.
2. Sur le modèle allemand, voir P. VAN OMMESLAGHE, *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1960, pp. 140 à 172, pp. 267 à 269, pp. 461 à 468; sur le modèle néerlandais, voir la synthèse de K. GEENS, Over corporate governance en dualistische bestuursystemen, *Liber amicorum Prof. Dr. Roger Blanpain*, Bruges, Die Keure, 1998, pp. 715 et s., spéc. pp. 719 à 720.
3. Voir A. TUNC, Le gouvernement des sociétés anonymes, le mouvement des réformes aux Etats-Unis et au Royaume-Uni, RID comp., 1/1994; 'La *'corporate governance'*, actionnaires, administrateurs, dirigeants: objectifs, pouvoirs et responsabilités', *Les Echos Conférence*, 26 octobre 1994; G. KEUTGEN, 'La *'corporate governance'*, une perspective nouvelle pour les sociétés?', *J.T.*, 1998, pp. 625 et s.

mentation Sarbanes-Oxley aux Etats-Unis d'Amérique, cette loi a réformé de manière profonde le fonctionnement des trois organes sociaux.

Ces crises ont débouché sur la publication de recommandations visant à améliorer la gestion de ces entreprises[1]. Ces principes de '*corporate governance*' influencent fortement la réflexion sur la composition du conseil d'administration.

Une des propositions essentielles du '*corporate governance*' vise à la nomination, au sein du conseil d'administration des sociétés cotées, d'administrateurs indépendants du management *('non executive directors')*. Ils sont les garants du bon fonctionnement de la société et de la bonne information des actionnaires dans leur ensemble[2].

Des Codes de bonne gouvernance, constituant des recommandations spécifiques sans valeur contraignante, ont également vu le jour en Belgique: le Code Lippens (2002) dédié aux sociétés cotées et le Code Buysse (2005) dédié aux sociétés privées[3].

Le législateur belge s'est fait lui aussi fait l'écho de ces préoccupations, dès 1995, à l'article 524 C. soc.[4], applicable aux seules sociétés cotées[5] et, en 2002, à l'article 524*bis* C. soc., applicable à toutes les sociétés anonymes.

Le fonctionnement de l'organe de gestion a subi à cette occasion d'importantes mutations parmi lesquelles l'introduction d'un organe optionnel, le comité de direction, ainsi que la possibilité de constituer des comités consultatifs.

965. De manière générale, le Code a donné un tour nouveau et irréversible au fonctionnement des organes sociétaires et, particulièrement, des organes de gestion.

1. Voir pour les Etats-Unis: '*Principes of Corporate governance*'; pour le Royaume-Uni: '*The Role and Duties of Directors, The Responsabilities of Institutional Shareholders in the U.K.*'; Rapport CADBURY, 'The Financial Aspects of Corporate governance – The Code of Best Practice', 1992; G. KEUTGEN, 'Propos sur la corporate governance en Belgique', in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, 2001, Die Keure, pp. 551 et s.
2. J.-M. GOLLIER et P. MALHERBE, 'Les Sociétés commerciales. Lois des 7 et 13 avril 1995', *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, Bruxelles, Larcier, p. 118, n° 115.
3. Voir http://www.corporategovernancecommittee.be et http://www.codebuysse.be/fr/buyssefr.aspx.
4. Voir *infra*, n°s 1007 et s. et les références citées.
5. Voir également les recommandations de la Commission bancaire et financière en matière d'information à diffuser par les sociétés cotées belges sur l'organisation de leur administration et de leur gestion (janvier 1998); les recommandations de la FEB (mars 1998); le rapport de la Commission belge du corporate governance à l'initiative de la Bourse de Bruxelles.

Dans les sociétés cotées, cette transformation s'est poursuivie en 2008 par la création obligatoire du comité d'audit (art. 526*bis* C. soc.) et la définition (unifiée) de la notion d'administrateur indépendant (art. 526*ter* C. soc.), en 2010 par la création obligatoire du comité de rémunération (art. 526*quater* C. soc.) et en 2011 par l'introduction d'une obligation de mixité au sein du conseil d'administration (art. 518*bis* C. soc.).

966. L'article 96, § 2, al. 1, 1°, C. soc. impose, depuis la loi du 6 avril 2010, aux sociétés cotées, d'établir une déclaration de gouvernement d'entreprise à inclure dans le rapport de gestion. Dans le cadre de la latitude laissée au Roi de désigner un Code s'appliquant de manière obligatoire, l'arrêté royal du 6 juin 2010 a désigné le Code belge de gouvernance d'entreprise 2009[1].

Section 1
Formation du conseil d'administration. Les administrateurs et leur statut

Sous-section 1
Généralités

967. Les sociétés anonymes sont incapables d'accomplir elles-mêmes les multiples actes juridiques que nécessitent leur activité et leur raison d'être. Il faut nécessairement que des personnes physiques agissent en leur nom et pour leur compte[2].

L'article 61, § 1er, C. soc., consacre ce principe en prévoyant que ' *les sociétés agissent par leurs organes dont les pouvoirs sont déterminés par le présent code, l'objet social et les clauses statutaires*'. En matière de société anonyme, la loi confie au conseil d'administration, organe collégial[3], ce pouvoir. Le conseil '*constitue un organe collectif, distinct des personnes physiques qui le composent, et dont les pouvoirs se perpétuent tant que dure la société elle-même*[4]'.

1. La nouvelle version du Code belge de gouvernance d'entreprise est le résultat des travaux menés au sein de la Commission Corporate Governance sous la présidence de H. DAEMS. Elle remplace la première version de 2004. Le Code 2009 tient compte des réglementations, européenne et belge, affectant la gouvernance des entreprises, ainsi que des évolutions des Codes et bonnes pratiques de gouvernance dans les autres pays de l'Union européenne.
2. *R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 1943, T.12, v° *Sociétés*, n° 678; voir *supra*, n°s 70 à 78.
3. Voir *infra*, n° 1346.
4. J. VAN RYN, 'Principes de droit commercial', T.1, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 582.

Vis-à-vis de la société, les administrateurs sont des mandataires (art. 517 C. soc.) et des mandataires de la société seule[1]. Les administrateurs agissent donc au nom de la société et ne contractent, comme le rappelle l'article 61, § 1er, *in fine*, C. soc., '*aucune responsabilité personnelle relative aux engagements de la société*'. C'est ce qui explique qu'ils n'ont pas la qualité de commerçants[2][3].

Sous-section 2
Nomination des administrateurs

§ 1. Qui nomme les administrateurs?

968. Les administrateurs sont nommés par l'assemblée générale qui ne pourrait être privée de cette prérogative. Ils peuvent cependant, pour la première fois, être nommés par l'acte de constitution de la société (art. 518, § 2, C. soc.).

Cette compétence exclusive de l'assemblée générale connaît un tempérament et deux exceptions.

Tempérament: clauses statutaires particulières

969. Les statuts ne peuvent retirer à l'assemblée son pouvoir de nommer les administrateurs. Ils peuvent néanmoins modaliser le choix de l'assemblée par des clauses statutaires.

La doctrine et la jurisprudence ont admis la licéité de pareilles clauses à deux conditions[4]:

- que celles-ci respectent l'esprit de collaboration et d'égalité entre les actionnaires et soient conformes à l'intérêt social;

- que ces clauses ne privent pas l'assemblée de tout choix effectif: celle-ci doit demeurer libre de choisir parmi les candidats proposés.

Les clauses les plus fréquentes sont celles dites de '*représentation proportionnelle*': les statuts obligent ainsi l'assemblée à élire les administrateurs soit parmi

1. C. Resteau, 'Traité des sociétés anonymes', 3e éd. par A. Benoit-Moury et A. Grégoire, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 820.
2. *R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 1943, T.12, v° *Sociétés*, n° 680.
3. Voir, *T.P.D.C.*, T. 4, n° 967.
4. Voir D. Van Gerven, 'De evenredige en onevenredige vertegenwoordiging van aandeelhouders in de raad van bestuur van een NV', *R.D.C.*, 1991, pp. 850 et s.

les propriétaires d'une catégorie d'actions, soit parmi les candidats présentés par une catégorie d'actions. On rencontre très fréquemment ces clauses dans les sociétés familiales afin d'assurer une représentation des actionnaires minoritaires au sein du conseil d'administration. On les retrouve également dans les filiales communes[1-2].

Exceptions:

970. 1er cas: Vacance d'une place d'administrateur

En cas de vacance d'une place d'administrateur, par décès ou par démission par exemple, l'article 519 C. soc. prévoit une procédure spéciale pour suppléer au poste devenu vacant.

Les administrateurs restants ont le droit de pourvoir provisoirement à la vacance. La personne ainsi désignée ne restera toutefois en fonction que jusqu'à la première assemblée générale qui suit sa nomination. Il appartiendra à cette assemblée – ordinaire ou extraordinaire – de procéder à l'élection définitive.

Si plusieurs places étaient vacantes, il pourrait être pourvu d'emblée à la désignation des titulaires pour toutes les places vacantes[3], sans qu'il soit nécessaire de pro-

1. Sur les problèmes auxquels peut donner lieu la rédaction de pareille clause, voir l'affaire Rossel (Comm. Bruxelles (Réf.), 7 juillet 1983, *Rev. prat. soc.*, 1983, p. 288; Bruxelles, 31 août 1983, *Rev. prat. soc.*, 1983, p. 294; Comm. Bruxelles, 2 septembre 1983 et Bruxelles, 21 septembre 1983, *J.T.*, 1984, p. 212 et obs. F. 't Kint; Comm. Bruxelles, 13 décembre 1984, *Rev. prat. soc.*, 1985, p. 122, note F. Glansdorff, *Journ. proc.*, 28 décembre 1984, p. 26).
2. Exemple de clause statutaire de représentation proportionnelle (la clause proposée implique qu'une répartition des actions en catégories A et B figure dans les statuts):
   'Article – Composition du conseil d'administration
   – La société est administrée par un conseil composé de six administrateurs nommés pour six ans au plus et rééligibles.
   La moitié de ces administrateurs est élue comme indiqué ci-après sur présentation des actionnaires du groupe A; l'autre moitié sur la présentation des actionnaires du groupe B.
   Les administrateurs sont nommés comme suit par l'assemblée générale des actionnaires:
   L'ensemble ou en cas de désaccord, la majorité des actionnaires propriétaires des actions respectivement du groupe A et du groupe B, présentera une liste de candidats, dont le nombre est égal au double du nombre de postes à pourvoir pour ce groupe, parmi lesquels l'assemblée générale sera tenue de désigner les administrateurs.
   En cas de décès, de démission ou de révocation d'un administrateur et généralement en cas de cessation de fonctions d'un administrateur, nommé sur présentation des actionnaires d'un des groupes susvisés, celui-ci ou tout au moins la majorité de ce groupe présentera deux candidats au moins parmi lesquels l'assemblée générale sera tenue de désigner le nouvel administrateur. Le conseil d'administration élira parmi ses membres un président pour une durée de deux ans. Cette présidence sera assurée alternativement par un administrateur de chacun des groupes A et B. La première présidence sera assurée par un administrateur nommé sur présentation du groupe A.'
3. J. Van Ryn, 'Principes de droit commercial', T.1, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 580.

céder à des nominations successives[1]. Celui qui a déjà été désigné peut, en cas de vacance ultérieure d'une autre place, participer à la désignation d'un deuxième titulaire provisoire[2].

Cette procédure de cooptation ne s'applique que '*sauf dispositions contraires des statuts*' (art. 519, al. 1, C. soc.). Les statuts pourraient ainsi prévoir, en cas de vacance, l'obligation de convoquer une assemblée générale.

Second cas: Le juge des référés – L'administrateur provisoire

971. Depuis une quarantaine d'années, les interventions du juge des référés sont devenues fréquentes dans le fonctionnement des sociétés commerciales[3].

C'est ainsi qu'en cas de carence des organes sociaux ou pour porter remède aux situations de blocage nées de la paralysie ou de la disparition de ces organes, la juridiction des référés a été amenée à désigner un administrateur provisoire.

Cette mesure – dont on perçoit la gravité – requiert que '*les intérêts légitimes des associés ou de certains de ceux-ci, du personnel, des fournisseurs ou dispensateurs de crédit, soient gravement menacés, compte tenu des carences, de dissensions ou d'irrégularités sérieuses dans le fonctionnement des organes de gestion*[4]'. Elle apparaît souvent comme le dernier recours faute d'autres moyens d'intervention[5].

Il ne faudrait, en tout cas, pas faire de la désignation d'un administrateur provisoire une panacée. L'intervention du juge des référés, déjà restreinte à l'urgence et au provisoire par l'article 584 du Code judiciaire connaît des limites[6]. Il n'appartient pas, en effet, au magistrat de s'immiscer dans la gestion et de substituer son appréciation personnelle à celle des organes légaux[7]. Le juge des référés devra, en

1. *Contra* : C. RESTEAU, 'Traité des sociétés anonymes', 3e éd. par A. BENOIT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 827.
2. J. VAN RYN, 'Principes de droit commercial', T.1, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 580.
3. G. HORSMANS, 'Le juge des référés et le droit des sociétés', *Rev. prat. soc.*, 1969, p. 47; G. HORSMANS, 'Le rôle du juge dans la vie des sociétés', *Les sociétés commerciales*, Ed. du Jeune Barreau, 1985, p. 391; G. HORSMANS, 'Le juge et le droit des sociétés commerciales', *Rev. prat. soc.*, 1991, p. 64; I. VEROUGSTRAETE, *Le référé commercial: le retour aux sources*, Fac. Univ. Saint-Louis, Recyclage en droit, 1992; P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, 'Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1992, n° 204; E. POTTIER et M. DE ROECK, 'L'administration provisoire: bilan et perspectives', *R.D.C.*, 1997, pp. 203 et s.
4. Comm. Bruxelles, 27 septembre 1988, *T.R.V.*, 1989, p. 217; Comm. Liège, 16 août 1991, *Rev. prat. soc.*, 1992, p. 135; Comm. Liège, 9 septembre 1993, *Rev. prat. soc.*, 1994, p. 188.
5. B. TILLEMAN, 'De voorlopige bewindvoerder: een laatste redmiddel', *T.R.V.*, 1990, p. 324.
6. Voir M. WYCKAERT, 'Waar ligt de redelijke grens aan de bevoegdheden van een voorlopige bewindvoerder?', *T.R.V.*, 1996, pp. 209 et s.
7. A. BENOIT-MOURY, 'Dix ans de jurisprudence en matière de sociétés', *Act. dr.*, 1991, p. 124 et les réf. citées sous note 613.

toute hypothèse, faire la balance des intérêts en présence[1], en ayant à l'esprit le dommage que la désignation d'un administrateur provisoire peut porter au crédit de la société: comme l'a très pertinemment souligné la cour d'appel de Liège[2], l'intervention d'un administrateur provisoire '*est fréquemment de nature à éveiller les soupçons des relations d'affaires de la firme et est donc susceptible de nuire à la survie de la société plus qu'à assurer l'arbitrage de divergences opposant un actionnaire de toute façon minoritaire à ceux dont elle ne remet pas en question le mandat*'.

Enfin, même là où elle est justifiée, '*la mission de l'administrateur provisoire doit être la plus précise possible et comporter, outre les autres limites éventuelles de pouvoirs et de fonctions, une limite temporelle*[3]'. Il s'agit, avant tout, d'aménager une situation d'attente afin d'aider les parties à trouver – amiablement ou judiciairement – une solution aux situations de carence ou de blocage. Il ne peut être question, comme le rappellent P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX[4], d'organiser une '*tutelle judiciaire*' de la société.

§ 2. NOMBRE D'ADMINISTRATEURS

972. Aux termes de l'article 518, § 1er, C. soc., les administrateurs doivent être au nombre de trois au moins.

Les statuts peuvent toujours prévoir un nombre minimum d'administrateurs supérieur à trois. Rien ne leur interdit de fixer un nombre maximum.

Le Code a toutefois prévu un tempérament pour les sociétés anonymes qui ne comptent que deux actionnaires: '*lorsque la société est constituée par deux fondateurs ou que, à une assemblée générale des actionnaires de la société, il est constaté que celle-ci n'a pas plus de deux actionnaires, la composition du conseil d'administration peut être limitée à deux membres jusqu'à l'assemblée générale ordinaire suivant la constatation par toute voie de droit de l'existence de plus de deux actionnaires*' (art. 518, § 1er, al. 2, C. soc.).

1. P.-A. FORIERS, 'Les situations de blocage dans les sociétés anonymes', *R.D.C.*, 1992, p. 476, n° 2.
2. Liège, 25 juin 1993, *Rev. prat. soc.*, 1994, p. 170.
3. G. HORSMANS, 'Le rôle du juge dans la vie des sociétés', *Les sociétés commerciales*, Ed. du Jeune Barreau, 1985, p. 429. Voir Mons, 25 juin 1990, *T.R.V.*, 1990, p. 382 et obs. sous l'arrêt.
4. P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, 'Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1992, n° 204.

Cette disposition appelle plusieurs remarques:

1. il ne s'agit que d'une faculté et non d'une obligation. Pour pouvoir, dans les cas prévus par le Code, réduire le nombre d'administrateurs à deux, les statuts devront permettre l'exercice de cette faculté;

2. pour pouvoir faire usage de cette faculté, il convient d'établir que la société anonyme ne compte pas plus de deux actionnaires[1]. Cela ne posera guère de difficulté lors de la constitution[2]. La question sera plus délicate en cours de vie sociale: le texte du Code ne permet pas que la preuve de la réduction à deux actionnaires puisse être rapportée par d'autres modes que la composition de l'assemblée[3]; en conséquence, pour pouvoir faire usage de cette faculté, il convient que les deux actionnaires présents représentent à l'assemblée générale toutes les actions émises par la société[4];

3. cette dérogation à l'exigence de principe de trois administrateurs est temporaire: '*jusqu'à l'assemblée générale ordinaire suivant la constatation par toute voie de droit de l'existence de plus de deux actionnaires*'. Il n'y a donc pas lieu de convoquer une assemblée générale extraordinaire dès que l'on constate un nombre d'actionnaires supérieur à deux; on pourra attendre l'assemblée générale ordinaire pour procéder à la nomination d'un troisième administrateur;

4. le Code prévoit enfin que, dans l'hypothèse où il serait fait usage de cette faculté, '*la disposition statutaire octroyant une voix prépondérante au président du conseil d'administration cesse de plein droit de sortir ses effets jusqu'à ce que le conseil d'administration soit à nouveau composé de trois membres au moins*' (art. 518, § 1er, al. 3, C. soc.).

1. On pourra aussi faire usage de cette faculté lorsque, par application de l'article 646 C. soc., la société n'a plus qu'un actionnaire. Toutefois, deux administrateurs seront requis (G. KEUTGEN et A.-P. ANDRÉ-DUMONT, 'La société et son fonctionnement', *Droit des sociétés : les lois des 7 et 13 avril 1995,* Bruxelles, Louvain-la-Neuve, Bruylant – Académia, 1995, p. 283).
2. Le terme '*fondateur*' doit s'entendre ici, à la différence de l'article 456 C. soc., au sens de comparant à l'acte constitutif (voir P. HERMANT, 'Le fonctionnement des organes', *Le nouveau droit des sociétés. La réforme de 1995,* Bruxelles, Kluwer, 1995, p. 57).
3. *Ibid.*, p. 58.
4. G. KEUTGEN et A.-P. ANDRÉ-DUMONT, 'La société et son fonctionnement', *Droit des sociétés : les lois des 7 et 13 avril 1995,* Bruxelles, Louvain-la-Neuve, Bruylant – Académia, 1995, p. 283.

§ 3. QUI PEUT ÊTRE ADMINISTRATEUR?

973. Le Code n'exige des administrateurs aucune qualification ou justification de compétences particulières[1].

En principe, sous réserve de certaines interdictions et incompatibilités[2], toute personne physique peut être administrateur d'une SA. La doctrine semble même admettre qu'un incapable puisse être nommé administrateur[3]. On ne pourrait toutefois le conseiller[4]. Aucune condition de nationalité n'est exigée[5]. Il n'est en tout cas nullement requis que l'administrateur soit actionnaire.

L'administrateur peut être une personne morale. La Cour de cassation a énoncé ce principe à plusieurs reprises[6].

En cas de désignation d'une personne morale en tant qu'administrateur, celle-ci est tenue de désigner parmi ses associés, gérants, administrateurs, membres du conseil de direction, ou travailleurs, un représentant permanent chargé de l'exécution de cette mission, au nom et pour le compte de la personne morale. Ce représentant est soumis aux mêmes conditions et encourt les mêmes responsabilités civiles et pénales que s'il exerçait cette mission en nom et pour compte propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente (art. 61, § 2, C. soc.)[7].

974. Dans les sociétés cotées, au moins un tiers des membres du conseil d'administration sont de sexe différent de celui des autres membres (art. 518*bis* C. soc.)[8]. Cette règle est applicable, pour les sociétés cotées existantes, à partir du 1er janvier

1. J. VAN RYN, 'Principes de droit commercial', T.1, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 579. Il en va différemment du délégué à la gestion journalière (voir *infra*, nos 1093 à 1098).
2. Voir *infra*, nos 975 et 976.
3. L. FREDERICQ, *Principes de droit commercial belge*, T. 2, Gand; Van Rysselberghe et Rombaut, 1930, n° 901.
4. Pareille désignation rendrait illusoire la responsabilité liée à cette fonction (voir C. RESTEAU, 'Traité des sociétés anonymes', 3e éd. par A. BENOÎT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 843).
5. On sera néanmoins attentif, pour les ressortissants hors UE, aux problèmes tenant à la carte professionnelle (voir *supra*, n° 701).
6. Cass., 17 mai 1962, *Rev. prat. soc.*, 1962, p. 254; Cass., 12 décembre 1980, *Rev. prat. soc.*, 1982, p. 26.
7. P. STROOBANT, M. FYON et A.-P. ANDRÉ-DUMONT, 'Nomination et cessation des fonctions de dirigeants de sociétés', in *Le statut du dirigeant d'entreprise,* Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 57 à 59.
8. Voir la loi du 28 juillet 2011 modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, le Code des sociétés et la loi du 19 avril 2002 relative à la rationalisation du fonctionnement et la gestion de la Loterie Nationale afin de garantir la présence des femmes dans le conseil d'administration des entreprises publiques autonomes, des sociétés cotées et de la Loterie Nationale, *M.B.*, 14 septembre 2011, p. 59.600.

2019 et, pour les sociétés dont les titres sont admis pour la première fois sur un marché réglementé, à partir du premier jour du sixième exercice social qui commence après cette admission.

Le Code prévoit deux types de sanction, une sanction financière consistant en la suspension de tout avantage financier ou autre de tous les administrateurs (art. 518*bis*, § 2, C. soc.) ainsi que la nullité de toute nomination subséquente contrevenant à la loi (art. 518*bis*, § 4, C. soc.).

Interdictions

975. Le failli non réhabilité ainsi que les personnes condamnées, même conditionnellement, comme auteurs ou complices de certaines infractions ou tentatives d'infraction de nature économique peuvent se voir interdire d'exercer personnellement ou par interposition de personne, les fonctions d'administrateur dans une société anonyme.

L'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 réglemente cette interdiction judiciaire faite à certains condamnés et faillis d'exercer certaines fonctions, professions ou activités.

On notera que le tribunal de commerce qui a déclaré la faillite d'une société peut interdire à tout administrateur de cette société, dont la démission n'a pas été publiée aux Annexes du *Moniteur belge* un an au moins avant la déclaration de faillite, d'exercer des fonctions d'administrateur s'il est établi qu'une faute grave et caractérisée dans le chef de cette personne a contribué à la faillite[1]. La même sanction peut être appliquée à un administrateur de fait.

Incompatibilités

976. Ne peuvent exercer un mandat d'administrateur dans une société commerciale:

- les membres de l'ordre judiciaire;
- les membres du Conseil d'Etat;
- les notaires et huissiers de justice sauf autorisation du ministre de la Justice ou du procureur général;

1. A.R. n° 22 du 24 octobre 1934, art. I*bis*.

- les reviseurs;
- les experts-comptables, sauf autorisation de l'Institut;
- les militaires de carrière;
- les agents des pouvoirs publics, sauf dérogation;
- les agents de change;
- les avocats, sauf autorisation.

En outre, l'article 2 de la loi du 6 août 1931, établissant des incompatibilités et interdictions concernant des ministres, anciens ministres et ministres d'Etat ainsi que les membres des Chambres législatives, interdit à ceux-ci de faire état de ces qualités dans les actes ou publications se rapportant à des sociétés à but lucratif.

Administrateurs non exécutifs

977. Les administrateurs peuvent être exécutifs ou non exécutifs.

Le rôle des administrateurs non exécutifs est double[1]:

- ils 'objectivent' les décisions du conseil d'administration, en veillant à ce que ces décisions soient prises en tenant compte de l'intérêt de tous les actionnaires et '*stakeholders*' sans privilégier les intérêts de certains d'entre eux;
- ils contrôlent les administrateurs et le management 'exécutif', en particulier, pour ce qui concerne les administrateurs indépendants, dans les situations de conflits d'intérêts.

Ces administrateurs contribuent encore à assurer une autonomie adéquate du management en constituant une sorte de 'contre-pouvoir' en cas d'actionnariat dispersé et en veillant à ce que ce management dispose d'une liberté suffisante lorsque l'actionnariat est concentré[2].

1. D. WILLERMAIN, 'Le statut de l'administrateur de sociétés anonymes: principes, questions et réflexions', *Rev. prat. soc.*, 2008, p. 213.
2. *Ibid.*

Le Code[1] a créé une présomption d'administrateur exécutif, *entre autres*, dans le chef des personnes suivantes:

- tout administrateur qui est membre du comité de direction visé aux articles 524*bis* et 524*ter* C. soc.,

- tout administrateur qui s'est vu déléguer la gestion journalière au sens de l'article 525 C. soc.

Seuls les membres non exécutifs du conseil d'administration peuvent composer le comité d'audit (*infra,* n° 1137).

Administrateurs indépendants

978. Les critères d'indépendance des administrateurs inspirés des critères prévus par la recommandation européenne du 15 février 2005[2] sont fixés, depuis la loi du 17 décembre 2008, par l'article 526*ter* C. soc.

Ces critères sont:

(i) ne pas avoir exercé de mandat exécutif dans l'organe de gestion ou une fonction de membre du comité de direction ou de délégué à la gestion journalière auprès de la société ou des sociétés qui lui sont liées, durant les cinq années précédant sa nomination;

(ii) ne pas avoir siégé au conseil d'administration en tant qu'administrateur non exécutif pendant plus de trois mandats successifs, ou douze ans maximum;

(iii) ne pas avoir fait partie du personnel de direction de la société ou d'une société liée durant les trois années précédant sa nomination;

(iv) ne pas recevoir, ni avoir reçu, de rémunération ou autre avantage en dehors d'une rémunération perçue comme membre non exécutif de l'organe de gestion ou membre d'un organe de surveillance;

(v) ne pas détenir de droits sociaux supérieurs à 10 % du capital, du 'fonds social' ou d'une catégorie d'actions dans l'entreprise; en cas de détention

1. Art. 526*bis*, § 3, al. 4, C. soc. Le Code belge de gouvernance d'entreprise 2009 définit l'administrateur non exécutif comme tout membre du conseil d'administration qui n'exerce pas de responsabilités exécutives dans la société.
2. Recommandation européenne du 15 février 2005 concernant le rôle des administrateurs non exécutifs et des membres du conseil de surveillance des sociétés cotées et les comités du conseil d'administration ou de surveillance, *J.O.U.E.*, L 52/51, 25 février 2005.

personnelle inférieure à 10 % du capital, ne pas atteindre un dixième du capital par l'addition des droits sociaux avec ceux détenus par des sociétés contrôlées par l'administrateur indépendant, ni avoir souscrit des stipulations conventionnelles ou des engagements unilatéraux sur cette quotité inférieure à 10 % du capital; ne pas représenter un actionnaire visé par ce critère;

(vi) ne pas entretenir, ni avoir entretenu directement ou indirectement au cours du dernier exercice social, une relation d'affaire significative avec la société ou des sociétés liées;

(vii) ne pas avoir été au cours des trois dernières années, associé ou salarié de l'auditeur externe de la société, actuel ou précédent ou d'une société qui leur est liée;

(viii) ne pas être membre exécutif de l'organe de gestion d'une société dans laquelle un administrateur exécutif de la société siège en tant que membre non exécutif, ou membre d'un organe de surveillance, ni entretenir d'autres liens importants avec les administrateurs exécutifs de la société du fait de fonctions occupées dans d'autres sociétés ou organes;

(ix) n'avoir pas au sein de l'entreprise, un conjoint, cohabitant légal, ou membre de sa famille au deuxième degré exerçant un mandat exécutif ou de direction, ou membre du personnel de direction.

Le Code belge de gouvernance d'entreprise 2009 prévoit les mêmes critères d'indépendance.

Sous-section 3
Durée du mandat

979. Le mandat d'administrateur est temporaire. L'article 518, § 3, C. soc. en limite impérativement la durée à six ans au maximum[1].

Rien n'interdit aux statuts de prévoir une durée inférieure à six ans ou de stipuler un renouvellement échelonné dans le temps des mandats[2]. A défaut d'indication de la durée des fonctions, l'administrateur est présumé élu pour 6 ans[3].

1. Il s'agit d'années de calendrier et non d'exercice social (G. RAUCQ et P. HAINAUT-HAMENDE, 'Les sociétés anonymes', *Rep. not.*, T. 12, Livre III, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 464, n° 365).
2. Les statuts peuvent prévoir, par exemple, que la moitié des mandats expirera tous les trois ans. Cette formule est utilisée pour éviter des changements trop brusques dans la composition du conseil.
3. J. 'T KINT et R. GYSELINCK, 'Les sociétés anonymes', *Guide pratique,* Bruxelles, Larcier, 1975, p. 97.

Sauf disposition contraire des statuts, les administrateurs sont rééligibles (art. 520 C. soc.).

Sous-section 4
Rémunération des administrateurs

§ 1. Principes généraux

980. Les administrateurs peuvent exercer leurs fonctions à titre gratuit ou rémunéré.

Il appartient aux statuts de préciser la nature de leur mandat.

Les statuts peuvent prévoir que le mandat est gratuit. Dans ce cas, sauf à respecter la procédure de modification des statuts, l'assemblée ne pourrait leur allouer une rémunération.

Le plus souvent, les statuts laissent le soin à l'assemblée générale de décider, chaque année, de la rémunération des administrateurs.

En cas de silence des statuts, c'est à l'assemblée de déterminer le mode et le montant de la rémunération des administrateurs[1]. Sous peine d'engager leur responsabilité, il n'appartient pas aux administrateurs de s'attribuer une rémunération à eux-mêmes[2].

Différents modes de rémunération sont possibles, les uns pouvant se combiner avec les autres. On rencontre fréquemment les formules suivantes:

- traitement annuel fixe, à prélever en frais généraux, quel que soit le résultat de l'exercice;

- attribution aux administrateurs qui assistent effectivement aux réunions du conseil d'un jeton de présence dont le montant est fixé par l'assemblée;

1. H. Oliver et K. Deboeck, *Vademecum de l'administrateur de société anonyme*, Bruxelles, Créadif, 1992, 3e éd., n° 457.
2. A. Benoit-Moury, 'Organisation des pouvoirs au sein des sociétés anonymes et des sociétés de personnes à responsabilité limitée', *Ann. Dr. Lg.*, 1982, p. 313. Pour les difficultés soulevées en cas de faillite voir L.-M. Henrion, 'Le curateur et la rémunération des dirigeants de sociétés', *J.T.*, 1986, p. 277; A. Benoit-Moury, 'Dix ans de jurisprudence en matière de sociétés', *Act. dr.*, 1991, n° 42.

- tantième sur les bénéfices répartis par le conseil entre ses membres: à la différence d'un traitement fixe, payé quel que soit le résultat social, les tantièmes ne sont alloués aux administrateurs qu'en cas de bénéfices[1-2];

- avantages en nature tels que mise à disposition de locaux ou de véhicule, prise en charge par la société de différents frais,... Ces avantages doivent faire l'objet d'une décision prise dans la forme prévue pour la rémunération elle-même[3].

§ 2. Cumul d'un statut d'administrateur (ou du délégué à la gestion journalière), avec celui d'employé

981. L'exercice d'un mandat d'administrateur au sein d'une société n'est pas incompatible avec le statut d'employé au sein de la même société.

Doctrine et jurisprudence estiment que le cumul, dans le chef d'une même personne des fonctions d'administrateur avec la qualité d'employé n'est admissible qu'à une double condition: '*si le contrat de travail a pour objet d'autres activités, de nature technique, commerciale ou administrative, et que le lien de subordination, caractéristique du contrat de travail, existe entre l'administrateur et la société pour l'exercice de ces fonctions distinctes*[4]'. Par trois importants arrêts[5], notre Cour de cassation consacre l'abandon de la première condition (dualité de fonctions) au profit du *seul critère du lien de subordination*, permettant ainsi que la gestion journalière puisse faire l'objet d'un contrat de travail pour autant qu'elle s'exerce sous l'autorité d'un organe de la société. Cette conception suscite néanmoins diverses critiques[6].

§ 3. Conséquences fiscales et sociales

982. On sera également attentif aux conséquences fiscales et sociales de l'exercice d'un mandat d'administrateur et de la rémunération y attachée.

1. Pour plus de détails sur les différentes clauses possibles, voir H., Olivier et K., Deboeck, *Vademecum de l'administrateur de société anonyme*, Bruxelles, Créadif, 1992, 3e éd., nos 462 à 467.
2. Pour les limites à l'attribution de tantièmes, voir article 617 C. soc. (voir *infra*, n° 1404).
3. H. Olivier et K. Deboeck, *Vademecum de l'administrateur de société anonyme*, Bruxelles, Créadif, 1992, 3e éd., n° 470.
4. P. Van Ommeslaghe et X. Dieux, 'Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1992, p. 749, n° 119; L. Dear, 'Le statut social du dirigeant d'entreprise', *J.T.T.*, 2013, p. 375.
5. Cass., 22 janvier 1981, *Rev. prat. soc.*, 1981, p. 285; Cass., 28 mai 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 1.172; Cass., 30 mai 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1.169.
6. V. Vannes, 'Le contrat de travail: aspects théoriques et pratiques', 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 77.

On notera, au plan social, que l'exercice d'un mandat d'administrateur – même gratuit – dans une société commerciale est présumé de manière irréfragable constituer une activité professionnelle entraînant l'assujettissement au statut social des travailleurs indépendants[1].

Ceci implique que les administrateurs seront assujettis au statut social des indépendants à titre principal, lorsque le mandat est exercé à l'exclusion de toute autre activité professionnelle, et à titre complémentaire, s'il y a exercice concomitant d'une autre activité professionnelle ouvrant un droit à la pension légale dans un autre régime de sécurité sociale. Dans certains cas, ces mandataires pourront toutefois être exonérés par l'INASTI, du paiement des cotisations.

Le caractère irréfragable de la présomption a été remis en cause suite à l'arrêt du 3 novembre 2004 de la Cour constitutionnelle qui a estimé que l'article 3 de l'A.R. n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il ne permet pas au mandataire de société d'établir qu'il n'exerce pas d'activité professionnelle de travailleur indépendants[2].

En soi, la nomination d'une personne comme administrateur ne suffit donc pas à établir l'exercice d'une activité professionnelle[3].

En vertu de l'A.R. du 12 février 1993[4], les administrateurs qui poursuivent l'exercice de leur mandat au-delà de l'âge de la pension ou bénéficient d'une pension de retraite anticipée et établissent la preuve de la gratuité de leur mandat peuvent bénéficier d'une exception à ce régime d'assujettissement obligatoire[5].

§ 4. Rémunération et indemnités de départ versées à des dirigeants de sociétés cotées

983. Le régime de rémunération des dirigeants des sociétés cotées fait l'objet d'une réglementation stricte depuis la loi du 6 avril 2010 '*visant à renforcer le gouvernement d'entreprise dans les sociétés cotées et les entreprises publiques autonomes et visant à modifier le régime des interdictions professionnelles dans le secteur bancaire et financier*[6]'. Ce régime traite, pour l'essentiel, des rémunérations variables et des indemnités de départ octroyées à certains dirigeants ainsi que du rapport de rémunération soumis à l'assemblée générale.

1. A.R. 1er juillet 1992, *(M.B.*, 3 juillet 1992).
2. Arrêt n° 176/2004, www.const-court.be.
3. L. Dear, 'Le statut social du dirigeant d'entreprise', *J.T.T.*, 2013, pp. 373-374.
4. Arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 19 décembre 1967 portant règlement général en exécution de l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants.
5. G. Raucq et P. Hainaut-Hamende, 'Les sociétés anonymes', *Rep. not.*, T. 12, Livre III, Bruxelles, Larcier, 2005, n°426.
6. *M.B.*, 23 avril 2010, pp. 22.709 à 22.719.

Le régime légal s'applique à l'ensemble des membres de l'équipe de direction. Les règles, générales et particulières, applicables à ce régime sont complexes[1]. Nous nous bornons ci-après à leur exposé synthétique.

A. Rémunération variable

984. Dans les sociétés cotées, l'octroi aux dirigeants d'une rémunération variable est traité spécifiquement.

La rémunération variable est maladroitement définie comme étant: '*toute rémunération additionnelle liée aux critères de prestation avec indication des modalités de paiement de cette rémunération variable*' (art. 96, § 3, al. 2, 6°, 7°, b, C. soc.).

a. Administrateur exécutif[2]

985. Dans les sociétés cotées, les critères qui rendent variable l'attribution d'une rémunération à un administrateur exécutif, en ce compris actions et stock options, font l'objet, depuis la loi du 6 avril 2010, d'une mention les reprenant de manière expresse dans les clauses contractuelles ou autres qui régissent la relation juridique concernée. Le paiement de cette rémunération variable ne peut être effectué que si les critères ont été atteints pour la période indiquée. En cas de méconnaissance de ces règles, ces rémunérations variables ne sont pas prises en considération dans le calcul de l'indemnité de départ (art. 520*bis* C. soc.)[3].

Sauf dispositions statutaires contraires ou approbation expresse par l'assemblée générale des actionnaires, quand la rémunération variable dépasse un quart de la rémunération annuelle, les règles suivantes s'appliquent:

- un quart de cette rémunération variable doit être basé sur des critères de prestations prédéterminés et objectivement mesurables sur une période d'au moins deux ans, et

1. A. Autenne et L. Culot, 'La normalisation des pratiques de rémunération managériales: la réglementation récente et ses enjeux', in *Droit des sociétés Millésime*, 2011, Larcier, Bruxelles, 2011, pp. 141 à 146.
2. Est présumé membre exécutif du conseil d'administration, entre autres, tout administrateur qui est membre du comité de direction visé aux articles 524*bis* et 524*ter* et tout administrateur qui s'est vu déléguer la gestion journalière au sens de l'article 525 (art. 526*bis*, § 3, *in fine*, C. soc.).
3. Voir A. Autenne et L. Culot, 'La normalisation des pratiques de rémunération managériales: la réglementation récente et ses enjeux', *in Droit des sociétés Millésime*, 2011, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 136 à 139.

– un autre quart au moins doit être basé sur des critères de prestations déterminés et objectivement mesurables sur une période d'au moins trois ans (art. 520*ter*, al. 2, C. soc.)[1].

b. Administrateur non exécutif

986. Les clauses contractuelles portant sur une rémunération variable au profit d'un administrateur non exécutif d'une société cotée doit recueillir l'approbation préalable de la première assemblée générale ordinaire qui suit. Toute convention contraire est nulle de plein droit (art. 554, al. 7, C. soc.).

Un régime spécifique s'applique aux actions et options, qui ne peuvent être acquises ou exercées que trois ans au moins après leur attribution (art. 520*ter*, al. 1, C. soc.), sauf dispositions statutaires contraires ou approbation de l'assemblée générale[2].

B. Indemnité de départ qui dépasse les 12 mois de rémunération (art. 554, al. 4 et 5, C. soc.)

987. Les règles en matière d'indemnités de départ ont vocation à s'appliquer à tout administrateur exécutif, membre du comité de direction, délégué à la gestion journalière ou un autre dirigeant visé à l'article 96, § 3, dernier alinéa (soit les membres de tout comité où se discute la direction générale de la société, organisé en dehors du cadre de l'article 524*bis* C. soc.).

a. Approbation de l'assemblée générale

988. L'approbation préalable de la première assemblée générale ordinaire est requise pour toute convention conclue qui prévoit une indemnité de départ qui dépasse les 12 mois de rémunération, ou sur l'avis motivé du comité de rémunération, dépasse les 18 mois de rémunération. Toute disposition contraire est nulle de plein droit (art. 554, al. 4, C. soc.).

b. Information préalable et avis des organes représentatifs des travailleurs

989. La demande ainsi faite à l'assemblée générale de convenir d'une indemnité de départ plus élevée doit être communiquée, trente jours avant le jour de la publication de la convocation de la première assemblée générale ordinaire qui suit, au

1. T. L'Homme et L. Culot, 'L'encadrement de la rémunération des dirigeants de sociétés cotées', *R.P.S.*, 2011, pp. 301 à 302.
2. *Ibid.*, pp. 302 à 303.

conseil d'entreprise ou, à défaut, aux représentants des travailleurs au comité pour la prévention et la protection au travail ou, à défaut, à la délégation syndicale.

A la demande, selon le cas, d'une des parties au conseil d'entreprise, de la délégation syndicale ou des représentants des travailleurs au comité pour la prévention et la protection au travail, celui-ci donne un avis à l'assemblée générale. La demande d'avis doit être formulée au moins vingt jours avant le jour prévu pour la publication de la convocation. L'avis est donné et publié sur le site Internet de la société au plus tard le jour de publication de la convocation (art. 554, al. 5, C. soc.).

C. Rapport de rémunération et vote de l'assemblée générale

990. Conformément à l'article 96, § 3, C. soc., le rapport de rémunération constitue une section spécifique de la déclaration de gouvernement d'entreprise visée au rapport annuel. A l'instar du vote de la décharge, l'assemblée générale ordinaire des sociétés cotées se prononce sur le rapport de rémunération par vote séparé (art. 554, al. 2, C. soc.).

Le rapport de rémunération contient au moins les informations suivantes:

1. une description de la procédure adoptée pendant l'exercice social faisant l'objet du rapport, pour (i) élaborer une politique relative à la rémunération des administrateurs, des membres du comité de direction, des autres dirigeants et des délégués à la gestion journalière de la société, ainsi que pour (ii) fixer la rémunération individuelle des administrateurs, des membres du comité de direction, des autres dirigeants et des délégués à la gestion journalière de la société;

2. une déclaration sur la politique de rémunération des administrateurs, des membres du comité de direction, des autres dirigeants et des délégués à la gestion journalière de la société adoptée pendant l'exercice social faisant l'objet du rapport de gestion, qui contient au moins les informations suivantes:

   a. les principes de base de la rémunération, avec indication de la relation entre rémunération et prestations;

   b. l'importance relative des différentes composantes de la rémunération;

   c. les caractéristiques des primes de prestations en actions, options ou autres droits d'acquérir des actions;

   d. des informations sur la politique de rémunération pour les deux exercices sociaux suivants.

En cas de modification importante de la politique de rémunération par rapport à l'exercice social faisant l'objet du rapport, elle doit être particulièrement mise en évidence;

3. sur une base individuelle, le montant des rémunérations et autres avantages accordés directement ou indirectement aux administrateurs non exécutifs par la société ou une société qui fait partie du périmètre de consolidation de cette société;

4. si certains membres du comité de direction, certains autres dirigeants ou certains délégués à la gestion journalière font également partie du conseil d'administration, des informations sur le montant des rémunérations qu'ils reçoivent en cette qualité;

5. dans le cas où les administrateurs exécutifs, les membres du comité de direction, les autres dirigeants ou les délégués à la gestion journalière entrent en ligne de compte pour toucher des rémunérations liées aux prestations de la société ou d'une société qui fait partie du périmètre de consolidation de cette société, aux prestations de l'unité d'exploitation ou aux prestations de l'intéressé, les critères pour l'évaluation des prestations au regard des objectifs, l'indication de la période d'évaluation et la description des méthodes appliquées pour vérifier s'il a été satisfait à ces critères de prestation. Ces informations doivent être indiquées de manière à ce qu'elles ne fournissent aucune donnée confidentielle sur la stratégie de l'entreprise;

6. le montant des rémunérations et des autres avantages accordés directement ou indirectement au représentant principal des administrateurs exécutifs, au président du comité de direction, au représentant principal des autres dirigeants ou au représentant principal des délégués à la gestion journalière par la société ou une société qui fait partie du périmètre de consolidation de cette société. Cette information sera ventilée comme suit:

   a. la rémunération de base;

   b. la rémunération variable: toute rémunération additionnelle liée aux critères de prestation avec indication des modalités de paiement de cette rémunération variable;

   c. pension: les montants versés pendant l'exercice social faisant l'objet du rapport de gestion ou les coûts relatifs aux services fournis au cours de l'exercice social faisant l'objet du rapport de gestion, en fonction du type de plan de pension, avec une explication des plans de pension applicables;

   d. les autres composantes de la rémunération, telles que les coûts ou la valeur d'assurances et d'autres avantages en nature, avec une explication des caractéristiques des principales composantes.

En cas de modification importante de cette rémunération par rapport à l'exercice social faisant l'objet du rapport de gestion, elle doit être particulièrement mise en évidence;

7. globalement, le montant des rémunérations et autres avantages accordés directement ou indirectement aux autres administrateurs exécutifs, membres du comité de direction, autres dirigeants et délégués à la gestion journalière par la société ou une société qui fait partie du périmètre de consolidation de cette société. Cette information sera ventilée comme suit:

   a. la rémunération de base;

   b. la rémunération variable: toute rémunération additionnelle liée aux critères de prestation avec indication des modalités de paiement de cette rémunération variable;

   c. pension: les montants versés pendant l'exercice social faisant l'objet du rapport de gestion ou les coûts relatifs aux services fournis au cours de l'exercice social faisant l'objet du rapport de gestion, en fonction du type de plan de pension, avec une explication des plans de pension applicables;

   d. les autres composantes de la rémunération, telles que les coûts ou la valeur d'assurances et d'autres avantages en nature avec explication des caractéristiques des principales composantes.

En cas de modification importante de cette rémunération par rapport à l'exercice social faisant l'objet du rapport de gestion, elle doit être particulièrement mise en évidence;

8. individuellement, pour les administrateurs exécutifs, les membres du comité de direction, les autres dirigeants et les délégués à la gestion journalière, le nombre et les caractéristiques-clés des actions, des options sur actions ou de tous autres droits d'acquérir des actions accordés, exercés ou venus à échéance au cours de l'exercice social faisant l'objet du rapport de gestion;

9. individuellement, pour les administrateurs exécutifs, les membres du comité de direction, les autres dirigeants et les délégués à la gestion journalière, les dispositions relatives à l'indemnité de départ;

10. en cas de départ des administrateurs exécutifs, des membres du comité de direction, des autres dirigeants ou des délégués à la gestion journalière, la justification et la décision du conseil d'administration, sur proposition du comité de rémunération, relatives à la question de savoir si la personne concernée entre en ligne de compte pour l'indemnité de départ, et la base de calcul de cette indemnité;

11. pour les administrateurs exécutifs, les membres du comité de direction, les autres dirigeants et les délégués à la gestion journalière, la mesure dans laquelle un droit de recouvrement de la rémunération variable attribuée sur la base d'informations financières erronées est prévu au bénéfice de la société.

En même temps que les comptes annuels, un 'document comprenant les indications du rapport de gestion', est déposé par les administrateurs à la Banque Nationale de Belgique (art. 98 et 100 C. soc.)[1].

Sous-section 5
Fin du mandat

991. Le mandat de l'administrateur prend fin par expiration du terme convenu.

Il cesse par le décès, l'interdiction, la faillite ou la déconfiture de son titulaire[2].

Il peut également prendre fin par la révocation ou la démission de l'administrateur.

§ 1. Expiration du terme

992. Comme indiqué ci-dessus, l'assemblée est libre de renouveler le mandat d'un administrateur arrivé à son terme.

Il est admis que l'administrateur dont le mandat est expiré doit, comme l'administrateur démissionnaire, '*sauf empêchement absolu, (...) continuer à s'occuper de la gestion jusqu'à ce qu'il ait été pourvu à son remplacement*[3]'.

1. Sur les mesures de publicité du montant des rémunérations et autres avantages prescrites par le Code belge de gouvernance d'entreprise 2009, voir P. LAMBRECHT et G. de PIERPONT, La rémunération des dirigeants de sociétés cotées, l'exemple du Code belge de gouvernance d'entreprise, in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009, spéc. pp. 380 à 381.
2. Il s'agit d'une application des règles du mandat (art. 2003 C. civ.).
3. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T.1, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 584.

§ 2. Décès de l'administrateur

993. Le décès de l'administrateur entraîne naturellement la fin de son mandat.

L'article 74, 4°, b, C. soc. prévoit d'ailleurs que ce décès doit faire l'objet d'une déclaration au greffe, signée des organes compétents de la société, aux fins de publication.

§ 3. Révocation de l'administrateur

994. Les administrateurs sont révocables *ad nutum* par l'assemblée générale (art. 518, § 3, C. soc.):

- l'assemblée n'a pas à motiver sa décision;
- elle peut révoquer l'administrateur à tout moment, sans préavis;
- l'administrateur révoqué ne peut réclamer une indemnité de renvoi.

Cette dernière règle connaît toutefois deux tempéraments:

- si le fait de la révocation ne peut donner lieu à indemnité, les circonstances de celles-ci peuvent être à ce point blessantes qu'elles constituent un abus, une faute au sens de l'article 1382 du Code civil[1];
- l'administrateur qui cumulerait son mandat avec un contrat de travail ne perdrait pas, du fait de sa révocation, le bénéfice de son contrat de travail. Pour y mettre fin, la société devra respecter la législation sociale applicable à ce contrat de travail[2]. Inversement, la fin du contrat de travail n'implique pas *ipso facto* la révocation de l'administrateur. Celle-ci nécessite une décision expresse de l'assemblée.

Etant donné la gravité de la mesure, la révocation doit, sauf circonstances exceptionnelles, être inscrite à l'ordre du jour de l'assemblée. Il ne pourrait y avoir de révocation sur-le-champ que si des incidents imprévus, survenus au cours des déli-

1. Comm. Bruxelles, 8 décembre 1983, *Rev. prat. soc.*, 1984, p. 68, n° 6.268.
2. De même, si l'administrateur bénéficiait d'un contrat de consultant, la société devra respecter les conditions de ce contrat (Comm. Bruxelles (14e ch.), 3 mai 1993, *T.R.V.*, 1994, p. 108 et note D. VAN GERVEN).

bérations, révèlent des manquements graves d'un administrateur à ses devoirs de manière telle qu'une révocation immédiate s'impose[1].

Ce principe de révocabilité *ad nutum* des administrateurs est *d'ordre public* et a été réaffirmé par notre Cour de cassation[2]. Toute clause limitant ou supprimant ce droit à révocation est illicite et frappée de nullité absolue[3]: '*tel serait le cas, notamment, d'une clause exigeant pour la révocation, une majorité spéciale*[4]'. Encore faut-il, pour qu'elle soit jugée illicite, que la clause lie la société ou ses organes. Telle n'est pas l'hypothèse d'une clause testamentaire par laquelle '*le testateur n'a pas stipulé à charge de la société l'engagement de maintenir en fonctions sa fille... aussi longtemps qu'elle le désirerait et, sans aliéner la liberté des organes de la société,... s'est borné à exiger de son fils qu'il contribue loyalement à conserver à la société son caractère familial de manière à concilier les intérêts de la société et ceux des héritiers du fondateur de celle-ci*[5]'. Tel n'est pas non plus le cas d'une clause contractuelle qui prévoit à charge d'un cocontractant une obligation de payer une indemnité, au cas où celui-ci exerce son droit à la révocation en sa qualité d'actionnaire majoritaire[6].

995. Un administrateur révoqué a-t-il le droit d'être entendu? Si certains auteurs répondent par l'affirmative par référence à l'obligation de convoquer l'administrateur à l'assemblée générale, la jurisprudence ne consacre pas un tel droit[7]. La question demeure très discutée en doctrine: selon la majorité des auteurs, s'il n'existe pas de principe général sur base duquel l'administrateur devrait être entendu préalablement, les dispositions en matière de convocation et d'accès à l'assemblée générale offriraient à l'administrateur révoqué un certain nombre de garanties, dont la possibilité d'être entendu. Certains reconnaissent même un véritable droit d'être entendu sur base du respect des droits de la défense. D'autres, au contraire, déduisent du principe de révocabilité *ad nutum* des administrateurs non seulement que la

1. L. FREDERICQ, *Principes de droit commercial belge*, T. 2, Gand, Van Rysselberghe et Rombaut, 1930, n° 908. Il faut toutefois que l'administrateur ait eu l'occasion de se défendre (J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T.1, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 587).
2. Cass., 13 avril 1989, *R.D.C.*, 1989, p. 878.
3. P. STROOBANT, M. FYON et A.-P. ANDRÉ-DUMONT, 'Nomination et cessation des fonctions de dirigeants de sociétés', in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 80 à 81.
4. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T.1, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 586.
5. Cass., 13 avril 1989, *R.C.J.B.*, 1991, pp. 205 et s.
6. Sent, arb., 26 septembre 1990 et Civ. Nivelles, 15 septembre 1992, *J.T.*, 1993, p. 629. Voir également Comm. Bruxelles, 18 novembre 1993, *Rev. prat. soc.*, 1994, p. 174 et obs. I. CORBISIER ('A propos de la révocabilité *ad nutum* des administrateurs prévue par l'article 55, al. 3, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales').
7. Comm. Bruxelles (Réf.), 28 juillet 2004, *T.R.V.*, 2005, p. 40.

révocation ne doit pas être motivée, mais également que l'administrateur ne doit pas être entendu[1].

§ 4. DÉMISSION

996. L'administrateur peut, à tout moment et sans justifier sa décision, renoncer à son mandat, c'est-à-dire démissionner.

Cette démission ne doit pas, pour produire ses effets, être acceptée par le conseil d'administration ou l'assemblée générale. Il suffit qu'elle soit notifiée à la société conformément à l'article 2007 du Code civil. L'administrateur devra néanmoins '*continuer l'exercice de ses fonctions jusqu'à ce que sa démission ait été constatée et que son remplacement ait été assuré*[2]'.

Cette démission ne peut être ni intempestive, ni inopportune: un départ précipité pourrait engager la responsabilité de l'administrateur.

Sous-section 6
Publicité des nominations et cessation des fonctions des administrateurs

997. L'article 74 C. soc. exige que l'extrait des actes relatifs à la nomination et à la cessation des fonctions des administrateurs soit déposé au greffe et publié (art. 74, 2°, a, C. soc.). Cet extrait devra préciser si ces personnes peuvent engager la société en agissant seules ou si elles ne peuvent le faire que conjointement ou en collège.

A partir de cette publication, les nominations ou cessations de fonction d'administrateur sont opposables aux tiers (art. 76, al. 1, C. soc.), sauf si la société prouve que ces tiers en avaient antérieurement connaissance. Les tiers peuvent néanmoins se prévaloir des actes dont la publicité n'a pas été effectuée (art. 76, al. 2, C. soc.).

Pour les opérations intervenues avant le seizième jour qui suit celui de la publication, ces actes ne sont pas opposables aux tiers qui prouvent qu'ils ont été dans l'impossibilité d'en avoir connaissance (art. 76, al. 3, C. soc.).

En outre, depuis la loi du 6 mars 1973, l'accomplissement des formalités de publicité relatives aux personnes qui, en qualité d'organe, ont le pouvoir d'engager

1. P., STROOBANT, M. FYON et A.-P. ANDRÉ-DUMONT, 'Nomination et cessation des fonctions des dirigeants de sociétés', in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 90 à 96 et les références citées.
2. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T.1, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 589.

la société, rend toute irrégularité dans leur nomination inopposable aux tiers, à moins que la société ne prouve que ces tiers en avaient connaissance (art. 77 C. soc.).

La loi ne dit malheureusement pas si le tiers peut, quant à lui, invoquer à l'encontre de la société l'irrégularité dans la nomination de l'organe pour se délier de ses engagements. Dans un arrêt du 18 mars 1981, la Cour d'appel de Mons[1] a répondu négativement à cette question: les tiers ne peuvent opposer à la société l'irrégularité qui entache la nomination de ses organes. Cette solution consacre l'enseignement du professeur L. SIMONT: '*l'acte posé par l'organe nommé irrégulièrement est valable aussi longtemps que la nomination de cet organe n'a pas été annulée, pareille annulation n'opérant qu'*ex nunc. *L'acte accompli par l'organe irrégulièrement nommé pourrait toutefois être valablement ratifié par un organe compétent de la société, ce avec effet rétroactif. Cette ratification ne pourrait toutefois, s'il s'agissait d'un acte unilatéral, porter atteinte aux droits acquis dans l'intervalle par les tiers*[2]'.

Section 2
Fonctionnement du conseil d'administration

Sous-section 1
Le conseil d'administration est un organe collégial

998. Conformément à l'article 521, al. 1, C. soc., '*les administrateurs forment un collège*' et c'est à ce collège seul qu'appartiennent les pouvoirs.

Cette règle de la collégialité est impérative[3]. Elle constitue une exception au droit commun aux termes duquel, lorsqu'il y a plusieurs mandataires, chacun d'eux peut agir séparément au nom du mandant (art. 1857 C. civ.). Elle ne s'oppose toutefois pas à la délégation de certains pouvoirs[4] à un ou plusieurs administrateurs ou à ce que l'exécution de décisions du conseil soit confiée à un ou plusieurs administrateurs. Elle interdit de '*confier à un seul ou à quelques membres du conseil, la gestion générale de la société*[1-2]'.

1. *Pas.*, 1981, II, p. 82.
2. L. SIMONT, 'La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales', *Rev. prat. soc.*, 1974, n° 5.786, p. 63, n°s 62 et s. Voir également L. SIMONT, 'Les règles relatives à la publicité, aux nullités et aux actes accomplis au nom d'une société commerciale', *Les sociétés commerciales*, Ed. du Jeune Barreau, 1985, pp. 75 et s.
3. C. RESTEAU, 'Traité des sociétés anonymes', 3e éd. par A. BENOÎT-MOURY, et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 909.
4. Telle la représentation (voir *infra*, n°s 1050 et s.).

Sous-section 2
Modes de délibération du conseil

§ 1. PRINCIPE

999. La loi laisse aux statuts le soin de fixer les règles de délibération du conseil. A défaut de dispositions statutaires, le conseil délibère ' *suivant les règles ordinaires des assemblées délibérantes*' (art. 63 C. soc.)[3].

Nous nous limiterons donc ici à envisager les règles statutaires les plus fréquentes, sous réserve du problème particulier du conflit d'intérêt (*infra*, Sous-section 3).

§ 2. CONVOCATIONS

1000. Il appartient aux statuts de déterminer le mode de convocation: lettre, téléphone, fax, courriel, etc.

A défaut de disposition statutaire, on enseigne que la première réunion du conseil peut être convoquée par tout intéressé et que, ultérieurement, une fois le bureau constitué, ce droit appartient au président du conseil qui devra convoquer le conseil aussi souvent que les affaires l'exigent et, en tout cas, à la demande de tout administrateur[4].

Faut-il que la convocation contienne, comme pour l'assemblée, un ordre du jour? 'Nous ne le pensons pas car l'ordre du jour pour le conseil n'a certes pas la même importance que pour l'assemblée. Les administrateurs suivent la marche des affaires et doivent être présents alors que les actionnaires ne se déplaceront qu'en fonc-

1. C. RESTEAU, 'Traité des sociétés anonymes', 3e éd. par A. BENOÎT-MOURY, et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 909.
2. Le caractère collégial du conseil d'administration n'empêche pas le droit individuel d'investigation de chaque administrateur (voir L. SIMONT, 'L'administrateur d'une société anonyme agissant isolément a-t-il un droit d'investigation individuelle', *Rev. prat. soc.*, 1963, n° 5.148, pp. 189 et s.; J. VAN RYN et P. VAN OMMESLAGHE, 'Examen de jurisprudence sur les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1981, n° 58; R. PRIOUX, 'La transparence, principe général de droit en matière d'information des actionnaires et du marché', *J.T.*, 1994, p. 219, n°s 12 et s.).
3. Voir *supra, n°* 1439.
4. C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd., Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 912.

tion de l'ordre du jour'. La bonne foi[1] ou l'importance des décisions projetées justifieront toutefois de la nécessité de cet ordre du jour[2]: il ne peut être question de prendre les administrateurs par surprise, en ajoutant un point fondamental aux discussions sans les en avertir au préalable.

§ 3. Lieu des réunions

1001. Le conseil d'administration peut se réunir partout où il le juge bon, même à l'étranger[3].

§ 4. Quorum de présence

1002. On enseigne généralement que, sauf disposition contraire des statuts, la présence de la moitié au moins des administrateurs est requise[4]. On conseillera au rédacteur des statuts de déroger à cette règle lorsque le nombre d'administrateurs est particulièrement élevé.

§ 5. Présence physique des administrateurs?

1003. Faut-il nécessairement une présence '*physique*' des administrateurs ou peut-on tenir cette réunion par écrit ou mieux encore par téléphone ou vidéoconférence?

La question fut controversée[5]. Le Code légitime, dans des circonstances spécifiques, les réunions '*sur papier*'.

1. Cass. fr., 19 janvier 1959, *Rev. prat. soc.*, 1959, p. 297; Bruxelles, 21 juin 1988, *Rev. prat. soc.*, 1989, p. 47 et plus spéc., p. 55.
2. Voir Bruxelles, 21 juin 1988, *Rev. prat. soc.*, 1989, p. 47.
3. G. Raucq et P. Hainaut-Hamende, 'Les sociétés anonymes', *Rep. not.*, T. 12, Livre III, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 475, n° 375.
4. C. Resteau, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. Benoît-Moury et A. Grégoire, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 914.
5. *Contra* : G. Raucq et P. Hainaut-Hamende, 'Les sociétés anonymes', *Rep. not.*, T. 12, Livre III, Bruxelles, Larcier, 2005, nos 378 et s.
   Pro : H. Laga, 'Kan de raad van bestuur geldig besluiten zonder effectief bijeen te komen?', *T.R.V.*, 1992, p. 340; P. Gabriel, M. Coipel et F. Pirard, 'Suggestion de loi en vue de permettre au conseil d'administration d'une SA de prendre une décision par consentement unanime écrit de ses membres', *Mélanges de suggestions de loi en hommage à Pierre Harmel*, Liège, 1992, p. 24; P.-E., Partsch, 'Dans quelle mesure le conseil d'administration d'une société anonyme belge peut-il adopter des décisions sans réunion physique de ses membres?', *Rev. prat. soc.*, 1995, pp. 186 et s.

Le législateur prévoit que '*dans les cas exceptionnels dûment justifiés par l'urgence et l'intérêt social, les décisions du conseil d'administration peuvent être prises, si les statuts l'autorisent, par consentement unanime des administrateurs, exprimé par écrit*' (art. 521, al. 2, C. soc.).

Quelques remarques à propos de ce régime:

1. le Code ouvre une simple faculté. Pour qu'il puisse en être fait usage, il faut que les statuts de la société le prévoient expressément;

2. le recours à ce procédé est limité '*à des cas exceptionnels dûment justifiés par l'urgence et l'intérêt social*'. Le législateur entend ainsi '*éviter que ne soit mis en cause le principe de la délibération collégiale qui continue à être la règle pour le fonctionnement du conseil d'administration*[1]'. Cette exigence d'une justification spécifique risque grandement de réduire l'intérêt pratique de cette règle;

3. en cas de recours à la procédure écrite, le consentement des administrateurs doit être unanime;

4. en toute hypothèse, la loi exclut le recours à cette procédure '*pour l'arrêt des comptes annuels, l'utilisation du capital autorisé ou tout autre cas que les statuts entendraient excepter*' (art. 521, al. 3, C. soc.).

§ 6. Représentation d'administrateur

1004. A défaut de disposition statutaire expresse, la doctrine considère qu'un administrateur ne peut donner mandat à un de ses collègues pour le représenter au sein du conseil d'administration, arguant du caractère personnel du mandat[2-3].

Il faudra donc que les statuts permettent cette représentation. En toute hypothèse, ceux-ci ne pourraient accorder ce droit à un tiers non administrateur[4].

1. G. Keutgen et A.-P. André-Dumont, 'La société et son fonctionnement', *Droit des sociétés: les lois des 7 et 13 avril 1995*, Bruxelles, Louvain-la-Neuve, Bruylant – Académia, 1995, p. 284.
2. C. Resteau, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. Benoît-Moury et A. Grégoire, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 918.
3. Certains auteurs considèrent toutefois que, même en cas de silence des statuts, un administrateur peut toujours se faire représenter aux réunions du conseil par un autre administrateur à condition que ce dernier soit porteur d'une procuration écrite (J. 't Kint et R. Gyselinck, 'Les sociétés anonymes', *Guide pratique*, Bruxelles, Larcier, 1975, n° 211).
4. C. Resteau, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. Benoît-Moury et A. Grégoire, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 918.

§ 7. Quorum de vote

1005. Les décisions se prennent, en cas de silence des statuts, à la majorité absolue des suffrages.

En cas de partage des voix, la proposition est rejetée, sauf si les statuts prévoyaient, par exemple, que le président du conseil d'administration a voix prépondérante[1].

A l'instar des règles applicables aux assemblées générales, on considère généralement que chaque administrateur dispose d'une voix. L'interdiction absolue du vote plural à l'assemblée générale des actionnaires, depuis 1934, n'a toutefois pas vocation à s'appliquer au conseil d'administration. Les statuts pourraient ainsi prévoir, par exemple, un droit de vote double réservé à certains administrateurs. Le recours à cette technique trouve toutefois sa limite dans la nécessaire préservation du principe de collégialité.

§ 8. Procès-verbaux des réunions du conseil

1006. La loi ne prévoit pas expressément la tenue de procès-verbaux. On ne peut que le conseiller, notamment pour les cas où un administrateur voudrait dégager sa responsabilité (*infra*, n° 1162). Tout administrateur a, en effet, le droit, lorsqu'il n'est pas d'accord avec ses collègues, de faire acter son opposition. Si le conseil refusait de rédiger un procès-verbal ou d'acter la dissidence, l'administrateur n'a d'autre choix que de '*faire valoir immédiatement ses réserves par un écrit (recommandé) adressé au président*[2]'.

A défaut de disposition statutaire expresse, les procès-verbaux sont signés par le président et le secrétaire; ils ne doivent nullement être signés par tous les administrateurs[3].

On ne peut que recommander la tenue d'un registre de ces procès-verbaux afin d'en assurer la conservation et, ainsi, d'éviter une disparition inopportune.

1. On rappellera que si les statuts ont fait usage de la faculté permettant de limiter la composition du conseil à deux membres (voir *supra*, n° 972), la disposition statutaire octroyant une voix prépondérante au président du conseil cesse de plein droit de produire ses effets.
2. H. Olivier et K. Deboeck, *Vademecum de l'administrateur de société anonyme*, Bruxelles, Créadif, 1992, n° 51.
3. C. Resteau, 3e éd., *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. Benoît-Moury et A. Grégoire, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 917.

Sous-section 3
Les conflits d'intérêts

1007. Le législateur a, dès l'origine, été attentif aux conflits d'intérêts[1]. L'hypothèse se produit lorsqu'à l'occasion d'une décision à prendre ou d'une opération à réaliser par la société, un administrateur a un intérêt opposé à celui de la société.

Les règles relatives aux sociétés non cotées ont été élaborées, pour l'essentiel, dans le cadre des lois du 18 juillet 1991[2], du 13 avril 1995[3] et du 2 août 2002. Elles sont contenues à l'article 523 C. soc.

Le Code a également érigé une réglementation spécifique aux sociétés cotées (art. 524 C. soc.).

§ 1. Les conflits d'intérêt dans les sociétés non cotées (art. 523 C. soc.)

A. Champ d'application de l'article 523 C. soc.

1008. L'article 523 C. soc. s'applique chaque fois qu'*'un administrateur a, directement ou indirectement, un intérêt opposé de nature patrimoniale à une décision ou à une opération relevant du conseil d'administration'* (art. 523, § 1er, al. 1, C. soc.).

a. Décisions ou opérations visées

1009. L'article 523 C. soc. s'applique aux seules décisions ou opérations relevant de la compétence du conseil d'administration.

1. Voir sur les difficultés et les aléas de la première réglementation: J. Guillery, *Des sociétés commerciales en Belgique, Commentaire de la loi du 18 mai 1873, 2e* éd., Bruxelles, Bruylant, 1882, pp. 351 et s.
2. Sur le régime instauré par la loi du 18 juillet 1991, voir P. De Wolf et B. Feron, 'La dualité d'intérêts des administrateurs d'une société anonyme', *Rev. prat. soc.*, 1993, pp. 5 et s.; J.-L. Duplat, 'Les embûches de l'article 60 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales et la responsabilité accrue des professionnels de la comptabilité', *Rev. b. compt.*, 1992/1, pp. 8 et s.; P. Ernst, 'Belangenconflicten in naamloze vennootschappen', *R.W.*, 1991-1992, pp. 585 et s.; J.-F. Tossens et C. Bertsch, 'Les situations de blocage au sein du conseil d'administration de la société anonyme à la suite de l'application de l'article 60 des LCSC relatif à la dualité d'intérêts', *Rev. prat. soc.*, 1995, pp. 32 à 41; L. Simont, 'Conflits d'intérêt: les implications des nouveaux articles 60 et 60*bis*', *Rev. prat. soc.*, 1996, pp. 369 à 393.
3. P. De Wolf, 'Les conflits d'intérêt au sein des sociétés à forme commerciale: réforme ou réaction?', in *Le droit des sociétés: aspects pratiques et conseils des notaires*, Bruxelles, Bruyant, 1999, pp. 290 à 320.

Ceci exclut les décisions prises par le délégué à la gestion journalière dans les limites de sa délégation ainsi que celles qui relèvent de la compétence de l'assemblée générale. Cependant, en tant que mandataire de la société, le délégué à la gestion journalière ne peut contrevenir à la règle interdisant au mandataire, sous peine de nullité relative, de se porter contrepartie[1].

Ceci exclut également les décisions ou opérations que le conseil d'administration propose à l'assemblée générale telle l'augmentation du capital, l'approbation des comptes annuels, l'affectation des bénéfices ou encore les modifications aux statuts[2]. Dans toutes ces hypothèses, en effet, la décision finale appartient légalement à l'assemblée générale et non au conseil d'administration.

Le Code ne vise en réalité que la décision ou l'opération relevant du conseil d'administration et qui crée un droit ou une obligation dans le chef de la société.

b. Un intérêt opposé

1010. La loi exige que l'intérêt de l'administrateur soit opposé à celui de la société.

L'exigence d'une opposition d'intérêts exclut du champ d'application de l'article 523 C. soc. les cas d'intérêts parallèles et compatibles[3].

c. Un intérêt de nature patrimoniale

1011. Le Code exige que l'intérêt soit de nature patrimoniale, la volonté du législateur ayant été d'exclure les simples intérêts moraux, affectifs ou familiaux[4-5].

1. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Précis de droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 596.
2. G. KEUTGEN et A.-P. ANDRE-DUMONT, 'La société et son fonctionnement', *Droit des sociétés: les lois des 7 et 13 avril 1995,* Bruxelles, Louvain-la-Neuve, Bruylant – Académia, 1995, p. 255; L. SIMONT, 'Conflits d'intérêt: les implications des nouveaux articles 60 et 60*bis*', *Rev. prat. soc.*, 1996, p. 376.
3. G. KEUTGEN et A.-P. ANDRE-DUMONT, La société et son fonctionnement', *Droit des sociétés: les lois des 7 et 13 avril 1995,* Bruxelles, Louvain-la-Neuve, Bruylant – Académia, 1995, p. 253.
4. P. DE WOLF et B. FERON, 'La dualité d'intérêts des administrateurs d'une société anonyme', *Rev. prat. soc.*, 1993, p. 14, n° 14.
5. X. DIEUX, 'Les nouveaux articles 60 et 60*bis* des lois coordonnées sur les sociétés commerciales: un faux pas en avant, un vrai pas en arrière', *Séminaire Vanham et Vanham du 17 mai 1995*, p. 9.

La notion d'intérêt patrimonial '*doit donc s'interpréter comme visant tout avantage mobilier ou immobilier susceptible de faire l'objet d'une évaluation économique précise et objective*[1]'. Il vise autant l'intérêt matériel que financier.

d. Un intérêt direct ou indirect

1012. Le Code vise tant l'intérêt direct que l'intérêt indirect.

On parle d'intérêt direct lorsque l'administrateur contracte lui-même avec la société (ainsi, par exemple, la location, par la société, d'un immeuble appartenant à un de ses administrateurs). L'intérêt est indirect lorsque la société contracte avec une personne physique ou morale à laquelle l'administrateur est lié (ainsi, par exemple, le bail entre la société et une société dont l'administrateur est actionnaire).

Les conflits d'intérêt purement fonctionnels ne tombent pas sous le champ d'application de l'article 523 C. soc.: la seule présence de l'administrateur en cause dans le conseil d'administration d'une ou de plusieurs sociétés concernées par les opérations ou décisions ne suffit pas à justifier la procédure de l'article 523 C. soc. Toutefois, '*si cet administrateur a un intérêt financier dans une autre société, par exemple parce qu'il est également employé ou actionnaire ou parce que sa fonction d'administrateur est rémunérée d'une manière ou d'une autre, il aura un intérêt indirect de nature patrimoniale et les règles de l'article 60 devront être respectées si cet intérêt est opposé à celui de la société*[2]'.

B. Exceptions

1013. La loi prévoit deux cas dans lesquels l'article 523, § 1, C. soc. n'est pas applicable:

- les opérations avec filiales à 95 % et plus;
- les opérations habituelles.

1. G. KEUTGEN et A.-P. ANDRE-DUMONT, 'La société et son fonctionnement', *Droit des sociétés: les lois des 7 et 13 avril 1995*, Bruxelles, Louvain-la-Neuve, Bruylant – Académia, 1995, p. 255.
2. P. HERMANT, 'Le fonctionnement des organes', *Le nouveau droit des sociétés. La réforme de 1995,* Bruxelles, Kluwer, 1995, p. 61, n° 1.4.2.

a. Opérations avec filiales à 95 % et plus

1014. L'article 523, § 3, C. soc. prévoit que les articles 523, § 1er et 524*ter* C. soc. ne sont pas applicables '*lorsque les décisions ou les opérations relevant du conseil d'administration concernent des décisions ou des opérations conclues entre sociétés dont l'une détient directement ou indirectement 95 % au moins des voix attachées à l'ensemble des titres émis par l'autre ou entre sociétés dont 95 % des voix attachées à l'ensemble des titres émis par chacune d'elles sont détenus par une autre société.*'

La loi exempte donc tant les opérations entre société mère et filiale à 95 %, qu'entre sociétés filiales à 95 % d'une même mère.

b. Opérations habituelles

1015. L'article 523, § 3, al. 2, C. soc. dispense de l'application de l'article 523, § 1er, les décisions du conseil d'administration qui concernent '*des opérations habituelles conclues dans des conditions et sous les garanties normales du marché pour des opérations de même nature.*'

La notion *d'"opérations habituelles*' est plus large que celle d'opérations de gestion journalière[1]. Elle doit être définie à la lumière de l'objet social de la société et peut être interprétée de la même façon qu'à l'article 446 C. soc.

Ces opérations habituelles doivent encore être conclues à des conditions et sous des garanties normales. La normalité de celles-ci doit s'apprécier au regard du marché et non de celles pratiquées habituellement par la société.

Constitue, par exemple, une opération habituelle bénéficiant de l'exception de l'article 523, § 3, C. soc., l'octroi par une société hypothécaire d'un prêt à l'un des administrateurs, aux conditions normales et au taux du marché[2].

C. Procédure en cas d'application de l'article 523 C. soc.

a. Information préalable des administrateurs

1016. L'administrateur qui a un intérêt opposé '*doit le communiquer aux autres administrateurs avant la délibération du conseil d'administration. Sa déclaration, ainsi que les raisons justifiant l'intérêt opposé qui existe dans le chef de l'administrateur concerné, doivent figurer dans le procès-verbal du conseil d'administration qui devra prendre la décision*' (art. 523, § 1er, al. 1, C. soc.).

1. *Doc.parl.*, Sén., 1994-1995, n° 1086-2, p. 130.
2. *Doc.parl.*, Sén., 1994-1995, n° 1086-2, p. 157.

b. Information des commissaires

1017. Si la société a nommé un ou plusieurs commissaires, l'administrateur ayant un intérêt opposé à la société doit en informer le ou les commissaire(s) (art. 523, § 1er, *in fine*, C. soc.). A la différence de l'information des autres administrateurs, la loi n'exige pas que l'information des commissaires soit préalable à la réunion du conseil[1]. L'information pourra être donnée *a posteriori.*

Le commissaire devra, dans son rapport établi conformément aux articles 143 et 144 C. soc., donner '*une description séparée des conséquences patrimoniales qui résultent pour la société des décisions du conseil d'administration, qui comportaient un intérêt opposé*' (art. 523, § 1er, al. 3, C. soc.).

Dans les sociétés où n'existe pas de commissaire, il n'y a pas d'obligation, comme sous l'empire de la loi de 1991, de désigner en cette hypothèse un reviseur ou un expert-comptable.

c. Décision du conseil d'administration

1018. Le Code exige que le conseil d'administration décrive, dans le procès-verbal de sa réunion, '*la nature de la décision ou de l'opération visée à l'alinéa 1er et une justification de la décision qui a été prise ainsi que les conséquences patrimoniales pour la société*' (art. 523, § 1er, al. 2, C. soc.).

Il convient de souligner que, sauf dans les sociétés ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne, l'administrateur ayant un intérêt opposé à la société pourra néanmoins assister à la délibération et prendre part au vote du conseil (art. 523, § 1er, al. 4, C. soc.)[2].

1. G. KEUTGEN et A.-P. ANDRÉ-DUMONT, 'La société et son fonctionnement', *Droit des sociétés: les lois des 7 et 13 avril 1995*, Bruxelles, Louvain-la-Neuve, Bruylant – Académia, 1995, p. 259.
2. Sur l'arbitraire de cette '*discrimination*' entre sociétés '*publiques*' et privées, voir L. SIMONT, 'Conflits d'intérêt: les implications des nouveaux articles 60 et 60*bis*', *Rev. prat. soc.*, 1996, p. 382.

d. Information dans le rapport de gestion

1019. L'article 523, al. 2, *in fine*, C. soc. prévoit que le rapport de gestion devra contenir l'entièreté du procès-verbal du conseil relatant l'opposition d'intérêt[1].

Il s'agit là de la seule information donnée aux actionnaires.

Dans les sociétés qui ne sont pas tenues d'établir un rapport de gestion, l'information à destination des actionnaires, visée ci-avant, doit figurer dans une pièce qui doit être déposée en même temps que les comptes annuels (art. 523, § 1er, al. 2, C. soc.).

D. Sanctions

a. Responsabilité des administrateurs[2]

1020. Il convient de distinguer l'hypothèse de la méconnaissance de la procédure de l'article 523 de celle de son respect.

1. Méconnaissance de l'article 523

1021. Conformément à l'article 528 C. soc., les administrateurs sont solidairement responsables envers la société et les tiers de la violation du Code.

2. Respect de l'article 523

1022. Le Code prévoit que, même si la procédure de l'article 523 a été respectée, la responsabilité des administrateurs pourra être engagée '*si la décision ou l'opération leur a procuré ou a procuré à l'un d'eux un avantage financier abusif au détriment de la société*' (art. 529, al. 1, C. soc.).

On notera que tant la société[3] que les tiers peuvent exercer cette action en responsabilité.

1. A lire le texte, il semble que le procès-verbal établi lors de la réunion ayant fait apparaître l'opposition d'intérêt doive être reproduit *in extenso* dans le rapport de gestion alors même que certaines décisions prises seraient étrangères au conflit d'intérêts (G. KEUTGEN et A.-P. ANDRE-DUMONT, 'La société et son fonctionnement', *Droit des sociétés: les lois des 7 et 13 avril 1995,* Bruxelles, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Académia, 1995, p. 261).
2. Voir également, *T.P.D.C.*, T. IV, nos 1154 et s.
3. Eventuellement *via* l'action minoritaire (art. 66*bis*, § 2, LCSC) (voir *infra*, nos 1227 et s.).

Ce régime est particulièrement lourd: les administrateurs seront solidairement responsables. Le Code ne prévoit, en outre, aucune possibilité pour l'administrateur qui n'était pas présent ou qui s'est opposé au vote de s'exonérer de cette responsabilité[1].

b. Nullité

1023. L'article 523, § 2, C. soc. dispose que '*la société peut agir en nullité des décisions prises ou des opérations accomplies en violation des règles prévues au présent article [et à l'article 524ter], si l'autre partie à ces décisions ou opérations avait ou devait avoir connaissance de cette violation.*'

Seule la société a qualité pour agir en nullité.

La loi n'exige pas que la décision ait procuré un avantage abusif au détriment de la société. Il suffit que la procédure de l'article 523, § 1er, C. soc. n'ait pas été respectée et que le cocontractant ait eu connaissance de cette violation. Il s'agit là d'une application du droit commun en matière de responsabilité et plus précisément de tierce complicité: celui qui collabore à la violation d'une loi est complice lorsqu'il sait ou devrait savoir qu'une règle de droit serait ainsi méconnue[2].

§ 2. LES CONFLITS D'INTÉRÊT (INTRA-GROUPE) DANS LES SOCIÉTÉS COTÉES (ART. 524 C. SOC.)

1024. Quoique rédigé à l'origine dans une forme comparable à la disposition commentée précédemment, l'article 524 C. soc. ne visait pas tant, lors de son introduction par la loi du 13 avril 1995, à organiser des situations de conflits d'intérêt, que de prévenir des abus de majorité et d'assurer le respect de l'égalité entre actionnaires.

La loi du 2 août 2002 a élargi la portée de cette réglementation en visant désormais les opérations intra-groupe décidées par une société cotée, dans le but d'éviter qu'une société du groupe ne soit lésée au profit d'une autre.

1. Dans ce sens C. DARVILLE et G. KEUTGEN, 'La nouvelle réglementation des conflits d'intérêts', *Cah. jur.*, 1995, p. 64; L. SIMONT, 'Conflits d'intérêt: les implications des nouveaux articles 60 et 60*bis*', *Rev. prat. soc.*, 1996, p. 383. *Contra* : O. RALET, '*Responsabilités des dirigeants de sociétés*', Bruxelles, Larcier, n° 72.
2. *Doc.parl.*, Sén., 1993-1994, n° 1086-2, p. 125.

Dès 1995, la procédure mise en place par le législateur consistait à soumettre les opérations visées par la loi à l'appréciation d'un comité composé de trois administrateurs indépendants.

Cette notion, apparue sous l'impulsion des principes de '*corporate governance*[1]' a, depuis, connu une généralisation, sous l'empire de la loi du 17 décembre 2008. Cette loi, fixe de nouveaux critères d'indépendance (voir article 526*ter* C. soc.) qui valent tant pour l'article 524 que pour l'article 526*bis* C. soc. (Comité d'audit). Les mêmes critères sont repris dans le Code belge de gouvernance d'entreprise 2009.

A. Le champ d'application de l'article 524 C. soc.

a. Sociétés visées et décisions visées (art. 524, § 1er, C. soc.)

1025. L'article 524 C. soc. s'applique à la société dont les actions sont admises aux négociations sur un marché visé à l'article 4 C. soc. et les sociétés qui font partie du groupe auquel elle appartient, à l'exception des propres filiales de la société précitée et sous la condition que lesdites filiales ne soient pas elles-mêmes cotées[2-3].

1026. L'article 524 C. soc. vise les décisions ou opérations qui concernent:

- les relations d'une société belge cotée avec une société liée, à l'exception de ses filiales;
- les relations entre une filiale de la société cotée et une société liée à celle-ci, autre qu'une filiale de ladite filiale.

Est assimilée à une société dont les actions sont admises aux négociations sur un marché visé à l'article 4 C. soc., la société dont les titres sont admis à un marché situé en dehors de l'union européenne et reconnu par le Roi (art. 524, § 1er, al. 2, C. soc.).

1. D. WILLERMAIN, Les pouvoirs des dirigeants d'entreprises, spécialement des administrateurs de sociétés anonymes: état des lieux et réflexions, in *Le statut du dirigeant d'entreprise, Bruxelles*, Larcier, 2009, p. 151.
2. *Doc.parl.*, Sén., 1993-1994, n° 1086-2, p. 164. Voir P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, *Rep. not.*, T. 12: 'Le droit commercial et économique', Livre 3/1, éd. 2005: La société anonyme. Première partie: Constitution et fonctionnement, p. 491.
3. Pour un exposé complet, voir F. MAGNUS, Commentaire de l'article 524 C. soc., in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Kluwer, supplément 15 février 2012, nos 10 à 18.

1027. L'article 524, § 1er, al. 3, C. soc. exclut du champ d'application du Code:

- les décisions et opérations habituelles intervenant dans des conditions et sous les garanties normales du marché pour des opérations de même nature;
- les décisions et opérations représentant moins de un pour cent de l'actif net de la société tel qu'il résulte des comptes consolidés.

B. La procédure

1028. Le régime organisé par le Code prévoit deux procédures distinctes: une procédure générale qui a vocation à s'appliquer à l'ensemble des décisions ou opérations visées par le Code et une procédure spéciale qui est exclusivement réservée aux situations envisagées par l'article 524, § 5, C. soc.

a. Procédure générale

1. Intervention d'un comité d'administrateurs indépendants (art. 524, § 2, C. soc.)

1029. Les décisions ou opérations visées par le Code doivent préalablement être soumises à l'appréciation d'un comité composé de trois administrateurs indépendants, au sens de l'article 526*ter* C. soc.[1-2]

Ce comité est assisté par un ou plusieurs experts indépendants désignés par le comité. L'expert est rémunéré par la société.

1030. Conformément à l'article 524, § 2, al. 2, C. soc., le comité rend un avis motivé par écrit au conseil d'administration en mentionnant chaque élément d'appréciation:

- nature de la décision ou de l'opération;
- gain ou préjudice pour la société et pour ses actionnaires;
- chiffrage des conséquences financières,

1. Art. 524, § 4, *in fine*, C. soc.
2. Pour ce qui est des entreprises au sein desquelles un conseil d'entreprise a été installé en exécution de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie, la nomination des candidats en tant qu'administrateurs indépendants est portée à la connaissance du conseil d'entreprise préalablement à la nomination par l'assemblée générale. Une procédure similaire est requise en cas de renouvellement du mandat (art. 524, § 4, al. 1er).

– avis sur la question de savoir si la décision ou l'opération est ou non de nature à occasionner pour la société des dommages manifestement abusifs à la lumière de la politique menée par la société.

Si le comité conclut à l'absence de caractère abusif de la décision ou de l'opération, mais qu'il estime qu'elle porte toutefois préjudice à la société, il précise quels bénéfices l'opération ou la décision porte en compte pour compenser les préjudices mentionnés.

2. Délibération du conseil d'administration (art. 524, § 3, C. soc.)

1031. Le conseil d'administration, après avoir pris connaissance de l'avis du comité, délibère quant aux décisions et opérations prévues. Il sera fait application, le cas échéant, de l'article 523 C. soc., en matière de conflits d'intérêt (*supra* n°s 1008 et s.).

Trois obligations pèsent sur le conseil d'administration.

La première impose qu'il soit précisé, dans le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration, si la procédure définie au paragraphe 2 a été respectée. Le conseil précisera, le cas échéant, les motifs sur la base desquels il a été dérogé à l'avis du comité.

La deuxième impose au conseil d'administration de solliciter l'avis du commissaire qui doit rendre '*une appréciation quant à la fidélité des données figurant dans l'avis du comité et dans le procès-verbal du conseil d'administration*'. Cette appréciation est jointe au procès-verbal du conseil d'administration.

La troisième prévoit que la décision du comité, l'extrait du procès-verbal du conseil d'administration et l'appréciation du commissaire seront repris dans le rapport de gestion. On observe que, contrairement à l'article 523, seul un extrait du procès-verbal du conseil d'administration doit figurer au rapport annuel de gestion et non l'entièreté du procès-verbal.

b. Autorisation de la société mère

1032. En vertu de l'article 524, § 5, C. soc., '*les décisions et les opérations relatives aux relations d'une filiale belge non cotée d'une société belge dont les actions sont admises aux négociations sur un marché visé à l'article 4 avec les sociétés liées à cette dernière, ne peuvent être prises ou accomplies qu'après autorisation de la société mère*'.

Cette autorisation de la société mère est soumise à la procédure décrite ci-avant (intervention du comité d'administrateurs indépendants et délibération du conseil d'administration).

Les sanctions et obligations visées à l'article 524, § 6 (action en nullité), § 7 (*corporate opportunities*) et 529, al. 2 (responsabilité personnelle et solidaire des administrateurs) sont applicables à la société mère.

C. Les sanctions

1033. L'article 524, § 6, C. soc. prévoit: '*La société peut agir en nullité des décisions prises ou des opérations accomplies en violation des règles prévues au présent article, si l'autre partie à ces décisions ou opérations avait ou devait avoir connaissance de cette violation*'.

Conformément à l'article 529 (al. 2 et 3) C. soc., même si les dispositions de l'article 524 ont été respectées, les administrateurs et les membres du conseil de direction 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, pour autant que ces décisions ou opérations aient causé à la société un préjudice financier abusif au bénéfice d'une société du groupe.

D. Les *corporate opportunities*[1]

1034. L'article 524, § 7, prévoit que: '*La société dont les actions sont admises aux négociations sur un marché visé à l'article 4 indique dans son rapport annuel les limitations substantielles ou charges que la société mère lui a imposées durant l'année en question, ou dont elle a demandé le maintien*'.

Cette disposition a pour objet d'accroître l'information des actionnaires et du marché sur les restrictions occasionnées par les stratégies du groupe à l'égard des activités d'une filiale.

Comme le souligne F. MAGNUS, le législateur a apporté une réponse parcellaire à la problématique des '*corporate opportunities*', dans le cadre des groupes, c'est-à-dire à la question de savoir dans quelle mesure une société est autorisée à s'arroger les opportunités d'affaires qui surviennent au niveau d'une autre société du même groupe[2].

1. D. WILLERMAIN, 'Les 'corporate opportunities' (notamment au sein des groupes de sociétés)', *R.D.C.*, 2005, pp. 453 à 459.
2. F. MAGNUS, Commentaire de l'article 524 C. soc., in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Bruxelles, Kluwer, suppl. 15 février 2012, pp. 97 et 98, n° 92.

Le Code se limite, en effet, à l'instauration d'un mécanisme de publicité particulier et ne prévoit pas de sanction spécifique.

Section 3
Pouvoirs du conseil d'administration

Sous-section 1
Généralités

1035. Depuis la loi du 6 mars 1973, le conseil d'administration dispose d'un pouvoir général de gestion. Conformément à l'article 522, § 1er, al. 1, il a '*le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social de la société, à l'exception de ceux que la loi réserve à l'assemblée générale*'.

Le conseil d'administration est également investi du pouvoir de représentation de la société à l'égard des tiers et en justice soit en demandant, soit en défendant (art. 522, § 2, C. soc.).

Il peut aussi, à certaines conditions et sous diverses limites, décider d'une augmentation du capital de la société (art. 603 C. soc.) ainsi que d'acquérir, en cas de dommage grave et imminent, des actions ou parts bénéficiaires de la société (art. 620, § 1er, al. 3, C. soc.)[1].

Sous-section 2
Pouvoir général de gestion

§ 1. Principe et limitations légales

1036. Comme nous l'avons déjà signalé, le conseil d'administration possède tous les pouvoirs nécessaires à la réalisation de l'objet social, sauf ceux que la loi réserve à l'assemblée générale.

Certains pouvoirs du conseil d'administration sont toutefois paralysés en cas d'offre publique d'acquisition.

1. Voir *infra*, nos 1480 et s.

A. L'objet social

1037. L'objet social limite donc la compétence du conseil d'administration. Ce principe de la spécialité statutaire n'a toutefois de portée, en matière de SA, qu'à l'intérieur de la société. L'article 526 C. soc. dispose, en effet, que la société est liée par les actes accomplis par les organes d'administration, même si ces actes excèdent l'objet social, sauf si la société établit la mauvaise foi du tiers en prouvant que celui-ci savait ou ne pouvait ignorer que l'acte excédait l'objet social; l'article 526 C. soc. ajoutant que la seule publication des statuts ne suffit pas à constituer cette preuve[1].

Notons que l'article 526 ne précise pas si les tiers peuvent se prévaloir du dépassement de l'objet social pour refuser d'exécuter leurs engagements. La Cour de cassation, par un arrêt de principe du 12 novembre 1987[2], a mis fin aux controverses doctrinales[3] en considérant que '*si l'acte est étranger à l'objet social ou dépasse celui-ci, les limites statutaires des pouvoirs des organes ayant qualité pour représenter la société n'ont plus, en principe, qu'un effet purement interne et ne peuvent, dès lors, être invoqués par les tiers*'; peu importe que ces derniers soient de bonne ou mauvaise foi[4].

B. Les pouvoirs réservés par la loi à l'assemblée générale

1038. On ne peut confier au conseil d'administration les pouvoirs que la loi réserve impérativement à l'assemblée générale (*supra*, n° 938).

Ces limitations légales – incontournables – sont opposables aux tiers.

C. Les offres publiques d'acquisition

1039. Afin d'assurer une meilleure protection des actionnaires minoritaires, l'article 557 C. soc. octroie à l'assemblée générale seule le droit de poser certains

1. Voir L. Simont, 'La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales', *Rev. prat. soc.*, 1974, n° 5.786, p. 1, nos 57 et s.
2. *R.C.J.B.*, 1989, p. 385 et note A. Benoit-Moury.
3. Pour un résumé de celles-ci, voir A. Benoit-Moury, 'Représentation des sociétés de capitaux et limitations relatives à l'objet social', *R.C.J.B.*, 1989, p. 387; P. De Wolf, 'Le conseil d'administration: répartition, délégation de pouvoirs et mandats spéciaux', *J.T.*, 1998, p. 219.
4. Sur la portée de la réserve dont la Cour a assorti sa doctrine en considérant que ce n'est qu'en '*principe*' que l'effet des restrictions statutaires est exclusivement interne, ou rejoint la position de P. Van Ommeslaghe et X. Dieux: '*la seule exception que l'arrêt réserve ainsi de manière implicite est celle qui résulte des articles 63bis et 130 eux-mêmes, en tant qu'ils permettent à la société – et à elle seule – d'opposer ses statuts aux tiers de mauvaise foi*' ('Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1992, p. 642, n° 28).

actes en cas d'offre publique d'acquisition et ce, dès la réception par la société visée de la communication faite par l'Autorité des services et marchés financiers selon laquelle elle a été saisie d'un avis d'offre publique d'acquisition la concernant[1].

A partir de ce moment, le conseil d'administration ne peut plus, jusqu'à la clôture de l'offre, '*prendre des décisions ou procéder à des opérations qui auraient pour effet de modifier de manière significative la composition de l'actif ou du passif de la société, ni assumer des engagements sans contrepartie effective*' (art. 557, al. 1er, C. soc.). Ces opérations relèvent alors de la seule compétence de l'assemblée générale. Il s'agit surtout d'éviter la vente des actifs les plus attractifs de la société que, dans un langage imagé, on qualifie de '*joyaux de la Couronne*[2]'. Le Code prévoit toutefois que le conseil a '*la faculté de mener à terme les opérations suffisamment engagées*' avant la réception de la communication d'OPA (art. 557, al. 2, C. soc.).

1040. Le Code règlemente la pratique des options que l'on donne à un tiers pour essayer de soustraire les '*joyaux*' du patrimoine industriel de l'entreprise en cas d'OPA sur celle-ci[3]. Pareilles options sont admises si elles sont décidées par l'assemblée générale et non par le conseil d'administration[4]:

'*Art. 556. Seule l'assemblée générale peut conférer à des tiers des droits affectant le patrimoine de la société ou donnant naissance à une dette ou à un engagement à sa charge, lorsque l'exercice de ces droits dépend du lancement d'une offre publique d'acquisition sur les actions de la société ou d'un changement de contrôle exercé sur elle.*

A peine de nullité, la décision 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.'

Une interprétation littérale de cet article 556 plaide pour une application générale de celui-ci sans avoir égard au caractère public ou non de la société octroyant ce droit. On peut toutefois s'interroger sur la pertinence de pareille interprétation, isolant l'article 556 du contexte général de la réglementation OPA d'origine, issue de la loi du 2 mars 1989 et plus spécialement du chapitre deux. Comme le suggère D.

1. A. BRUYNEEL, 'Les offres publiques d'acquisition', *J.T.*, 1990, pp. 167 à 169.
2. *Ibid.*, p. 168, n° 70.
3. *Doc.parl.*, Sén, 1990-1991, n° 1107-3, p. 315.
4. Pour plus de détails sur cette réglementation qui déborde du cadre de ce traité, voir not. D. MEULEMANS, *Het vernieuwd juridisch kader van de ondernemingen: financieel, vennootschaps- en boekhoudrecht*, Bruges, Die Keure, 1993, nos 35 à 47.

VAN GERVEN[1], la philosophie générale de la loi incite à considérer que cette disposition ne vise que les sociétés faisant ou ayant fait un appel public à l'épargne[2].

Les OPA sont désormais réglementées par la loi du 1er avril 2007 relative aux offres publiques d'acquisition, réformant en profondeur le régime légal mis en place en 1989[3].

§ 2. LIMITATIONS STATUTAIRES

1041. Le système légal – qui donne plein pouvoir de gestion au conseil d'administration – peut ne pas satisfaire les actionnaires soucieux de conserver un '*contrôle*' sur certaines décisions importantes. Très généralement, ce souhait se manifeste dans des sociétés familiales ou fermées.

On rencontrera ainsi, dans les statuts de ces sociétés, des clauses plus restrictives que la loi et qui limitent la compétence du conseil d'administration en soumettant, par exemple, certaines opérations à l'autorisation préalable de l'assemblée générale.

La loi pose deux principes quant à ces limitations statutaires des pouvoirs du conseil d'administration:

a) ces clauses ne peuvent pas retirer au conseil d'administration des pouvoirs que la loi lui réserve de manière exclusive;

   Il est admis qu'à l'exception des pouvoirs qui seraient conférés à un comité de direction constitué conformément à l'article 524*bis* C. soc., les statuts ne pourraient confier à un autre organe de la société les pouvoirs spécifiques que la loi attribue au conseil. Ainsi en est-il du pouvoir ou du devoir[4] de dresser les comptes annuels et d'établir le rapport de gestion, de l'obligation d'établir, dans certaines circonstances spécialement prévues par la loi un rapport spécial, ou de répondre aux questions des actionnaires lors des assemblées[5]. Il en va de même

1. D. VAN GERVEN, 'De regels voor vennootschappen die een publiek beroep op het spaarwezen doen of hebben gedaan', *R.W.*, 1994, pp. 82 et 83.
2. Voir également G. NEJMAN, 'L'article *11bis* de la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition: une disposition à l'hermétisme symbolique', *Rev. prat. soc.*, 1998, pp. 57 et s.
3. M. FYON, La réforme du droit des offres publiques d'acquisition, *Dr. banc. fin.*, 2007/IV, pp. 242 à 280 et 2007/V, pp. 295 à 333.
4. Le conseil a, en effet, l'obligation de convoquer une A.G. lorsqu'il en est requis par des actionnaires représentant un cinquième du capital (art. 532 C. soc.) ou en cas de perte grave du capital (art. 633 C. soc.).
5. Sur ces obligations, voir *infra*, Section 4.

pour les pouvoirs que la loi accorde, sous des conditions strictes, au conseil d'administration: rachat d'actions propres (art. 620 C. soc.), distribution d'acompte sur dividendes (art. 618 C. soc.);

b) sous la limite ci-dessus énoncée, sous a), les clauses statutaires limitant les pouvoirs du conseil d'administration sont parfaitement licites, mais ne sont pas opposables aux tiers, même si elles ont été publiées (art. 522, § 1er, al. 2, C. soc.). Cette solution vise à assurer une meilleure protection des tiers en leur évitant de se voir opposer l'inopposabilité de l'engagement apparemment pris par la société sous prétexte que ledit engagement ne respectait pas les restrictions statutaires au pouvoir du conseil ou la répartition des tâches entre les administrateurs. Il ne faudrait pas en déduire que ces clauses sont sans effet aucun. Elles ont un effet interne: '*le dépassement de ces limites ne rendrait pas l'acte invalide vis-à-vis des tiers, mais engagerait uniquement la responsabilité du conseil d'administration vis-à-vis de la société*[1]'. Une controverse existe quant à l'incidence de la connaissance par les tiers de la restriction de pouvoirs des administrateurs: certains auteurs estiment que cette connaissance est sans incidence alors que d'autres considèrent que la société peut demander l'annulation des actes accomplis frauduleusement ou avec tierce complicité, par application du droit commun[2].

§ 3. DÉLÉGATIONS DU POUVOIR DE GESTION

1042. Le conseil d'administration a tout pouvoir pour gérer la société.

Peut-il déléguer celui-ci?

A. Délégations interdites

De même que les statuts ne pourraient enlever au conseil d'administration les pouvoirs que la loi lui réserve exclusivement (*supra*, n° 1036), il est interdit au conseil de déléguer de manière générale ses pouvoirs exclusifs[3]: '*ce serait assurément tourner les règles d'organisation de la société anonyme que de déléguer l'ensemble des pouvoirs de gestion du conseil d'administration à une seule personne, que ce soit à un administrateur, ou, a fortiori, à une personne étrangère à la*

1. P. DE WOLF, 'Le conseil d'administration: répartition, délégation de pouvoirs et mandat spéciaux', *J.T.*, 1998, p. 219.
2. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Précis de droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 585 et les références citées.
3. V. SIMONART, 'Le contrat de management. Aspects de droit des obligations et de droit des sociétés', *R.D.C.*, 1991, p. 1.049, n° 37.

société (...) les pouvoirs du conseil d'administration sont d'ordre public et il ne saurait y renoncer en les déléguant[1]'.

B. Délégations autorisées

a. Répartition interne des tâches

1043. L'article 522, § 1er, al. 2, C. soc. autorise une répartition interne des tâches entre administrateurs, que ce soit par une clause statutaire ou par une décision du conseil[2].

Doit-on comprendre que ce faisant, les administrateurs pourraient disposer individuellement du pouvoir de décision quant aux tâches confiées?

En réalité, cette répartition apparaît comme une technique de fonctionnement du conseil: '*les administrateurs peuvent ainsi se répartir les tâches de surveillance de la gestion et la préparation des dossiers à l'intention du conseil qui conserve néanmoins son pouvoir de décision*[3]'. Cette répartition doit '*s'analyser comme portant sur la préparation des décisions à prendre collégialement par le conseil d'administration*[4]'.

Le Code prévoit d'ailleurs que ces clauses assurant la répartition des tâches entre administrateurs sont inopposables aux tiers, même si elles sont publiées (art. 522, § 1er, al. 2, C. soc.).

b. Autres types de délégation

1044. Le Code des sociétés autorise également le conseil d'administration à procéder à des délégations de pouvoirs plus ou moins larges à des organes ou entités qu'il permet aux statuts de mettre en place.

Il s'agit de la délégation à la gestion journalière (ci-après, Section V, sous-section 1), du comité de direction (ci-après, Section V, sous-section 2), toute autre forme de délégation relevant du mandat (ci-après, Section V, sous-section 3) et la création de comités consultatifs (ci-après, Section V, sous-section 4).

1. *Ibid.*, p. 1.052, n° 41.
2. M. COIPEL, 'Dispositions communes à toutes les formes de sociétés commerciales', *Rép. not.*, T. 12, Liv. II, Bruxelles, Larcier, 1982, n° 290-3.
3. H. OLIVIER et K. DEBOECK, *Vademecum de l'administrateur de société anonyme*, Bruxelles, Créadif, 1992, 3e éd., n° 72.
4. M. COIPEL, *Droit des contrats et des sociétés*, cours dactylographié, Fac. Univ. Notre-Dame de la Paix, 1991-1992, T. 5, p. 6.

Sous-section 3
Pouvoir général de représentation

§ 1. Principe

1045. Outre son pouvoir général de gestion, le conseil d'administration est également investi, par l'article 522, § 2, C. soc., du pouvoir de représenter la société vis-à-vis des tiers et en justice.

Le conseil d'administration agissant au complet engagera donc la société, même si l'acte excède l'objet social (*infra*, n° 1052), et quelles que soient les limitations statutaires apportées à ses pouvoirs.

La représentation de la société par le conseil d'administration lui-même n'est pas chose aisée et est difficile à mettre en pratique puisqu'elle exige que tous les administrateurs signent conjointement l'acte concerné. Le Code permet, pour des raisons pratiques évidentes, la délégation de ce pouvoir de représentation.

1046. On rencontre donc ainsi, en SA, outre le conseil d'administration agissant collégialement, divers organes légaux de représentation.

1047. Mentionnons, tout d'abord, le cas de la délégation à un ou plusieurs administrateurs agissant seuls ou conjointement en vertu d'une clause statutaire générale de représentation, conformément à l'article 522, § 2, C. soc.

Ce dernier mode de délégation est traité *infra*, § 2.

1048. Il faut mentionner ensuite les cas particuliers de:

- la délégation de la gestion journalière à un ou plusieurs délégués agissant seuls ou conjointement, pour représenter la société, dans le cadre et les limites de cette gestion (art. 525 C. soc.);
- la délégation de très larges pouvoirs de représentation au comité de direction (art. 524*bis* C. soc.).

Ces deux organes de représentation font l'objet d'un examen spécifique (*infra* Section V).

1049. Pour être complet, il faut encore rappeler le cas particulier de l'administrateur provisoire (*supra*, n° 971).

§ 2. Délégation générale du pouvoir de représentation

1050. L'article 522, § 2, C. soc. permet aux statuts de '*donner qualité à un ou plusieurs administrateurs pour représenter la société, soit seuls, soit conjointement*'.

Les administrateurs ainsi désignés acquièrent la qualité d'organe de la société: à ce titre, ils ne devront justifier d'aucune procuration spéciale et les tiers ne pourront jamais évoquer l'absence d'une délibération conforme du conseil d'administration[1].

Cette délégation du pouvoir de représentation générale de la société est soumise par la loi à trois conditions:

1. Elle doit résulter d'une clause statutaire.

2. Elle doit être stipulée en faveur d'un ou de plusieurs administrateurs.

   Le plus souvent les statuts prévoient que '*la société est représentée, dans tous les actes, y compris ceux où interviennent un officier public ou ministériel, et en justice, par deux administrateurs agissant conjointement*'. Les clauses dites de double signature sont opposables aux tiers. Elles ont pour vocation de protéger la société[2].

   Dans son arrêt du 22 décembre 1977[3], la Cour de cassation a admis que ce pouvoir de représentation générale puisse être confié à un administrateur et à un non-administrateur: '*la loi permettant de confier le pouvoir de représentation d'une société anonyme à un seul administrateur, rien ne s'oppose à ce que les statuts de la société prévoient pour cette représentation une garantie supplémentaire, consistant dans la signature d'un autre agent, tel un directeur*[4]'. Par contre, la clause réservant la signature sociale à un seul ou deux non-administrateur(s) ne serait pas valable.

   Aucune condition en plus que la qualité d'administrateur ne peut être imposée aux tiers: il s'ensuit que la clause prévoyant que '*la société est engagée dans tous actes par le président du conseil agissant seul*' doit s'analyser comme per-

1. M. Van Der Haegen et C. Verbraeken, 'L'adaptation de la législation belge à la première directive de la CEE relative aux sociétés', *J.T.*, 1974, n° 28.
2. Sur ces clauses, voir P. De Wolf, 'Le conseil d'administration: répartition, délégation de pouvoirs et mandats spéciaux', *J.T.*, 1998, pp. 220 et s., n°s 15 à 19.
3. *Rev. prat. soc.*, 1978, p. 191.
4. Pour un commentaire critique de cette décision, voir notamment A. Benoit-Moury et P. Peltzer, 'Le clair-obscur du pouvoir de représentation dans les SA', *J.T.*, 1979, p. 438; J. Van Ryn et P. Van Ommeslaghe, 'Examen de jurisprudence (1972 à 1978). Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1981, p. 386.

mettant à tout administrateur, quel qu'il soit, d'engager valablement la société puisque la qualité supplémentaire de président du conseil est inopposable aux tiers[1].

3. Elle doit être générale, c'est-à-dire '*s'étendre à l'entièreté de la compétence légale du conseil d'administration*[2]'.

La clause qui apporterait des restrictions aux pouvoirs de représentation doit être automatiquement étendue à la représentation de la société dans tous les actes, sans limitation de montant[3]. Une telle clause de restriction du pouvoir de représentation est inopposable aux tiers, même si elle est publiée. Il en va de même de la répartition éventuelle des tâches dont les administrateurs auraient convenu.

Le Code vise, par cette délégation obligatoirement générale, à protéger les tiers.

L'inopposabilité aux tiers de ces clauses ne porte évidemment pas préjudice, au plan interne, à la responsabilité de l'administrateur.

Dans un arrêt du 10 décembre 1986[4], le Conseil d'Etat a confirmé l'interprétation donnée au cours des travaux préparatoires sur l'emploi de la conjonction '*ou*' à l'article 522, § 2, C. soc. [ancien art. 54, al. 4, des LCSC]: '*cette disposition permet de créer, par une clause expresse des statuts, un organe composé d'un ou de plusieurs administrateurs, investi d'un pouvoir de représentation externe de la société, qui ne peut être que général et qui, dès lors, comprend nécessairement celui de prendre la décision d'agir en justice*'.

§ 3. Autres délégations du pouvoir de représentation

1051. Les autres formes de délégations sont traitées *infra* Section V.

§ 4. Actes en dehors de l'objet social

1052. Aux termes de l'article 526 C. soc., '*la société est liée par les actes accomplis par le conseil d'administration, par les administrateurs ayant qualité pour la*

1. H. Olivier et K. Deboeck, *Vademecum de l'administrateur de société anonyme*, Bruxelles, Créadif, 1992, 3e éd., n° 79.
2. *Ibid.*, n° 80.
3. L. Simont, 'La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales', *Rev. prat. soc.*, 1974, n° 5.786, n° 48.
4. *Rev. prat. soc.*, 1987, p. 25 et obs. A. Benoit-Moury.

représenter conformément à l'article 522, § 2, par les membres du comité de direction, ou par le délégué à la gestion journalière, même si ces actes excèdent l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer, compte tenu des circonstances, sans que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve[1]'.

Sous-section 4
Le capital autorisé

1053. Depuis la loi du 5 décembre 1984, le conseil d'administration peut être habilité statutairement à augmenter le capital de la société.

Un des objectifs du législateur était certainement de permettre aux sociétés de '*réagir promptement face à l'évolution du marché des capitaux et aussi attirer des capitaux extérieurs*[2]'.

La loi ne prévoyait cependant, à l'origine, aucune limite quant à l'usage de cette technique[3] de telle sorte que la pratique l'utilisa à des finalités diverses et notamment comme technique de défense contre une OPA agressive.

L'affaire dite de la Générale de Belgique[4] mit en évidence les dangers que pouvait présenter cette technique. C'est ce qui incita le législateur à accroître les contraintes tant au niveau de la création que de l'utilisation de ce capital autorisé. Nombre des dispositions nouvelles introduites par la loi du 18 juillet 1991 ne concernent toutefois que les sociétés ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne et ne seront donc pas commentées de manière détaillée dans le cadre de ce tome du *TPDC* (voy. *infra*, n° 1068).

§ 1. Conditions de l'autorisation

1054. Le conseil d'administration ne peut procéder à une augmentation de capital que si les *statuts* l'y ont préalablement autorisé (art. 603, al. 1, C. soc.). Si les statuts ne l'avaient pas prévu, il conviendra, le cas échéant, que l'assemblée générale

1. Pour un commentaire, voir *supra*, n° 1037.
2. *Doc.parl.*, Ch., 1981-1982, n° 210/9, p. 28.
3. '*... le texte de la loi ne formule aucune limite;... l'historique de la loi permet de croire que le législateur envisageait de laisser un large pouvoir d'appréciation au conseil d'administration, dès lors que la procédure de capital autorisé peut être utilisée pour des apports en nature et même pour l'augmentation de capital par incorporation de réserves*' (Bruxelles (Réf.), 1er mars 1988, *J.T.*, 1988, p. 234).
4. Voir *J.T.*, 1988, p. 217 avec obs. A. Benoit-Moury ; *T.R.V.*, p. 115 avec obs. K. Geens, S. Raes et M. Wyckaert.

modifie – aux conditions de présence et de vote requises pour une modification des statuts – ceux-ci afin d'autoriser le conseil à réaliser pareille opération.

Les règles visées aux articles 592 à 602 C. soc., en matière d'augmentation de capital par apports en numéraire et par apports en nature sont applicables (art. 603, al. 3, C. soc.).

Cette habilitation statutaire est soumise à quatre limites.

A. Limite de justification

1055. Lorsque les fondateurs ou l'assemblée générale décident d'accorder l'autorisation d'augmenter le capital ou de le renouveler, un rapport motivé doit être établi, indiquant les circonstances spécifiques dans lesquelles il pourra utiliser le capital autorisé et les objectifs que, ce faisant, il poursuivra (art. 604, § 2, C. soc.).

Ce rapport est annoncé dans l'ordre du jour. Une copie peut en être obtenue conformément à l'article 535 C. soc. L'absence du rapport entraîne la nullité de l'assemblée générale (art. 604, al. 2 et 3, C. soc.).

Il conviendra donc d'établir un rapport précisant '*les cas dans lesquels le conseil d'administration souhaite pouvoir recourir au capital autorisé et (...) la politique d'utilisation du capital autorisé que compte mener le conseil d'administration*[1]'.

La compétence du conseil d'administration, en matière d'augmentation de capital, est une compétence déléguée qu'il ne peut exercer que dans l'esprit du titulaire originel, en l'occurrence l'assemblée générale[2].

B. Limite de montant

1056. Les statuts doivent déterminer le montant maximum à concurrence duquel le conseil d'administration peut augmenter le capital social.

Pour les sociétés ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne, ce montant ne peut être supérieur au montant du capital social (art. 603 C. soc.). Pour les autres sociétés anonymes, aucun seuil maximum n'est fixé: elles peuvent donc fixer le montant du capital autorisé au-delà du montant du capital social.

1. *Doc.parl.*, Sén., 1990-1991, n° 1107/1, p. 39.
2. Voir Comm. Louvain, 11 mai 1989, *T.R.V.*, 1991, p. 317 et note M. WYCKAERT; Bruxelles (8e ch.), 20 décembre 1995, *T.R.V.*, 1996, p. 54.

C. Limite de durée

1057. L'autorisation n'est valable que pour cinq ans à dater de la publication de l'acte constitutif ou de la modification des statuts (art. 604 C. soc.)[1].

Cette autorisation peut être renouvelée une ou plusieurs fois pour une durée n'excédant pas cinq ans par l'assemblée générale délibérant aux conditions requises pour la modification des statuts, le cas échéant, en appliquant l'article 560[2].

D. Limites quant aux modes de réalisation

a. Principe

1058. Il appartient aux statuts de déterminer les modes selon lesquels le conseil d'administration pourra réaliser l'augmentation de capital.

A défaut de précision statutaire sur ce point, le conseil ne pourra y avoir recours que dans trois cas: apports en espèces, apports en nature, émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription.

b. Règles particulières

1. Apports en espèces

a) Droit de préférence

1059. Toute augmentation de capital confère en principe aux actionnaires anciens le droit d'y souscrire par préférence (*infra*, nos 1340 et s.).

Le Code permet au conseil d'administration, lorsqu'il fait usage du capital autorisé, de limiter ou supprimer dans l'intérêt social, ce droit de préférence à la condition que les statuts lui en donnent expressément l'autorisation (art. 605, 1°, C. soc.). Le conseil ne peut, en outre, limiter ou supprimer ce droit de préférence en faveur d'une ou de plusieurs personnes déterminées, autres que les membres du personnel de la société ou de ses filiales, que si les statuts prévoient expressément cette possibilité (art. 605, 2°, C. soc.).

1. Rien n'empêche que les statuts prévoient une durée d'habilitation inférieure à cinq ans.
2. La procédure de l'article 560 C. soc. (voir *supra*, nos 949 et s.) devra être respectée lors de l'habilitation statutaire si l'utilisation qu'est susceptible de faire le conseil d'administration de celle-ci est de nature à modifier les droits respectifs des catégories de titres.

Nous reviendrons plus en détail ultérieurement sur cette question. Il convient néanmoins d'être attentif à l'exigence d'une clause d'habilitation statutaire.

b) Emission d'actions sans mention de valeur nominale en dessous du pair comptable des actions anciennes de la même catégorie

1060. L'article 606, 2°, C. soc. réserve ce type d'opération – que nous décrivons au chapitre X (*infra*, n°s 1357 et 1358) – à la seule assemblée générale.

c) Prime d'émission

1061. En cas d'augmentation de capital par apports en espèces, une prime d'émission peut être créée afin d'assurer l'*'égalité'* entre les actionnaires anciens et nouveaux (*infra*, n° 1356).

En vertu de l'article 184 C.I.R. 1992, la prime d'émission doit être incorporée dans les capitaux propres et portée à un compte indisponible en vertu d'une décision de l'assemblée générale délibérant dans les formes requises pour les modifications aux statuts.

Il sera donc prudent de prévoir dans l'habilitation statutaire au conseil, l'autorisation d'affecter la prime d'émission à un compte indisponible.

2. Apports en nature

1062. Le Code a introduit une limite quant au mode de réalisation de l'augmentation de capital: la technique du capital autorisé ne peut être utilisée pour des augmentations de capital à réaliser principalement par des apports en nature réservées exclusivement à un actionnaire de la société détenant des titres auxquels sont attachés plus de 10 % des droits de vote (art. 606, 1°, C. soc.)[1].

1. Avant la loi du 13 avril 1995, le texte parlait des apports en nature *'à effectuer par un actionnaire...'*. La loi du 13 avril 1995 a remplacé les termes *'à effectuer par'* par ceux de *'réservées exclusivement à'* afin de permettre au conseil d'administration de décider de réaliser une augmentation de capital par apport du droit au dividende (*Doc.parl.*, Ch., 1992-1993, n° 1005-3, p. 6).

Il faut savoir, en effet, que le Code ne prévoit pas de droit de préférence en cas d'apport en nature (*infra*, n° 1342). La restriction apportée par le législateur tend à éviter qu'un actionnaire de contrôle de la société ne puisse, par le biais de pareils apports en nature, renforcer sa position au sein de la société et de cette manière affecter les mécanismes décisionnels de l'entreprise[1]. Il est apparu préférable, dans ce cas, de réserver à l'assemblée générale la compétence de se prononcer sur l'augmentation de capital.

L'interdiction ne concerne que les augmentations de capital à réaliser *'principalement'* par des apports en nature. Ce terme *"principalement' vise l'hypothèse où la majeure partie (c'est-à-dire plus de 50 %) des apports est constituée d'apports en nature*[2]*'*.

Le seuil au-delà duquel le recours au capital autorisé pour des apports en nature visés est interdit consiste en la détention seul ou de concert de plus de 10 % des droits de vote. L'article 606, 1°, al. 2 et 3, C. soc., définit les notions de détention et d'action *'de concert'*:

'Aux titres détenus par cet actionnaires, sont ajoutés les titres détenus:

a) par un tiers agissant en son nom propre, mais pour le compte de l'actionnaire visé;

b) par une personne physique ou morale liée à l'actionnaire visé;

c) par un tiers agissant en son nom propre, mais pour le compte d'une personne physique ou morale liée à l'actionnaire visé;

d) par des personnes agissant de concert.

Par personne agissant de concert, il faut entendre:

a) les personnes physiques ou morales qui agissent de concert au sens de l'article 3, § 1er, 5°, a), de la loi du 1er avril 2007 relative aux offres publiques d'acquisition;

b) les personnes physiques ou morales qui ont conclu un accord portant sur l'exercice concerté de leurs droits de vote, en vue de mener une politique commune durable vis-à-vis de la société concernée;

c) les personnes physiques ou morales qui ont conclu un accord relatif à la possession, l'acquisition ou la cession de titres conférant le droit de vote.

1. *Doc.parl.*, Sén., 1990-1991, n° 1107-1, p. 38.
2. H. MICHEL, 'Les parts et actions nominatives dépendant du patrimoine commun', *J.T.*, 1987, p. 623.

063. Si l'augmentation de capital par apport en nature a lieu en application de la rocédure prévue à l'article 602, § 2, C. soc.[1], il convient de déposer avant la réalisation de l'apport en nature une annonce comprenant la date à laquelle la décision l'augmenter le capital a été prise et contenant les éléments mentionnés dans 'article 602, § 3 (art. 603, al. 4, C. soc.).

. Incorporation de réserves

064. L'augmentation du capital dans les limites du capital autorisé ne peut être ffectuée par incorporation de réserves que si les statuts prévoient expressément ette modalité (art. 605, 3°, C. soc.)[2]. L'assemblée peut très bien, dans son habilitation, stipuler les types de réserves qui peuvent être incorporées au capital. Toutes es réserves, en ce compris la réserve légale[3], peuvent être utilisées dans le cadre du apital autorisé dès lors que l'assemblée générale a autorisé pareille incorporation.

. Emission d'obligations convertibles et de droits de souscription

065. Les règles décrites ci-avant en matière d'augmentation de capital s'appliquent également à l'émission par le conseil d'administration d'obligations convertibles ou de droits de souscription (art. 603, al. 2, C. soc.).

Il faut souligner que conseil d'administration ne peut jamais décider d'une émission de droits de souscription hors droit de préférence réservée à titre principal à ne ou plusieurs personnes déterminées autres que des membres du personnel de la ociété ou d'une filiale (art. 606, 3°, C. soc.).

Il n'est pas non plus compétent pour émettre des obligations convertibles ou des varrants dont la conversion ou l'exercice dépend du lancement d'une OPA sur ses ctions ou d'un changement de contrôle exercé sur elle (art. 556 C. soc.)[4].

. Cette disposition s'applique aux apports en nature constitués (i) de valeurs mobilières ou d'instruments du marché monétaire évalués au cours moyen pondéré auquel ils ont été négociés sur un ou plusieurs marchés réglementés, (ii) d'éléments d'actifs autres que les valeurs mobilières et instruments du marché précités qui ont déjà été évalués par un réviseur d'entreprise, (iii) d'éléments d'actifs autres que les valeurs mobilières et instruments du marché monétaire précités dont la juste valeur est tirée pour chaque élément d'actif, des comptes annuels de l'exercice financier précédent, à condition que les comptes annuels aient été contrôlés par le commissaire ou par la personne chargée du contrôle des comptes annuels et à condition que le rapport de cette personne comprenne une attestation sans réserve.

2. Cette disposition avait donné lieu, lors de l'élaboration de la loi du 5 décembre 1984, à de nombreux débats (voir G. HORSMANS et G. KEUTGEN, 'Augmentation et réduction de capital', *Les sociétés commerciales*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1985, pp. 130 et s.).

3. Voir *infra*, n[os] 1363 et s.

4. Voir *infra*, n° 1452.

5. Fusion

1066. Pour rappel, la décision de fusionner ou d'opérer une scission appartient exclusivement aux assemblées générales des sociétés concernées (art. 699 et 736 C. soc.).

Il s'ensuit que le recours à la technique du capital autorisé est désormais exclu[1]. Les sociétés auxquelles sont transférés les avoirs provenant de ces opérations ne peuvent y procéder que moyennant intervention de leur assemblée générale.

§ 2. UTILISATION DU CAPITAL AUTORISÉ (ET ÉMISSION D'OBLIGATIONS CONVERTIBLES OU DE DROITS DE SOUSCRIPTION)[2]

A. Principe: liberté d'utilisation

1067. L'autorisation donnée au conseil d'augmenter le capital ou d'émettre des obligations convertibles ou des droits de souscription n'implique pas l'obligation de procéder à pareille augmentation. Le conseil d'administration décide souverainement, dans l'intérêt de la société, de l'opportunité ou non d'une augmentation de capital.

Il ne pourra toutefois utiliser le capital autorisé '*en dehors des circonstances énumérées dans son rapport ni dans un but différent de ceux qui ont été indiqués dans ce rapport*[3]'.

Dans les grandes sociétés, lorsqu'il aura recouru au capital autorisé, le conseil d'administration devra, dans son rapport annuel de gestion, exposer l'usage qui aura été fait, au cours de l'exercice écoulé, du capital autorisé en commentant les conditions et les conséquences d'une augmentation de capital ou des émissions d'obligations convertibles ou de droits de souscription ayant dérogé au droit de préférence (art. 608 C. soc.).

1. Voir P. NICAISE, 'La procédure et le rôle des conseils d'administration', *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés,* Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 104.
2. Nous renvoyons le lecteur au chapitre X de ce Titre pour ce qui concerne les modalités pratiques et les formalités inhérentes à l'augmentation de capital.
3. M. VAN DER HAEGEN et J.-M. GOLLIER, 'Les sociétés commerciales (Loi du 18 juillet 1991)', *J.T.*, 1992, p. 190, n° 11.

B. Exception: OPA

1068. Lorsque la société est la cible d'une OPA, la loi limite la possibilité qu'a le conseil de recourir au capital autorisé[1].

Dès la réception de la communication faite par l'Autorité des services et marchés financiers selon laquelle elle a été saisie d'un avis d'offre publique d'acquisition la visant et jusqu'à la clôture de l'offre, son conseil d'administration ne peut plus (art. 607 C. soc.):

'*1° procéder à une augmentation de capital par apports en nature ou par apports en numéraire en limitant ou supprimant le droit de préférence des actionnaires;*

2° créer des titres représentatifs ou non du capital, conférant le droit de vote, ainsi que des titres donnant droit à la souscription de tels titres ou à l'acquisition de tels titres, si lesdits titres ou droits ne sont pas offerts par préférence aux actionnaires proportionnellement à la partie du capital que représentent leurs actions.'

Il s'agit avant tout d'éviter toute '*dilution*' de l'actionnariat au détriment du promoteur de l'OPA. Cette dilution peut toutefois être décidée par l'assemblée générale, celle-ci offrant plus de garantie de démocratie et de transparence[2].

L'article 607, al. 2, C. soc. prévoit diverses hypothèses dans lesquelles ces restrictions au pouvoir du conseil d'administration ne sont pas applicables:

- lorsqu'il s'agit d'engagements valablement pris avant la réception de la communication de l'Autorité des services et marchés financiers;
- lorsqu'une clause statutaire habilite le conseil d'administration à procéder aux augmentations de capital susvisées pour autant que:
  a) l'habilitation soit '*expresse*', c'est-à-dire suffisamment précise sur les circonstances permettant de faire usage du capital;
  b) l'habilitation soit conférée par l'assemblée générale statuant comme en matière de modification des statuts;
  c) l'assemblée générale ayant accordé cette habilitation se soit tenue trois ans au maximum avant la réception de la communication;

1. Pour la raison de l'insertion de ces dispositions dans le Code, voir *supra*, n° 1039.
2. A. BRUYNEEL, 'Les offres publiques d'acquisition', *J.T.*, 1990, p. 167, n° 70.

  d) que les actions créées en vertu de l'augmentation de capital soient intégralement libérées dès leur émission;
  e) que le prix d'émission des actions ne soit pas inférieur au prix de l'offre;
  f) que le nombre d'actions créées en vertu de l'augmentation de capital ne dépasse pas un dixième des actions représentatives du capital émises antérieurement à l'augmentation du capital.

Sous-section 5
Divers

1069. La loi permet aux statuts de confier certains pouvoirs particuliers au conseil d'administration.

Ainsi en est-il:

- de la conversion d'actions sans droit de vote (art. 482, al. 2, C. soc.) (*supra*, n° 805);
- du rachat par la société de ses propres actions afin de les distribuer à son personnel ou lorsque l'acquisition est nécessaire pour éviter à la société un dommage grave et imminent (art. 620, § 1er, al. 2 et 3) (*infra*, nos 1480 et s.);
- de la distribution d'un acompte sur dividende (art. 618 et 619 C. soc.) (*infra*, nos 1407 et s.).

Section 4
Obligations du conseil d'administration

1070. Le conseil d'administration a une obligation essentielle: gérer la société au mieux de ses intérêts (art. 522, § 1er, C. soc.).

Afin d'assurer cette bonne gestion, la loi a exigé:

1. que le conseil d'administration, à la fin de chaque exercice social, dresse un inventaire et établisse les comptes annuels (art. 92 C. soc.) qu'il devra soumettre à l'approbation de l'assemblée (*infra*, Chapitre IX);

2. que le conseil d'administration rende compte, chaque année, dans un rapport, de sa gestion. Le contenu de celui-ci est fixé à l'article 96 C. soc.[1];

3. que le conseil d'administration informe les actionnaires, le commissaire ou le conseil d'entreprise, sur certaines opérations particulières.

L'article 96, 6°, C. soc. impose une mention spécifique au rapport de gestion '*au cas où le bilan fait apparaître une perte reportée ou lorsque le compte de résultats fait apparaître pendant deux exercices successifs une perte de l'exercice, une justification de l'application des règles comptables de continuité*' (*infra*, n° 1414).

Sous-section 1
Le rapport de gestion

1071. En plus des comptes annuels, le conseil d'administration doit en principe établir un rapport de gestion, à l'intention de l'assemblée générale.

Cette obligation ne s'applique pas aux petites sociétés anonymes non cotées (art. 94, 1°, C. soc.), selon les critères définis à l'article 15 C. soc. Ce rapport, alors facultatif, n'est pas pour autant inutile en pratique.

§ 1. Contenu du rapport de gestion

1072. L'article 96 C. soc. définit de manière précise le contenu de ce rapport annuel.

Dans toutes les sociétés anonymes, il s'agit (art. 96, § 1er, C. soc.):

1. d'un exposé fidèle sur l'évolution des affaires, les résultats et la situation de la société, ainsi qu'une description des principaux risques et incertitudes auxquels elle est confrontée. Cet exposé consiste en une analyse équilibrée et complète de l'évolution des affaires, des résultats et de la situation de la société, en rapport avec le volume et la complexité de ces affaires.

   Dans la mesure nécessaire à la compréhension de l'évolution des affaires, des résultats ou de la situation de la société, l'analyse comporte des indicateurs-clés de performance de nature tant financière que, le cas échéant, non financière ayant trait à l'activité spécifique de la société, notamment des informations relatives aux questions d'environnement et de personnel.

1. Un rapport de gestion sur les comptes consolidés doit être joint aux comptes consolidés (art. 119 C. soc.).

En donnant son analyse, le rapport de gestion contient, le cas échéant, des renvois aux montants indiqués dans les comptes annuels et des explications supplémentaires y afférentes;

2. des données sur les événements importants survenus après la clôture de l'exercice:

3. des indications sur les circonstances susceptibles d'avoir une influence notable sur le développement de la société, pour autant qu'elles ne soient pas de nature à porter gravement préjudice à la société;

4. des indications relatives aux activités en matière de recherche et de développement;

5. des indications relatives à l'existence de succursales de la société;

6. au cas ou le bilan fait apparaître une perte reportée ou le compte de résultats fait apparaître pendant deux exercices successifs une perte de l'exercice, d'une justification de l'application des règles comptables de continuité;

7. de toutes les informations qui doivent y être insérées en vertu du présent Code[1];

8. en ce qui concerne l'utilisation des instruments financiers par la société et lorsque cela est pertinent pour l'évaluation de son actif, de son passif, de sa situation financière et de ses pertes ou profits:

   - des objectifs et la politique de la société en matière de gestion des risques financiers, y compris sa politique concernant la couverture de chaque catégorie principale des transactions prévues pour lesquelles il est fait usage de la comptabilité de couverture; et

   - de l'exposition de la société au risque de prix, au risque de crédit, au risque de liquidité et au risque de trésorerie;

9. le cas échéant, de la justification de l'indépendance et de la compétence en matière de comptabilité et d'audit d'au moins un membre du comité d'audit.

1. Le Code vise les cas suivants: (i) inclusion au rapport de gestion de l'entièreté du procès-verbal établi en cas de conflits d'intérêts (art. 523, § 1er, al. 2, C. soc.), (ii) inclusion au rapport de gestion de la décision du comité, de l'extrait du procès-verbal du conseil d'administration et de l'appréciation du commissaire en cas de conflit d'intérêt dans une société cotée (art. 524, § 3, al. 4, C. soc.), (iii) exposé à joindre au rapport de gestion en cas d'augmentation de capital, d'émission d'obligations convertibles ou d'émission de droits de souscription décidées par le conseil d'administration au cours de l'exercice social (art. 608 C. soc.), (iv) indication à joindre au rapport de gestion lorsque la société a acquis ses propres actions (art. 624 C. soc.).

1073. Pour les sociétés cotées, le rapport de gestion comprend également une déclaration de gouvernement d'entreprise, qui en constitue une section spécifique et contient au moins les informations suivantes (art. 96, § 2, C. soc.):

1. la désignation du Code de gouvernement d'entreprise que la société applique, ainsi qu'une indication de l'endroit où ledit Code peut être consulté publiquement ainsi que, le cas échéant, les informations pertinentes relatives aux pratiques de gouvernement d'entreprise appliquées allant au-delà du Code retenu et des exigences légales, avec indication de l'endroit où cette information est disponible;

2. pour autant qu'une société n'applique pas intégralement le Code de gouvernement d'entreprise visé au point précédent, une indication des parties du Code de gouvernement d'entreprise auxquelles elle déroge et les raisons fondées de cette dérogation;

3. une description des principales caractéristiques des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques de la société dans le cadre du processus d'établissement de l'information financière;

4. les informations visées à l'article 14, al. 4, de la loi du 2 mai 2007 relative à la publicité des participations importantes dans des émetteurs dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé et portant des dispositions diverses et à l'article 34, 3°, 5°, 7° et 8°, de l'arrêté royal du 14 novembre 2007 relatif aux obligations des émetteurs d'instruments financiers admis à la négociation sur un marché réglementé;

5. la composition et le mode de fonctionnement des organes d'administration et de leurs comités;

6. un aperçu des efforts consentis afin qu'au moins un tiers des membres du conseil d'administration soient de sexe différent de celui des autres membres[1].

Le Roi a, par un arrêté délibéré en Conseil des ministres, désigné le Code de gouvernement d'entreprise qui s'appliquera obligatoirement[2]. Les sociétés dont les

1. Art. 96, § 2, al. 2 et 3, C. soc: les 1°, 2° et 5° du premier alinéa ne s'appliquent pas aux sociétés qui n'ont émis que des titres autres que des actions admis à la négociation sur un marché réglementé, à moins que ces sociétés n'aient émis des actions négociées sur un système multilatéral de négociation tel que visé à l'article 2, 4°, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers. Le 3° de l'alinéa 1er s'applique également aux sociétés dont des titres autres que des actions sont admis à la négociation sur un marché visé à l'article 4 C. soc.
2. Le Code de corporate governance de 2009 est le seul applicable au sens de l'article 92, C. soc. (A.R. du 6 juin 2010, *M.B.*, 28 juin 2010, éd. 1). Pour le texte du Code, voir http://www.corporategovernancecommittee.be ou l'annexe à l'A.R. du 6 juin 2010.

actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé doivent donc désigner le Code belge de gouvernance d'entreprise 2009 comme le seul Code de gouvernance d'entreprise applicable et doivent le mentionner comme tel dans leur rapport de gestion.

En conséquence, ces sociétés doivent, en outre, se conformer aux dispositions du Code 2009 ou s'expliquer sur les raisons pour lesquelles elles ne se sont pas conformées à ses dispositions (règle 'se conformer ou expliquer'). Ces raisons, qui doivent être 'fondées' (art. 96, § 2, 2°, C. soc.) devront obligatoirement être mentionnées dans leur rapport de gestion.

1074. Pour les sociétés dont les actions sont cotées, la déclaration de gouvernement d'entreprise comprend également le rapport de rémunération, qui en constitue une section spécifique.

Le rapport de rémunération contient au moins les informations suivantes:

1. une description de la procédure adoptée pendant l'exercice social faisant l'objet du rapport, pour (i) élaborer une politique relative à la rémunération des administrateurs, des membres du comité de direction, des autres dirigeants et des délégués à la gestion journalière de la société, ainsi que pour (ii) fixer la rémunération individuelle des administrateurs, des membres du comité de direction, des autres dirigeants et des délégués à la gestion journalière de la société;

2. une déclaration sur la politique de rémunération des administrateurs, des membres du comité de direction, des autres dirigeants et des délégués à la gestion journalière de la société adoptée pendant l'exercice social faisant l'objet du rapport de gestion, qui contient au moins les informations suivantes:

   a) les principes de base de la rémunération, avec indication de la relation entre rémunération et prestations;

   b) l'importance relative des différentes composantes de la rémunération;

   c) les caractéristiques des primes de prestations en actions, options ou autres droits d'acquérir des actions;

   d) des informations sur la politique de rémunération pour les deux exercices sociaux suivants.

   En cas de modification importante de la politique de rémunération par rapport à l'exercice social faisant l'objet du rapport, elle doit être particulièrement mise en évidence;

. sur une base individuelle, le montant des rémunérations et autres avantages accordés directement ou indirectement aux administrateurs non exécutifs par la société ou une société qui fait partie du périmètre de consolidation de cette société;

. si certains membres du comité de direction, certains autres dirigeants ou certains délégués à la gestion journalière font également partie du conseil d'administration, des informations sur le montant des rémunérations qu'ils reçoivent en cette qualité;

. dans le cas où les administrateurs exécutifs, les membres du comité de direction, les autres dirigeants ou les délégués à la gestion journalière entrent en ligne de compte pour toucher des rémunérations liées aux prestations de la société ou d'une société qui fait partie du périmètre de consolidation de cette société, aux prestations de l'unité d'exploitation ou aux prestations de l'intéressé, les critères pour l'évaluation des prestations au regard des objectifs, l'indication de la période d'évaluation et la description des méthodes appliquées pour vérifier s'il a été satisfait à ces critères de prestation. Ces informations doivent être indiquées de manière à ce qu'elles ne fournissent aucune donnée confidentielle sur la stratégie de l'entreprise;

. le montant des rémunérations et des autres avantages accordés directement ou indirectement au représentant principal des administrateurs exécutifs, au président du comité de direction, au représentant principal des autres dirigeants ou au représentant principal des délégués à la gestion journalière par la société ou une société qui fait partie du périmètre de consolidation de cette société. Cette information sera ventilée comme suit:

a) la rémunération de base;

b) la rémunération variable: toute rémunération additionnelle liée aux critères de prestation avec indication des modalités de paiement de cette rémunération variable;

c) pension: les montants versés pendant l'exercice social faisant l'objet du rapport de gestion ou les coûts relatifs aux services fournis au cours de l'exercice social faisant l'objet du rapport de gestion, en fonction du type de plan de pension, avec une explication des plans de pension applicables;

d) les autres composantes de la rémunération, telles que les coûts ou la valeur d'assurances et d'autres avantages en nature, avec une explication des caractéristiques des principales composantes.

En cas de modification importante de cette rémunération par rapport à l'exercice social faisant l'objet du rapport de gestion, elle doit être particulièrement mise en évidence;

7. globalement, le montant des rémunérations et autres avantages accordés directement ou indirectement aux autres administrateurs exécutifs, membres du comité de direction, autres dirigeants et délégués à la gestion journalière par la société ou une société qui fait partie du périmètre de consolidation de cette société. Cette information sera ventilée comme suit:

   a) la rémunération de base;

   b) la rémunération variable: toute rémunération additionnelle liée aux critères de prestation avec indication des modalités de paiement de cette rémunération variable;

   c) pension: les montants versés pendant l'exercice social faisant l'objet du rapport de gestion ou les coûts relatifs aux services fournis au cours de l'exercice social faisant l'objet du rapport de gestion, en fonction du type de plan de pension, avec une explication des plans de pension applicables;

   d) les autres composantes de la rémunération, telles que les coûts ou la valeur d'assurances et d'autres avantages en nature avec explication des caractéristiques des principales composantes.

   En cas de modification importante de cette rémunération par rapport à l'exercice social faisant l'objet du rapport de gestion, elle doit être particulièrement mise en évidence;

8. individuellement, pour les administrateurs exécutifs, les membres du comité de direction, les autres dirigeants et les délégués à la gestion journalière, le nombre et les caractéristiques-clés des actions, des options sur actions ou de tous autres droits d'acquérir des actions accordés, exercés ou venus à échéance au cours de l'exercice social faisant l'objet du rapport de gestion;

9. individuellement, pour les administrateurs exécutifs, les membres du comité de direction, les autres dirigeants et les délégués à la gestion journalière, les dispositions relatives à l'indemnité de départ;

10. en cas de départ des administrateurs exécutifs, des membres du comité de direction, des autres dirigeants ou des délégués à la gestion journalière, la justification et la décision du conseil d'administration, sur proposition du comité de rémunération, relatives à la question de savoir si la personne concernée entre en

ligne de compte pour l'indemnité de départ, et la base de calcul de cette indemnité;

11. pour les administrateurs exécutifs, les membres du comité de direction, les autres dirigeants et les délégués à la gestion journalière, la mesure dans laquelle un droit de recouvrement de la rémunération variable attribuée sur la base d'informations financières erronées est prévu au bénéfice de la société.

§ 2. Forme du rapport de gestion

1075. La loi n'exige aucune forme particulière, à condition que les mentions et informations énumérées ci-dessus y figurent.

§ 3. Publicité du rapport de gestion

1076. Un document reprenant les indications du rapport de gestion prévues par l'article 96, doit être déposé, en même temps que les comptes annuels à la Banque Nationale de Belgique (art. 100, 6°, C. soc.).

Toute personne s'adressant au siège de la société peut prendre connaissance du rapport de gestion et en obtenir gratuitement, même par correspondance, copie intégrale.

Sous-section 2
Devoirs d'information du conseil d'administration

1077. Une bonne gestion ne peut se concevoir, dans l'esprit du législateur, sans une certaine '*transparence*' ou une information. Le Code consacre les devoirs d'information du conseil d'administration, que ce soit à l'égard des actionnaires, du commissaire ou du conseil d'entreprise[1].

1. Ce mouvement a encore été amplifié dans les sociétés faisant appel public à l'épargne et principalement dans les sociétés cotées (voir sur ce sujet R. PRIOUX, 'La transparence, principe général de droit en matière d'information des actionnaires et du marché', *J.T.*, 1994, p. 219).

§ 1. Information des actionnaires

A. Rapports spéciaux

1078. Le Code des sociétés prévoit de multiples hypothèses dans lesquelles le conseil d'administration doit établir un rapport spécial.

Ainsi en est-il en cas:

- de quasi-apport (art. 445 C. soc.),
- de renouvellement du capital autorisé (art. 604, al. 2, C. soc.),
- d'émission sous le pair comptable (art. 582 C. soc.),
- d'apport en nature (art. 444, § 1er, al. 4, C. soc.),
- de limitation ou de suppression du droit de préférence (art. 596, al. 2, C. soc.),
- de rachat d'actions propres (art. 620, § 1er, al. 4, C. soc.),
- de financement par une société de l'acquisition de ses titres par un tiers (art. 629, § 1er, 3°, C. soc.),
- de la modification de l'objet social (art. 559, al. 1, C. soc.),
- d'unification de titres (art. 560 C. soc.),
- d'émission d'obligations convertibles (art. 583, al. 1, C. soc.),
- de limitation ou de suppression du droit de souscription en cas d'émission d'obligations convertibles (art. 596, al. 2, C. soc.),
- de perte du capital (art. 633, al. 2, C. soc.),
- de transformation (art. 778 C. soc.),
- de fusion (art. 694 à 707 C. soc.),
- de scission (art. 730 à 745 C. soc.),
- d'apport d'universalité ou de branche d'activité (art. 761, § 2, C. soc.),
- de dissolution volontaire (art. 181 C. soc.).

B. Réponse aux questions des actionnaires

1079. Les administrateurs sont également tenus de répondre aux questions qui leur sont posées par les actionnaires, en assemblée ou par écrit, au sujet de leur rapport ou des points portés à l'ordre du jour de l'assemblée (art. 540 C. soc.). Ils peuvent fournir une réponse globale à plusieurs questions ayant le même objet.

L'on attend des administrateurs une réponse '*précise, pertinente et exacte*[1]'.

L'obligation de répondre aux questions n'est pas absolue. Traditionnellement, le refus de répondre devait être motivé par le fait que la communication de données ou de faits était de nature à porter gravement préjudice à la société, aux actionnaires ou au personnel de la société[2]. La doctrine estimait que seules des circonstances susceptibles de porter atteinte à l'intérêt social pouvaient justifier un refus de répondre[3].

Depuis la loi du 20 décembre 2010, les administrateurs peuvent légitimement refuser de répondre à des questions valablement posées par les actionnaires '*dans la mesure où la communication de données ou de faits est de nature à porter préjudice aux intérêts commerciaux de la société ou aux engagements de confidentialité souscrits par la société ou ses administrateurs*'.

Pratiquement, la nouvelle formulation de l'article 540, al. 1, C. soc. devrait conduire à une application similaire des règles précédentes dans la mesure où les circonstances visées par le nouvel article 540 traduisent le souci de voir respecter l'intérêt social de la société dans l'exercice du droit d'interpellation[4].

Les administrateurs apprécient sous leur propre responsabilité si les circonstances justifient leur refus de répondre.

1. R. PRIOUX, 'La transparence, principe général de droit en matière d'information des actionnaires et du marché', *J.T.*, 1994, p. 219, n° 6.
2. M. VAN DER HAEGEN et C. VERBRAEKEN, 'Les sociétés commerciales', *J.T.*, 1985, p. 567, n° 88; G. KEUTGEN, 'L'information des actionnaires', *Ann. dr. Louvain*, 1985, p. 197; A. DIRKX, 'La loi du 20 décembre 2010 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées, un nouveau souffle au sein de l'assemblée générale des actionnaires?', *Rev. prat. soc.*, 2011, p. 534.
3. A. DIRKX, 'La loi du 20 décembre 2010 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées, un nouveau souffle au sein de l'assemblée générale des actionnaires?', *Rev. prat. soc.*, 2011, p. 534.
4. *Ibid.*

§ 2. INFORMATION DES COMMISSAIRES

1080. Dans les sociétés où existe un ou des commissaires[1], la loi oblige les administrateurs à leur donner certaines informations:

- communication d'un état comptable chaque semestre (art. 137, § 2, *in fine*, C. soc.);
- réponse à toute demande d'explications ou d'informations émanant des commissaires (art. 137, § 1er, al. 1, C. soc.);
- communication d'informations relatives aux sociétés liées ou aux autres sociétés avec lesquelles il existe un lien de participation (art. 137, § 1er, al. 2, C. soc.);
- confirmation par les tiers du montant de leurs créances, dettes et autres relations avec la société contrôlée (art. 137, § 1er, al. 3, C. soc.);
- communication des comptes annuels et du rapport de gestion un mois avant l'assemblée générale ordinaire (art. 143 C. soc).

Le Code a également prévu que le conseil d'administration devait délibérer sur les mesures à prendre en vue d'assurer la continuité de l'entreprise lorsque les commissaires constatent, au cours de leurs contrôles, des faits graves et concordants susceptibles de compromettre cette continuité et en informent le conseil (art. 138, al. 2, C. soc.) (*infra*, nos 1282 et s.).

§ 3. INFORMATION AU CONSEIL D'ENTREPRISE

1081. Dans les sociétés où est institué un conseil d'entreprise, la loi oblige les administrateurs à communiquer au conseil d'entreprise diverses informations économiques et financières (article 14 de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie).

La nature et l'étendue de ces informations ont été précisées dans un arrêté royal du 27 novembre 1973 portant réglementation des informations économiques et financières à fournir aux conseils d'entreprises.

1. Voir *infra*, nos 1240 et s.

Ces informations comprennent;

1° une information de base;

2° une information annuelle;

3° une information périodique;

4° une information occasionnelle.

A. Information de base

1082. Cette information, qui doit être communiquée aux membres du conseil d'entreprise dans les deux mois qui suivent leur élection ou leur réélection, se rapporte aux éléments suivants;

a) le statut de l'entreprise;

b) la position concurrentielle de l'entreprise sur le marché;

c) la production et la productivité;

d) la structure financière de l'entreprise;

e) le budget et le calcul du prix de revient;

f) les frais de personnel;

g) le programme et les perspectives générales de l'entreprise;

h) la recherche scientifique;

i) les aides publiques de toutes natures accordées à l'entreprise;

j) l'organigramme de l'entreprise.

Les articles 4 à 14 de l'A.R. du 27 novembre 1973 précisent le contenu minimum des informations relatives à chacun de ces postes.

B. Information annuelle

1083. L'information annuelle a pour but de renseigner le conseil d'entreprise tant sur la situation et l'évolution de l'entreprise au cours de l'année écoulée que sur les objectifs précis pour l'année à venir et les perspectives pour les années suivantes.

Cette information doit être fournie et discutée dans les trois mois qui suivent l'exercice. En toute hypothèse, l'examen de cette information doit avoir obligatoirement lieu avant l'assemblée générale annuelle (art. 16, al. 2, A.R. du 27 novembre 1973).

Quinze jours au moins avant la réunion prévue pour l'examen de cette information, le conseil d'administration doit transmettre aux membres du conseil d'entreprise les documents suivants (art. 17, A.R. du 27 novembre 1973):

- une actualisation écrite de l'information de base;
- les comptes annuels, le rapport de gestion et le rapport du reviseur;
- un rapport sur l'application, l'utilisation et la répercussion dans l'entreprise des mesures fiscales et financières d'encouragement prises par les pouvoirs publics ainsi que les mesures prévues par les pouvoirs publics en vue de compenser et de réduire les charges de la sécurité sociale et les charges sociales de l'entreprise;
- les comptes consolidés.

C. Information périodique

1084. Au moins tous les trimestres, le conseil d'administration doit fournir au conseil d'entreprise les informations lui permettant de se rendre compte de l'état de réalisation des objectifs (art. 24, A.R. du 27 novembre 1973).

D. Information occasionnelle

1085. Chaque fois que se produisent des événements susceptibles d'entraîner pour l'entreprise des conséquences importantes ou qu'interviennent des décisions internes susceptibles d'avoir les mêmes répercussions, le conseil d'administration devra en informer le conseil d'entreprise (art. 25 et 26, A.R. du 27 novembre 1973).

E. Dérogations

1086. L'arrêté royal du 27 novembre 1973 prévoit certaines dérogations au devoir d'information lorsque la divulgation d'une information est de nature à porter préjudice à la société (art. 27 et 28, A.R. du 27 novembre 1973).

F. Rôle du réviseur d'entreprises

1087. Pour permettre au réviseur d'entreprise d'exercer sa mission spécifique de contrôle dans les sociétés où il existe un conseil d'entreprise (voir *infra*, n° 1281), l'article 152 C. soc. impose à l'organe de gestion de lui transmettre copie des informations économiques et financières qu'il communique par écrit au conseil d'entreprise.

Section 5
Organes délégués et comités consultatifs

1088. Le conseil d'administration est l'organe principal de gestion et de représentation de la SA (*supra* n°s 962 et s.).

Ainsi qu'il a été exposé, le Code permet aux statuts de déléguer des pouvoirs de gestion et de représentation au délégué à la gestion journalière ou au comité de direction. Des délégations particulières, relevant du droit du mandat, sont également d'usage. Ces délégations font l'objet des sous-sections 1 à 3 ci-dessous.

Dans le sillage de la loi du 2 août 2002 dite de *corporate governance*, le Code permet également au conseil d'administration de créer des comités consultatifs. Certains de ces comités revêtent un caractère obligatoire dans les sociétés cotées. Ces comités consultatifs sont traités dans la sous-section 4 ci-dessous.

Sous-section 1
Délégation de la gestion journalière

1089. L'article 525 C. soc. permet au conseil d'administration de déléguer la gestion journalière de la société – et la représentation y afférente – à une ou plusieurs personnes agissant seules ou conjointement. Ces délégués à la gestion journalière ne doivent pas être nécessairement administrateurs. Il peut s'agir d''*une ou plusieurs personnes, actionnaires ou non*' (art. 525, al. 1, C. soc.).

En règle générale, la gestion journalière peut être assumée par un administrateur – lequel porte alors le titre d'administrateur délégué – ou par d'autres personnes

(par exemple, un cadre de l'entreprise), souvent appelées 'directeur général' ou parfois 'CEO' (Chief Executive Officer), éventuellement dans les liens d'un contrat de travail[1] ou, encore, par une autre société, alors qualifiée de société de management[2].

La délégation de la gestion journalière pose de nombreuses questions, tant au niveau de la gestion elle-même que de la représentation.

§ 1. Definition de la gestion journaliere

1090. Il est important de savoir ce que recouvre la notion de gestion journalière car '*la société n'est pas engagée par les actes accomplis par le délégué à la gestion journalière qui excèdent cette dernière et la société ne saurait davantage s'en prévaloir à l'égard des tiers*[3]'. Il s'agit, en effet, d'une limite légale aux pouvoirs de l'organe et qui, dès lors, est opposable aux tiers.

Toutefois, le législateur n'a pas défini la 'gestion journalière', laissant donc ce soin à la jurisprudence.

Dans son arrêt du 17 septembre 1968[4], la Cour de cassation a donné une définition restrictive de cette notion: les actes de gestion journalière sont ceux qui ne dépassent pas les besoins de la vie quotidienne de la société ou qui en raison tant de leur peu d'importance que de la nécessité d'une prompte solution ne justifient pas l'intervention du conseil d'administration lui-même.

Deux types de critères se dégagent de cette définition. Examinons-les successivement.

Qu'entend-on par la notion d'actes ne dépassant pas les besoins de la vie quotidienne de la société?

Comme l'a définie la doctrine, ce sont '*les actes d'exploitation accomplis dans le cadre des décisions prises par le conseil d'administration ou des directives arrêtées par lui, et dont l'ensemble constitue en quelque sorte la vie quotidienne de la société*[5]'.

1. Cass., 28 mai 1984, *A.C.*, 1983-1984, p. 1.252.
2. H. LAGA, 'De vertegenwoordiging van een vennootschap bij de uitoefening van een bestuurdersmandaat', *T.R.V.*, 1993, pp. 313 et s.
3. P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, 'Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1992, n° 127.
4. Cass., 17 septembre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 61.
5. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T.1, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 649.

La gestion journalière est donc une notion qui '*devra être appréciée 'in concreto', cas par cas, en fonction de l'activité de la société*[1]'.

Les parties pourraient être tentées de lever l'insécurité juridique en définissant de manière précise les pouvoirs ainsi délégués. Cette pratique est vaine: si la délégation était étendue au-delà des limites légales, elle devrait d'office y être restreinte[2]; si elle était limitée, par les statuts, ces limitations statutaires seraient inopposables aux tiers[3]. Ces restrictions auront cependant effet dans l'ordre interne, le délégué étant un mandataire dont la responsabilité pourra être mise en cause en cas de dépassement des limites de compétence que les statuts lui ont fixées[4].

Que faut-il entendre par les actes de peu d'importance et nécessitant une solution rapide ne pouvant attendre l'intervention du conseil d'administration?

Certains auteurs[5] ont suggéré une lecture extensive de la définition donnée par la Cour de cassation en 1968 pour d'évidentes raisons pratiques. Sur cette base, il n'y aurait pas deux, mais trois catégories d'actes relevant de la gestion journalière: (i) les actes nécessaires aux besoins quotidiens de la société, (ii) les actes de peu d'importance et (iii) les actes nécessitant une solution rapide et ne pouvant attendre l'intervention du conseil d'administration.

Dans un arrêt du 26 février 2009[6], la Cour de cassation a jugé que les critères de '*peu d'importance*' et, d'*'urgence*' constituaient deux critères distincts cumulatifs.

Les difficultés pratiques qui découlent de cette définition restent donc intactes puisque le délégué à la gestion journalière est incompétent pour poser un acte urgent qui ne serait pas nécessaire aux besoins quotidiens de la société. Le conseil d'administration doit donc se réunir chaque fois qu'un tel acte doit être posé.

L'inadéquation des règles relatives à la gestion journalière a été relevée de longue date par la doctrine.

1. L. SIMONT, 'La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales', *Rev. prat. soc.*, 1974, n° 5.786, n° 52.
2. *Ibid.*
3. Bruxelles, 2 mars 1983, *Rev. prat. soc.*, 1983, p. 249.
4. E. POTTIER ET A. BERTRAND, 'Gestion journalière: la prudence s'impose', note sous Cass., 26 février 2009, *R.D.C.*, 2009, p. 955.
5. D. VAN GERVEN et M. WYCKAERT, 'Chroniek vennootschapsrecht (1999-2000)', *T.R.V.*, 2000, p. 357.
6. Cass., 26 février 2009, *R.D.C.*, 2009, p. 948; *T.R.V.*, 2009, p. 444.

Comme le soulignent pertinemment MM. P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX[1], '*il n'en demeure pas moins que la définition de la gestion journalière, et la limitation de pouvoirs de l'administrateur délégué qu'elle implique, ne répondent ni aux nécessités de la pratique ni aux réalités de la gestion des sociétés: l'administrateur délégué n'est pas un simple exécutant des délibérations du conseil d'administration ni un gestionnaire du quotidien. C'est lui qui, en réalité, donne l'impulsion à la politique générale de la société et il serait souhaitable que les textes soient – enfin – mis en rapport avec les réalités comme le proposaient déjà les rédacteurs du projet de réforme des lois coordonnées n° 387.*'

Une solution à ce problème peut être trouvée, depuis la loi du 2 août 2002, dans la mise en place d'un comité de direction qui n'est pas soumis aux restrictions visées ci-avant.

§ 2. MODALITES DE DELEGATION

1091. Conformément à l'article 525 C. soc., pour que le ou les délégués à la gestion journalière aient la qualité d'organe, il convient que:

1. la délégation résulte des statuts: '*Leur nomination, leur révocation et leurs attributions sont réglées par les statuts*' (art. 525, al. 2, C. soc.);

2. elle porte sur l'intégralité des pouvoirs de gestion journalière;

3. elle soit publiée conformément à l'article 76.

La nomination d'un administrateur délégué reste possible en cas de silence des statuts. Le conseil d'administration peut y procéder en vertu de la plénitude de pouvoirs dont il dispose.

Afin d'éviter toute confusion, il est recommandé de ne pas désigner un mandataire spécial par les termes 'délégué à la gestion journalière', et de réserver ceux-ci à celui qui est vraiment organe de la société[2].

1. P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, 'Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1992, n° 127.
2. G. RAUCQ et P. HAINAUT-HAMENDE, 'Les sociétés anonymes', *Rep. not.*, T. 12, Livre III, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 397.

§ 3. Pouvoirs de representation

1092. Le pouvoir de représentation est limité aux besoins de la gestion journalière, mais est général en ce qui concerne cette gestion: les restrictions apportées à ce pouvoir de représentation soit par les statuts, soit par l'organe qui l'a nommé, ne peuvent être opposées aux tiers même si elles ont été publiées (art. 525, al. 2, C. soc.); elles n'auront d'effet que dans l'ordre interne de la société, leur violation engagera la responsabilité du délégué à l'égard de la société[1].

La clause en vertu de laquelle la gestion journalière est déléguée à une ou plusieurs personnes, agissant soit seules, soit conjointement est opposable aux tiers dans les conditions prévues par l'article 76 C. soc. (art. 525, al. 3, C. soc.). Cette disposition est analogue à celle que comporte l'article 522, § 2, C. soc.; on lui appliquera '*mutatis mutandis*' les mêmes solutions sauf qu'ici la délégation conjointe ne doit pas être nécessairement consentie à des administrateurs[2].

§ 4. Connaissances de gestion

1093. Le délégué à la gestion journalière est soumis à des obligations particulières en matière de connaissance de gestion.

Dans le cadre du renforcement de la compétitivité des entreprises, le législateur a adopté la loi-programme pour la promotion de l'entreprise indépendante[3] dont un des objectifs était d'améliorer le taux de réussite des créations d'entreprises en exigeant non seulement de bonnes connaissances professionnelles, mais aussi une solide capacité en matière de gestion.

La loi-programme s'applique aux PME, au sens où l'entend la Commission européenne, soient les entreprises qui répondent aux trois critères suivants:

- un personnel qui ne dépasse pas une moyenne annuelle de 50 travailleurs;
- un chiffre d'affaire qui n'est pas supérieur à 7 millions d'euros, ou un total bilantaire ne dépassant pas 5 millions d'euros;
- une indépendance économique définie comme le fait pour l'entreprise concernée que ses actions ou parts représentatives du capital social (ou des droits de vote y attachés) ne soient pas détenues à plus de 25 % par une ou plusieurs entreprises autres que des PME.

1. L. Simont, 'La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales', *Rev. prat. soc., 1974*, n° 5.786, n° 53.
2. *Ibid.*, n° 54.
3. Loi-programme du 10 février 1998 pour la promotion de l'entreprise indépendante, *M.B.*, 21 février 1998, p. 4.889.

L'année de référence prise en considération pour apprécier les deux premiers critères est celle du dernier exercice comptable complet.

L'entreprise qui dépasse l'un des deux premiers seuils, pendant deux exercices successifs, perd la qualité de PME.

1094. L'impact de la loi-programme s'est fait sentir principalement à trois niveaux:

- les connaissances de gestion de base;
- les règles relatives à la compétence professionnelle;
- l'introduction de la notion et du statut de 'stagiaire indépendant'.

Nous n'aborderons pas cette dernière notion.

A. Les connaissances de gestion de base

1095. Dans un souci d'enrayer le nombre croissant de faillites touchant les jeunes entreprises, le législateur a estimé qu'il fallait renforcer, outre les qualités professionnelles, les connaissances de gestion de base des entrepreneurs.

La loi-programme a donc étendu les exigences en la matière à toutes les activités qui nécessite une inscription au registre du commerce ou de l'artisanat.

Par conséquent, toute personne physique ou morale, qui entre dans le champ d'application de la loi, doit, si elle désire exercer une de ces professions, prouver préalablement ses connaissances de gestion de base (art. 4, § 1er, al. 1, de la loi-programme).

Cette obligation ne s'applique pas, toutefois, aux titulaires d'une profession qui est déjà réglementée en cette matière par une loi[1] ou en vertu de la loi cadre du 1er mars 1976 relative la protection du titre professionnel et l'exercice des professions intellectuelles prestataires de services[2] (art. 4, § 1er, al. 3).

1. Actuellement, il s'agit des réviseurs d'entreprise, des experts-comptables, des agents de change et des transporteurs de marchandises par route.
2. Sont visés: les comptables, agents immobiliers, géomètres experts-jurés.

En règle, la preuve de ces connaissances doit être apportée par le chef d'entreprise indépendante, par son conjoint ou son partenaire (*sic*) avec lequel il cohabite depuis au moins trois ans ou par la personne physique qui exerce effectivement la gestion journalière au sein de l'entreprise (art. 4, § 2, al. 1).

Dans le cas des personnes morales, la preuve de ces connaissances doit être fournie par la personne physique qui est chargée de la gestion journalière de l'entreprise ou de la gestion journalière de la personne morale chargée de la gestion journalière de l'entreprise (art. 4, § 1er, al. 2). Cette personne doit encore prouver, outre qu'elle exerce effectivement la gestion journalière, soit qu'elle liée avec le chef d'entreprise par un contrat de travail à durée indéterminée (A.R. du 21 octobre 1998, art. 9, § 2), soit qu'elle est organe de la société, soit qu'elle est liée à la société ou à la société gestionnaire par un contrat de travail à durée indéterminée (A.R. du 21 octobre 1998, art. 9, § 3).

1096. Les connaissances de gestion de base requises sont établies à l'article 6 de l'arrêté royal du 21 octobre 1998[1]. Elles comprennent des notions de droit, de commerce, de comptabilité, et des notions générales d'informatique.

Elles se prouvent soit:

- par le port d'un titre retenu par arrêté royal;
- par le port d'un certificat de stage;
- par la preuve d'une expérience pratique suffisante dans une fonction de gestion définie par arrêté royal;
- par un autre mode de preuve découlant des obligations internationales de la Belgique.

Lorsque ces connaissances s'appuient sur une pratique professionnelle antérieure du chef d'entreprise, celle-ci doit avoir une durée de minimum 3 ou 5 ans selon que les activités antérieures ont été accomplies à titre principal ou accessoire, et avoir eu lieu au cours des quinze années qui précèdent. Cette pratique professionnelle peut également être celle d'une personne qui était chargée de la gestion journalière d'une entreprise ou d'un établissement industriel, commercial, artisanal, agricole ou horticole; elle répond aux mêmes critères de durée minimale. Elle peut aussi être invoquée par un aidant indépendant d'un chef d'entreprise qui a participé à une

1. Arrêté royal du 21 octobre 1998 portant exécution du chapitre Ier du titre II de la loi-programme du 10 février 1998 pour la promotion de l'entreprise indépendante, *M.B.*, 19 novembre 1998.

activité commerciale ou artisanale pendant au moins cinq ans[1]. Enfin, elle peut être invoquée par un employé qui occupe une fonction dirigeante et qui a participé à une activité commerciale ou artisanale pendant une période minimale de cinq ans[2].

B. Les connaissances professionnelles

1097. Toute PME, personne physique ou morale, qui exerce une activité professionnelle pour laquelle la compétence professionnelle est fixée, doit également faire la preuve de ce qu'elle dispose de cette compétence particulière (art. 5, § 1er, al. 1, de la loi-programme).

La notion de compétence professionnelle regroupe deux catégories: la compétence professionnelle intersectorielle et la compétence professionnelle sectorielle.

Ces compétences professionnelles sont fixées par le Roi et se prouvent de la même façon que les connaissances de gestion de base.

C. La procédure d'obtention de l'attestation établissant qu'il est satisfait aux exigences de capacités entrepreneuriales

1098. Les attestations qui établissent le *satisfecit* aux exigences fixées en matière de capacité entrepreneuriales (connaissances de gestion et professionnelles) sont délivrées par les Chambres des métiers et négoces. Si l'entreprise est une personne morale, l'attestation doit être délivrée à son nom (art. 9, § 1er, de la loi-programme).

Certaines catégories de personnes sont dispensées d'apporter cette preuve de façon provisoire ou définitive (art. 10 et 11)[3].

L'attestation doit être demandée au bureau de la Chambre des métiers et négoces de la province où l'activité professionnelle sera exercée pour la première fois ou

1. L'aidant indépendant est celui qui assiste ou supplée un travailleur indépendant, dans son activité professionnelle, sans être lié à celui-ci par un contrat de travail. Par exemple, le conjoint-aïdant.
2. R. GAMBINI et J. TYBERGHIEN, '*L'accès à la profession après la loi-programme du 10 février 1998 pour la promotion de l'entreprise indépendante et ses arrêtés royaux d'exécution*', Commission droit et vie des affaires, rapports du 49e séminaire, Liège, ULG, 1999, pp. 51 à 53.
3. Il s'agit, pour les exemptions définitives, du conjoint survivant d'un chef d'entreprise qui répondait aux exigences de la loi et d'une société dont le chef d'entreprise décédé y répondait également, à la condition que le conjoint survivant ou le partenaire survivant de ce chef d'entreprise et devenu organe ou gérant de la société et possède (en usufruit ou pleine propriété) la moitié des titres représentatifs du capital social. Les dispenses partielles concernent les cessionnaires d'une entreprise (dispense d'un an) et les enfants d'un chef d'entreprise décédé qui répondait aux conditions (dispense de trois ans à partir du décès, ou à partir de leur majorité s'il s'agit de mineurs).

auprès d'un centre agréé d'accompagnement et de simplification administrative pour les PME établi dans cette province.

§ 5. Rémunération

1099. Il est renvoyé sur cette question au régime de rémunération des administrateurs (*supra* n°s 980 et s.), en rappelant que le délégué à la gestion journalière peut aussi être rémunéré dans le cadre d'un contrat d'emploi.

Par l'effet de l'article 525, al. 4, C. soc., les articles 520*bis* et 520*ter* C. soc. (attribution des rémunérations variables) sont applicables à la personne chargée de la gestion journalière dans les sociétés dont les actions sont admises à la négociation sur un marché visé à l'article 4.

Sous-section 2
Le comité de direction[1]

1100. Une des innovations les plus importantes de la loi du 2 août 2002 est sans conteste la création facultative du comité de direction dans la SA et, par extension, dans la SCA.

Sur pied de l'article 524*bis* C. soc., les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration à déléguer ses pouvoirs de gestion à un comité de direction à l'exception des pouvoirs liés à la politique générale de la société (les choix stratégiques, les orientations, *etc.*) et des actes que la loi réserve en propre au conseil d'administration.

La reconnaissance juridique du comité de direction a pour corollaire une responsabilité de ses membres sur pied des articles 527 et 528 C. soc. (*infra* n°s 1157 et s.).

1101. Avant la loi du 2 août 2002, la pratique connaissait l'existence de 'comités de direction' dont les sociétés d'une certaine importance s'étaient dotées afin de résoudre des problèmes pratiques liés à la coexistence, au sein du conseil d'administration, d'administrateurs actifs et d'administrateurs passifs.

1. G. Keutgen, 'Le comité de direction: un nouvel organe sociétaire', in *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, coll. Commission Droit et Vie des Affaires, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 57 à 86; J.-M. Nelissen-Grade, 'Het nieuwe directiecomite', *Nieuw vennootschapsrecht 2002: Wet Corporate Governance*, Kaltmhout, Biblio, 2003, pp. 106-156; X. Dieux et D. Willermain, 'Le comité de direction et les comités consultatifs selon la loi du 2 août 2002 modifiant le Code des sociétés', *Legal Tracks I. Essays on contemporary corporate and finance law*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 213-288; P. Van Ommeslaghe, 'Corporate governance. Considérations critiques', *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 993 à 1.022.

La pratique fut d'ailleurs consacrée par le législateur, au milieu des années nonante, dans les secteurs spécifiques des établissements de crédits[1], des entreprises d'investissements et des entreprises publiques autonomes[2].

Les comités de direction institués par les sociétés non concernées par ces lois spéciales étaient constitués le plus généralement sous la forme collégiale de la délégation à la gestion journalière (art. 525 C. soc.) ou celle d'une délégation spéciale de pouvoirs fondée sur le mandat, non sans poser de délicats problèmes en pratique.

Sous l'impulsion conjuguée des autorités boursières, financières et des représentants des entreprises, le législateur a légalisé cette pratique en a délimité les contours dans les articles 524*bis* et 524*ter* C. soc.

§ 1. Constitution – Pouvoirs – Surveillance

1102. L'article 524*bis* C. soc. dispose, en son alinéa premier, que:

'*Les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration à déléguer ses pouvoirs de gestion à un comité de direction, sans que cette délégation puisse porter sur la politique générale de la société ou sur l'ensemble des actes réservés au conseil d'administration en vertu d'autres dispositions de la loi. Si un comité de direction est institué, le conseil d'administration est chargé de surveiller celui-ci.*'

Le Code consacre ainsi l'existence d'un organe facultatif, soumis au contrôle du conseil d'administration et dont les pouvoirs peuvent être fort étendus.

Comme son homologue français, le législateur belge n'a donc consacré qu'un régime dualiste optionnel dont l'existence est laissée, en premier lieu, à l'appréciation des actionnaires et, ensuite, à celle du conseil d'administration, au contraire des droits allemand et néerlandais qui connaissent des formes sociales obligatoirement dualistes.

1. Loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédits (*M.B.*, 19 avril 1993) qui a formalisé le recours possible au comité de direction né, en réalité, des protocoles sur l'autonomie de la fonction bancaire conclus par la CBFA et les banques à partir de 1974.
2. Loi du 6 avril 1995 relative au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et aux conseillers en placement (*M.B.*, 3 juin 1995) et loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques autonomes (*M.B.*, 27 mars 1991).

A. Constitution

1103. La création du comité de direction doit, tout d'abord, être envisagée par l'assemblée générale des actionnaires à qui appartient le pouvoir d'insérer dans les statuts une clause habilitant spécialement le conseil d'administration à déléguer ses pouvoirs à un comité de direction.

Faute d'une telle disposition statutaire, un comité de direction ne peut voir le jour.

Le conseil d'administration décide ensuite s'il doit ou non faire usage de la possibilité qui lui est offerte par les statuts. Le Code exclut la possibilité que la décision finale soit soustraite au conseil.

B. Pouvoirs

a. Pouvoirs de gestion

1104. Le comité de direction dispose des pouvoirs de gestion qui lui sont délégués par le conseil d'administration.

La délégation consentie par le conseil d'administration peut faire l'objet de restrictions par décision du conseil d'administration ou par les statuts, ces deux limites ainsi que la répartition éventuelle des tâches que les membres du comité de direction auraient convenu étant inopposables aux tiers (art. 524*bis*, al. 5, C. soc.).

Il n'en va pas de même des limites visées par la loi en matière de détermination de la politique générale de la société et d'actes réservés au conseil d'administration en vertu d'autres dispositions du Code. Ces limitations sont opposables aux tiers.

La loi met hors de portée du comité de direction toutes les décisions '*qui engagent le devenir de la société telles que celles qui concernent le choix stratégique du mode de croissance, – interne ou par acquisitions –; le choix du mode de financement de cette croissance – sur fonds propres, par emprunts, par appel à l'épargne publique, par cotation en bourse –; les (dés)investissements significatifs; l'orientation fondamentale de la recherche; les relations avec les actionnaires et la mise en place de structures permettant de réaliser les objectifs stratégiques ainsi que l'adoption des budgets nécessaires à cette fin*[1]'.

1. G. KEUTGEN, 'Le comité de direction: un nouvel organe sociétaire', *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, coll. Commission Droit et Vie des Affaires, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 62.

Parmi les actes que la loi réserve au conseil d'administration, mentionnons l'octroi d'un acompte sur dividendes, l'acquisition d'actions propres, l'arrêt des comptes annuels et l'augmentation du capital dans le cadre du capital autorisé.

Il est recommandé, en cas de création d'un comité de direction, de délimiter ses compétences dans le cadre d'un règlement d'ordre intérieur ou dans le cadre d'un protocole d'accord afin d'éviter le risque de décision concurrente et de contestation quant aux attributions respectives de ces deux organes.

b. Pouvoirs de représentation

1105. L'article 524*bis* C. soc. ne prévoit pas, en tant que tel, un pouvoir de représentation dans le chef du comité de direction.

Celui-ci se déduit cependant du texte du Code.

La délégation d'un pouvoir de gestion emporte corrélativement, dans les limites de cette délégation, le pouvoir de représenter la société. La règle est consacrée spécialement par le second paragraphe de l'article 522 et le premier alinéa de l'article 525 C. soc. visant respectivement le pouvoir de représentation d'un ou plusieurs administrateurs et celui du délégué à la gestion journalière.

Cette opinion se déduit de l'exposé des motifs de la loi du 2 août 2002[1] et du libellé de la première directive du 9 mars 1968.

Par identité de motifs, les limites légales à la délégation de pouvoir s'appliquent au pouvoir de représentation: le comité de direction ne peut représenter la société pour ce qui a trait à la politique générale ou à des actes que la loi réserve au conseil d'administration. Les limites légales posées aux pouvoirs du comité de direction sont donc, dans la sphère de la représentation, opposables aux tiers.

Les restrictions aux pouvoirs de représentation du comité de direction découlant d'une décision du conseil d'administration ou des statuts ainsi que la répartition éventuelle des tâches que les membres du comité de direction auraient convenu, sont inopposables aux tiers.

1. *Doc.parl.*, Ch., 2000-2001, n° 1211/001, p. 35; G. KEUTGEN, 'Le comité de direction: un nouvel organe sociétaire', *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, coll. Commission Droit et Vie des Affaires, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 77 à 78.

c. Délégation du pouvoir de représentation

1106. L'article 524*bis*, al. 3, C. soc. dispose que '*les statuts peuvent conférer à un ou à plusieurs membres du comité de direction, le pouvoir de représenter la société, soit seuls, soit conjointement*'.

A l'instar du régime décrit pour le conseil d'administration, la délégation du pouvoir de représentation est générale.

Les seules restrictions qui peuvent valablement être opposée aux tiers sont celles relatives à la double signature[1].

La société sera, en outre, liée par les actes posés par les membres du comité de direction, même si ceux-ci excèdent l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer, compte tenu des circonstances, sans que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve (art. 526 C. soc.) (voir *supra* n° 1037).

C. Surveillance

1107. Le conseil d'administration qui a pris l'initiative de créer un comité de direction doit le surveiller (art. 524*bis*, al. 1er, *in fine*, C. soc.).

Pour exercer efficacement ce pouvoir de surveillance, le conseil d'administration doit disposer de l'information nécessaire et, si possible, fiable. Il est donc opportun que soit les statuts, soit un règlement d'ordre intérieur, soit un protocole, soit une décision spéciale du conseil d'administration fixe tant les obligations d'information du comité de direction que les obligations de contrôle du conseil d'administration en évitant l'immixtion du conseil d'administration dans la gestion de l'organe contrôlé.

Le conseil d'administration recourra utilement aux comités consultatifs destinés à assurer un suivi régulier de l'action du comité de direction et à lui faire rapport (art. 522, § 1er, *in fine*, C. soc.) La pratique et les Codes de gouvernance consacrent la création de comités de rémunération, de nomination et d'audit.

Rappelons également que ce qu'il a 'donné', le conseil d'administration peut le 'reprendre', outre la faculté dont il dispose de révoquer les membres du comité de direction et le pouvoir, si nécessaire, de mettre en cause leur responsabilité (voy. *infra*, nos 1154 et s.).

1. Sur cette question, voir P. DE WOLF, 'Le conseil d'administration: répartition de pouvoirs et mandats spéciaux', *J.T.*, 1998, pp. 219 et s.

§ 2. Composition – Statut personnel – Fonctionnement

A. Composition

1108. L'article 524*bis*, al. 2, C. soc. dispose que:

'*Le comité de direction se compose de plusieurs personnes, qu'ils soient administrateurs ou non. Les conditions de désignation des membres du comité de direction, leur révocation, leur rémunération, la durée de leur mission et le mode de fonctionnement du comité de direction, sont déterminés par les statuts ou, à défaut de clause statutaire, par le conseil d'administration.*'

Le Code consacre l'obligation de nommer au moins deux membres du comité de direction. Il est en revanche silencieux sur l'interdiction du cumul des fonctions d'administrateur et de directeur (le nom donné aux membres du comité de direction).

Si le cumul des mandats d'administrateur et de directeur n'est pas proscrit, il est recommandé que le comité de direction ne soit pas uniquement composé d'administrateurs. Il faut logiquement exclure que l'organe de contrôle et l'organe contrôlé soient, en réalité, identiques. L'application cumulée des règles de conflits d'intérêts dans le chef des administrateurs et dans celui des directeurs peut même aboutir à une paralysie de ces organes et, partant, de la société[1].

B. Désignation – Révocation – Durée du mandat

1109. Le Code ne désigne pas l'organe compétent pour nommer et révoquer les membres du comité de direction.

En théorie, cette compétence pourrait être confiée par les statuts à l'assemblée générale. En pratique, c'est au conseil d'administration qu'il échoit de nommer les membres du comité de direction.

Les statuts peuvent subordonner la désignation des membres du comité de direction à des conditions particulières (de qualification, d'expérience, *etc.*) de même

1. En ce sens, P. HERMANT et C. BERTSCH, 'La composition et le rôle du comité de direction dans la société anonyme au regard des dernières évolutions législatives', in *Dernières évolutions en droit des sociétés*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 2003, pp. 129 à 130. Certains recommandent que les fonctions de président du comité de direction et de président du conseil d'administration soient occupées par des personnes différentes: voir G. KEUTGEN, 'Le comité de direction: un nouvel organe sociétaire', *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, coll. Commission Droit et Vie des Affaires, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 70 à 71.

qu'ils peuvent restreindre les possibilités de révocation (au cas de la faute grave, par exemple) et assortir cette révocation d'une indemnité ou d'un préavis[1].

Le principe de la révocabilité *ad nutum*, jugé d'ordre public en ce qui concerne les administrateurs de sociétés anonymes, n'est ici que supplétif.

La désignation et la révocation des membres du comité de direction obéissent aux mêmes règles de publicité que celles des administrateurs (art. 69, al. 1, C. soc. et art. 74 C. soc.).

1110. La durée du mandat de directeur, au contraire de celui d'administrateur, n'est pas limitée par la loi. Elle est laissée à l'appréciation des actionnaires (rédacteurs des statuts) et, subsidiairement, à celle du conseil d'administration.

L'éventualité d'un mandat à durée indéterminée n'est pas exclue puisque les termes choisis par le législateur ne font pas obstacle à cette interprétation.

Il peut être judicieux, en pratique, de lier les mandats d'administrateurs et de membres du comité de direction en prévoyant, par exemple, que la révocation du mandat d'administrateur met fin, de plein droit, au mandat de directeur dont dispose également l'intéressé.

C. Rémunération – Statut social

1111. A l'instar de ce qui précède, la rémunération des membres du comité de direction peut être réglée par les statuts et, dans leur silence, par le conseil d'administration.

Il est préférable de laisser le conseil régler cette question.

1112. Le membre du comité de direction peut-il exercer cette tâche dans les liens d'un contrat de travail?

L'opinion de G. KEUTGEN selon laquelle un lien de subordination est compatible avec la fonction de membre du comité de direction doit être approuvée. La même solution que celle qui prévaut pour le délégué à la gestion journalière[2] et consacrée depuis bientôt trois décennies par la Cour de cassation, doit en effet prévaloir.

1113. Par l'effet de l'article 524*bis*, *in fine*, C. soc., les articles 520*bis* et 520*ter* C. soc. (attribution des rémunérations variables) sont applicables aux membres du

1. *Ibid.*, pp. 72 à 74.
2. *Ibid.*, pp. 73 à 74 et les références citées.

comité de direction des sociétés dont les actions sont admises à la négociation sur un marché visé à l'article 4.

D. Fonctionnement

1114. Ce sont les statuts et, à défaut, le conseil d'administration qui déterminent le mode de fonctionnement du comité de direction.

Le comité de direction est un organe collégial.

Les règles de quorums et de majorité peuvent être aménagées selon les besoins de la société, les règles applicables aux assemblées délibérantes s'appliquant, en vertu de l'article 63 C. soc., de façon supplétive.

De même, sur pied de l'alinéa 5 de l'article 524*bis*. C. soc., une répartition des tâches entre membres du comité de direction est permise (et, en pratique, fréquente) bien qu'inopposable aux tiers.

§ 3. EXISTENCE DANS L'ORDRE EXTERNE

1115. *'L'instauration d'un comité de direction et la clause statutaire visée à l'alinéa 3, sont opposables aux tiers dans les conditions prévues par l'article 76. La publication contient une référence explicite au présent article'* (art. 524*bis*, al. 4, C. soc.).

L'instauration du comité de direction est donc opposable aux tiers après sa publication (art. 76 C. soc).

Il en va de même de la désignation et la révocation des membres du comité de direction qui obéissent à des règles de publicité identiques à celles qui visent les mandats d'administrateurs (art. 69, al. 1, C. soc. et art. 74 C. soc.).

§ 4. CONFLITS D'INTÉRÊT

A. Obligations d'information

1116. Le Code prévoit deux modes alternatifs d'information à charge des membres du comité de direction ayant un conflit d'intérêt, respectivement à l'adresse des autres membres du comité de direction (art. 524*ter*, § 1er, al. 1, C. soc.) ou à celle du conseil d'administration (art. 524*ter*, § 2, C. soc.).

a. Information des autres membres du comité de direction

1117. Si un membre du comité de direction a, directement ou indirectement, un intérêt de nature patrimoniale opposé à une décision ou à une opération relevant du comité, il doit le communiquer aux autres membres avant la délibération du comité. Sa déclaration, ainsi que les raisons justifiant l'intérêt opposé précité doivent figurer au procès-verbal du comité de direction qui doit prendre la décision. Si la société a nommé un ou plusieurs commissaires, le membre du comité de direction concerné doit également en informer ces commissaires (art. 524*ter*, § 1er, al. 1, C. soc.).

Le comité de direction décrit dans le procès-verbal la nature de la décision ou de l'opération et justifie la décision qui a été prise. Il indique aussi les conséquences patrimoniales de cette décision pour la société. Ce procès-verbal est à publier dans le rapport de gestion ou, à défaut de rapport, dans un document qui doit être déposé en même temps que les comptes annuels.

Le rapport des commissaires doit contenir une description distincte des conséquences patrimoniales.

b. Information du conseil d'administration

1118. Par dérogation aux règles rappelées ci-avant, les statuts peuvent prévoir que le membre du comité de direction informe le conseil d'administration.

En ce dernier cas, le conseil d'administration approuve seul la décision ou l'opération, en suivant, le cas échéant, la procédure prévue en cas de conflits d'intérêts dans le chef d'administrateurs.

1119. En synthèse, soit les statuts sont muets sur le mode de règlement des conflits, soit ils prévoient de renvoyer la question au conseil d'administration.

En ce cas, le conseil d'administration approuve seul la décision ou l'opération en cause.

Le comité de direction doit alors se dessaisir de toute opération ou décision pour laquelle existe un conflit d'intérêt au sens de l'article 524*ter* C. soc.

1120. Même si les statuts ne le prévoient pas, le conseil d'administration doit être saisi lorsqu'il existe un conflit d'intérêts dans le chef de tous les membres du comité de direction.

Il se peut aussi que les statuts aménagent un régime intermédiaire en vertu duquel le recours au conseil d'administration serait obligatoire dans certains cas particuliers.

B. Obligation d'abstention

1121. Pour les sociétés qui ont fait publiquement appel à l'épargne, le membre du comité de direction dans le chef duquel existe un conflit d'intérêt, ne peut participer aux délibérations du comité de direction concernant ces opérations ou ces décisions, ni prendre part au vote (art. 524*ter*, § 1er, al. 5, C. soc.).

C. Exceptions

1122. La procédure visée à l'article 524*ter* n'est pas applicable dans les deux cas suivants:

- lorsque les décisions ou les opérations relevant du comité concernent des décisions ou des opérations conclues entre sociétés dont l'une détient directement ou indirectement 95 % au moins des voix attachées à l'ensemble des titres émis par l'autre ou entre sociétés dont 95 % au moins des voix attachées à l'ensemble des titres émis par chacune d'elles sont détenus par une autre société;

- lorsque les décisions du comité de direction concernent des opérations habituelles conclues dans des conditions et sous les garanties normales du marché pour des opérations de même nature (art. 524*ter*, § 3, C. soc. qui renvoie à l'art. 523, § 3, C. soc.).

D. Nullité et responsabilité

1123. La société peut agir en nullité des décisions prises ou des opérations accomplies en violation des règles prévues à l'article 524*ter* C. soc., si l'autre partie à ces décisions ou opérations avait ou devait avoir connaissance de cette violation (art. 524*ter*, § 3, qui renvoie à l'article 523, § 2, C. soc.).

Dans la mesure où le comité de direction agit dans le cadre d'une délégation qui lui a été consentie par le conseil d'administration, le droit d'intenter l'action en nullité appartient à ce dernier[1].

1124. La responsabilité spéciale qui pèse sur les directeurs en matière de conflits d'intérêts est la même que celle qu'encourent, de ce chef, les administrateurs

1. *Doc. Ch.*, 1211/001, p. 37.

(art. 529, al. 3, C. soc.): responsabilité personnelle et solidaire en cas de préjudice causé aux tiers ou à la société, si les directeurs ont obtenu un avantage financier abusif et, dans le cas des groupes de sociétés, si la décision ou l'opération litigieuse préjudiciable a profité à une autre société du groupe.

Cette responsabilité s'applique même lorsque les décisions prises et les opérations accomplies l'ont été conformément à l'article 524*ter*, § 1er, C. soc.

Sous-section 3
Délégations spéciales

1125. Comme pour le pouvoir de gestion, un pouvoir de représentation limité à une ou plusieurs affaires déterminées peut être confié à une ou plusieurs personnes qui auront la qualité de mandataires. Cette délégation peut émaner tant du conseil d'administration que du délégué à la gestion journalière, dans la limite de ses pouvoirs.

1126. Rien n'empêche le conseil de déléguer, en dehors de la gestion journalière, tels pouvoirs limitativement déterminés à toute personne de son choix, administrateur ou non, qui doit cependant toujours justifier auprès des tiers d'une procuration spéciale[1]. Cette délégation obéit aux régies de droit civil en matière de mandat[2]. Elle ne pourrait être générale (*supra*, n° 1042). Les limitations aux pouvoirs du mandataire sont par principe opposables aux tiers.

La cour d'appel de Mons, dans un arrêt du 16 octobre 1984[3] a même admis que le conseil d'administration puisse, par le biais d'une '*convention d'assistance à la gestion*[4]' conclue avec une autre société, confier ainsi à un organe externe certaines fonctions relevant de sa compétence: '*on n'aperçoit rien dans de telles activités rémunérées qui aurait eu pour résultat de priver le conseil d'administration... de ses prérogatives*'.

1. J. 'T KINT et R. GYSELINCK, 'Les sociétés anonymes', *Guide pratique*, Bruxelles, Larcier, 1975, n° 218.
2. Voir *T.P.D.C.*, T.2.
3. *Rev. prat. soc.*, 1985, p. 48.
4. Cette '*assistance à la gestion*' portait sur les activités suivantes: '*- sur la prise en charge des relations commerciales de la société avec sa clientèle et la visite de celle-ci; – la négociation des contrats d'achats de matières premières et de vente de celles-ci en l'état brut, semi-ouvré ou fini; – la prospection de nouveaux marchés*'.

1127. Le délégué à la gestion journalière peut également, en sa qualité d'organe de la société, déléguer une partie de ses pouvoirs[1]. Le bénéficiaire de cette délégation n'est pas un organe, mais un mandataire.

Sous-section 4
Création de comités consultatifs

1128. '*Le conseil d'administration peut créer en son sein et sous sa responsabilité un ou plusieurs comités consultatifs. Il définit leur composition et leur mission*' (art. 522, § 1er, al. 3, C. soc.). Cette disposition du Code a été introduite par la loi du 2 août 2002 dite de *corporate governance*. Elle permet au conseil d'administration de créer des comités spécialisés chargés de l'assister dans la préparation de certaines décisions. Ces comités constituent une répartition interne de tâches et sont dénués de toute compétence de représentation externe.

Les Codes de *corporate governance* dits 'Code Lippens' et 'Code Buysse' recommandaient dès les années 2002 et 2005, respectivement dans les sociétés cotées et non cotées, la création de comités d'audit, de rémunération, de nomination et de stratégie.

Le Code des sociétés impose la création d'un comité d'audit ainsi que d'un comité de rémunération dans les sociétés cotées.

§ 1. Le comité d'audit

1129. Dans le sillage de la loi du 2 août 2002, consacrant la faculté pour le conseil d'administration d'instituer en son sein des comités consultatifs, le Code Lippens (2002) et le Code Buysse (2005) recommandaient la création d'un comité d'audit. Une consécration légale apparaît dès 2002 dans la règle dite du '*one to one*' de limitation des honoraires non audit du commissaire et du réseau auquel il appartient, impliquant l'intervention du comité d'audit (art. 133, §§ 5 à 7, C. soc.) (*infra* nos 1251 et s.).

1130. En 2005, la Commission européenne[2] a été amenée à préciser l'importance de la création, au sein du conseil d'administration, d'un comité d'audit et a préconisé des principes relatifs à sa composition, ses missions et sa relation avec le commissaire.

1. Comme pour le conseil d'administration, il lui est interdit de subdéléguer l'ensemble de ses pouvoirs.
2. Recommandation de la Commission du 15 février 2005 concernant le rôle des administrateurs non exécutifs et des membres du conseil de surveillance des sociétés cotées et les comités du conseil d'administration ou de surveillance, *J.O.U.E.*, L 52/51 du 25 février 2005.

La directive 2006/43 (directive 'Audit') franchit un pas décisif en consacrant l'obligation pour les Etats membres de prévoir que chaque entité d'intérêt public soit dotée d'un comité d'audit[1].

Par entité d'intérêt public, la directive 2006/43 vise les entités régies par le droit d'un Etat membre dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé d'un Etat membre, les établissements de crédit et les entreprises d'assurances. Des exceptions à l'obligation d'instituer un comité d'audit sont autorisées par la directive.

1131. La loi du 17 décembre 2008 a consacré l'introduction du comité d'audit obligatoire dans diverses lois particulières[2] et dans le Code des sociétés, aux articles 526*bis* et 526*ter*. Il faut aussi mentionner le Code de gouvernance 2009 qui contient des recommandations spécifiques en matière de création de comités.

A. Champ d'application

a. Le Code des sociétés et les lois particulières

1. Principe

1132. La loi du 17 décembre 2008 a introduit un nouvel article 526*bis* C. soc. et a modifié diverses législations en matière financière.

Elle introduit l'obligation, sauf exceptions, d'instituer un comité d'audit dans les sociétés cotées, au sens du Code des sociétés, et au sein de diverses entreprises financières, à savoir:

- les établissements de crédit, au sens de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit (modification de l'article 20 de cette loi);
- les entreprises d'assurances, au sens de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances (insertion d'un article 14*ter* dans cette loi);

1. Pour un examen approfondi, voir M. DE WOLF et P. DE WOLF, 'Contrôle interne, gestion des risques et contrôle externe – de nouveaux champs d'action pour l'organe de gestion, le comité d'audit et le commissaire', in *Millésime 2011*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 79 à 119.
2. Notamment dans la loi du 22 mars 1993 relative au statut et contrôle des entreprises s'assurances (art. 20 de cette loi), la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances (art. 14*ter* de cette loi), la loi du 6 avril 1995 relative au statut et contrôle des entreprises d'investissement (art. 62 de cette loi), la loi du 20 juillet 2004 relatives à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement (art. 153 de cette loi).

- les entreprises d'investissement, au sens de la loi du 6 avril 1995 relative au statut et au contrôle des entreprises d'investissement (modification de l'article 62 de cette loi);
- les sociétés de gestion d'organismes de placement collectif, au sens de la loi du 20 juillet 2004 relative à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement (modification de l'article 153 de cette loi).

2. Dérogations

1133. Le Code des sociétés déroge à l'obligation de constituer un comité d'audit pour les entités d'intérêt public satisfaisant à au moins deux des critères suivants:

- nombre moyen de salariés inférieur à 250 personnes sur l'ensemble de l'exercice concerné;
- total du bilan inférieur ou égal à 43.000.000 EUR;
- chiffre d'affaires net annuel inférieur ou égal à 50.000.000 EUR[1].

Dans ces 'petites' entités, les fonctions attribuées au comité d'audit sont, sauf dans le cas des entreprises d'investissement et celui des sociétés de gestion d'organismes de placement collectif, maintenues mais exercées par le conseil d'administration dans son ensemble, et dans l'hypothèse où le président est un membre exécutif, celui-ci ne pourra pas présider le conseil d'administration agissant en qualité de comité d'audit. Le conseil d'administration devra compter en son sein au moins un administrateur indépendant (art. 526*bis*, § 3, al. 1, *in fine*, C. soc.).

Sont également dispensées de l'obligation d'instituer un comité d'audit:

- les sociétés cotées qui sont des organismes de placement collectif à nombre variable de parts publics (article 526*bis*, § 7, a, C. soc.);
- les sociétés cotées dont la seule activité consiste à émettre des titres adossés à des actifs, sous condition de justification (article 526*bis*, § 7, b, C. soc.).

1. Cette exception est prévue pour les sociétés cotées (art. 526*bis*, § 3, C. soc.), pour les établissements de crédit (art. 20, § 2, de la loi du 22 mars 1993), pour les entreprises d'assurances (art. 14*ter* de la loi du 9 juillet 1975), pour les entreprises d'investissement (art. 62, § 2, de la loi du 6 avril 1995) et pour les sociétés de gestion d'organismes de placement collectif (art. 153, § 1er, de la loi du 20 juillet 2004).

D'autres dérogations peuvent être accordées par l'autorité prudentielle (la Banque Nationale de Belgique) à certaines filiales d'entreprises financières[1].

Un régime spécifique est mis en place pour les sociétés européennes cotées, le comité d'audit devant être constitué au sein du conseil de surveillance lorsqu'il aura été fait choix d'une structure dualiste de la société (article 913*bis* C. soc.)[2].

b. Code belge de gouvernance d'entreprise 2009

1134. Le Code de gouvernance 2009 reprend l'obligation légale de constituer un comité d'audit au sein des sociétés visées par ce Code, avec la même dérogation pour les 'petites' entités visées par l'article 526*bis*, § 3 (comité d'audit non obligatoire)[3].

Il faut noter cependant que le Code 2009 recommande, dans sa disposition 5.1, la constitution de comités spécialisés pour répondre à des questions spécifiques et conseiller le conseil d'administration. La déclaration de gouvernement d'entreprise justifiera dès lors, au-delà de la simple mention de l'exception légale, le choix de n'avoir pas créé un comité d'audit[4].

B. Composition du comité d'audit

a. Sociétés visées par la loi (les sociétés cotées et les entreprises financières)

1135. La loi du 17 décembre 2008 détermine la composition du comité d'audit dans des entreprises financières et comprend des dispositions concernant les comités d'audit au sein des sociétés cotées.

Le comité d'audit au sein des sociétés cotées doit être composé:

- de membres non exécutifs du conseil d'administration; et
- d'au moins un administrateur indépendant et compétent en matière de comptabilité et d'audit (articles 526*bis*, § 2 et 913*bis*, C. soc.).

1. Art. 20, § 2, de la loi du 22 mars 1993, art. 14*ter*, de la loi du 9 juillet 1975, art. 62, § 2, de la loi du 6 avril 1995, art. 153, § 1er, de la loi du 20 juillet 2004.
2. Les lois spéciales précisent que leurs dispositions 'ne portent pas préjudice aux dispositions du Code des sociétés relatives au comité d'audit des sociétés cotées'. Pour les entreprises financières cotées, les dispositions légales, notamment concernant la composition du comité d'audit, doivent ainsi être appliquées cumulativement.
3. L'annexe C du Code 2009, relative au comité d'audit, reprend expressément cette exception.
4. En ce sens, P. LAMBRECHT, C. DARVILLE et N. HOUYOUX, 'Le comité d'audit et le Code belge de gouvernance d'entreprise', in *Le comité d'audit et le commissaire*, ICCI, 2009/1, pp. 104 à 105.

Le comité d'audit des entreprises financières doit être composé:

- de membres non exécutifs de l'organe légal d'administration; et
- d'au moins un administrateur indépendant et compétent en matière de comptabilité et/ou d'audit;
- étant entendu que les membres du comité d'audit disposent d'une compétence collective dans le domaine d'activité de l'entreprise financière concernée et en matière de comptabilité et d'audit.

Les exigences relatives à la composition des comités d'audit des entreprises financières diffèrent dès lors de celles des sociétés cotées sur trois points:

- la compétence en matière de comptabilité et d'audit constitue une exigence collective, que doit rencontrer le comité d'audit dans son ensemble, tandis que dans les sociétés cotées, ce critère doit être rempli par l'administrateur indépendant;
- le comité d'audit doit également, collectivement, être compétent dans le domaine des activités de l'entreprise financière, alors que cette exigence n'existe pas pour les sociétés cotées; et
- la compétence individuelle exigée de l'administrateur indépendant est définie en termes de comptabilité ou d'audit, alors que cette compétence individuelle en matière de comptabilité et d'audit est cumulative dans les sociétés cotées.

La loi du 17 décembre 2008 ne définit pas la notion de 'compétence collective' exigée de la part des membres du comité d'audit des entreprises financières.

Que signifie 'avoir ensemble' de telles compétences? La somme des compétences des membres du comité d'audit doit former au moins une compétence complète dans le domaine des activités de la société et en matière de comptabilité et d'audit[1].

Deux particularités doivent encore être mentionnées:

- une telle compétence collective n'est pas exigée pour les membres des comités d'audit des sociétés cotées. On peut craindre qu'un administrateur ne soit tenté, en cas d'action en responsabilité, d'invoquer cette brèche pour s'exonérer de son incompétence;

1. M. DE WOLF et P. DE WOLF, 'Contrôle interne, gestion des risques et contrôle externe – de nouveaux champs d'action pour l'organe de gestion, le comité d'audit et le commissaire', in *Millésime 2011*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 102.

- La compétence individuelle est, de même, plus exigeante pour les comités d'audit des sociétés cotées que pour les comités d'audit des entreprises financières (compétence en matière de comptabilité et d'audit).

b. Sociétés visées par le Code belge de gouvernance d'entreprise 2009 (les sociétés cotées)

1136. Le Code belge de gouvernance d'entreprise 2009 est plus exigeant que le Code des sociétés.

Il recommande que le comité d'audit soit composé d'une majorité d'administrateurs indépendants et que celui-ci dispose, dans son ensemble, des compétences suffisantes en matière de comptabilité, d'audit et de finance[1]:

- une compétence collective est exigée en matière de comptabilité, d'audit et de finance et au minimum une compétence individuelle en matière de comptabilité et d'audit dans le chef d'au moins un administrateur;

- en toute hypothèse le Code 2009 recommande que le président du conseil d'administration ne préside pas le comité d'audit[2].

c. Administrateurs non exécutifs et administrateur indépendant

1137. Le comité d'audit ne peut être composé que d'administrateurs non exécutifs.

Le Code des sociétés a créé une présomption d'administrateur exécutif dans certains cas (*supra* n° 977).

Le Code 2009 définit quant à lui l'administrateur non exécutif comme tout membre du conseil d'administration qui n'exerce pas de responsabilités exécutives dans la société.

1138. Les critères d'indépendance des administrateurs sont fixés par l'article 526*ter* C. soc. (*supra* n° 978).

Le Code belge de gouvernance d'entreprise 2009 prévoit les mêmes critères d'indépendance.

1. Disposition 5.2/5, Annexe C du Code 2009.
2. Disposition 5.2/3, Annexe C, du Code 2009.

d. Administrateur compétent en matière de comptabilité et/ou d'audit

1139. La notion de compétence en matière de comptabilité et/ou d'audit, n'est pas définie par la loi.

Les travaux parlementaires précisent que 'par compétence en matière de comptabilité et d'audit, l'on entend un diplôme d'études supérieures dans les matières de l'économie ou de la finance ou encore une expérience professionnelle significative dans ces matières[1]'.

La notion d'expérience professionnelle significative n'est pas définie par les travaux parlementaires.

e. Rapport de gestion et justification du choix des membres du comité d'audit (indépendance et compétence)

1140. Le rapport de gestion doit mentionner la justification de l'indépendance et de la compétence en matière de comptabilité et d'audit d'au moins un membre du comité d'audit[2].

Une indication sur l'existence d'un diplôme d'études supérieures en économie ou en finance, ou d'une expérience professionnelle significative dans le chef de l'administrateur indépendant, devrait être reprise dans le rapport de gestion.

Les critères auxquels doit répondre l'administrateur indépendant et compétent en matière d'audit et/ou de comptabilité constituent des obligations du droit des sociétés, dont la violation entraîne la responsabilité solidaire des administrateurs, sauf dénonciation appropriée à l'assemblée générale[3].

1141. Dans les entreprises financières, le rapport de gestion de l'organe d'administration justifie 'la compétence individuelle et collective des membres du comité d'audit'.

1. *Doc.parl.*, Ch. Rep., 2008-2009, 1471/001, pp. 14, 18 et 20.
2. Art. 96, § 1, 9° et 119, 6°, C. soc.
3. Art. 528 C. soc.

C. Missions du comité d'audit

a. Sociétés cotées

1142. En vertu de l'article 526*bis*, § 4, C. soc., le comité d'audit est au moins chargé des missions suivantes:

- suivi du processus d'élaboration de l'information financière;
- suivi de l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques de la société;
- s'il existe un audit interne (obligatoire pour les entreprises financières), suivi de celui-ci et de son efficacité;
- suivi du contrôle légal des comptes annuels et des comptes consolidés, en ce compris le suivi des questions et recommandations formulées par le commissaire et le cas échéant par le réviseur d'entreprises chargé du contrôle des comptes consolidés;
- examen et suivi de l'indépendance du commissaire et le cas échéant du réviseur d'entreprises chargé du contrôle des comptes consolidés, en particulier pour ce qui concerne la fourniture de services complémentaires à la société.

Des dispositions éparses le chargent encore d'autres missions:

- proposition à l'organe de gestion relative à la nomination du commissaire à l'assemblée générale, sans préjudice des compétences du conseil d'entreprise notamment le droit pour celui-ci de s'opposer à la proposition (art. 130, al. 2, et 156, al. 2, C. soc); la proposition adressée par le comité d'audit au conseil d'administration doit être mentionnée dans l'ordre du jour de l'assemblée générale (le conseil d'administration pouvant s'écarter de la proposition du comité d'audit); ces dispositions s'appliquent également aux renouvellements de mandat (art. 533, dernier al., C. soc.);
- dérogation à la règle 'one-to-one' qui limite la possibilité pour le commissaire de certaines sociétés d'accepter des missions complémentaires (art. 133, § 6, 1°, C. soc.).

Le comité d'audit fait régulièrement rapport au conseil d'administration, notamment lors de l'établissement des comptes annuels et des comptes consolidés et le

cas échéant, des états financiers résumés destinés à la publication (art. 526*bis*, § 4, *in fine*, C. soc)[1].

1143. Les missions assignées au comité d'audit sont ainsi beaucoup plus lourdes que celles assignées aux comités consultatifs qui peuvent être créés en application de l'article 522, § 1er, *in fine*, C. soc.

Alors que ces derniers ne sont autorisés à donner que de simple avis, la tâche qui pèse sur les comités d'audit tels qu'organisés par le Code des sociétés, est plus exigeante[2].

b. Sociétés financières

1144. Dans les sociétés financières (banques et assurances), l'organisation d'une fonction d'audit interne est obligatoire. Au contraire des sociétés cotées dotées d'une fonction d'audit interne, le comité d'audit des sociétés financières ne s'étend pas au suivi de l'efficacité du contrôle interne[3].

La loi du 17 décembre 2008 a donné compétence à l'autorité prudentielle (la Banque Nationale de Belgique) de préciser et compléter sur des points d'ordre technique et par voie de règlement, les compétences légales du comité d'audit[4].

c. Sociétés visées par le Code belge de gouvernance d'entreprise 2009

1145. Le Code 2009 reprend la liste des missions légales de l'article 526*bis*, § 4, C. soc. et en explicite le contenu[5].

1. Est notamment visé, l'établissement des états financiers semestriels à publier par les émetteurs de certains titres en vertu de l'arrêté royal du 14 novembre 2007 (art. 13 de l'A.R. du 14 novembre 2007 relatif aux obligations des émetteurs d'instruments financiers admis à la négociation sur un marché réglementé, *M.B.*, 3 décembre 2007).
2. Pour une analyse du droit français à ce sujet: P. MERLE, 'Les nouvelles responsabilités des comités d'audit', in *Bulletin Joly Sociétés, Actualité du droit des sociétés*, février 2009, n° 2, pp. 216 et s.
3. Voir art. 20, § 5, al. 2, de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit. Comp. art. 526*bis*, § 4, c, C. soc.
4. Voir art. 20, § 5, al. 3, de la loi du 22 mars 1993.
5. M. DE WOLF et P. DE WOLF, 'Contrôle interne, gestion des risques et contrôle externe – de nouveaux champs d'action pour l'organe de gestion, le comité d'audit et le commissaire', in *Millésime 2011*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 106 à 109.

§ 2. Le comité de rémunération (art. 526*quater* C. soc.)

A. Champ d'application

1146. Dans les sociétés dont les actions sont admises à la négociation sur un marché, il est constitué un comité de rémunération au sein du conseil d'administration (art. 526*quater*, § 1er, C. soc.).

La constitution du comité de rémunération n'est pas obligatoire dans les sociétés répondant, sur une base consolidée, à au moins deux des trois critères suivants (art. 526*quater*, § 4, C. soc.):

a) nombre moyen de salariés inférieur à 250 personnes sur l'ensemble de l'exercice concerné,

b) total du bilan inférieur ou égal à 43.000.000 EUR,

c) chiffre d'affaires net annuel inférieur ou égal à 50.000.000 EUR,

Dans ce cas, les fonctions attribuées au comité de rémunération doivent alors être exercées par le conseil d'administration dans son ensemble, à condition que ces sociétés disposent d'au moins un administrateur indépendant et que, au cas où le président du conseil d'administration est un membre exécutif, il ne préside pas cet organe lorsque celui-ci agit en qualité de comité de rémunération (art. 526*quater*, § 4, *in fine*, C. soc.).

Ajoutons que sont exemptées de l'obligation d'avoir un comité de rémunération (art. 526*quater*, § 8, C. soc.):

a) les sociétés qui sont des organismes de placement collectif à nombre variable de parts publics tels que définis à l'article 10 de la loi du 20 juillet 2004 relative à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement;

b) les sociétés dont la seule activité commerciale consiste à émettre des titres adossés à des actifs au sens de l'article 2, paragraphe 5, du Règlement (CE) n° 809/2004 de la Commission européenne; dans ce cas, la société divulgue les raisons pour lesquelles elle ne juge pas opportun de disposer d'un comité de rémunération ou que le conseil d'administration soit chargé d'exercer les fonctions du comité de rémunération.

B. Composition du comité de rémunération et fonctionnement (art. 526*quater*, §§ 2, 3, 6 et 7, C. soc.)

1147. A l'instar des autres comités consultatifs, le comité de rémunération est composé d'administrateurs.

Le Code des sociétés impose qu'il soit exclusivement composé de membres non exécutifs du conseil d'administration.

Le comité de rémunération est composé d'une majorité d'administrateurs indépendants au sens de l'article 526*ter* et possède l'expertise nécessaire en matière de politique de rémunération. Un membre au moins doit posséder '*un diplôme de niveau supérieur et disposer d'une expérience d'au moins trois ans en matière de gestion du personnel ou dans le domaine de la rémunération d'administrateurs et membres de la direction d'entreprises*[1]'.

Le Code ne précise pas le nombre de membres que doit compter le comité de rémunération. Un nombre impair de membres, idéalement trois, est recommandé pour éviter les blocages[2].

1148. Le président du conseil d'administration ou un autre administrateur non exécutif préside le comité (art. 526*quater*, § 3, C. soc.).

1149. Le comité de rémunération se réunit au moins deux fois par an et chaque fois qu'il l'estime nécessaire pour l'exécution de ses missions (art. 526*quater*, § 6, C. soc.).

Il fait régulièrement rapport au conseil d'administration sur l'exercice de ses missions.

Le conseil d'administration communique le rapport de rémunération au conseil d'entreprise ou, à défaut, aux représentants des travailleurs au comité de prévention et de protection au travail ou, à défaut, à la délégation syndicale.

1150. Le représentant principal des dirigeants exécutifs participe avec voix consultative aux réunions du comité de rémunération lorsque celui-ci traite de la rémunération des autres dirigeants exécutifs (art. 526*quater*, § 7, C. soc.).

1. Exposé des motifs, Doc. Ch., sess. extr., 52, 2336/001, p. 17.
2. En ce sens, V. SIMONART, 'Le conseil d'administration de la société anonyme et ses comités', *J.T.*, 2011, p. 223.

C. Missions du comité de rémunération (art. 526*quater*, § 5, C. soc.)

1151. Le comité de rémunération est au moins chargé des missions suivantes:

a) formuler au conseil d'administration des propositions sur la politique de rémunération qui doivent être soumises par le conseil d'administration aux actionnaires;

b) formuler au conseil d'administration des propositions sur la rémunération individuelle y compris la rémunération variable et les primes de prestation à long terme, liées ou non à des actions, octroyées sous forme d'options sur actions ou autres instruments financiers, et les indemnités de départ;

c) préparer le rapport de rémunération qui est inséré par le conseil d'administration dans la déclaration de gouvernement d'entreprise;

d) commenter le rapport de rémunération lors de l'assemblée générale annuelle des actionnaires.

Le rôle du comité de rémunération est aussi bien prospectif que rétrospectif, étant chargé d'émettre des propositions pour l'avenir, mais aussi de faire rapport sur l'exercice écoulé[1].

§ 3. Les autres comités consultatifs

1152. Le Code des sociétés ne contient pas de dispositions particulières relatives au comité de nomination.

Le Code de gouvernance d'entreprise 2009 confie au comité de nomination le soin de faire des recommandations au conseil d'administration concernant la nomination des administrateurs, du CEO et des autres membres du management exécutif ainsi que pour assister le conseil d'administration dans le processus d'évaluation[2].

1153. Outre les comités d'audit, de nomination et de rémunération, le Code Buysse[3] recommande la création d'un comité stratégique dans les sociétés familiales. Il n'en définit toutefois pas la mission.

1. A. Autenne et L. Culot, 'La normalisation des pratiques de rémunération managériale la réglementation récente et ses enjeux' in *Millésime 2011*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 135.
2. Dispositions 4.6, 4.11, 6.3 et annexe D, 5.3/4.
3. Code Buysse II (2009), www.codebuysse.be.

1154

Section 6
Responsabilité des administrateurs

Sous-section 1
Responsabilité civile

1154. Les administrateurs disposent, nous l'avons vu, de pouvoirs étendus. La contrepartie logique en est leur responsabilité. '*Les fonctions que remplissent les administrateurs d'une institution autonome comme la société anonyme comportent des responsabilités plus diverses et plus étendues que celles d'un mandataire ordinaire*[1]'.

C'est ainsi qu'en dehors de circonstances spécifiques (§ 2), la responsabilité des administrateurs peut être invoquée pour différents types de fautes: faute de gestion, violation de la loi ou des statuts ou faute '*aquilienne*'. C'est ce que nous envisageons sous le vocable de 'responsabilités générales' (§ 1).

Une attention particulière sera accordée à l'intentement de l'action en responsabilité (§ 3) et aux effets de la décharge et de la prescription (§ 4).

Les considérations développées dans la présente section ont vocation à traiter de manière synthétique les cas de responsabilité des administrateurs à l'égard de la société et des tiers par référence aux textes légaux et à la jurisprudence importante de la Cour de cassation.

Pour un exposé plus approfondi, le lecteur consultera utilement le titre XI du présent Traité consacré aux responsabilités de tous les acteurs de la vie sociale, ce compris celles des dirigeants de SA.

§ 1. Responsabilités générales

1155. La responsabilité des administrateurs est une matière appréhendée par des dispositions spécifiques du Code des sociétés qui permettent d'actionner les administrateurs en raison de fautes qu'ils ont commises.

Ces actions sont ouvertes soit à la société, soit aux tiers (contractants ou non), soit encore à la société et aux tiers.

1. J. Van Ryn, *Principes de droit commercial belge*, T. II, Gand, Van Rysselberghe et Rombaut, 1930, n° 606.

Le régime général du Code des sociétés est complété par les règles de la responsabilité quasi délictuelle fondées sur l'article 1382 C. civ. La société et les tiers disposent chacun d'un droit d'agir sur cette base dans des hypothèses et des conditions balisées par la Cour de cassation.

De nombreuses études consacrées à la matière exposent successivement les actions dont disposent respectivement la société et les tiers.

Il sera procédé ci-après différemment, par un exposé successif des responsabilités sur la base des fautes incriminées par le Code des sociétés et par l'article 1382 C. civ.

Pour chaque faute visée par la loi, il sera précisé si la responsabilité des dirigeants peut être engagée par la société et par les tiers.

1156. Il n'est pas inutile de rappeler, avant d'envisager les différents types de fautes qui peuvent être reprochées aux administrateurs, que pour qu'il y ait responsabilité des administrateurs, il ne suffit pas qu'il y ait une faute, encore faut-il établir un préjudice et un lien de causalité entre la faute et ce préjudice[1].

A. Responsabilité pour faute de gestion (art. 527 C. soc.)

a. Le principe

1157. En vertu de l'article 527 C. soc., 'les administrateurs, les membres du comité de direction et les délégués à la gestion journalière sont responsables, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion'.

Dans l'ordre interne, l'administrateur s'apparente à un mandataire qui doit donc rendre compte au mandant – en l'occurrence la société – de l'exécution de son mandat et est contractuellement responsable des fautes commises dans sa gestion.

b. La faute de gestion

1158. La responsabilité de l'article 527 implique une faute de gestion.

Mais quand y a-t-il faute de gestion?

1. Sur ces questions, voir *T.P.D.C.*, T. 4, titre XI, Les responsabilités.

La faute de gestion est celle qui résulte d'une mauvaise exécution du mandat, elle constitue un manquement à l'obligation de moyen dans la bonne gestion[1].

Pour déterminer l'existence d'un telle faute, l'on se demandera si un administrateur compétent et diligent, placé dans les mêmes circonstances eût agi de manière identique. La doctrine et la jurisprudence accordent peu d'importance au fait que le mandat soit exercé à titre gratuit ou non: '*le fait qu'aucune rémunération n'y soit directement attachée n'atténue pas la rigueur des devoirs et responsabilités liés à un tel mandat*[2]'.

Il appartiendra au juge d'apprécier les faits qui sont reprochés à l'administrateur, en tenant compte des circonstances propres à l'espèce et des informations dont disposaient les administrateurs au moment des faits reprochés.

En toute hypothèse, le juge devra tenir compte de ce que toute gestion est faite de bons et de mauvais choix et qu'il existe une marge dans laquelle on peut raisonnablement opter pour plusieurs solutions (théorie dite de l'*'appréciation marginale'*).

Il ne condamnera que le comportement manifestement, ou en tout cas certainement, injustifié: '*il n'y a faute de gestion que si, en connaissance de cause ou de façon flagrante, l'administrateur s'est montré déraisonnable ou imprudent*[3]'.

Il y a donc une marge entre la simple erreur, même grave dans ses conséquences, et la faute de gestion. Ce n'est que lorsque l'administrateur aura franchi cette marge qu'il sera sanctionné.

1159. On cite traditionnellement les exemples suivants de faute de gestion[4]:

- l'octroi de crédit à des personnes notoirement insolvables, et l'octroi de crédit ou de délais de paiement sans garantie suffisante, spécialement s'il s'agit de crédit accordé à un administrateur, gérant, commissaire ou cadre de la société concernée;

- la rédaction de factures comportant des mentions inexactes quant au nom et à l'adresse des personnes concernées, ce qui s'identifie à une infraction à la légis-

1. J. RONSE et J. LIEVENS, 'L'administration des sociétés. La responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite', *Les sociétés commerciales,* Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1985, p. 190.
2. J.-F. GOFFIN, '*Responsabilités des dirigeants de sociétés*', Bruxelles, Larcier, 2004, n° 70.
3. J. RONSE et J. LIEVENS, 'L'administration des sociétés. La responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite', *Les sociétés commerciales,* Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1985, p. 194. Voir également J. RONSE,'Marginale toetsing in het privaat-recht', *T.P.R.*, 1977, p. 207.
4. M-A. DELVAUX et P. DE WOLF,'Les responsabilités civiles des dirigeants de sociétés commerciales', in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 224 à 225 et les réf. citées.

lation T.V.A. dont l'administrateur d'une société commerciale est responsable à l'égard de la société[1];

- le défaut de surveillance d'un délégué à la gestion journalière ou d'un comptable[2];
- la conclusion d'un contrat avec un entrepreneur non enregistré;
- le défaut de poursuite d'un débiteur avec une diligence suffisante;
- l'octroi d'avantages anormaux à un locataire ou, plus généralement, la conclusion d'opérations à des conditions désavantageuses pour la société sans motif, ou la réalisation de dépenses exorbitantes ou inconsidérées;
- le défaut de prendre les mesures utiles pour assurer, dans les délais, l'exécution d'un contrat de fournitures ou, à tout le moins, pour limiter les conséquences de l'inexécution d'un contrat;
- la conclusion d'opérations hasardeuses[3] ou d'opérations en devises étrangères purement spéculatives excédant l'objet social et hors la volonté du conseil d'administration et des actionnaires[4];
- la déclaration de faillite sans disposer du pouvoir de le faire, avec information des clients et des fournisseurs par télécopie et le fait de ne plus accomplir de prestations liées à la gestion[5];
- les négligences qui consistent dans la non-exécution, en temps utile, de formalités nécessaires, tels le renouvellement d'une inscription hypothécaire, d'une police d'assurance ou le renouvellement d'un bail commercial;
- le fait de ne pas comptabiliser la créance de la société à son égard sur son compte courant et ainsi de ne pas respecter les obligations à l'égard des contributions, donnant ainsi la priorité à son intérêt personnel au mépris des intérêts de la société[6].

1. Gand, 24 octobre 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 403, p. 168 et note M-A. DELVAUX intitulée 'La déduction fiscale comme charge professionnelle de l'indemnisation versée par un dirigeant à la victime de sa faute – société ou tiers – dans le cadre de sa responsabilité civile: bref aperçu', *F.J.F.*, 2001, p. 108.
2. Voir notamment Bruxelles, 1er février 1982, *J.D.S.C.*, 2000, n° 198, p. 236 et note M. CALUWAERTS, *Rev. prat. soc.*, 1982, p. 219 et note.
3. Civ. Liège, 25 février 1966, *Jur. Liège*, 1965-1966, p. 243.
4. Comm. Courtrai (5e ch.), 19 février 2003, *J.D.S.C.*, 2004, n° 576, p. 218; *T.R.V.*, 2003, liv. 4, p. 417 et note J. VANANROYE.
5. *Ibid.*
6. Gand, 25 juin 1999, *J.D.S.C.*, 2002, n° 402, p. 164 et obs. M-A. DELVAUX

c. Nature de cette responsabilité

1. Responsabilité contractuelle

1160. La responsabilité de l'administrateur pour faute de gestion n'existe en principe que vis-à-vis de son mandant, à savoir la société. Il s'agit d'une responsabilité d'ordre contractuel. Sous réserve de l'action minoritaire (*infra*, nos 1227 et s.), seule la société – à savoir l'assemblée générale – pourra mettre en œuvre cette responsabilité ('*actio mandati*').

Cette action n'exclut pas le recours des tiers sur pied de l'article 1382 C. civ. dans le cadre de certaines fautes de gestion[1] qui constituent également un manquement de l'administrateur au devoir général de prudence[2] (*infra*, nos 1173 et s.).

2. Responsabilité individuelle

1161. Cette responsabilité est, en règle, individuelle: la faute doit être imputable à l'administrateur personnellement[3]. Toutefois, si la faute fut concertée avec d'autres administrateurs, leurs condamnations seraient prononcées solidairement. Elles seraient prononcées *in solidum*, s'il s'agissait de fautes diverses, mais néanmoins concurrentes, à condition de prouver que chacune de ces fautes a contribué à provoquer la totalité du dommage[4]. En pratique, il arrive souvent en cette matière qu'il y ait eu des fautes diverses de divers administrateurs, mais sans possibilité de déterminer l'incidence exacte de chacune des fautes sur le préjudice invoqué, ce qui conduit à la condamnation *in solidum* à l'indemnisation des dommages résultant de façon suffisamment certaine de l'ensemble desdites fautes.

Pour que chacun des fautifs ne soient pas exposé à une condamnation pour le tout, il faut finalement, en matière de responsabilité, que l'on se trouve en présence de fautes bien distinctes ayant entraîné des dommages bien distincts.

1. A l'instar de C. JASSOGNE (voir Titre XI, Les responsabilités, spécialement n° 1675), nous n'opérons pas de distinction entre les fautes de gestion 'pures' ou 'simples' et d'autres.
2. Dans ce contexte, précise C. JASSOGNE cette obligation équivaut à un devoir de sérieux ou à devoir respecter la légitime confiance des tiers (*ibid.*, n° 1688).
3. F. MAGNUS, 'Commentaire de l'article 527 C. soc.', in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Bruxelles, Kluwer, mise à jour décembre 2012, nos 13 à 15.
4. J. VAN RYN et P. VAN OMMESLAGHE, 'Examen de jurisprudence (1972 à 1978). Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1981, p. 391; Civ. Gand, 26 mars 1993, *R.D.C.*, 1993, p. 935.

B. Responsabilité pour violation de la loi ou des statuts (art. 528 C. soc.)

a. Le principe

1162. Conformément à l'article 528 C. soc., les administrateurs et les membres du comité de direction sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers les tiers, de tous dommages et intérêts résultant d'infractions aux dispositions du Code ou des statuts sociaux.

Ils ne seront déchargés de cette responsabilité, quant aux infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, que si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces infractions selon le cas, lors de la première assemblée générale ou lors de la première séance du conseil d'administration suivant le moment où ils en ont eu connaissance (art. 528, al. 3, C. soc.).

b. Violation du Code et des statuts

1163. La responsabilité solidaire de l'article 528, repose sur une violation des statuts sociaux ou du Code.

Cette responsabilité est alourdie par l'incorporation du droit comptable au Code.

En effet, conformément à l'article 92, § 1, C. soc., les administrateurs établissent chaque année les comptes annuels dont la forme et le contenu sont déterminés par le Roi. Une violation de cette législation constitue donc une violation du Code au sens de l'article 528 C. soc. Toutefois, comme l'a souligné la Cour de cassation, encore faut-il apporter la preuve que le non-respect des prescriptions de droit comptable ait pu causer un dommage[1].

1164. A titre d'exemple, constitue une violation du Code:

- le fait de ne pas convoquer l'assemblée générale en cas de perte grave du capital (art. 633 C. soc.);
- le non-respect des dispositions applicables en cas de conflit d'intérêts (*supra*, n[os] 1016 et 1028).

Constitue une violation des statuts:

1. Cass., 28 octobre 1988, *T.R.V.*, 1989, p. 42. Dans le cas d'espèce, la violation invoquée consistait en la non-inscription au bilan du montant restant à libérer des parts.

- le fait d'utiliser les avoirs de la société à des fins étrangères à l'objet social, par exemple, en faisant cautionner une dette d'un actionnaire par la société;
- le fait pour les administrateurs de s'octroyer une rémunération alors que les statuts prévoient la gratuité du mandat.

En revanche, n'a pas été reconnue comme une violation du Code ou des statuts engageant la responsabilité des dirigeants la non-exécution partielle de mesures de recapitalisation projetées et proposées par des réviseurs[1].

c. Nature de cette responsabilité

1. Responsabilité solidaire

1165. L'article 528, al. 1[er], C. soc. présume la solidarité des administrateurs.

Il s'agit d'une présomption '*juris tantum*'. L'administrateur qui se prétend innocent pourra y échapper. Mais, pour ce faire, il devra faire la preuve qu'il remplit les conditions exigées par l'article 528, al. 3, C. soc., savoir:

1) qu'il n'a pas participé à l'infraction. Il devra, par exemple, établir qu'il était absent lorsque l'opération contestée fut décidée;

2) qu'aucune faute ne lui est imputable. Il en sera ainsi si, par exemple, l'administrateur n'a pu assister à la réunion du conseil pour un motif légitime (mission à l'étranger,...) ou a tout mis en œuvre pour empêcher l'exécution de la décision dès qu'il en a eu connaissance;

3) que, dès qu'il a eu connaissance des infractions, il les a dénoncées à la première assemblée générale ou lors de la première séance du conseil d'administration. S'il y a péril en la demeure, la prudence lui conseille de convoquer d'urgence une réunion du conseil d'administration.

2. Responsabilité envers la société et les tiers

1166. La responsabilité pour violation du Code ou des statuts peut être invoquée tant par la société que par les tiers.

Le vote de la décharge est sans effet aucun sur l'action que pourraient introduire les tiers; la décharge ne mettra fin à la responsabilité envers la société que si elle a

1. Comm. Charleroi, 4 octobre 1996, *J.D.S.C.*, 2000, n° 185, p. 193; *R.D.C.*, 1999, p. 283.

été votée en connaissance de cause et que si les faits commis en violation des statuts ou en contravention du Code étaient spécialement mentionnés dans la convocation (art. 554, al. 2, C. soc.).

3. Présomption du lien de causalité entre la faute et le dommage

1167. L'article 528, al. 1, C. soc. présume la faute: celle-ci existe dès qu'il y a violation du Code ou des statuts.

Il appartiendra au demandeur d'établir le dommage et le lien causal.

Toutefois, dans certains cas, le législateur présume le lien de causalité:

Ainsi en est-il:

- en cas de perte grave du capital: l'article 633, al. 5, C. soc. prévoit que lorsque les administrateurs n'ont pas convoqué l'assemblée générale, '*le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire, présumé résulter de cette absence de convocation*[1]';
- si les comptes annuels n'ont pas été soumis à l'assemblée générale dans les six mois de la clôture de l'exercice ou si ces comptes n'ont pas été déposés dans les trente jours de leur approbation, l'article 92, § 1, al. 3, C. soc., prévoit également que '*le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire, présumé résulter de cette omission*';
- si les comptes annuels n'ont pas été déposés à la Banque nationale de Belgique dans les trente jours de leur approbation et au plus tard sept mois après la clôture de l'exercice, l'article 98, al. 3, C. soc. prévoit que '*le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire, présumé résulter de cette omission*'.

Ces trois dispositions aboutissent à renverser la charge de la preuve du lien de causalité: il appartiendra aux administrateurs mis en cause d'établir l'absence de lien causal entre la faute qui leur est reprochée et le préjudice dont on leur demande réparation.

1168. Les tiers peuvent réclamer la réparation de tout dommage, quelle que soit sa nature.

1. Cette présomption est toutefois instituée au bénéfice des seuls tiers et non de la société elle-même. (J.-F. GOFFIN, '*Responsabilités des dirigeants de sociétés*', Bruxelles, Larcier, 2004, n° 123, p. 215).

L'article 528 constituant un régime spécifique de responsabilités, distinct des articles 1382 et 1383 C. civ., les exigences jurisprudentielles (décrites *infra*, n°s 1178 et s.) en matière de concours de responsabilité (preuve de l'existence d'un dommage distinct) n'ont, en effet, plus leur place dans ce cas[1].

C. Responsabilité extracontractuelle

a. Principes

1169. Indépendamment de ce qui précède, le droit commun reste applicable: les administrateurs sont, en vertu de l'article 1382 du Code civil, personnellement responsables envers toute personne lésée, des actes illicites qu'ils commettent.

L'organisation par le Code de régimes de responsabilités spécifiques n'a pas, en soi, pour effet de soustraire les fonctions d'administrateur au droit commun de la responsabilité extracontractuelle[2].

Une faute de gestion peut aussi entraîner une responsabilité aquilienne lorsqu'elle constitue un manquement à **l'obligation générale de prudence, de diligence et de compétence qui s'impose à tous**[3].

Il convient de définir, dans quels cas, le comportement culpeux d'un administrateur engage sa responsabilité personnelle à l'égard des tiers.

1170. Pour Messieurs J. VAN RYN et X. DIEUX, '*les tiers, et tout particulièrement les créanciers d'une personne morale, doivent pouvoir mettre en cause la responsabilité personnelle de ses administrateurs ou gérants toutes les fois que l'impéritie ou la déloyauté de ceux-ci leur a causé un dommage, conformément au droit commun de la responsabilité aquilienne*[4]'.

Ces auteurs précisent que '*selon les principes généraux de la responsabilité civile, celui qui assume un rôle déterminé dans la société et se charge ainsi de remplir une certaine fonction sociale, doit en effet posséder les connaissances et les qualités requises pour l'exercice normal de cette fonction. Les tiers ont le droit de compter que cette exigence sera respectée, ce qui signifie essentiellement que leur confiance légitime ne peut être trompée par des agissements qui sont susceptibles*

1. C. JASSOGNE, *T.P.D.C.*, titre XI, Les responsabilités, n° 1679 et 1691-1692.
2. P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, 'Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1992, p. 784, n° 128. Voir Civ. Gand, 26 mars 1993, *R.D.C.*, 1993, p. 935.
3. J. VAN RYN et X. DIEUX, 'La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers', *J.T.*, 1988, p. 401, n° III.
4. *Ibid.*, n° VI.

de leur nuire et qui témoignent d'une ignorance, d'une insouciance voire même d'une déloyauté incompatibles avec l'exercice normal d'une activité déterminée[1]'.

1171. Consacrant cette théorie, la Cour de cassation a reconnu que le comportement imprévoyant d'administrateurs, leur indifférence envers les devoirs de leurs fonctions, leur impéritie, pouvaient constituer une faute aquilienne dont ils répondent vis-à-vis des tiers sur base de l'article 1382 du Code civil.

L'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 1989[2] a été rendu en matière d'ASBL.

Il clôt une controverse suscitée par l'arrêt faisant l'objet du pourvoi, rendu par la Cour d'appel de Bruxelles, le 9 octobre 1987[3]. Par cet arrêt, la Cour a condamné les administrateurs d'une ASBL défaillante à l'égard de son créancier et ce après avoir constaté, entre autres négligences fautives, l'omission des dirigeants d'exécuter les formalités qui eurent permis à l'association de bénéficier d'un subside et donc de faire face à ses engagements. S'agissant certes d'une faute de gestion, l'arrêt stigmatisait l'impéritie et la déloyauté des administrateurs à l'égard des tiers.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi, reconnaissant, dans la foulée de l'arrêt soumis à sa censure, le droit d'action des tiers, et ce même dans le cas d'une faute de gestion, solution étendue par la plupart des auteurs à toutes les personnes morales, en ce compris aux sociétés commerciales.

Le principe de la responsabilité pour faute de gestion à l'égard des tiers ainsi affirmé, la doctrine et la jurisprudence se sont attachées à en préciser les conditions.

b. Action de la société

1172. Nonobstant la prééminence, rappelée par C. JASSOGNE, du lien contractuel dans les rapports entre la société et son dirigeant, l'action de la société contre un dirigeant sur le plan extracontractuel est envisageable dans les limites des règles du concours ou du cumul de responsabilités[4-5].

1. J. VAN RYN et X. DIEUX, 'La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers – Observations complémentaires', *Rev. prat. soc.*, 1989, p. 95.
2. Cass., 29 juin 1989, *Rev. prat. soc.*, 1989, p. 175.
3. Bruxelles, 9 octobre 1987, *J.T.*, 1988, p. 408.
4. C. JASSOGNE, *T.P.D.C.*, titre XI, Les responsabilités, n°1680-1681 et les références citées.
5. Sur le caractère *amphibologique* des concepts de concours, de cumul et de coexistence de responsabilité, voir H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 1934, t. II, pp. 769 à 770.

La société devra démontrer (i) que la faute constitue à la fois la violation d'un engagement contractuel et d'une disposition légale ou d'une norme de bon comportement s'imposant à tous et (ii) que la faute a causé un dommage distinct de celui qui résulte de la mauvaise exécution du mandat social (sauf infraction pénale ou violation des statuts ou Code des sociétés)[1].

La difficulté à démontrer l'existence d'un dommage distinct explique que cette hypothèse se rencontre rarement en pratique.

c. Action des tiers

1. Principes

1173. En principe, tout tiers préjudicié peut actionner les dirigeants sociaux en réparation du dommage que les manquements de ces dirigeants lui ont fait subir: '*seul le préjudice qui se trouve dans un lien de causalité nécessaire avec de tels manquements peut justifier que des tiers obtiennent réparation*[2]'.

Parmi ces tiers, l'actionnaire peut agir à titre individuel à condition de prouver '*l'existence d'un dommage individuel et indépendant du préjudice indirect qu'il subit par suite de l'atteinte au patrimoine social*[3]'. Il en va de même du curateur ou du liquidateur.

Remarquons avec I. CORBISIER[4] que nos cours et tribunaux se montrent extrêmement prudents et réservés pour retenir cette responsabilité aquilienne des administrateurs. On compte, en effet, un nombre limité de décisions en faisant application.

Examinons, ci-après, les principales décisions rendues depuis l'arrêt précité du 29 juin 1989.

1. Cass., 29 septembre 2006, *Pas.*, 2006, I, p. 1.901; Cass., 20 juin 2005, *Rev. prat. soc.*, 2005, p. 183.
2. P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, 'Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1992, n° 128.
3. G. RAUCQ et P. HAINAUT-HAMENDE,'Les sociétés anonymes', *Rep. not.*, T. 12, Livre III, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 546, n°s 430 à 431.
4. I. CORBISIER, 'Quelques réflexions en filigrane des développements récents qu'a connu le droit de la responsabilité des administrateurs d'une personne morale', *Rev. prat. soc.*, 1994, pp. 6 et s.

2. Evolution de la jurisprudence en matière de responsabilité aquilienne des dirigeants à l'égard des tiers[1]

1174. A la suite de l'arrêt précité du 29 juin 1989, la Cour de cassation, incitée en ce sens par la doctrine, se devait de répondre aux nombreuses questions suscitées par ce qu'il y a lieu de qualifier de revirement jurisprudentiel. Les dirigeants qui commettent une faute de gestion exposent certes, depuis lors, leur responsabilité à l'égard des tiers. Encore fallait-il baliser les conditions et les limites de celle-ci. Tout dommage est-il susceptible de réparation? Toute faute engage-t-elle son auteur? La situation du tiers cocontractant est-elle différente de celle du tiers victime d'une faute extracontractuelle? Le dirigeant est-il dans la même situation qu'un agent d'exécution et doit-il en conséquence se voir appliquer un régime de quasi-immunité?

C'est à ces questions que la Cour de cassation a répondu par une jurisprudence intéressante, suscitant de nombreux commentaires doctrinaux.

Il est permis de distinguer deux types particuliers de responsabilité personnelle du dirigeant à l'égard des tiers: (i) la responsabilité personnelle du dirigeant dans le cadre de la responsabilité contractuelle de la société et (ii) la responsabilité du dirigeant dans le cas d'une faute quasi délictuelle commise par la société.

Examinons ci-après ces deux hypothèses.

a) La responsabilité quasi délictuelle de l'administrateur en cas de faute contractuelle de la société: la quasi-immunité de l'administrateur

1175. Lorsque la société a engagé sa responsabilité contractuelle, les tiers peuvent agir contre la société contractante, mais peuvent également être tentés d'agir, particulièrement en cas d'insolvabilité de cette dernière[2], à titre personnel, contre le représentant organique de la société.

Rappelons que les membres des organes sociaux ne contractent, en principe, aucune responsabilité personnelle relativement aux engagements de la société (art. 61, § 1, C. soc.), ce qui doit conduire *prima facie* à une exclusion de la responsabilité de l'administrateur à l'égard des tiers, lorsqu'il agit dans les limites de son mandat. Tout se passe, en effet, dans le sillage de la théorie de l'organe, comme si

1. Pour un exposé complet, consulter M-A. DELVAUX et P. DE WOLF, 'Les responsabilités civiles des dirigeants de sociétés commerciales', in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 242 à 255.
2. K. GEENS, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en zaakvoerders in kort bestek', in *Le risque entrepreneurial – Actualités en matière de responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants*, Bruxelles, VBO-FEB, 2007, p. 15.

le tiers avait traité directement avec la société. En cette qualité, l'organe 'est' la société[1].

La mise en cause de la responsabilité personnelle de l'administrateur revêt donc un caractère exceptionnel, ce que la jurisprudence de la Cour de cassation montre à suffisance, dans deux arrêts emblématiques que nous examinerons après un bref rappel des thèses doctrinales en présence.

1176. L'arrêt précité de la Cour de cassation du 29 juin 1989 ne répondait pas à la question de savoir dans quels cas les administrateurs peuvent être poursuivis par les tiers et quelles sont les conditions et les limites de l'action de ces derniers.

Deux types de réponse ont surgi en doctrine.

Une première réponse suggère une analogie entre la notion d'organe et celles, proches, de préposé et d'agent d'exécution. Une seconde se réfère à la théorie du cumul de responsabilités.

Assimilation de l'organe à un agent d'exécution

1177. Dès avant l'arrêt de la cour d'appel Bruxelles du 9 octobre 1987 soumis à la censure de la Cour de cassation, certains auteurs voyaient, en effet, dans l'analogie entre le dirigeant et l'agent d'exécution, la meilleure manière de 'canaliser', en la soumettant aux règles strictes du concours de responsabilités, la responsabilité quasi délictuelle de l'administrateur[2].

Application des règles du cumul (ou concours) de responsabilités

1178. D'autres auteurs, tout en rejetant l'assimilation de l'organe à un agent d'exécution, se sont référés aux règles du concours des responsabilités telles que dégagées par l'arrêt de la Cour de cassation du 7 décembre 1973 (arrêt dit 'de

1. Sur les conséquences et les limites de la théorie de l'organe, voir C. JASSOGNE, *T.P.D.C.*, titre XI, Les responsabilités, n°s 1664 à 1672.
2. P. COLLE, 'De la responsabilité quasi délictuelle des administrateurs de sociétés', *R.G.A.R.*, 1986, n° 11.076.

l'arrimeur')[1], précisément applicables aux agents d'exécution[2], pour en déduire des règles pertinentes, applicables aux administrateurs[3].

Ces règles sont régulièrement confirmées par la Cour de cassation: '*la responsabilité d'une partie contractante ne peut être engagée, sur le plan extracontractuel du chef d'une faute commise lors de l'exécution du contrat, que si la faute qui lui est imputée, constitue un manquement non à une obligation contractuelle, mais à l'obligation générale de prudence et que si cette faute a causé un dommage autre que celui qui résulte de la mauvaise exécution du contrat*[4]'.

1179. Le concours de responsabilité est établi, on le sait, en cas d'infraction pénale[5].

Les cas d'application les plus courants ont trait à la poursuite d'activités déficitaires[6], ainsi qu'à l'aveu tardif de faillite[7].

1180. Une clarification s'imposait de la part de notre cour suprême: les principes du cumul de responsabilités seraient-ils transposés dans la matière du dirigeant de société purement et simplement? Le seraient-ils par le truchement d'une assimilation du dirigeant à un agent d'exécution?

La Cour de cassation eut l'occasion de trancher la question en 1997.

Position de la Cour de cassation: la quasi-immunité des administrateurs

1181. Par un arrêt du 7 novembre 1997[8], la Cour de cassation a conclu à l'assimilation de l'organe à un agent d'exécution, dans une motivation dénuée de toute ambiguïté:

1. Cass., 7 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 376, *R.C.J.B.*, 1976, p. 15 et note R.O. DALCQ, F. GLANSDORFF et P. WERY, Les rapports entre responsabilité aquilienne et responsabilité contractuelle à la lumière de la jurisprudence récente, *R.G.D.C.*, 1998, pp. 81 à 108. Pour une synthèse critique des enseignements de cet arrêt, on consultera utilement P. VAN OMMESLAGHE,'La théorie de l'organe: évolutions récentes', *Liber amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, Kluwer, 2004, pp. 774 à 777, n° 10.
2. Suivant les mêmes critères, la jurisprudence a dégagé la théorie de l'immunité civile des préposés et agents d'exécution: R.O. DALCQ et F. GLANSDORFF, note sous Cass., 15 septembre 1977, *R.C.J.B.*, 1978, pp. 423 et s.
3. En ce sens, J. VAN RIJN et X. DIEUX,'La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers', *J.T.*, 1988, p. 401.
4. Cass., 14 octobre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 155.
5. R.O. DALCQ, Des délits et quasi-délits, Livre III, Titre IV, chapitre II, Bicentenaire du Code civil 1804-2004, *J.T.*, 2004, p. 305.
6. Anvers, 29 septembre 1981, *R.P.S.*, p. 89; Anvers, 6 avril 1999, *T.R.V.*, 2000, p. 33; Bruxelles, 31 octobre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, pp. 201 et s.
7. Mons, 16 mai 1979, *J.C.B.*, 1980, p. 322.
8. Cass., 7 novembre 1997, *R.C.J.B.*, 1999, pp. 730-732 et note V. SIMONART.

'*Attendu que, lorsqu'une partie contractante agit par un organe, un préposé ou un agent pour l'exécution de son obligation contractuelle, celui-ci ne peut être déclaré responsable sur le plan extracontractuel que si la faute mise à sa charge constitue un manquement non à une obligation contractuelle mais à l'obligation générale de prudence et que si cette faute a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat*';

'*Attendu que s'il considère que la faute du demandeur ne s'identifie pas avec la faute contractuelle commise par la SPRL Dehasse dont il est le gérant, l'arrêt ne précise pas le dommage, autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat, qu'aurait subi la défenderesse en raison de cette faute*[1]'.

Cet arrêt érige un principe de **quasi-immunité** de l'administrateur. P.-A. FORIERS souligne très justement, à cet égard, que '*(...) même si l'on devait considérer que la faute commise par ces représentants était étrangère puisqu'elle se rapporterait à leurs relations contractuelles avec le représenté, on ne pourrait que constater que le dommage invoqué par les créanciers concernés s'identifierait à un défaut de paiement des obligations contractuelles souscrites à leur égard*[2]'.

1182. De manière critiquable, certains auteurs concluent même à **l'immunité absolue** de l'administrateur à l'égard des créanciers contractuels, 'sauf à démontrer qu'une faute intentionnelle ou un dol est imputable personnellement aux administrateurs concernés, ou encore une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite[3,4]'.

1183. C. JASSOGNE souligne que d'après le dernier état de la jurisprudence de la Cour de cassation, il n'est plus requis que la faute soit étrangère au contrat, mais qu'il suffit que la faute existe aussi sur le plan extracontractuel[5].

1. L'arrêt a été rendu dans une espèce où le gérant d'une SPRL exerçant une activité de courtage en matière d'assurances avait convaincu un client que le contrat d'assurance par lequel ce client voulait être protégé contre le risque d'émeutes, avait bien été conclu avec la compagnie d'assurances alors qu'en réalité, le gérant n'avait pas communiqué l'acceptation de la proposition d'assurance à la compagnie. La Cour de Bruxelles avait reconnu au client de la société de courtage une action aquilienne contre le gérant de cette société. La Cour de cassation a cassé cet arrêt pour le motif indiqué dans le dernier attendu cité ci-dessus.
2. P.-A. FORIERS, 'Actualités en matière de représentation', in *Actualités du droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 9.
3. L. BIHAIN, 'Responsabilités des dirigeants de sociétés à l'égard des tiers – pas d'immunité de principe en faveur des organes de sociétés', *J.T.*, 2006, p. 427.
4. Voy. les développements de M-A. DELVAUX et P. DE WOLF, 'Les responsabilités civiles des dirigeants de sociétés commerciales', in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 246.
5. C. JASSOGNE, *T.P.D.C.* T. IV, titre XI, Les responsabilités, n° 1681 et 1696.

1184. En synthèse de ce qui précède, le tiers cocontractant de la société peut agir contre un administrateur en raison de fautes commises à l'occasion de l'exécution d'un contrat, lorsque (i) la mauvaise exécution du contrat constitue également une faute sur le plan extracontractuel (violation de l'obligation générale de prudence et de sérieux) et lorsque (ii) cette faute a causé au cocontractant un dommage autre que la privation de l'avantage que ce cocontractant devait normalement retirer de l'exécution correcte du contrat.

Constituent une violation de l'obligation générale de prudence, notamment[1]: le fait pour une société de supporter des dépenses privées excessives exposées par l'un de ses dirigeants[2], la conclusion d'un contrat, au nom et pour compte de la personne morale, alors que celle-ci ne pourra manifestement pas exécuter les obligations qui en découlent, la poursuite d'une activité déficitaire, voire la violation des normes de bonne conduite à l'usage des administrateurs (codes de bonne gouvernance)[3].

Rappelons que sa responsabilité est engagée dans tous les cas où il a commis une infraction pénale.

b) La responsabilité extracontractuelle de la société: la coexistence de responsabilité de l'administrateur

1185. En vertu de la théorie de l'organe, le quasi-délit commis par l'administrateur dans le cadre de l'exercice de ses fonctions engage directement la responsabilité de la société elle-même[4].

Les tiers peuvent assurément agir contre la société sur pied des articles 1382 et 1383 du Code civil dans tous les cas où la société aura commis une faute quasi délictuelle et manqué à son obligation générale de prudence.

1186. L'administrateur est-il, en ce cas, également tenu à titre personnel? Est-il envisageable, en cas de défaillance ou non de la société, que les tiers agissent également contre l'administrateur? En d'autres termes, la responsabilité personnelle du dirigeant coexiste-t-elle avec celle de la société?

1. M-A. DELVAUX et P. DE WOLF, 'Les responsabilités civiles des dirigeants de sociétés commerciales', in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 247.
2. Bruxelles, 28 avril 2004, *J.T.*, 2004, p. 800.
3. J.-F. GOFFIN, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 121 à 150, n°s 73 à 86.
4. X. DIEUX et Y. DE CORDT, Examen de jurisprudence (1991-2005), Les sociétés commerciales, *R.C.J.B.*, 2008, p. 514, et les nombreuses références citées.

1187. Un arrêt maladroit de la Cour de cassation, du 16 février 2001[1], a exclu la responsabilité personnelle de l'administrateur. Suite aux vives discussions doctrinales[2] suscitées par cette décision, un arrêt du 20 juin 2005[3] a clarifié la position de la Cour de cassation. Selon cette jurisprudence, il n'y a pas immunité de principe des administrateurs, la responsabilité de ces derniers coexistant, d'après la Cour, avec celle de la société.

1188. Les faits qui sont à l'origine de l'arrêt méritent d'être résumés.

Une société luxembourgeoise, représentée par son gérant de droit et son gérant de fait, avait vendu une activité de services (la domiciliation de sociétés) à deux personnes physiques belges. A l'occasion de la négociation de la vente, la société luxembourgeoise s'était rendue coupable de réticence en omettant de signaler l'expiration du bail relatif au lieu d'exploitation de l'activité de domiciliation de ses clients, avec les fâcheuses conséquences s'attachant à la perte de ce droit et à la difficulté d'exercer efficacement l'activité cédée.

Par un arrêt du 30 mai 2002, la Cour d'appel de Bruxelles avait condamné les organes de la société luxembourgeoise sur pied de l'article 1382 du Code civil du chef de la dissimulation des administrateurs, relevant de la *culpa in contrahendo*.

Le pourvoi des gérants luxembourgeois se fondait sur la violation des règles en matière de responsabilité et de représentation des sociétés, les gérants soutenant dans leur premier moyen que lorsqu'un organe, de droit ou de fait, d'une société ou un mandataire agissant dans le cadre de son mandat commet une faute ne constituant pas une infraction pénale au cours de négociations donnant lieu à la conclusion d'un contrat, cette faute engageait non pas la responsabilité du gérant ou du mandataire, mais uniquement celle de la société ou du mandant. L'argument était calqué sur les attendus de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 février 2001 mentionné ci-avant.

La Cour de cassation rejette le moyen en soulignant que si la faute commise par l'organe d'une société au cours de négociations préalables à la conclusion d'un contrat engage la responsabilité directe de cette personne morale, cette responsabi-

1. Cass., 16 février 2001, *R.D.C.*, 2001, I, p. 301. Il s'agissait d'une affaire dans laquelle le preneur d'un bail commercial reprochait aux gérants d'une SPRL de lui avoir dissimulé, lors de la négociation et de la conclusion du bail en question, que la façade de l'immeuble loué devait faire l'objet de travaux susceptibles de nuire à l'exploitation à laquelle étaient destinés les lieux loués.
2. M-A. DELVAUX et P. DE WOLF,'Les responsabilités civiles des dirigeants de sociétés commerciales', in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 247 à 251.
3. Cass., 20 juin 2005, *J.T.*, 2006, p. 435 et note L. BIHAIN; *Rev. prat. soc.*, 2005, et note Y. DE CORDT, Chronique d'une valse hésitation: la responsabilité aquilienne des organes de sociétés, *Rev. prat. soc.*, 2005, pp. 183 et s.

lité n'exclut pas, en règle, la responsabilité personnelle de l'organe, mais coexiste avec celle-ci.

Cet arrêt, bien qu'ayant mis un terme – au moins provisoire – aux vives controverses suscitées par l'arrêt du 16 février 2001, a fait l'objet de critiques justifiées de certains auteurs regrettant, comme Y. DE CORDT[1], l'évanescence de la motivation et la difficulté qui en résulte d'appréhender les incidences de l'arrêt.

c) Comment sortir de l'insécurité juridique?

1189. L'examen qui précède fait apparaître le morcellement de la matière et la relative insécurité qui résulte de cette jurisprudence erratique. Il s'en dégage une impression globale d'illisibilité des solutions offertes par la jurisprudence.

A défaut d'une théorie générale de la responsabilité des dirigeants d'entreprises, mentionnons les ressources offertes par la jurisprudence française incriminant la responsabilité personnelle du dirigeant à l'égard des tiers lorsqu'il a commis une faute séparable de ses fonctions. Tel est le cas du dirigeant qui commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales[2].

En dehors de ce cas, la société ne saurait être tenue responsable.

Développée à partir de la théorie, connue en droit administratif, de l'acte détachable, la jurisprudence française[3] a érigé en règle de droit la responsabilité fonctionnelle des dirigeants sociaux[4].

1190. Encore faut-il, pour tirer parti des ressources de cette théorie, s'entendre sur la notion de 'fonction' du dirigeant.

Loin d'être univoque, cette fonction se décline désormais au pluriel, particulièrement depuis l'instauration du comité d'audit dans les sociétés cotées. Les notions d'administrateurs exécutifs ou non exécutifs, d'administrateurs indépendants (art. 526*ter* C. soc.) ou non indépendants, de membres du comité d'audit (art. 526*bis* C. soc.) ou d'un comité consultatif institué sur pied de l'article 522,

1. Y. DE CORDT, 'Chronique d'une valse hésitation: la responsabilité aquilienne des organes de sociétés', *Rev. prat. soc.*, 2005, p. 230.
2. Cass. (com.), 20 mai 2003 et note B. DONDERO, Dalloz, Jurisprudence, commentaires, 2003, p. 2.623; J.-F. CLEMENT, 'La faute personnelle du dirigeant social et la fin de l'impunité à l'égard des tiers', note sous Cass. (com.), 20 mai 2003, *Gaz. Pal.*, 2004, pp. 483 et s.
3. Voir Reims, Ch. civ., 28 octobre 1998 et Cass. fr. (crim.), 20 octobre 1998, cités in C. CHAMPEAUD et D. DANET, 'Chron. Sociétés et autres groupements', *Rev. trim. dr. com.*, 2001, pp. 454 à 455.
4. *Ibid.*, p. 455.

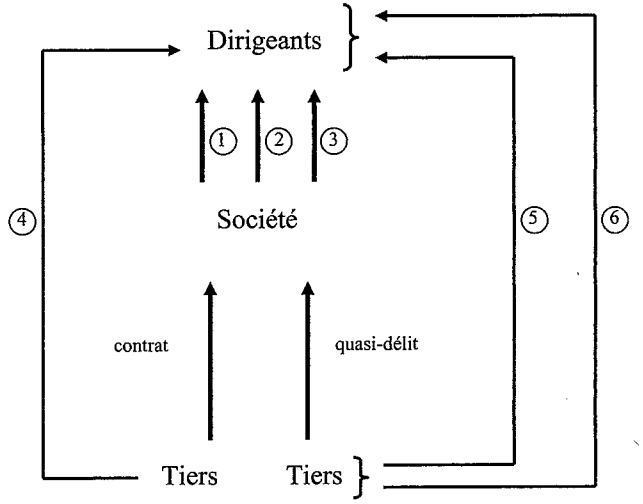
§ 1, *in fine* C. soc.), de membres du comité de direction et de délégués à la gestion journalière ont émergé au cours des dernières années, avec autant de fonctions différentes.

Un traitement indifférencié des responsabilités liées à ces fonctions ne susciterait-il pas de nouvelles difficultés lors qu'il s'agira d'apprécier les conséquences de la faute de l'un de ces dirigeants à l'égard des tiers?

De même, la mise en cause de la responsabilité du dirigeant pour les seules fautes d'une 'particulière gravité' ou pour les seuls cas de fraude ou de dol[1] ne paraît pas praticable dans l'état actuel de la loi et de la jurisprudence.

1191. Le risque est donc réel que les dirigeants continuent à être malmenés et ne doivent subir les conséquences d'une jurisprudence au caractère aléatoire jusqu'à la clarification des 'règles du jeu' par la voie de la loi ou d'arrêts de principe de la Cour de cassation que nous appelons de nos vœux.

Tableau de synthèse



– Responsabilités à l'égard de la société
  1. Faute de gestion (art. 527 C. soc.)
  2. Violation du Code ou des statuts (art. 528 C. soc.)

1. L. BIHAIN,'Responsabilités des dirigeants de sociétés à l'égard des tiers – pas d'immunité de principe en faveur des organes de sociétés', *J.T.*, 2006, p. 427.

3. Faute quasi délictuelle (art. 1382 C. civ.)

– Responsabilités à l'égard des tiers
4. Tiers victime d'un manquement contractuel de la société (art. 1382 C. civ.)
5. Tiers victime d'une faute quasi délictuelle de la société (art. 1382 C. civ.)
6. Tiers victime d'une violation du Code ou des statuts (art. 528 C. soc.)

§ 2. Responsabilités spécifiques

Nous rappelons au lecteur que ce sujet est également traité dans ce tome sous le titre 'Responsabilités'.

A. Responsabilité lors de la constitution et en cas d'augmentation de capital

1192. L'article 456 C. soc. établit une responsabilité solidaire des fondateurs pour certaines irrégularités apparaissant lors de la constitution de la société (*supra*, n° 767).

L'article 610 C. soc. prévoit une responsabilité identique des administrateurs en cas d'augmentation de capital.

B. Responsabilité en cas de quasi-apport

1193. En cas de quasi-apport (*infra*, n°s 716 et s.), l'article 458 C. soc. prévoit que les administrateurs sont solidairement tenus envers les intéressés, malgré toute stipulation contraire, de la réparation du préjudice qui est une suite immédiate et directe de la surévaluation manifeste des biens ayant fait l'objet du quasi-apport.

C. Responsabilité en cas de conflit d'intérêts

1194. Nous avons déjà envisagé la procédure que les administrateurs doivent respecter en cas de conflit d'intérêts (*supra*, n°s 1007 et s.). S'ils ne respectaient pas celle-ci, leur responsabilité solidaire pourrait être engagée sur base de l'article 528 C. soc.

Rappelons également que l'article 529, al. 1, C. soc. prévoit une sanction spécifique indépendante du respect des formalités légales prévues à l'article 528 C. soc. si la décision ou l'opération a procuré aux administrateurs ou à l'un d'eux un avantage abusif au détriment de la société[1].

1. Voir *supra*, n° 1022.

D. Responsabilité en cas de faillite avec insuffisance d'actif (art. 530 C. soc.)

1195. Introduit par la loi anticrise du 4 août 1978, l'article 530 C. soc. s'inspire de l'action en comblement de passif du droit français. Il prévoit qu' '*en cas de faillite de la société et d'insuffisance de l'actif et s'il est établi qu'une faute grave et caractérisée dans leur chef a contribué à la faillite, tout administrateur ou ancien administrateur, ainsi que toute personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer la société, peuvent être déclarés personnellement obligés, avec ou sans solidarité, de tout ou partie des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance d'actif.*'

a. Conditions de l'article 530 C. soc.

1196. L'application de l'article 530 requiert les conditions suivantes[1];

1. il faut que la société ait été déclarée en faillite.
   L'article 530 ne s'applique donc pas en cas de réorganisation judiciaire ou en cas de liquidation volontaire;

2. il faut qu'il ait été constaté que l'actif était insuffisant.
   Par insuffisance d'actif, il ne faut pas comprendre la différence apparente entre les biens de la société et ses dettes évaluées au jour de la faillite, mais le solde final qui resterait impayé à l'issue de la procédure, incluant par conséquent les indemnités de préavis et les autres dettes de la masse[2];

3. il faut une faute grave et caractérisée.
   La loi ne définit pas cette faute '*grave et caractérisée*'. La jurisprudence a tâché d'en délimiter les pourtours: '*La faute grave au sens de l'article 63ter* [lire 530] *est celle qu'un dirigeant raisonnablement diligent et prudent n'aurait pas commise et qui heurte les normes essentielles de la vie en société. Elle est caractérisée dans le sens où elle devait apparaître comme grave aux yeux de tout dirigeant raisonnable*[3]'.
   On notera que dans l'appréciation du caractère '*grave et caractérisé*' de la faute, le juge, saisi d'une action sur base de l'article 530 C. soc., n'est pas nécessairement lié par l'autorité de chose jugée d'un jugement prononçant une interdiction professionnelle temporaire à charge d'un administrateur sur la base

1. Voir également ce tome n°s 1754 à 1758 et 'La faillite', *T.P.D.C.*, T.2, n°s 639 à 649.
2. J. Ronse, 'La responsabilité facultative des administrateurs et gérants en cas de faillite avec insuffisance d'actif', *Rev. prat. soc.*, 1979, n° 6.049, p. 296.
3. Comm. Bruxelles, 10 septembre 1985, *R.D.C.*, 1987, p. 523, obs.

de l'article 3*bis* de l'arrêté royal du 24 octobre 1934, même si ces deux textes prévoient des conditions identiques[1];

4. il faut que cette faute ait contribué à la faillite.
   Il suffit au curateur d'établir que cette faute apparaît comme l'une des causes de la faillite. La loi ne requiert pas qu'elle soit la cause unique et décisive de la faillite[2], ni qu'elle soit à l'origine de l'insuffisance d'actif.

b. Personnes visées

1197. L'article 530 C. soc. vise non seulement l'administrateur, mais aussi les anciens administrateurs et surtout tous ceux qui, sans avoir ladite qualité, exercent en fait la fonction d'administrateur ou de gérant.

Le gérant de fait est la personne qui dispose effectivement du pouvoir de direction, ce qui suppose la prise de décision, mais aussi la substitution aux organes légaux[3].

Cette 'qualité' n'a pas été reconnue à un délégué syndical, employé de son syndicat.

Elle n'a pas été non plus reconnue au banquier qui n'était pas sorti de son rôle de prêteur en imposant une surveillance technique des constructions qu'il finançait[4]. Par contre, dans une décision – réformée en appel –, l'Etat s'était vu condamné comme gérant de fait pour s'être immiscé dans la gestion en désignant un manager de crise[5].

c. Nature et étendue de la responsabilité

1198. Le curateur, ainsi que des créanciers lésés ont le pouvoir d'intenter l'action en comblement de passif.

1. Bruxelles, 22 février 1993, *Rev. prat. soc.*, 1993, p. 168 et obs. F. 'T KINT Cass., 19 mai 1994, *Rev. prat. soc.*, 1994, p. 298. On rappellera que l'article *3bis* de l'arrêté royal du 24 octobre 1934 permet, en effet, au tribunal de commerce d'interdire au failli ou à l'organe de fait ou de droit d'une société faillie l'exercice de toute activité commerciale en cas de faute grave et caractérisée dans son chef ayant contribué à la faillite (voir ce tome nos 1754 à 1758, 'La faillite', *T.P.D.C.*, T.2, nos 639 à 649.).
2. Comm. Bruxelles, 10 septembre 1985, *R.D.C.*, 1987, p. 523; Comm. Bruxelles, 11 décembre 1984, *R.D.C.*, 1985, p. 491; Comm. Charleroi, 8 septembre 1992, *Rev. prat. soc.*, 1993, p. 329.
3. J.-L. JASPAR, et A. DE SMETH,'La notion de gérant de fait', *J.T.*, 1984, p. 645; voir Civ. Gand, 26 mars 1993, *R.D.C.*, 1993, p. 935.
4. Comm. Bruxelles, 3 avril 1984, *Rev. prat. soc.*, 1984, p. 184.
5. Comm. Bruxelles, 22 octobre 1982, *Rev. prat. soc.*, 1982, p. 244 réformé par Bruxelles, 14 septembre 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 171.

L'article 530, § 1, al. 2, C. soc. prévoit que: '*Le créancier lésé qui intente une action en informe le curateur. Dans ce dernier cas, le montant alloué par le juge est limité au préjudice subi par les créanciers agissants et leur revient exclusivement, indépendamment de l'action éventuelle des curateurs dans l'intérêt de la masse*'.

1199. La responsabilité de l'article 530 n'est pas automatique. Le juge décide souverainement et en équité si et dans quelle mesure il fait droit à la demande.

Il déterminera, compte tenu des circonstances, s'il condamne les administrateurs à tout ou partie de l'insuffisance d'actif, si la condamnation porte solidairement sur tous ou s'il y a lieu de distinguer le sort de chacun.

Le juge dispose à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire: il peut prononcer des condamnations différentes pour chaque dirigeant, notamment eu égard à la répartition des tâches entre eux, à l'incidence de leurs fautes respectives sur la faillite, voire même à l'état de fortune de chacun[1].

d. Présomptions de faute en faveur des créanciers institutionnels

1200. La loi du 4 septembre 2002 (modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés) et la loi-programme du 20 juillet 2006 ont alourdi la responsabilité des dirigeants en érigeant des présomptions particulières.

1201. L'article 530, § 1, al. 3, C. soc.: '*Est réputée faute grave et caractérisée, toute fraude fiscale grave et organisée au sens de l'article 3, § 2, de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux.*'

1202. Le Code des sociétés prévoit expressément la responsabilité personnelle et solidaire des dirigeants à l'égard de l'ONSS et du curateur pour la totalité ou une partie des cotisations sociales, majorations, intérêts de retard et de l'indemnité forfaitaire dus au moment du prononcé de la faillite, s'il est établi qu'une faute grave qu'ils ont commise était à la base de la faillite. Il en va de même si, au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite, les administrateurs, anciens administrateurs et administrateurs de fait ont été impliqués dans au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme de recouvrement des cotisations de sécurité sociale.

L'article 530, § 2, al. 3, C. soc., présume qu'est une faute grave:

1. Mons, 22 mars 1993, *Rev. prat. soc.*, 1993, p. 323.

- toute forme de fraude fiscale grave et organisée au sens de l'article 3, § 2, de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme,

- le fait que la société est dirigée par un gérant ou un responsable qui a été impliqué dans au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme percepteur des cotisations sociales.

Soulignons que cette dernière disposition introduit une responsabilité objective dans le chef de tous les administrateurs. Il suffit, en effet, qu'un seul administrateur ait été impliqué dans la situation visée par la loi pour que les autres deviennent solidairement responsables de tout ou partie des dettes à l'égard de l'ONSS. L'iniquité du système est accrue par l'absence de limitation dans le temps, à savoir une période de cinq ans précédant la faillite (article 530, § 2, al. 1 et al. 3, C. soc.)[1].

Soulignons encore que: '*le Roi peut, après avis du comité de gestion de l'Office national de Sécurité sociale, déterminer les faits, données ou circonstances qui, en vue de l'application du présent paragraphe, peuvent également être considérés comme faute grave*' (art. 530, *in fine*, C. soc.).

1203. L'Office national de Sécurité sociale ou le curateur intentent l'action en responsabilité personnelle et solidaire des administrateurs devant le tribunal du commerce qui connaît de la faillite de la société (art. 530, § 2, al. 2, C. soc.).

E. Responsabilité en cas d'absence de paiement du précompte professionnel ou de la T.V.A.

1204. Le législateur a prévu des cas particuliers de responsabilité des dirigeants en dehors du Code des sociétés.

La loi-programme du 20 juillet 2006 a institué un régime particulier de responsabilité des dirigeants pour le non-paiement des dettes de précompte professionnel et de T.V.A. Les articles 442*quater* CIR 92 et 93*undecies*, C, du Code de la T.V.A. érigent un système de responsabilité solidaire et en cascade tant en matière de précompte professionnel que de T.V.A.[2]

1. En ce sens, voir J.-P. RENARD, 'Les responsabilités particulières des dirigeants des sociétés en difficulté et le nouveau régime de liquidation des sociétés', in *Le risque entrepreneurial*, VBO-FEB, 2006, p. 108.
2. Pour un exposé complet, voir M-A. DELVAUX et P. DE WOLF, 'Les responsabilités civiles des dirigeants de sociétés commerciales', in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 276 à 290.

1205. De manière analogue aux modifications apportées à l'article 530 C. soc. en 2002 et en 2006, la loi érige des responsabilités en faveur d'un créancier particulier qu'est l'administration fiscale en recourant au mécanisme de la présomption de faute résultant du non-paiement de l'impôt. Ce faisant, la loi déplace le fardeau de la preuve sur le dirigeant.

a. La responsabilité solidaire des dirigeants en cas de non-paiement du précompte professionnel

1206. L'article 442 *quater*, § 1, du CIR 92 dispose que:

'*En cas de manquement, par une société ou une personne morale visée à l'article 17, § 3, de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations, à son obligation de paiement du précompte professionnel, le ou les dirigeants de la société ou de la personne morale chargés de la gestion journalière de la société ou de la personne morale sont solidairement responsables du manquement si celui-ci est imputable à une faute au sens de l'article 1382 du Code civil, qu'ils ont commise dans la gestion de la société ou de la personne morale.*

Cette responsabilité solidaire peut être étendue aux autres dirigeants de la société ou de la personne morale lorsqu'une faute ayant contribué au manquement visé à l'alinéa 1er est établie dans leur chef.

Par dirigeant de la société ou de la personne morale au sens du présent article, l'on entend toute personne qui, en fait ou en droit, détient ou a détenu le pouvoir de gérer la société ou la personne morale, à l'exclusion des mandataires de justice'.

1207. Les sociétés visées sont les sociétés, tant civiles que commerciales, dotées de la personnalité juridique[1].

Tombent également dans le champ d'application de la loi, les grandes ASBL[2], les fondations et les AISBL.

1208. La loi crée une solidarité entre la société et le dirigeant ainsi qu'entre les dirigeants eux-mêmes. Cette solidarité ne semble impliquer aucune proportionnali-

1. J-F. GOFFIN et G. DE SAUVAGE, 'La responsabilité civile des dirigeants de société en matière fiscale', *R.G.C.F.*, 2008, p. 375.
2. Voir les critères de l'article 17, § 3 de la loi du 27 juin 1921: est grande l'ASBL qui atteint, à la date de clôture de l'exercice social, au moins deux des trois plafonds suivants: (i) cinq travailleurs en moyenne annuelle exprimée en équivalent temps plein, (ii) 250.000 EUR H.T.V.A. pour le total des recettes autres qu'exceptionnelles, (iii) 1.000.000 EUR de total du bilan.

té entre le manquement et l'engagement ou le rôle exact de tel ou tel administrateur[1].

1209. La responsabilité visée à l'article 442*quater* CIR 92 pèse en première ligne sur les délégués à la gestion journalière. Elle pèse aussi sur les administrateurs et sur les dirigeants de fait, si une faute ayant contribué au manquement est établie dans leur chef.

Les mandataires de justice (curateurs, liquidateurs, ...) sont exclus.

1210. L'article 442*quater*, § 2, du CIR 92 dispose que:

'*Le non-paiement répété par la société ou la personne morale du précompte professionnel, est, sauf preuve du contraire, présumé résulter d'une faute visée au § 1er, alinéa 1er.*

Par inobservation répétée de l'obligation de paiement du précompte professionnel au sens du présent article, l'on entend:

- *soit, pour un redevable trimestriel du précompte, le défaut de paiement d'au moins deux dettes échues au cours d'une période d'un an;*

- *soit, pour un redevable mensuel du précompte, le défaut de paiement d'au moins trois dettes échues au cours d'une période d'un an*'.

1211. Le manquement incriminé par la loi est le non-paiement répété par la société du précompte professionnel.

L'inobservation répétée de l'obligation de paiement du précompte professionnel est le défaut de paiement d'au moins deux ou trois dettes échues au cours d'une période d'un an, selon que la société ou la personne morale est un redevable 'mensuel' ou 'trimestriel' du précompte professionnel.

1212. La mise en œuvre de cette responsabilité pour faute suppose trois conditions classiques: (i) la faute telle que définie à l'article 442*quater*, § 1, al. 1, CIR 92, (ii) le dommage subi par l'administration et (iii) le lien de causalité entre la faute et le dommage.

1. Y. DE CORDT et M-A. DELVAUX, 'La responsabilité des dirigeants en droit des sociétés et en droit financier', in Y. DE CORDT et D. PHILIPPE (dir.), *La responsabilité des dirigeants de personnes morales*, Bruges, La Charte, 2007, p. 52.

En instituant une présomption en faveur de l'administration fiscale, la loi a considérablement allégé la tâche de cette dernière en matière de preuve et exposé le dirigeant à des recours plus systématiques à sa charge.

La faute du dirigeant, définie à l'article 442*quater*, § 1, al. 1, CIR 92 est une faute au sens de l'article 1382 C. civ.

Le non-paiement répété du précompte professionnel est, sur pied de l'article 442*quater*, § 2, CIR 92, présumé, sauf preuve contraire, résulter d'une faute de gestion. A l'instar du système instauré pour le non-dépôt des comptes annuels (art. 98, al. 3, C. soc.) et en cas de perte de plus de la moitié du capital (art. 633 C. soc.), le législateur déroge au principe général selon lequel le demandeur en responsabilité doit démontrer la faute de celui dont il attend réparation.

Cette présomption vise les seules personnes en charge de la gestion journalière, le régime ordinaire de la charge de la preuve retrouvant son empire pour les autres catégories de dirigeants. Ces derniers ne peuvent être déclarés solidairement responsables que s'il est établi qu'une faute de leur part a contribué au manquement à l'obligation de paiement du précompte. C'est donc bien une responsabilité en cascade.

1213. L'article 442*quater*, § 3 du CIR 92 dispose que:

'*Il n'y a pas présomption de faute au sens du § 2, alinéa 1er, lorsque le non-paiement provient de difficultés financières qui ont donné lieu à l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire, de faillite ou de dissolution judiciaire*'.

La présomption de faute dans le chef du dirigeant est ainsi écartée à la double condition que (i) le non-paiement trouve sa source dans des difficultés financières de la société ou de la personne morale et (ii) que ces conditions aient conduit à l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire, de faillite ou de dissolution judiciaire.

1214. L'administration doit établir le lien de causalité entre la faute alléguée et le dommage. La théorie de l'équivalence des conditions est applicable: outre la faute présumée dans le chef des dirigeants, l'administration devra encore démontrer (i) que cette faute a engendré un dommage et que (ii) sans cette faute, le dommage ne serait pas produit tel qui s'est produit[1].

1. Cass., 21 décembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 477 et G. DE WIT et N. BOUVERET, 'La nouvelle responsabilité des dirigeants d'entreprise en matière de T.V.A.: leçons du passé et perspectives futures. L'article 93*undecies*, C du Code de la T.V.A. a-t-il sa place dans les moyens de recouvrement dont dispose l'administration fiscale?', *R.G.F.*, 2007, liv. 1, p. 72.

L'administration doit donc prouver l'existence et l'étendue de son dommage et doit justifier le montant qu'elle réclame. Le dommage allégué par l'administration doit, en outre, être certain (c'est-à-dire pas seulement hypothétique), personnel et être 'une suite immédiate, directe et nécessaire de la faute[1]'.

1215. Le dommage consiste en l'occurrence dans le non-paiement du précompte professionnel, à savoir une perte de recettes pour l'administration fiscale.

L'article 442*quater*, § 4, CIR 92[2] limite, dans le cas du précompte professionnel, le dommage au paiement, en principal et des intérêts, à l'exclusion de tous autres éléments du dommage qu'elle réclamerait comme, par exemple, des amendes et des accroissements enrôlés à charge de la société[3]. L'administration ne pourrait donc pas réclamer des dommages et intérêts découlant d'un préjudice distinct du non-paiement du précompte professionnel.

1216. L'article 442*quater*, § 5 du CIR 92 dispose que:

'*L'action judiciaire contre les dirigeants responsables n'est recevable qu'à l'expiration d'un délai d'un mois à dater d'un avertissement adressé par le receveur par lettre recommandée à la poste invitant le destinataire à prendre les mesures nécessaires pour remédier au manquement ou pour démontrer que celui-ci n'est pas imputable à une faute commise par eux.*

Cette disposition ne fait, toutefois, pas obstacle à ce que le fonctionnaire chargé du recouvrement puisse requérir, dans le délai précité, des mesures conservatoires à l'égard du patrimoine du ou des dirigeants de la société ou de la personne morale qui ont fait l'objet de l'avertissement'.

b. La responsabilité solidaire des dirigeants en cas de non-paiement de la T.V.A.

1217. L'article 93*undecies*, C, du Code de la T.V.A. est rédigé en termes presqu'identiques aux dispositions contenues à l'article 442*quater* CIR 92, de sorte que nous n'aborderons que les règles qui paraissent se démarquer de celles examinées précédemment en matière de manquement à l'obligation de paiement du précompte professionnel.

1. Art. 1151 du Code civil; Cass., 24 juin 1977, *Pas.*, I, 1977, p. 1.087.
2. Art. 442 *quater*, § 4, du CIR 92: '*La responsabilité solidaire des dirigeants de la société ou de la personne morale ne peut être engagée que pour le paiement, en principal et intérêts, des dettes de précompte professionnel*'.
3. T. AFSCHIRFT, 'Les dispositions fiscales des lois du 20 juillet 2006 – Responsabilité des dirigeants pour certaines dettes fiscales de la société et obligation solidaire de paiement dans certains cas de fraude à la T.V.A.', *J.T.*, 2006, p. 739.

1218. Il s'agit également d'une responsabilité solidaire et en cascade puisqu'elle vise en premier lieu les dirigeants chargés de la gestion journalière avant de s'étendre aux autres dirigeants de droit ou de fait.

A l'instar de ce qui a été exposé en matière de précompte professionnel, le Code T.V.A. vise tous les dirigeants des sociétés, des grandes ASBL, des fondations et des AISBL, que ces dirigeants soient considérés comme des dirigeants de droit ou de fait, à l'exclusion cependant des mandataires de justice.

1219. A la différence du CIR, le Code de la T.V.A. ne définit pas le terme de société, de sorte que l'article 93*undecies*, C, du même Code vise également les sociétés qui ne disposent pas de la personnalité juridique[1].

1220. L'article 93*undecies*, C, ne vise que le non-paiement de la T.V.A. par la société.

Par inobservation répétée de l'obligation de paiement, la nouvelle disposition entend: le défaut de paiement d'au moins deux ou trois dettes 'exigibles' au cours d'une période d'un an, selon que l'assujetti tenu au dépôt de déclarations trimestrielles ou mensuelles à la T.V.A.

La notion de dette exigible vise le montant total de la T.V.A. dont l'assujetti est redevable pour une déclaration donnée.

D'après les travaux préparatoires, le législateur vise la situation où la personne morale serait en défaut de payer la totalité de la valeur de l'échéance[2]. C'est ainsi que le paiement partiel de la T.V.A. ne suffirait au dirigeant pour se conformer à son obligation.

1221. L'article 93*undecies*, C, tout comme l'article 442*quater*, C. soc., n'entend pas créer une responsabilité objective des dirigeants. L'administration doit dès lors, pour pouvoir engager la responsabilité solidaire des dirigeants, réunir la preuve des éléments suivants:

a) l'existence d'une faute dans le chef des dirigeants;

b) l'existence d'un dommage subi par l'administration;

1. J.-F GOFFIN et G. DE SAUVAGE, 'La responsabilité civile des dirigeants de société en matière fiscale', *R.G.C.T.*, 2008, p. 375, n° 73.
2. G. DE WIT et N. BOUVERET, 'La nouvelle responsabilité des dirigeants d'entreprise en matière de T.V.A.: leçons du passé et perspectives futures. L'article 93*undecies* C du Code de la T.V.A. a-t-il sa place dans les moyens de recouvrement dont dispose l'administration fiscale?', *R.G.F.*, 2007, liv. 1, p. 69.

c) l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage.

1222. A l'instar de l'article 442*quater*, le manquement du dirigeant à son obligation de payement de la T.V.A. due par la société dont il est l'organe est une faute au sens de l'article 1382 qu'il aurait commise dans la gestion de ladite société.

Il s'agit donc d'une faute aquilienne, l'administration devant prouver que le dirigeant ne serait pas comporté comme un homme prudent et diligent.

La responsabilité des dirigeants n'est susceptible d'être engagée en cas de non-paiement des dettes de T.V.A. que lorsque le défaut de paiement est le résultat d'un comportement actif du dirigeant et que ce comportement laisse supposer une absence de bonne foi dans le chef de celui-ci[1].

1223. L'article 93*undecies*, C, § 2, crée une présomption de faute, sauf preuve du contraire dans le chef des dirigeants en cas de non-paiement répété de la T.V.A., soit en cas défaut de paiement d'au moins deux ou trois dettes échues au cours d'une période d'un an, selon qu'il s'agit – respectivement – d'un assujetti à la déclaration trimestrielle ou mensuelle à la T.V.A.

L'article 93*undecies*, C, § 3, prévoit tout comme l'article 442*quater*, § 3, qu'il n'y a pas de présomption de faute lorsque 'le non-paiement provient de difficultés financières qui ont donné lieu à l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire, de faillite ou de dissolution judiciaire'.

1. G. DE WIT et N. BOUVERET, 'La nouvelle responsabilité des dirigeants d'entreprise en matière de T.V.A.: leçons du passé et perspectives futures. L'article 93*undecies* C du Code de la T.V.A. a-t-il sa place dans les moyens de recouvrement dont dispose l'administration fiscale?', *R.G.F.*, 2007, liv. 1, p. 68.

Nous partageons l'avis des auteurs[1] qui estiment que le renversement de la présomption prévue à l'article 93*undecies*, C, § 3, augmenterait les demandes de mise en faillite prématurées.

F. Autres cas de responsabilité

1224. Le Code des sociétés envisage encore, dans des hypothèses précises, une responsabilité spécifique des administrateurs.

Ainsi en est-il en matière de:

- non-indication des mentions devant figurer sur les documents émanant de la société (art. 80 C. soc.) (*supra*, n° 790);
- transformation de société (art. 785 C. soc.);
- fusion ou de scission de société;
- transformation d'une ASBL en société à finalité sociale (art. 669 C. soc.);
- défaut de convocation de l'assemblée générale lorsque les pertes atteignent un certain pourcentage du capital (art. 633, al. 5, C. soc.);
- surévaluation manifeste des actifs apportés en nature à la société (art. 456 C. soc.);
- non-dépôt de tout ou partie des documents à joindre à l'aveu de faillite (art. 54 de la loi sur les faillites du 8 août 1997);
- distribution de bénéfices illusoires (art. 617 et 619 C. soc.).

1. J.P. RENARD, 'Les responsabilités particulières des dirigeants des sociétés en difficulté et le nouveau régime de liquidation des sociétés', in *Le risque entrepreneurial*, VBO-FEB, 2006, p. 105; G. DE WIT et N. BOUVERET, 'La nouvelle responsabilité des dirigeants d'entreprise en matière de T.V.A.: leçons du passé et perspectives futures. L'article 93*undecies* C du Code de la T.V.A. a-t-il sa place dans les moyens de recouvrement dont dispose l'administration fiscale?', *R.G.F.*, 2007, liv. 1, p. 76; T. AFSCHRIFT, 'Les dispositions fiscales des lois du 20 juillet 2006 – Responsabilité des dirigeants pour certaines dettes fiscales de la société et obligation solidaire de paiement dans certains cas de fraude à la T.V.A.', *J.T.*, 2006, p. 744.

G. Extension de la faillite

1225. La théorie de l'extension de la faillite, dégagée par la doctrine dans les années 60[1] permet d'étendre, à certaines conditions, la faillite de la société au '*maître de l'affaire*', administrateur ou non.

La Cour de cassation a toutefois mis un frein à cette théorie en rappelant que la faillite du maître de l'affaire ne pouvait être déclarée que s'il remplissait lui-même les conditions de la faillite savoir qu'il soit commerçant, en état de cessation de paiement et que son crédit soit ébranlé[2]. Depuis lors, la jurisprudence s'est raréfiée[3].

Pour plus de détails, voir: ('La faillite', *T.P.D.C.*, T. 2, n°s 268 à 273).

§ 3. Titulaires de l'action en responsabilité

1226. Selon les hypothèses, l'action en responsabilité pourra être exercée par la société, l'actionnaire individuel, les tiers ou, en cas de faillite, par le curateur.

A. La société – Action sociale et action minoritaire

1227. La responsabilité des administrateurs existe envers la société pour faute de gestion (art. 527 C. soc.) et violation du Code et des statuts (art. 528 C. soc.).

Mais qui décide d'intenter, au nom de la société, l'action sociale contre les administrateurs?

En principe, cette action appartient à l'assemblée générale qui peut charger un ou plusieurs mandataires de l'exécution de cette décision (art. 561 C. soc.).

Jusqu'en 1991, l'assemblée générale avait le monopole de cette action. Comme généralement, le conseil d'administration était le reflet de la majorité à l'assemblée, rares étaient les cas où cette action était exercée, sauf les hypothèses de changement de majorité ou de faillite.

1. Voir notamment sur cette théorie: P. Coppens, 'La faillite personnelle du maître de la société', *Rev. prat. soc.*, 1967, pp. 195 et s.; F. 't Kint, 'L'extension de la faillite', *Rev. prat. soc.*, 1981, p. 49; J. Ronse et Lievens, 'La responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite. L'extension de la faillite au maître de l'affaire', *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, pp. 185 et s.
2. Cass., 1er juin 1979, *Rev. prat. soc.*, 1981, p. 102; 26 octobre 1979, *Rev. prat. soc.*, 1981, p. 104; 12 février 1981, *Rev. prat. soc.*, 1981, p. 106.
3. P. Coppens et F. 't Kint, 'Les faillites, les concordats et les privilèges. Examen de jurisprudence (1991 à 1996)', *R.C.J.B.*, 1997, p. 158, n° 3.

Ces raisons ont amené le législateur, par la loi du 18 juillet 1991, à introduire – ou plutôt réintroduire – en droit belge l'action sociale minoritaire (art. 562 à 567 C. soc.).

Qui peut exercer l'action minoritaire?

1228. L'action ne peut être intentée que '*par un ou plusieurs actionnaires possédant, au jour de l'assemblée générale qui s'est prononcée sur la décharge des administrateurs, des titres auxquels est attaché au moins 1 p.c. des voix attachées à l'ensemble des titres existant à ce jour ou possédant à ce même jour des titres représentant une fraction du capital égale à 1.250.000 EUR au moins*' (art. 562, al. 2, C. soc.).

La loi permet ainsi aux actionnaires avec droit de vote (actions en capital ou hors capital) ou aux titulaires d'actions sans droit de vote d'exercer l'action minoritaire. Pour ces derniers, seul le second seuil leur est applicable (représentation d'une fraction du capital égale à 1.250.000 EUR)[1].

Notons que le moment où doit se prouver la possession est la date de l'assemblée générale qui s'est prononcée sur la décharge des administrateurs et non le jour où l'intentement de l'action est décidé.

L'action minoritaire ne peut, en toute hypothèse, être exercée que par ceux qui n'ont pas voté la décharge, ou par ceux qui ont voté cette décharge pour autant, dans ce cas, que celle-ci ne soit pas valable (art. 562, al. 3, C. soc.). Il importe donc, dans la pratique, que les actionnaires fassent acter nominativement, au procès-verbal de l'assemblée, leur opposition au vote de la décharge et ce, afin de préserver leur droit éventuel d'action.

L'actionnaire absent pourra intenter l'action[2].

Notons enfin que l'article 562 C. soc. ne crée pas de nouvelles sources de responsabilité: les fondements de la responsabilité des administrateurs demeurent ceux que nous avons évoqués, à savoir les fautes de gestion ou la violation de la loi ou des statuts[3]. Bien évidemment, l'article 530 C. soc. échappe à cette action minoritaire: le droit d'intenter l'action est réservé au curateur et aux créanciers lésés.

1. L'art. 562, al. 4, C. soc., prévoit toutefois que si les actes de gestion incriminés sont afférents à des décisions pour lesquelles les actions sans droit de vote étaient autorisées à voter en application de l'article 481, ces actions pourront intervenir en ligne de compte dans le calcul du premier seuil de 1%.
2. G. Raucq et P. Hainaut-Hamende,'Les sociétés anonymes', *Rép. not.*, T. 12, Livre III, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 549, n°s 433 à 434.
3. Une action minoritaire sur base de l'article 1382 du Code civil semble possible.

Procédure

1229. Cette action est exercée dans l'intérêt et pour compte de la société et non à l'avantage individuel des minoritaires. Ce n'est donc pas une action individuelle.

C'est dans ce sens qu'il faut comprendre les règles de procédure prévues par aux articles 563 à 565:

'*Le fait qu'en cours d'instance, un ou plusieurs actionnaires cessent de représenter le groupe d'actionnaires minoritaires, soit qu'ils ne possèdent plus des titres, soit qu'ils renoncent à participer à l'action, est sans effet ni sur la poursuite de ladite instance, ni sur l'exercice des voies de recours*' (art. 563 C. soc.).

'*Si les représentants légaux de la société exercent l'action sociale et que l'action minoritaire est intentée également par un ou plusieurs porteurs de titres, les instances sont jointes pour connexité*' (art. 564 C. soc.).

'*Toute transaction conclue avant l'intentement de l'action peut être annulée à la demande des porteurs de titres réunissant les conditions prévues au § 2 du présent article si elle n'a point été faite à l'avantage commun des porteurs de titres.*

Après l'intentement de l'action, la société ne peut transiger avec les défendeurs sans le consentement unanime de ceux qui demeurent demandeurs de l'action' (art. 565 C. soc.).

L'article 566 C. soc. prévoit quant à lui l'obligation de désigner un mandataire spécial chargé de conduire le procès, chez qui il est fait élection de domicile.

'*Les demandeurs peuvent, à l'unanimité, révoquer le mandataire spécial. La révocation peut aussi être poursuivie pour cause légitime par tout porteur de titres, devant le président du tribunal de commerce statuant comme en matière de référés.*

En cas de décès, de démission, d'incapacité, de déconfiture, de faillite ou de révocation du mandataire spécial, et à défaut d'accord entre tous les demandeurs sur la personne de son remplaçant, celui-ci est désigné par le président du tribunal de commerce, sur requête du demandeur le plus diligent.'

L'ensemble de ces règles de procédure n'est pas sans poser, sur le plan pratique, de nombreuses questions[1].

Le Code, à l'article 567 C. soc., a voulu dans une certaine mesure '*effrayer*' les minoritaires en rappelant le principe de la condamnation aux dépens et aux dommages et intérêts pour celui qui perd le procès. Corrélativement, '*si la demande est accueillie, les sommes avancées par les demandeurs et qui ne sont pas comprises*

1. Voir notamment. Y. MERCHIERS, 'L'action minoritaire en responsabilité', *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 328 et s.

dans les dépens mis à charge des défendeurs, sont remboursées par la société' (art. 567, al. 2, C. soc.), ce qui implique notamment le remboursement des frais et honoraires d'avocat[1].

B. L'actionnaire individuel

1230. Comme indiqué ci-dessus, l'actionnaire individuel peut agir en responsabilité sur base de l'article 1382 du Code civil (*supra*, n° 1226).

Il peut également exercer une action sur base de l'article 528 C. soc., si, comme un tiers, '*il justifie un préjudice propre et indépendant du préjudice indirect qu'il pourrait subir par suite de l'atteinte au patrimoine social*[2]'.

Nous noterons enfin qu'en matière de fusions et de scissions, il dispose d'un droit d'action à titre individuel (l'article 687 C. soc. auquel renvoient les articles 718 et 727 C. soc.).

C. Le tiers

1231. Le tiers – créancier, employé, autorité publique,... – pourra agir en responsabilité soit sur base de l'article 528 C. soc. (lorsque la faute consiste en une violation du Code ou des statuts), soit sur base de l'article 530 C. soc., soit enfin sur base de l'article 1382 du Code civil (*supra*, n° 1226).

D. Le curateur

1232. En cas de faillite de la société, le curateur a qualité pour exercer l'action en responsabilité contre les administrateurs de la société faillie dans la mesure où le préjudice dont la réparation est poursuivie est collectif[3].

Nous renvoyons le lecteur au tome 2 du *T.P.D.C.*[4]

1. *Ibid.*, p. 334.
2. G. RAUCQ et P. HAINAUT-HAMENDE, 'Les sociétés anonymes', *Rép. not.*, T. 12, Livre III, Bruxelles, Larcier, 2005 p. 545, n° 430.
3. P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, 'Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1992, p. 784, n° 132.
4. Voir également P. COPPENS et F. 'T KINT, 'Les faillites, les concordats et les privilèges. Examen de jurisprudence (1991 à 1996)', *R.C.J.B.*, 1997, pp. 149 à 255.

§ 4. Décharge et prescription

A. La décharge[1]

1233. Après adoption des comptes annuels, l'assemblée doit se prononcer par un vote spécial sur la décharge. Celle-ci ne résulte donc pas de la seule approbation des comptes annuels.

Deux restrictions à l'effet de cette décharge:

1. elle n'est valable que si les comptes annuels ne contiennent ni omission, ni indications fausses de nature à dissimuler la situation réelle de la société[2]. S'agissant des violations statutaires, elles doivent avoir été spécialement signalées dans les convocations (art. 554, al. 2, C. soc.);

2. la décharge ne lie que l'assemblée générale. Elle ne lie ni les tiers, ni les actionnaires qui ne l'ont pas votée[3].

B. La prescription

1234. Conformément à l'article 198, § 1, C. soc., les actions contre les administrateurs pour faits de leurs fonctions se prescrivent par cinq ans, à partir de ces faits, ou, en cas de dol, à partir de leur découverte.

Ce délai de prescription est applicable à toutes les actions en responsabilité contre un administrateur, même si elles trouvent leur fondement dans un acte illicite[4].

1. Voir F. BAUDONCQ, 'De kwijting van bestuurders', *Jura Falc.*, 1996-1997, pp. 83 à 136.
2. Cass., 12 févr. 1981, *J.C.B.*, 1981, p. 154.
3. Ceux-là pourraient, dans les limites évoquées ci-dessus, intenter une action minoritaire.
4. J. RONSE et J. LIEVENS, 'L'administration des sociétés. La responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite. L'extension de la faillite au maître de l'affaire', *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, p. 222, n° 29.

Sous-section 2
Responsabilité pénale

1235. Le Code des sociétés sanctionne pénalement les administrateurs de sociétés.

Sans entrer dans le détail et dans l'analyse, on citera[1]:

- absence de dépôt du texte intégral des statuts en cas de modification (90);
- absence des énonciations requises dans l'acte de constitution (91, 2°);
- comptes non soumis à l'assemblée générale dans les six mois de la clôture de l'exercice (126, § 1, 1°);
- faux intentionnel dans les comptes annuels (127);
- absence du rapport de gestion lorsque la loi l'exige (128);
- violation de la règle du *cooling-off period* (170, 1°);
- violation de l'article 134 (170, 2°);
- obstacle aux vérifications des commissaires (170, 3°);
- violation des dispositions relatives au contrôle des comptes annuels et au contrôle des comptes consolidés (171);
- absence de convocation d'une assemblée sur requête des actionnaires ou des obligataires (647, 1°);
- non-respect de la procédure des quasi-apports (647, 2°);
- absence des énonciations requises en matière de souscription, dans la décision d'augmenter le capital, dans l'acte authentique de réalisation de l'augmentation de capital (art. 647, 3°);
- absence des rapports spéciaux prévus par la loi (647, 4°);
- distribution de dividendes fictifs (648, 1°);
- violation des règles en matière d'acompte sur dividendes (648, 2°);

1. Pour plus de détails, voir notamment J. DÉTIENNE, *Droit pénal des affaires*, Bruxelles, De Boeck, 1989, pp. 285 et s.

- violation des règles en matière d'acquisition de titres propres (648, 3°);
- violation de l'article 438 (648, 4°);
- usage, comme administrateurs ou commissaires, aux frais de la société, des versements sur les actions ou fait d'admettre comme effectués des versements qui ne sont pas effectués réellement de la manière et aux époques prescrites (648, 5°);
- violation des articles 442 et 585 (648, 6°);
- violation de l'article 629 (648, 7°);
- avoir provoqué soit des souscriptions ou des versements, soit des achats d'actions ou d'autres titres par simulation ou autres moyens frauduleux (649);
- mensonges sur l'état des obligations en circulation (650);
- avoir sciemment pris part au vote dans une assemblée générale d'actionnaires, alors que les droits de vote qu'ils prétendent exercer sont suspendus (651);
- création d'obligations convertibles ou de droits de souscription dans une société faisant appel public à l'épargne en violation de l'article 583 (652, 1°, 2°, 3°);
- absence des énonciations requises dans le projet de fusion ou de scission (773, 1°);
- absence des rapports spéciaux dans le cadre de fusion ou de scission (773, 2°);
- violation des règles en matière de transformation de sociétés (788).

1236. On notera que la loi du 8 août 1997 sur les faillites a introduit la notion d'abus de biens sociaux. Nous renvoyons sur cette question au titre IX de ce traité (*infra*, n° 1194)[1].

1. Voir L. BIHAIN,'Le délit d'abus de biens sociaux', *R.D.C.*, 1998, pp. 93 et s.

Chapitre VIII
Contrôle de la société

Section 1
Principes

1237. En matière de contrôle, on opère une distinction désormais classique entre:

- le contrôle externe qui a trait au contrôle des comptes annuels ou consolidés d'une entreprise par le commissaire chargé de faire rapport sur les faiblesses significatives du contrôle interne au regard du processus d'information financière, et
- le contrôle interne, qui se rapporte à l'ensemble des mesures qui, sous la responsabilité de la direction de l'entreprise, doivent assurer l'identification et le suivi des risques financiers, en ce compris les risques relatifs au respect de la législation et des règles existantes.

1238. Au cours de ces dernières années, le contrôle des sociétés a connu des évolutions significatives. Comme il a été exposé précédemment, certains scandales financiers ont conduit les législateurs européen et belge à prendre des initiatives spectaculaires.

La modification la plus substantielle résulte de la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 (ci-après la 'directive 2006/43')[1]. Cette directive, visant à une harmonisation élevée des exigences en matière de contrôle légal des comptes, réforme la matière du contrôle externe et renforce le contrôle interne[2].

1. Directive 2006/43CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés et modifiant les directives 78/660CEE et 83/349/CEE du Conseil, et abrogeant la directive 84/253//CEE du Conseil, *J.O.*, 9 juin 2006, L 157/87. Cette directive remplace donc la huitième directive de droit des sociétés, après en avoir repris un certain nombre de dispositions, notamment en matière de formation des contrôleurs légaux.
2. Considérant n° 5 de la directive 2006/43.

La directive 2006/43 a été transposée en droit belge en deux étapes: les dispositions relatives au contrôle externe ont été transposées en 2007 par des arrêtés royaux[1], tandis que les dispositions relatives au contrôle interne[2], notamment celles qui ont trait à la création obligatoire d'un comité d'audit, ont été transposées en 2008 par la loi du 17 décembre 2008 instituant notamment un comité d'audit dans les sociétés cotées et dans les entreprises financières[3].

Les règles applicables au contrôle interne ont été examinées dans le cadre de la section consacrée au comité d'audit (*supra*, n°s 1129 et s.).

1239. La directive 2006/43 a défini un nouveau cadre légal dans lequel le commissaire doit exercer sa profession[4].

Elle impose aux Etats membres de mettre en place un système de supervision publique de la profession de réviseur, qui soit dirigé par une majorité de non-praticiens. Cette exigence européenne impliquait en Belgique divers aménagements institutionnels qui dépassent le cadre du présent traité[5].

Les autres modifications du régime légal du contrôle externe ont trait au renforcement de l'indépendance du commissaire, dans le sillage des règles issues de la '*corporate governance*'. Elles seront systématiquement examinées ci-après.

1. L'arrêté royal du 21 avril 2007 portant transposition de disposition de la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés et modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, et abrogeant la directive 84/253/CEE du Conseil, *M.B.*, 27 avril 2007; l'arrêté royal du 25 avril 2007 modifiant le code des sociétés en vue de la transposition de dispositions de la directive 2006/43/CE du 17 mai 2006, *M.B.*, 27 avril 2007.
2. Les articles 38, 41 et 42 de la directive 2006/43.
3. Loi du 17 décembre 2008 instituant notamment un comité d'audit dans les sociétés cotées et dans les entreprises financières, *M.B.*, 29 décembre 2008, pp. 68.568 à 68.580. Cette loi, qui transpose notamment les articles 38, 41, et 42, § 1 de la directive 2006/43, est entrée en vigueur le 8 janvier 2009. Elle a été adoptée dans l'urgence en raison du retard mis par la Belgique à la transposition en droit belge de la directive 2006/43/CE, qui aurait dû être entièrement transposée en droit belge pour le 29 juin 2008.
4. Pour un portrait plus complet, voir M. DE WOLF,'Le nouveau visage du contrôle des comptes et du révisorat', Centre d'étude Jean Renauld, Bruxelles, Bruylant, 2007, 259 p.
5. M. DE WOLF,'Le nouveau visage du contrôle des comptes et du révisorat', Centre d'étude Jean Renauld, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 95 et s.

§ 1. OBLIGATION DE NOMMER UN COMMISSAIRE

1240. La surveillance et le contrôle de la société sont confiés un organe spécifique: les commissaires[1].

L'efficacité de ce contrôle exige deux qualités: compétence et indépendance.

Il a fallu attendre la loi du 21 février 1985 pour que soit mis en place un système répondant à ces deux critères[2][3].

L'article 142 C. soc. prévoit l'obligation de désigner un ou plusieurs commissaires chargés du '*contrôle de la situation financière, des comptes annuels et de la régularité au regard du présent code et des statuts, des opérations à constater dans les comptes annuels*'. Les commissaires ainsi nommés par l'assemblée générale doivent être membres de l'Institut des Reviseurs d'entreprises (IRE); ils portent le titre de '*commissaire*'. Leur mission, ainsi que leurs statuts et pouvoirs sont clairement précisés par la loi.

§ 2. EXCEPTION: LES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES

1241. La loi dispense toutefois les petites et moyennes entreprises de l'obligation de désigner un commissaire. Ne sont pas tenues d'opérer cette désignation, sauf si les statuts en ont décidé autrement, les petites sociétés non cotées au sens de l'article 15 du Code (art. 141 C. soc.).

Il s'agit en l'occurrence, des entreprises qui ne dépassent pas plus d'une des limites suivantes:

- nombre de travailleurs occupés en moyenne annuelle: 50;
- chiffre d'affaires annuel, hors T.V.A.: 7.300.000 euros;
- total du bilan: 3.650.000 euros.

1. Voir C. RESTEAU, 'Traité des sociétés anonymes', 3e éd. par A. BENOIT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n°s 1.015 et s.; J. VAN RYN,'Principes de droit commercial', T.1, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 656.
2. Pour une critique du régime antérieur, voir J. VAN RYN, *Ibid.*, n° 657.
3. Pour les sociétés ayant fait appel public à l'épargne, le législateur était intervenu dès 1953 (loi 1er décembre 1953) pour assurer un contrôle indépendant.

Toutefois, si le nombre de travailleurs occupés, en moyenne annuelle, dépasse 100, ce seul critère suffit à rendre obligatoire la désignation d'un commissaire-réviseur.

Pour savoir si la société peut bénéficier de cette disposition dérogatoire, il y a lieu de considérer chaque société individuellement à l'exception des sociétés qui font partie d'un groupe tenu d'établir et de publier des comptes annuels consolidés.

Dans les sociétés ainsi dispensées de l'obligation de nommer un commissaire, les actionnaires ont le choix:

- soit, ils décident de ne pas nommer un commissaire; dans ce cas, chaque *associé* a, nonobstant toute stipulation contraire des statuts, individuellement les pouvoirs d'investigation et de contrôle des commissaires, pouvant se faire représenter ou se faire assister par un expert-comptable (art. 166 C. soc.);

- soit, ils nomment néanmoins un commissaire: celui-ci devra nécessairement être membre de l'IRE.

Section 2
Le commissaire

1242. Que la société soit ou non dans l'obligation légale d'en nommer, le statut et la fonction des commissaires sont identiques dans les deux cas. Leur mission est toutefois élargie dans les sociétés où existe un conseil d'entreprise.

Sous-section 1
Statut

§ 1. Nomination

A. Qui nomme le(s) commissaire(s)?

1243. Les commissaires sont nommés par l'assemblée générale parmi les réviseurs d'entreprises, inscrits au registre public de l'Institut des Réviseurs d'Entreprises (art. 130, al. 1er, C. soc.).

Il s'agit d'une compétence exclusive de l'assemblée générale qui détermine également le nombre de commissaires.

Ajoutons que lorsque la société est tenue de constituer un comité d'audit en vertu de la loi, la proposition de l'organe de gestion relative à la nomination du commissaire à l'assemblée générale est émise sur proposition du comité d'audit (art. 130, al. 2, C. soc.).

Toute décision de nomination ou de renouvellement du mandat de commissaire prise en violation de ces règles est nulle. On observe que la nullité est prononcée par le président du tribunal de commerce siégeant comme en référé (art. 130, al. 3, C. soc.).

1244. '*A défaut de commissaires, ou lorsque tous les commissaires se trouvent dans l'impossibilité d'exercer leurs fonctions, il est immédiatement pourvu à leur remplacement. A défaut, le président du tribunal de commerce, siégeant comme en référé, sur requête de tout intéressé, nomme un reviseur d'entreprises dont il fixe l'émolument et qui est chargé d'exercer les fonctions de commissaire jusqu'à ce qu'il ait été pourvu régulièrement à sa nomination ou à son remplacement. Une telle nomination ou un tel remplacement ne produira toutefois ses effets qu'après la première assemblée générale annuelle qui suit la nomination du reviseur d'entreprises par le président*' (art. 131 C. soc.).

Dans les sociétés qui n'ont pas l'obligation de nommer un commissaire (*supra*, n° 1241), l'organe de gestion est néanmoins tenu de soumettre à l'assemblée générale la demande d'un ou de plusieurs associés visant à la nomination d'un commissaire (art. 165 C. soc.).

'*Si plusieurs commissaires ont été nommés, ils forment un collège. Ils peuvent se répartir entre eux les charges du contrôle de la société*' (art. 137, § 2, al. 2, C. soc.).

1245. Notons encore que, si la société est dotée d'un conseil d'entreprise, ce dernier intervient dans le processus de nomination: le conseil d'administration propose au conseil d'entreprise le nom d'un ou de plusieurs réviseurs; le conseil d'entreprise délibère à la majorité des voix émises par ses membres et à la majorité des voix émises par les membres nommés par les travailleurs[1]; la proposition est ensuite transmise à l'assemblée (art. 156 C. soc.).

1. Le conseil d'entreprise n'est pas tenu de motiver sa décision (Comm. Liège, 16 avril 1986, *Rev. prat. soc.*, 1986, p. 174). A défaut d'accord au sein du conseil d'entreprise, '*le président du tribunal de commerce du ressort dans lequel la société a établi son siège, statuant sur requête de tout intéressé et siégeant comme en référé, nomme un reviseur d'entreprise dont il fixe l'émolument et qui est chargé d'exercer les fonctions de commissaire et les missions visées à l'article 15bis jusqu'à ce qu'il soit pourvu régulièrement à son remplacement*'. Pour un cas d'application, voir Comm. Bruxelles, 16 juin 1995, *Rev. prat. soc.*, 1995, p. 453 et obs. G. Keutgen Comm. Bruxelles, 17 mai 1995, *R.D.C.*, 1996, p. 184.

Lorsque la société est tenue de constituer un comité d'audit en vertu de la loi, la proposition de l'organe de gestion est émise sur proposition du comité d'audit. Cette dernière est elle-même transmise au conseil d'entreprise pour information (art. 156, al. 2, C. soc.).

B. Qui peut être nommé commissaire[1]?

1246. Ne peuvent être nommés comme commissaires, à peine de nullité que les membres, personnes physiques ou morales[2], de l'Institut des réviseurs d'entreprises. Ils portent le titre de commissaire.

§ 2. Incompatibilités et règles d'indépendance

A. Principes et évolutions

1247. L'article 133 C. soc. édicte diverses incompatibilités destinées à assurer une indépendance réelle du commissaire vis-à-vis de la société contrôlée.

1248. Ne peuvent être désignés comme commissaires ceux qui se trouvent dans des conditions susceptibles de mettre en cause l'indépendance de l'exercice de leur fonction de commissaire, conformément aux règles de la profession de réviseur d'entreprises. Les commissaires doivent veiller à ne pas se trouver placés, postérieurement à leur désignation, dans de telles conditions (art. 133, § 1, C. soc.).

1249. En particulier, les commissaires ne peuvent accepter, ni dans la société soumise à leur contrôle, ni dans une société ou personne liée à celle-ci au sens de l'article 11 C. soc., aucune autre fonction, mandat ou mission à exercer au cours de leur mandat ou après celui-ci et qui serait de nature à mettre en cause l'indépendance de l'exercice de leur fonction de commissaire (art. 133, § 2, C. soc.).

Cette exigence est également applicable aux personnes avec lesquelles le commissaire a conclu un contrat de travail ou avec lesquelles il se trouve, sous l'angle

1. Nous n'envisageons pas ici les secteurs particuliers pour lesquels le commissaire doit également être agréé par un organisme de contrôle (banques, assurances,...).
2. Lorsque le commissaire est un cabinet de révision, celle-ci doit désigner un représentant qui est chargé de l'exécution de la mission au nom et pour le compte de la société. La désignation et la cessation des fonctions du représentant permanent sont soumises aux mêmes règles de publicité que s'il exerçait cette mission en son nom et pour compte propre (art. 132 C. soc.).

professionnel, dans des liens de collaboration ou aux sociétés ou personnes liées au commissaire visées à l'article 11 du Code (art. 133, § 4, C. soc.).

B. *'Cooling-off period'*

1250. Jusqu'au terme d'une période de deux années prenant cours à la date de cessation de leurs fonctions de commissaires, ils ne peuvent accepter un mandat d'administrateur ou toute autre fonction auprès de la société qui est soumise à leur contrôle, ni auprès d'une société ou personne liée au sens de l'article 11 du Code (art. 133, § 3, C. soc.). Inspirée de la législation Sarbanes Oxley aux Etats-Unis, cette règle dite de la '*cooling-off period*' a été introduite en droit belge par la loi du 2 août 2002.

C. Règle du '*one to one*'

a. Principes

1251. La loi *corporate governance* du 2 août 2002 a également introduit la règle dite du '*one to one*' consistant à plafonner les honoraires non audit à hauteur de l'honoraire audit. Cette règle s'applique aux sociétés cotées ainsi qu'aux sociétés qui font partie d'un groupe qui est tenu d'établir et de publier des comptes annuels consolidés (art. 133, § 5, C. soc.).

Le calcul relatif à la règle du '*one to one*' s'effectue au niveau de la société contrôlée et de ses filiales, qu'elles soient situées en Belgique ou à l'étranger (art. 133, § 7, C. soc.). Ainsi, une société liée, les sociétés membres d'un consortium ou les sociétés membres d'un groupe non soumis à l'obligation de consolidation ne sont pas visées par cette règle[1].

Comment définir les prestations non-audit?

Il s'agit des missions autres que celles confiées par la loi au commissaire. Les missions légales du commissaire couvrent la mission principale de contrôle, mais aussi les missions particulières visées par le Code (en matière d'apport en nature ou de formalités préalables à la dissolution volontaire, par exemple) ou par des lois particulières (missions accomplies dans le cadre de la loi sur les *stocks options*, par exemple).

1. P. De Wolf et M. De Simpelaere, 'La réforme du contrôle des sociétés: un pas vers la confiance retrouvée', *J.T.*, 2009, p. 744 et références citées.

Le Code précise que les prestations de due diligence, ou '*les prestations consistant à vérifier les données économiques et financières relatives à une entreprise tierce que la société ou l'une de ses filiales se proposent d'acquérir ou a acquis*', sont exclues du calcul dans le cadre de la règle du *'one to one'* (art. 133, § 7, C. soc.).

b. Dérogations

1252. L'article 133, § 6, C. soc. prévoit la possibilité de déroger à la règle du '*one to one*', les cas suivants:

1. sur délibération favorable du comité d'audit.
   Le comité d'audit visé par cette exception est celui de la société concernée, mais aussi de la société mère, si cette société est une société de droit belge ou constituée selon le droit d'un autre Etat membre de l'Union européenne ou de l'OCDE.
   Le code vise le comité d'audit créé:
   - par 'la loi', ou
   - par 'les statuts[1]';

2. après obtention par le commissaire d'un avis préalable positif du Comité d'avis et de contrôle institué en vertu de l'article 133, § 10, C. soc.;

3. en cas d'exercice du mandat par un collège de commissaires indépendants les uns des autres, dans les seuls cas où la société n'est pas tenue d'instituer un comité d'audit en vertu de la loi.

D. Restrictions en matière de services non audit

1253. Par habilitation de l'article 133, § 9, C. soc., le Roi a déterminé, de manière limitative, les prestations qui sont de nature à mettre en cause l'indépendance du commissaire et donc, par nature, interdites.

L'article 183*ter* de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés dispose, qu'outre les interdictions portées par la loi du 22 juillet 1953 créant un Institut des Reviseurs d'Entreprises et organisant la supervision publique de la profession de réviseur d'entreprises et des dispositions contenues à l'arrêté royal du 10 janvier 1994 relatif aux obligations des réviseurs d'entreprises:

'(...) *le commissaire ne peut se déclarer indépendant dans le cas où lui-même ou une personne avec laquelle il a conclu un contrat de travail ou avec laquelle il se*

1. Une société ne devant pas obligatoirement constituer un comité d'audit pourrait être tentée d'en constituer un dans le but de contourner la règle du *one to one*.

trouve, sous l'angle professionnel, dans des liens de collaboration ou une société ou personne liée au commissaire au sens de l'article 11 du Code des sociétés:

1° prend une décision ou intervient dans le processus décisionnel dans la société contrôlée;

2° assiste ou participe à la préparation ou à la tenue des livres comptables ou à l'établissement des comptes annuels ou des comptes consolidés de la société contrôlée;

3° élabore, développe, met en œuvre ou gère des systèmes technologiques d'information financière dans la société contrôlée;

4° réalise des évaluations d'éléments repris dans les comptes annuels ou dans les comptes consolidés de la société contrôlée, si celles-ci constituent un élément important des comptes annuels;

5° participe à la fonction d'audit interne;

6° représente la société contrôlée dans le règlement de litiges, fiscaux ou autres;

7° intervient dans le recrutement de personnes appartenant à un organe ou faisant partie du personnel dirigeant de la société contrôlée.'

L'article 183*ter* précité contient ainsi la liste des sept 'péchés capitaux' interdits au commissaire et à ses collaborateurs. L'indépendance du commissaire est en effet jaugée à l'aune des prestations (d'audit ou de non audit) fournies par lui et par ses différents 'satellites[1]'.

§ 3. Rémunération

A. Principe

1254. Le Code a aussi voulu assurer l'indépendance des commissaires à ce niveau.

Le Code distingue deux types d'émoluments liés aux prestations rentrant dans la mission de contrôle visée à l'article 142 C. soc., d'une part, et aux prestations exceptionnelles ou aux missions particulières, d'autre part.

1. M. De Wolf, 'La réforme du révisorat d'entreprise: les lignes de forces de la directive européenne et des options belges de transposition' in *Le nouveau visage du contrôle des comptes et du révisorat d'entreprises*, Centre d'études Jean Renauld, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 76.

Concernant les premiers, l'article 134, § 2, C. soc. dispose que les émoluments des commissaires consistent en une somme fixe, établie au début de leur mandat par l'assemblée générale[1]. Ces émoluments doivent garantir le respect des normes de révision établies par l'IRE. Ils sont mentionnés en annexe aux comptes annuels.

Concernant les missions exceptionnelles ou les missions particulières (*infra*, n°s 1280 à 1287), les montants des émoluments liés à ces prestations accomplies sont mentionnés en annexe aux comptes annuels, selon les catégories suivantes:

1° autres missions d'attestation,

2° missions de conseils fiscaux, et

3° autres missions extérieures à la mission révisorale (134, § 3, C. soc.).

Par 'personne liée au commissaire', le code entend '*toute personne avec laquelle le commissaire a conclu un contrat de travail, avec laquelle il se trouve, sous l'angle professionnel, dans les liens de collaboration ainsi que toute société ou personne liée au commissaire visée à l'article 11*' (art. 134, § 1, a).

Un régime spécifique de publicité a été mis en place dans les sociétés soumises au contrôle légal de leurs comptes consolidés[2].

B. Interdictions

1255. Il fallait aussi s'assurer que la société n'essaie d'obtenir la '*docilité*' du commissaire par le jeu d'avantages ou de rémunérations indirects:

'*Les émoluments du commissaire (...) ne peuvent être ni déterminés, ni influencés par la fourniture de services complémentaires à la société dont il contrôle les comptes annuels, visée à l'article 142, ou d'une société belge soumise au contrôle légal de ses comptes consolidés, visée à l'article 146.*

En dehors de ces émoluments, les commissaires ne peuvent recevoir aucun avantage de la société, sous quelque forme que ce soit.

La société ne peut leur consentir des prêts ou avances, ni donner ou constituer des garanties à leur profit' (art. 134, § 6, *in fine*, C. soc.).

1. Le montant de cette rémunération est communiqué à titre d'information au conseil d'entreprise (art. 158 C. soc.).
2. Art. 134, §§ 4 et 5, C. soc.

§ 4. Durée et fin du mandat

A. Durée

1256. '*Les commissaires sont nommés pour un terme de trois ans renouvelable*' (art. 135, § 1, al. 1, C. soc.). Ces trois ans doivent correspondre à trois exercices comptables[1].

Rien n'oblige le conseil d'administration, à l'expiration du mandat du réviseur, à proposer son renouvellement: des motifs d'opportunité telle que l'internationalisation de l'entreprise peuvent légitimement amener le conseil à proposer un réviseur autre que le réviseur sortant[2]. L'argument de l'uniformité de contrôle à l'intérieur d'un groupe ne pourrait toutefois être accepté pour justifier ce changement[3].

1257. Un régime particulier a été mis en place pour les entités d'intérêt public.

Le Conseil de l'IRE a adopté des normes en application des dispositions prévues à l'article 42.2 de la directive 2006/43 au sujet de la rotation interne du (des) représentant(s) permanent(s) d'un cabinet de révision ou du commissaire personne physique (à défaut de cabinet)[4].

Un système de rotation est ainsi mis en place pour atténuer les menaces liées à la familiarité excessive qui découlerait de la trop longue durée d'une mission de commissaire[5].

Le commissaire est tenu, en cas de mandat de commissaire auprès d'une entité d'intérêt public de:

- remplacer au minimum le(s) représentant(s) permanent(s) du cabinet de révision, ou en cas de mandat exercé par un commissaire personne physique, de transférer le mandat à un confrère, dans les six ans qui suivent sa/leur nomination. Le(s) réviseur(s) d'entreprises remplacé(s) ne peut/peuvent participer à

1. H. OLIVIER et K. DEBOECK, 'Vademecum de l'administrateur de société anonyme', Bruxelles, Créadif, 1992, 3e éd., n° 441.
2. Comm. Bruxelles (prés., réf.), 9 novembre 1992, *T.R.V.*, 1993, p. 38 et obs.
3. Anvers (20e ch.), 3 mai 1993, *T.R.V.*, 1996, p. 319 et note B. TILLEMAN *contra* Comm. Bruxelles (prés.), 17 mai 1995, *R.D.C.*, 1996, p. 184; *T.R.V.*, 1996, p. 331 et obs.
4. Art. 42.2 de la Directive Audit prévoit que: '*Les Etats membres veillent à ce que l'associé/les associés principal/principaux chargé(s) d'effectuer un contrôle légal des comptes soi(en)t remplacé(s) dans sa/leur mission de contrôle légal des comptes au plus tard sept ans à partir de la date de sa/leur nomination et ne soi(en)t autorisé(s) à participer à nouveau au contrôle de l'entité contrôlée qu'à l'issue d'une période d'au moins deux ans.*'
5. Art. 6 des normes de l'Institut des Reviseurs d'Entreprises relatives à certains aspects liés à l'indépendance du commissaire.

nouveau au contrôle de l'entité contrôlée qu'à l'issue d'une période d'au moins deux ans;

- évaluer le risque pour son indépendance qui résulte de la présence prolongée des autres membres dans l'équipe chargée de la mission, et d'adopter les mesures de sauvegarde qui conviennent pour ramener ce risque à un niveau acceptable.

B. Fin du mandat

1258. Le mandat prend fin par l'expiration de son terme. Il prend également fin par le décès, l'interdiction, la faillite ou la déconfiture du commissaire.

Le législateur a toutefois veillé à ce qu'aucune pression ne puisse être exercée sur le commissaire durant son mandat.

Le Code a mis en place des règles spécifiques en matière de démission et de révocation du mandat du commissaire.

a. Révocation

1259. La loi a voulu éviter que la société, sans doute gênée par l'indépendance du commissaire ou son manque de docilité, ne puisse, à tout moment, le révoquer.

Un régime dérogatoire au régime commun de la révocation *ad nutum* du mandat a été mis en place.

Durant son mandat, le commissaire ne peut, en effet, être révoqué que '*pour juste motif*' (art. 135, § 1, al. 2, C. soc.). '*Le juste motif est plus large que le 'motif grave' du droit du travail et aussi d'une nature quelque peu différente. Il ne peut s'agir d'incompatibilités d'humeur entre commissaire et administrateurs*[1]'.

Ne constituerait pas un juste motif, le fait pour l'entreprise de ne plus répondre aux critères l'obligeant à désigner un commissaire[2] ou le souci d'éviter à la société '*des dépenses inutiles*[3]'. La notion de justes motifs '*couvre par exemple une incapacité physique, une négligence dans l'exercice de la mission ou d'autres circonstances dues au commissaire, de nature à lui retirer la confiance de la société*[4]'.

1. I. VEROUGSTRAETE,'Le contrôle financier des sociétés anonymes', *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, n° 33.
2. *Doc.parl.*, Ch., 1982-1983, n° 552-35, p. 14.
3. Liège, 23 novembre 1989, *Rev. prat. soc.*, 1990, n° 6.545, p. 178.
4. *Ibid.*

Le Code précise qu'une divergence d'opinion sur un traitement comptable ou une procédure de contrôle ne constitue pas en soi un juste motif de révocation (art. 135, § 1, al. 2, *in fine*, C. soc.)[1].

1260. Les justes motifs doivent se fonder sur des faits certains dont l'objectivité peut être contrôlée par le juge.

Lorsque le commissaire est révoqué de ses fonctions sans que la société puisse établir l'existence d'un juste motif, la nullité ou la suspension de cette décision paraît difficilement concevable.

Le commissaire révoqué pourra agir en dommages-intérêts (art. 135, § 1, al. 2, C. soc.). Selon la jurisprudence, ces dommages-intérêts comprennent, par exemple, non seulement les honoraires qui pouvaient être sollicités pendant la partie du mandat non encore expiré, mais également les honoraires dus pour des prestations qui ne faisaient pas partie du mandat, mais qui, en vertu de la loi, auraient dû être confiées au commissaire[2].

1261. La révocation est décidée exclusivement par l'assemblée générale en respectant la procédure organisée par l'article 136 C. soc. qui impose des formalités particulières dans le cas d'un commissaire confronté à une proposition de révocation pour juste motif.

Quelles sont ces formalités?

- Lorsque l'assemblée générale est appelée à délibérer sur la révocation d'un commissaire, l'inscription de cette question à l'ordre du jour doit immédiatement être notifiée à l'intéressé.

- Le commissaire peut faire connaître par écrit à la société ses observations éventuelles.

- Ces observations sont annoncées dans l'ordre du jour et elles sont mises à la disposition des actionnaires de la société en vertu de l'article 535 C. soc.

- La société contrôlée peut, néanmoins, par requête adressée au président du tribunal de commerce et notifiée préalablement au commissaire, demander l'autorisation de ne pas communiquer aux actionnaires les observations qui ne sont pas pertinentes ou de nature à nuire injustement au crédit de la société.

1. Pour d'autres exemples de raisons ne constituant pas un juste motif, voir P. DE WOLF et M. DE SIMPELAERE, 'La réforme du contrôle des sociétés: un pas vers la confiance retrouvée', *J.T.*, 2009, p. 746.
2. Bruxelles, 16 mai 2000, *R.W.*, 2000-2001, n° 33, pp.1.241-1.244.

– Le président du tribunal de commerce entend, le cas échéant, la société contrôlée et le commissaire en chambre du conseil et statue en audience publique. Sa décision n'est susceptible ni d'opposition, ni d'appel.

1262. Si la société contrôlée a un Conseil d'entreprise, le commissaire ne peut, en cours de mandat, être révoqué que sur proposition ou avis conforme du Conseil d'entreprise statuant à la majorité des voix émises par ses membres et à la majorité des voix émises par les membres nommés par les travailleurs (art. 159 C. soc.).

Comme en matière de nomination, l'article 160 C. soc. instaure un régime de nullité de toute décision prise sans respecter les articles 156 à 159 C. soc. La nullité est prononcée par le président du tribunal de commerce du siège social de la société siégeant comme en référé.

b. Démission[1]

1263. L'article 135, § 1, al. 3, C. soc. a prévu, pour la démission des commissaires, un régime restrictif dérogatoire au droit commun du mandat et ce, dans l'intérêt de la société[2]:

'*Les commissaires ne peuvent, sauf motifs personnels graves, démissionner en cours de mandat que lors d'une assemblée générale et après lui avoir fait rapport par écrit sur les raisons de leur démission*'.

1264. Il faut distinguer deux hypothèses de démission, la démission avec motif personnel grave, d'une part, et la démission ordinaire, d'autre part.

1265. Quels sont les motifs personnels graves?

Il s'agit des motifs concernant la personne du commissaire et non sa mission dans la société contrôlée. Ils se situent la plupart du temps dans un contexte médical. On peut y ajouter les conséquences d'une renonciation à la qualité de réviseur d'entreprises, une décision de la Commission disciplinaire, ou une incapacité de se déclarer indépendant.

1266. A défaut de motifs graves, le commissaire peut également démissionner.

1. Pour un examen de la question au regard de la directive 'audit' 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006, voir P. DE WOLF et M. DE SIMPELAERE, 'La réforme du contrôle des sociétés: un pas vers la confiance retrouvée', *J.T.*, 2009, pp. 746 -747.
2. I. VEROUGSTRAETE, 'Le contrôle financier des sociétés anonymes', *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, n° 32.

Pour mettre fin anticipativement au mandat de trois ans qui lui a été confié par la société contrôlée, le commissaire ne peut toutefois démissionner qu'à l'occasion d'une assemblée générale que le conseil d'administration aura convoquée le cas échéant spécialement à cet effet, et après lui avoir fait rapport sur les raisons de sa démission (art. 135, § 1, al. 2, C. soc.).

On a voulu éviter que le commissaire, constatant des fraudes de la part des dirigeants de la société, ne préfère se désister plutôt que d'en informer l'assemblée générale[1].

Soulignons que le commissaire qui constate des infractions au Code des sociétés par la société contrôlée ne peut échapper à son obligation de faire rapport en démissionnant, sous peine de voir sa responsabilité engagée[2].

1267. Dans les sociétés où est institué un conseil d'entreprise, le commissaire doit informer par écrit le conseil d'entreprise des raisons de sa démission (art. 159, al. 2, C. soc.).

c. Information du Conseil supérieur des Professions économiques

1268. L'article 135, § 2, C. soc. dispose que:

'*La société contrôlée et le commissaire informent le Conseil supérieur des Professions économiques (...), de la révocation ou de la démission du commissaire en cours de mandat et en exposent les motifs de manière appropriée.*

Le Conseil supérieur des Professions économiques transmet, dans le mois, cette information aux différentes composantes du système de supervision publique belge, énumérées à l'article 43 de la loi du 22 juillet 1953 créant l'Institut des Réviseurs d'Entreprises et organisant la supervision publique de la profession de réviseur d'entreprises.'

1269. Cette diffusion large des informations relatives à la fin du mandat du commissaire permet de contrôler si un commissaire a mis fin à son mandat dans le seul but d'éviter de devoir dénoncer des infractions au droit des sociétés.

1. H. OLIVIER et K. DEBOECK, 'Vademecum de l'administrateur de société anonyme', Bruxelles, Créadif, 1992, 3e éd., n° 442.
2. Sur pied de l'article 2007 du Code civil, le commissaire démissionnaire pourrait être tenu d'indemniser la société contrôlée pour tout dommage qu'elle subirait en raison de cette démission. Il doit dès lors poursuivre son mandat jusqu'à ce qu'il ait été pourvu à son remplacement ou jusqu'au moment où ce remplacement puisse raisonnablement se faire.

L'information comprend la motivation de la révocation ou de la démission et doit être 'appropriée', de manière à permettre aux organes de supervision publique de remplir leur fonction et à éviter que des éléments confidentiels non pertinents, relatifs à la société contrôlée ou au commissaire ne soient abusivement diffusés.

La société contrôlée et le commissaire envoient chacun leur version des circonstances de la démission ou de la révocation.

Le rapprochement des deux versions constituera un élément de réflexion pour les destinataires de cette information[1].

1270. Cette disposition s'applique à toutes les sociétés.

Les composantes du système de supervision publique sont l'ACCOM, la CRME, le ministre en charge de l'Economie, le Procureur général près de la cour d'appel et les instances disciplinaires de la profession de réviseurs d'entreprises.

Cette procédure d'information peut sembler bien lourde dans les cas de démission du commissaire, acceptée par la société et motivée, par exemple, par le fait que cette dernière ne remplit plus les critères de taille l'obligeant à nommer un commissaire.

§ 5. Publicité des nomination et cessation de fonctions

1271. Conformément à l'article 74, al. 1, 2°, b, C. soc., l'extrait des actes relatif à la nomination et à la cessation des fonctions des commissaires est déposé et publié.

Nomination et cessation de fonctions ne seront opposables aux tiers qu'à dater de leur publication, sauf si la société prouve que ces tiers en avaient antérieurement connaissance. Les tiers peuvent néanmoins se prévaloir des actes non publiés (art. 76 C. soc.).

1. M. De Wolf, 'Une procédure alourdie pour la démission ou la révocation du commissaire', in *www.businessandlaw.be.*

Sous-section 2
Missions et pouvoirs

§ 1. Missions

1272. La mission essentielle des commissaires consiste dans le contrôle externe de la société, dont ils devront rendre compte ultérieurement.

Le Code charge également le(s) commissaire(s) de missions ponctuelles.

Le commissaire exerce aussi un rôle d'alerte à l'égard des entreprises en difficulté.

A. Contrôle externe de la société[1]

1273. Les commissaires sont chargés du '*contrôle de la situation financière, des comptes annuels et de la régularité au regard du présent code et des statuts des opérations à constater dans les comptes annuels*' (art. 142 C. soc.).

a. Contrôle de la situation financière et des comptes annuels

1274. La doctrine considère qu'il ne faut guère attacher d'importance à la distinction faite par la loi entre la '*situation financière*' et les '*comptes annuels*' dès lors qu'en vertu de l'article 24 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés, ceux-ci doivent '*donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ainsi que du résultat de la société.*'

Il s'agit d'examiner la comptabilité et les comptes annuels, '*de vérifier leur légalité, c'est-à-dire leur conformité à la législation comptable et au droit des sociétés, leur régularité par rapport aux règles de la technique comptable, aux normes professionnelles, aux principes généralement admis*[2]'.

Cette mission aboutit à la '*certification*' des comptes.

Aux termes de son rapport, le commissaire devra attester si, à son avis, les comptes annuels donnent une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et

1. Pour un examen détaillé de l'étendue de la mission de contrôle, voir P. De Wolf,'Les responsabilités de l'organe de gestion et du commissaire' in *Le nouveau visage du contrôle des comptes et du révisorat d'entreprise. Après la Directive 2006/43 et sa transposition en droit belge*, Collection Centre d'étude Jean Renauld, vol. 14, Bruxelles, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Académia, 2007, pp. 220-528.
2. A. Benoit-Moury,'Les pouvoirs et les responsabilités des commissaires', *Rev. prat. soc.*, 1986, n° 6.369, p. 12.

des résultats de la société, compte tenu du référentiel comptable applicable et, le cas échéant, quant au respect des exigences légales applicables (art. 144, al. 1, 4°, C. soc.).

Cette attestation peut prendre la forme (i) d'une attestation sans réserve, (ii) d'une attestation avec réserve, (iii) d'une opinion négative, ou, si les commissaires sont dans l'incapacité de délivrer une attestation, (iv) d'une déclaration d'abstention (art. 144, al. 1, 4°, *in fine*, C. soc.).

b. Contrôle de la régularité au regard du Code et des statuts des opérations à constater dans les comptes annuels

1275. Le rapport du commissaire doit contenir une mention indiquant si le rapport de gestion comprend les informations requises par les articles 95 et 96 et concorde ou non avec les comptes annuels pour le même exercice (art. 144, al. 1, 6°, C. soc.).

Il doit de même indiquer s'il n'a pas eu connaissance d'opérations conclues ou de décisions prises en violation des statuts ou du Code. Toutefois, cette mention peut être omise lorsque la révélation de l'infraction est susceptible de causer à la société un préjudice injustifié, notamment parce que l'organe de gestion a pris des mesures appropriées pour corriger la situation d'illégalité ainsi créée (art. 144, al. 1, 8°, C. soc.).

1276. Quelle est l'étendue de ce contrôle de régularité?

'*La mission du commissaire n'est pas de surveiller la gestion de la société et encore moins d'émettre des critiques sur la façon dont la société a été gérée. Il doit, au contraire, éviter de participer directement ou indirectement aux décisions de gestion de la société*[12] '.

Ce contrôle de la régularité des opérations est doublement limité:

- d'une part, il ne vise pas tous les actes accomplis par les organes sociaux, mais seulement les opérations à constater dans les comptes annuels[3]; il faut donc que l'acte ait une répercussion sur les comptes[4];

1. H. OLIVIER et K. DEBOECK, 'Vademecum de l'administrateur de société anonyme', Bruxelles, Créadif, 1992, 3e éd., n° 447.
2. Le commissaire n'a pas '*à intervenir dans l'administration même ou dans la décision de l'assemblée générale*' (Civ. Bruges, 13 février 1984, *Rev. prat. soc.*, 1985, n° 6.293, p. 198).
3. A. BENOIT-MOURY,'Les pouvoirs et les responsabilités des commissaires'. *Rev. prat. soc.*, 1986, p. 18.
4. I. VEROUGSTRAETE,'Le contrôle financier des sociétés anonymes', *Les sociétés commerciales*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1985, n° 6.

- d'autre part, le contrôle se borne au respect du droit des sociétés – en ce compris la loi comptable – et des statuts. Il n'a pas pour mission de dénoncer les violations à la loi fiscale: il doit simplement vérifier si, dans l'établissement des comptes annuels, les organes de gestion ont tenu compte des impôts qui grèvent le patrimoine et les résultats[12].

Le contrôle du commissaire est plus limité que celui exercé avant la loi de 1985: il n'est pas '*un contrôleur permanent de tous les faits et gestes des autres organes de la société*[3]'. Il ne s'agit donc pas d'un contrôle des fautes de gestion ou d'une surveillance.

1277. Le rapport du commissaire comprend aussi les éléments suivants:

- une description de l'étendue du contrôle, qui contient au moins l'indication des normes selon lesquelles le contrôle a été effectué et s'il a obtenu de l'organe de gestion et préposés de la société les explications et informations requises pour son contrôle;

- une mention indiquant si la comptabilité est tenue conformément aux dispositions légales et réglementaires applicables;

- une référence à quelque question que ce soit sur laquelle le commissaire attire spécialement l'attention, qu'une réserve ait ou non été incluse dans l'attestation;

- une mention indiquant si la répartition des bénéfices proposée à l'assemblée générale est conforme aux statuts et au Code (art. 144, 2°, 3°, 5°, 7°, C. soc.).

1278. Le rapport est signé et daté par le(s) commissaire(s).

1279. Il est déposé en même temps que les comptes annuels à la Banque Nationale de Belgique (art. 100 C. soc.).

1. *Doc.parl.*, Ch., 1982-1983, n° 552-35, p. 31.
2. Voir toutefois Liège, 25 janvier 1996, *Rev. prat. soc.*, 1997, p. 177 et note A. BENOIT-MOURY et N. THIRION la cour estime que se rend coupable de faux le commissaire qui certifie les comptes annuels d'une société alors qu'il a connaissance de l'existence d'une comptabilité parallèle au sein de celle-ci.
3. A. BENOIT-MOURY, 'Les pouvoirs et les responsabilités des commissaires'. *Rev. prat. soc.*, 1986, p. 23.

B. Missions ponctuelles

1280.. Le Code prévoit l'obligation pour le commissaire de la société d'établir un rapport spécifique dans diverses circonstances:

- apport en nature (art. 444 C. soc.);
- quasi-apport (art. 445 C. soc.);
- émission sous le pair comptable (art. 582 C. soc.);
- dérogation au droit de préférence (art. 596 C. soc.);
- modification de l'objet social (art. 559 C. soc.);
- acomptes sur dividendes (art. 618 C. soc.);
- conversion d'obligations en actions (art. 591 C. soc.);
- transformation de la société (art. 777 C. soc.);
- fusion (art. 695 C. soc.) ou scission (art. 731 C. soc.);
- dissolution (art. 181, § 1, al.3, C. soc.).

Notons que le contrôle des comptes consolidés (art. 145 à 150 C. soc.) ne doit pas nécessairement être effectué par le commissaire de la société: il peut être effectué par le commissaire de l'entreprise consolidante ou par un ou plusieurs autres réviseurs désignés par l'assemblée générale de cette dernière.

C. Mission spécifique en cas de conseil d'entreprise

1281. Lorsque la société est dotée d'un conseil d'entreprise, les missions confiées au commissaire sont plus étendues.

L'article 151 C. soc. renforce le rôle du commissaire. En effet, celui-ci a pour mission:

'*1° de faire rapport au conseil d'entreprise sur les comptes annuels et sur le rapport de gestion, conformément aux articles 143 et 144;*

2° de certifier le caractère fidèle et complet des informations économiques et financières que le chef d'entreprise transmet au conseil d'entreprise, pour autant que ces informations résultent de la comptabilité, des comptes annuels de l'entreprise ou d'autres documents vérifiables;

3° d'analyser et d'expliquer à l'intention particulièrement des membres du conseil d'entreprise nommés par les travailleurs, les informations économiques et financières qui ont été transmises au conseil d'entreprise, quant à leur signification relative à la structure financière et à l'évolution de la situation financière de la société;

4° s'il estime ne pas pouvoir délivrer la certification visée au 2° ou s'il constate des lacunes dans les informations économiques et financières transmises au conseil d'entreprise, d'en saisir l'organe de gestion, et, si celui-ci n'y donne pas suite dans le mois qui suit son intervention, d'en informer d'initiative le conseil d'entreprise.'

D. Fonction d'alerte à l'égard des entreprises en difficultés

1282. Le Code confère aux commissaires un rôle particulier de détection des indices de discontinuité.

Une procédure spécifique est prévue à l'article 138 C. soc.

Il s'agit d'une procédure en plusieurs temps qui peut amener les commissaires à dénoncer certains faits au président du tribunal de commerce.

1283. La mise en route de la procédure suppose:

- des faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise,
- constatés au cours des contrôles effectués par les commissaires.

Les faits graves et concordants sont, à titre d'exemple, les jugements de condamnation par défaut, les retards de paiement de deux trimestres à l'ONSS, à la T.V.A. ou au précompte professionnel ou encore, la réduction, par suite de pertes, de l'actif net sous la moitié du capital social.

Les commissaires doivent interpeller le conseil d'administration par écrit et de manière circonstanciée (art. 138, al. 1er, C. soc.). Cette obligation est facultative si l'organe de gestion a déjà délibéré sur les mesures qui devraient être prises (art. 138, al. 3, C. soc.).

1284. A partir de la communication de l'information visée ci-avant, l'organe de gestion dispose d'un délai d'un mois pour informer les commissaires des résultats de sa délibération sur les mesures qui devraient être prises pour assurer la continuité de l'entreprise pendant un délai raisonnable (art. 138, al. 2 et 4, C. soc.).

1285. Les commissaires peuvent[1] communiquer leurs constatations au président du tribunal de commerce dans les deux cas suivants:

- lorsqu'ils n'ont pas été informés dans le délai de la délibération de l'organe de gestion sur les mesures prises ou envisagées pour assurer la continuité de l'entreprise pendant un délai raisonnable;

- ou s'ils estiment que ces mesures ne sont pas susceptibles d'assurer la continuité de l'entreprise pendant un délai raisonnable.

Dans ce cas, les commissaires sont déliés de l'obligation au secret professionnel, l'article 458 du Code pénal n'étant pas applicable (art. 138, al. 4, C. soc.).

1286. Au cas où il n'est pas nommé de commissaire, lorsque des faits graves et concordants sont susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise, l'organe de gestion est également tenu de délibérer sur les mesures qui devraient être prises pour assurer la continuité de l'entreprise pendant un délai raisonnable (art. 138, al. 5, C. soc.).

Il s'agit là d'une source importante de responsabilité des administrateurs qu'il convient d'apprécier au regard des règles contenues à l'art. 633 C. soc. (*infra*, n°s 1413 et s.).

§ 2. Pouvoirs

1287. L'importance des missions confiées aux commissaires explique qu'ils disposent de pouvoirs très étendus.

Ceux-ci sont décrits, avec force détails, par l'article 137, § 1, C. soc.:

'*Les commissaires peuvent, à tout moment, prendre connaissance, sans déplacement, des livres, de la correspondance, des procès-verbaux et généralement de tous les documents et de toutes les écritures de la société. Ils peuvent requérir de l'organe de gestion, des agents et des préposés de la société toutes les explications*

1. Recommandation 2.7, *Vademecum IRE*, t. II, 2007, pp. 624-648.

ou informations et procéder à toutes les vérifications qui leur paraissent nécessaires.

Ils peuvent requérir de l'organe de gestion d'être mis en possession, au siège de la société, d'informations relatives aux sociétés liées ou autres sociétés avec lesquelles il existe un lien de participation, dans la mesure où ces informations leur paraissent nécessaires pour contrôler la situation financière de la société.

Ils peuvent requérir de l'organe de gestion qu'il demande à des tiers la confirmation du montant de leurs créances, dettes et autres relations avec la société contrôlée'.

Il leur est remis chaque semestre au moins par les administrateurs un état comptable établi selon le schéma de bilan et de compte de résultats (art. 137, § 2, al. 3, C. soc.).

1288. Le commissaire peut dans l'exercice de sa fonction, et à ses frais, se faire assister par des préposés ou d'autres personnes dont il répond (art. 139 C. soc.)[1].

1289. Il est seul juge de la nature et de l'étendue des contrôles à effectuer[2].

1290. Il peut également convoquer l'assemblée générale, s'il l'estime opportun (art. 532 C. soc.).

Sous-section 3
Obligations et responsabilité

§ 1. Obligations

A. Rapport

1291. 'Les activités du commissaire s'expriment principalement par le rapport écrit et circonstancié qu'il doit établir[3-4]'.

1. L'art. 170, al. 1, 3°, C. soc., sanctionne pénalement ceux qui feraient obstacle au travail des commissaires.
2. Mons (1re ch.), 25 juin 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 342.
3. I. Verougstraete, 'Le contrôle financier des sociétés anonymes', *Les sociétés commerciales*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1985, n° 10.
4. Voir *T.P.D.C.*, T. 4, *Les responsabilités*, n°s 1763 et s.; F. Caluwaerts et csorts, 'Le rapport du commissaire', icci, MAKLU, 2013 (252 p.).

L'article 144 C. soc. en précise le contenu:

'*1° une introduction, qui contient au moins l'identification des comptes annuels qui font l'objet du contrôle, ainsi que le référentiel comptable qui a été appliqué lors de leur établissement;*

2° une description de l'étendue du contrôle, qui contient au moins l'indication des normes selon lesquelles le contrôle a été effectué et s'ils ont obtenu de l'organe de gestion et préposés de la société les explications et informations requises pour leur contrôle;

3° une mention indiquant si la comptabilité est tenue conformément aux dispositions légales et réglementaires applicables;

4° une attestation dans laquelle les commissaires indiquent si, à leur avis, les comptes annuels donnent une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et des résultats de la société compte tenu du référentiel comptable applicable et, le cas échéant, quant au respect des exigences légales applicables. Elle peut prendre la forme d'une attestation sans réserve, d'une attestation avec réserve, d'une opinion négative, ou, si les commissaires sont dans l'incapacité de délivrer une attestation, d'une déclaration d'abstention;

5° une référence à quelque question que ce soit sur laquelle les commissaires attirent spécialement l'attention, qu'une réserve ait ou non été incluse dans l'attestation;

6° une mention indiquant si le rapport de gestion comprend les informations requises par les articles 95 et 96 et concorde ou non avec les comptes annuels pour le même exercice;

7° une mention indiquant si la répartition des bénéfices proposée à l'assemblée générale est conforme aux statuts et au présent Code;

8° l'indication qu'ils n'ont point eu connaissance d'opérations conclues ou de décisions prises en violation des statuts ou du présent Code. Toutefois, cette mention peut être omise lorsque la révélation de l'infraction est susceptible de causer à la société un préjudice injustifié, notamment parce que l'organe de gestion a pris des mesures appropriées pour corriger la situation d'illégalité ainsi créée.'

Le rapport est signé et daté par les commissaires.

S'il y a eu application de l'article 523 C. soc. *('conflit d'intérêts')*, le rapport des commissaires devra comporter une description séparée des conséquences patrimoniales qui résultent pour la société des décisions du conseil d'administration (art. 523, § 1, al. 3, C. soc.).

B. Assistance aux assemblées générales

1292. Les commissaires ont le droit et le devoir d'assister aux assemblées générales lorsqu'elles sont appelées à délibérer sur base d'un rapport établi par eux (art. 538 C. soc.). Ils assistent donc à l'assemblée annuelle statutaire.

De plus, ils doivent répondre aux questions qui leur sont posées par les actionnaires au sujet de leur rapport, sous les mêmes limites que les administrateurs[1] et ont le droit de prendre la parole à l'assemblée en relation avec l'accomplissement de leur fonction (art. 540, al. 2, C. soc.).

C. Convocation de l'assemblée

1293. Nous avons vu que les commissaires pouvaient convoquer l'assemblée générale. Ils doivent le faire lorsqu'ils en sont requis par des actionnaires représentant 1/5e du capital social (art. 532 C. soc.).

D. Secret professionnel

1294. Le commissaire est tenu au secret professionnel en ce qui concerne les informations qu'il a recueillies.

L'article 27 de la loi du 22 juillet 1953 dispose en effet que '*l'article 458 du Code pénal s'applique aux reviseurs d'entreprises, aux stagiaires et aux personnes dont ils répondent*[2]'.

On notera toutefois que dans l'hypothèse visée à l'article 138 C. soc. (*supra*, nos 1282 et s.), la loi libère le commissaire du secret professionnel à l'égard du président du tribunal de commerce.

1. Voir *supra*, n° 1079.
2. Pour plus de détails, voir L. HUYBRECHTS, 'Gebruik en misbruik van het beroepsgeheim, inzonderheid door revisoren, accountants en advocaten', *R.D.C.*, 1995, pp. 664 à 681; Trib. Bruxelles, 16 avril 1996, *R.D.C.*, 1996, p. 924 et note HUYBRECHTS.

§ 2. Responsabilité

A. Responsabilité civile[1]

a. Principes

1295. L'article 140 C. soc. dispose que:

'Les commissaires sont responsables envers la société des fautes commises par eux dans l'accomplissement de leurs fonctions.

Ils répondent solidairement tant envers la société qu'envers les tiers de tout dommage résultant d'infractions aux dispositions du présent code ou des statuts. Ils ne sont déchargés de leur responsabilité, quant aux infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, que s'ils prouvent qu'ils ont accompli les diligences normales de leur fonction et qu'ils ont dénoncé ces infractions à l'organe de gestion et, le cas échéant, s'il n'y a pas été remédié de façon adéquate, à l'assemblée générale, la plus prochaine après qu'ils en auront eu connaissance'.

Ce régime de responsabilité est analogue à celui des administrateurs:

- responsabilité individuelle, à l'égard de la société, pour les fautes commises par eux dans l'accomplissement de leurs fonctions;
- responsabilité solidaire des commissaires entre eux, mais également avec les administrateurs, à l'égard de la société et des tiers, pour tout dommage résultant d'une violation du code ou des statuts (voir *supra*, Les responsabilités, nos 1162 et s.).

Nous renvoyons, dès lors, à ce qui a été dit sur la responsabilité des administrateurs (*supra*, nos 1155 et s.). Notons que pour apporter la preuve qu'ils ont accompli les diligences normales de leurs fonctions, on examinera notamment si les commissaires ont respecté les normes de révision et les recommandations élaborées par l'IRE. Il ne s'agit toutefois que d'un critère de la diligence normale[2].

Comme les administrateurs, les commissaires sont également responsables des fautes aquiliennes qu'ils auraient commises[3].

1. Voir *T.P.D.C.*, T. 4, Titre XI, *Les responsabilités*, n° 1763 et s.
2. Voir I. Verougstraete, 'Le contrôle financier des sociétés anonymes', *Les sociétés commerciales*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1985, n° 8.
3. *Ibid.*, n° 57.

Remarquons enfin que l'article 561 C. soc. permet à l'assemblée générale, qui a décidé d'exercer l'action sociale sur base de l'article 140 C. soc., de charger un ou plusieurs mandataires de l'exécution de cette délibération. Toutefois, l'action minoritaire (*supra*, nos 1227 et s.), n'a pas été prévue en matière de responsabilité des commissaires: l'article 562 C. soc. parle exclusivement de *'l'action sociale contre les administrateurs'*. Il s'ensuit que l'action sociale dirigée contre le(s) commissaire(s) ne pourra être exercée pour le compte de la société par des actionnaires minoritaires.

Observons également que la désignation d'un expert-vérificateur selon la procédure prévue à l'article 168 C. soc. (voir *infra*, nos 1301 et s.) est possible même pour les sociétés ayant un commissaire.

b. Le plafond mis à la responsabilité du commissaire

1296. Les clauses d'exonération de responsabilité sont en règle exclues chaque fois que la loi implique l'intervention d'un professionnel à titre de garantie des tiers, la mission du professionnel relevant de l'ordre public.

La loi du 23 décembre 2005 portant des dispositions diverses a cependant dérogé à ce principe en érigeant une limite de responsabilité des réviseurs d'entreprises[1].

Ainsi, l'article 9*bis* de la loi du 22 juillet 1953 dispose:

'Les réviseurs d'entreprises sont responsables, conformément au droit commun, de l'accomplissement des missions qui leur sont réservées par la loi ou en vertu de celle-ci. Sauf en cas d'infraction commise avec une intention frauduleuse ou à dessein de nuire, cette responsabilité est plafonnée à un montant de trois millions d'euros en ce qui concerne l'accomplissement d'une de ces missions auprès d'une personne autre qu'une société cotée, porté à douze millions d'euros en ce qui concerne l'accomplissement d'une de ces missions auprès d'une société cotée. Le Roi peut modifier ces montants par arrêté délibéré en Conseil des Ministres.

Il est interdit aux réviseurs d'entreprises de se soustraire à cette responsabilité, même partiellement, par un contrat particulier.

Ils sont autorisés à faire couvrir leur responsabilité civile par un contrat d'assurance approuvé par le Conseil de l'Institut.

1. Pour un historique, voir P. De Wolf et M. De Simpelaere,'La réforme du contrôle des sociétés: un pas vers la confiance retrouvée', *J.T.*, 2009, pp. 747-748.

Les dispositions prévues aux alinéas 1er et 2 s'appliquent également aux missions dont l'accomplissement est réservé par la loi ou en vertu de celle-ci au commissaire ou, en l'absence de commissaire, à un réviseur ou un expert-comptable, en ce compris dans les cas où ces missions sont effectuées par un expert-comptable'.

L'article 9*bis* de la loi du 22 juillet 1953 vise les missions que la loi réserve aux réviseurs, en ce compris les missions dont ils partagent le monopole avec les experts-comptables.

1297. Cette disposition a donc pour effet de limiter la responsabilité des réviseurs dans le cadre des missions que la loi leur réserve.

Elle rétablit également l'autonomie de la volonté pour ce qui concerne l'exonération de leur responsabilité purement contractuelle.

Alors que dans le premier cas, le réviseur ne peut s'exonérer au-delà de ce que la loi prévoit (trois millions d'euros en ce qui concerne l'accomplissement d'une de ces missions auprès d'une personne autre qu'une société cotée, montant porté à 12 millions d'euros en ce qui concerne l'accomplissement d'une de ces missions auprès d'une société cotée), il peut, dans le second cas, librement convenir avec son client d'une clause limitative plus étendue.

D'après M. DE WOLF, '*une limitation voire une exonération excessive de responsabilité dans les missions contractuelles ne sauraient toutefois être admises, car elles seraient contraires aux principes de dignité de la profession*[1]'.

Cet auteur estime que l'absence de limitation de responsabilité pourrait constituer une faute déontologique car elle irait à l'encontre du but poursuivi par le législateur, à savoir, d'assurer la pérennité de la profession.

1298. Le plafond s'entend par mission (mission générale de contrôle par le commissaire ou missions particulières réservées par la loi aux réviseurs et aux experts comptables), de sorte qu'en cas de mission spéciale s'ajoutant à la mission générale de contrôle, le plafond pourrait être appliqué deux fois. Le plafond peut être modifié par arrêté royal.

Ajoutons que l'IRE considère que la limitation de responsabilité est d'ordre public, ce qui, selon lui, '*implique qu'un réviseur d'entreprises ne puisse renoncer, même a posteriori ou dans le cadre d'une transaction, au plafonnement légal de la responsabilité. Un tel renoncement pourrait en effet ouvrir une brèche dans le système de protection de la profession en tant que telle, que le législateur a entendu mettre en place. De tels renoncements devront donc, le cas échéant, être considérés comme des fautes déontologiques*[1]'.

1. M. DE WOLF, 'Le contrôle des comptes annuels et consolidés: du corset belge à la libéralisation européenne', in *Evolutions et perspectives du droit des sociétés. Anno 2006*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 437.

B. Responsabilité pénale

1299. Les articles 170 et 171 C. soc. énoncent des hypothèses spécifiques dans lesquelles la responsabilité pénale des commissaires pourra être mise en cause[2].

Section 3
Contrôle des sociétés n'ayant pas désigné de commissaire

1300. Nous avons vu que la loi avait laissé aux PME la faculté de ne pas nommer de commissaire (*supra*, n° 1241).

Si la société ne procède pas à la désignation d'un commissaire, chaque actionnaire a individuellement les pouvoirs d'investigation et de contrôle des commissaires (art. 165 C. soc.)[3].

Ce droit de l'actionnaire est très étendu[4]. La jurisprudence en a toutefois précisé les limites: '*peuvent seules faire l'objet de ses investigations, les données auxquelles les commissaires doivent avoir accès en vue de l'exercice de leur mission de contrôle se rapportant à l'exercice en cours ou à un exercice pour lequel la reddition des comptes à l'assemblée n'a pas encore eu lieu*[5]'.

La loi prévoit que l'actionnaire peut, dans l'exercice de son droit, se faire représenter par un expert-comptable en précisant que '*la rémunération de l'expert-comptable incombe à la société s'il a été désigné avec son accord ou si cette rémunération a été mise à sa charge par décision judiciaire. En ces cas, les observations de l'expert-comptable sont communiquées à la société*' (art. 167 C. soc.).

1. IRE, Rapport annuel 2005, pp. 49-50.
2. Voir A. BENOIT-MOURY et N. THIRION, 'La responsabilité pénale du réviseur d'entreprises: épée de Damoclès ou Tigre de papier?', observations sous Liège, 25 janvier 1996, *Rev. prat. soc.*, 1997, p. 189.
3. Voir A. GOEMINNE, 'Het controlrecht van de individuele vennoot', *A.J.T.*, 1996-1997, pp. 76-78, note sous Comm. Malines, 8 janvier 1993 et Anvers, 21 novembre 1995.
4. Voir P. VANDEPITTE et J.M. GOLLIER, 'De individuele controlebevoegdheid van de vennoot in kleine en middelgrote vennootschappen: enkele beschouwingen', note sous Comm. Bruxelles (réf.), 7 mars 1989, *T.R.V.*, 1990, p. 567.
5. P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, 'Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1992, n° 95 et les décisions citées.

Seul un expert-comptable peut représenter un actionnaire, non un réviseur d'entreprises[1]. La jurisprudence admet, dans l'esprit des travaux préparatoires, que l'actionnaire puisse non seulement se faire représenter par un expert (selon le texte légal), mais également se faire assister par lui[2].

L'inertie dont feraient preuve les actionnaires dans l'exercice des pouvoirs d'investigation et de contrôle que leur reconnaît la loi peut, le cas échéant, constituer, dans leur chef, un comportement fautif susceptible de préjudicier la société et ses actionnaires. Leur responsabilité pourrait dès lors être engagée sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil[3].

Section 4
L'expert-vérificateur

1301. L'article 168 C. soc. permet à un ou plusieurs actionnaires – représentant un pour cent des voix attachées à l'ensemble des titres existants, ou une fraction du capital égale à 1.250.000 euros au moins[4] – de demander au tribunal de commerce de '*nommer un ou plusieurs experts ayant pour mission de vérifier les livres et les comptes de la société ainsi que les opérations accomplies par ses organes*' lorsqu'il '*existe des indices d'atteinte grave ou de risque d'atteinte grave aux intérêts de la société*'.

Dans le cadre de cette action en investigation, les demandeurs doivent faire la preuve de ce '*qu'il existe des indices d'atteinte grave ou de risque d'atteinte grave aux intérêts de la société*[5]'. Ainsi que l'a clairement énoncé le tribunal de commerce de Bruxelles[6], cette action sur base de l'article 168 C. soc. n'est pas subordonnée à un litige existant ou potentiel: il convient dès lors d'examiner s'il existe des actes, des omissions ou des négligences susceptibles de porter préjudice aux intérêts de la société; tel est le cas lorsque les avances en compte courant excèdent

1. Comm. Bruxelles (réf.), 13 octobre 1988, *T.R.V.*, 1989, p. 220. Cette décision est intéressante à plus d'un titre dans la mesure où elle interdit à un actionnaire l'exercice direct de son droit et réserve celui-ci à l'expert-comptable désigné pour le représenter, dans un souci de confidentialité des affaires (voir K. GEENS, note sous décision ci-dessus et Comm. Termonde (réf.), 1er mars 1989, *T.R.V.*, 1989, p. 226).
2. Comm. Termonde (réf.), 1er mars 1989, *T.R.V.*, 1989, p. 223.
3. Comm. Namur, 20 novembre 1995, *Rev. prat. soc.*, 1996, p. 349 et obs. M. DE WOLF,'Des devoirs de contrôle des associés non gérants et non fondateurs', *Rev. prat. soc.*, 1995, p. 355.
4. Ce seuil est identique à celui établi par l'article 562 C. soc., pour l'intentement de l'action minoritaire (*supra*, n° 521).
5. Voir K. BYTTEBIER, 'De criteria ter beoordeling van de ontvankelijkheid van een vordering ex art. 191 Venn. W.', *R.D.C.*, 1994, pp. 1.032 à 1.039.
6. Comm. Bruxelles, 3 septembre 1992, *D.A.O.R.*, n° 26, p. 93 et note J. BILLIET, 'Het deskundig onderzoek op grond van artikel 191 venn. W.', *R.D.C.*, 1994, p. 166.

le capital social, que la société n'est plus bénéficiaire depuis deux exercices, qu'on redoute une surévaluation des stocks et qu'on craint que la société occupe son siège d'exploitation à titre précaire. Le fait que les actionnaires aient employé précédemment leur droit individuel d'enquête et de contrôle ne leur enlève pas leur intérêt légitime à obtenir la désignation d'un expert[1]. De même, l'actionnaire n'est pas obligé, avant d'intenter l'action basée sur l'article 168 C. soc., de recourir à d'autres moyens, comme, par exemple, de poser des questions à l'assemblée générale[2].

La mission de l'expert désigné par le tribunal de commerce peut être plus étendue que celle des anciens commissaires investigateurs: ses investigations peuvent porter sur les livres et comptes de la société, mais également sur '*les opérations accomplies par ses organes*'.

1302. La demande visée à l'article 168 est introduite par citation. Le tribunal entend les parties en chambre du conseil et statue en audience publique.

Le jugement précise les questions ou les catégories de questions sur lesquelles porteront les investigations. Il fixe la consignation préalable à fournir le cas échéant par les demandeurs pour le paiement des frais.

Ces frais pourront être compris dans ceux de l'instance à laquelle donneraient lieu les faits constatés. Le tribunal détermine si le rapport doit faire l'objet d'une publicité. Il peut notamment en imposer la publication, aux frais de la société, selon les modalités qu'il fixe (art. 169 C. soc.).

1303. La désignation d'un expert conformément à l'article 168 C. soc. est possible, même pour une société en liquidation aux fins d'enquêter sur les actes posés par le liquidateur[3].

1. Comm. Bruges (prés.), 24 août 1996, *D.A.O.R.*, 1996, n° 40, p. 99.
2. Comm. Courtrai (1re ch.), 7 décembre 1995, *D.A.O.R.*, 1996, n° 40, p. 85.
3. Comm. Termonde, 15 février 1996, *R.D.C.*, 1997, p. 185.

Chapitre IX
Etats et résultats comptables

Section 1
Comptes annuels

1304. La société a un patrimoine distinct de celui de ses actionnaires[1].

La tenue d'une comptabilité appropriée à la nature et à l'activité de l'entreprise en est le corollaire nécessaire.

Aux termes de l'article 92 C. soc., '*chaque année, les administrateurs dressent un inventaire suivant les critères d'évaluation fixés par le Roi et établissent les comptes annuels dont la forme et le contenu sont déterminés par le Roi*'. Le texte précise que '*les comptes annuels comprennent le bilan, le compte des résultats ainsi que l'annexe et forment un tout*'. Les principes d'établissement des comptes annuels auxquels renvoie l'article 92 C. soc. figurent dans l'arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés. Il conviendra par ailleurs de respecter les règles de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises.

L'examen de l'ensemble de ces règles dépasserait le cadre de ce traité[2]: nous nous bornerons au rappel de quelques principes relatifs à l'inventaire, aux comptes annuels et à l'information des actionnaires quant aux opérations intervenues au cours de l'exercice social.

Sous-section 1
L'exercice social

1305. L'exercice social doit, en principe, couvrir une période de 12 mois. Celui-ci ne coïncide pas nécessairement avec l'année du calendrier. Les statuts peuvent ainsi faire choix, en raison de la spécificité de l'activité de l'entreprise, par exemple d'un exercice s'étalant du 1er juillet au 30 juin de l'année suivante.

Parfois, le premier exercice social est raccourci ou allongé pour atteindre une date pivot. Ainsi, une société constituée le 3 janvier 2014 peut arrêter son premier

1. Cass., 27 avril 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 500.
2. E. CAUSIN, *Droit comptable des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2002, 963 p.; R. TIEST, *Les comptes annuels en poche 2013*, Bruxelles, Kluwer, 2013, 598 p.

exercice social au 31 décembre 2014. Peut-elle décider de prolonger ce premier exercice jusqu'au 31 décembre 2015? La doctrine considère que la constitution de la société est une circonstance exceptionnelle permettant d'écourter ou d'allonger l'exercice social[1]. Il semble toutefois que '*18 mois peuvent être considérés comme l'ultime limite*'[2].

Sous-section 2
Obligation de dresser inventaire

1306. L'article 92 C. soc. prévoit l'obligation de dresser inventaire à la fin de chaque exercice social.

'*L'inventaire a pour but de vérifier que les actifs, passifs et engagements figurant dans les comptes existent réellement, qu'aucun d'entre eux n'a été omis et que leur évaluation est conforme aux règles et à la réalité économique, compte tenu notamment de leur état de conservation ou des cours du change*'[3].

Cet inventaire est ordonné de la même manière que le plan comptable de l'entreprise (loi du 17 juillet 1975, art. 9, § 2, al. 1er). Il doit répondre aux critères d'évaluation prescrits aux articles 28 et suivants de l'arrêté royal du 30 janvier 2001. Les comptes annuels et les pièces de l'inventaire qui les appuient sont transcrits dans le '*livre des inventaires*'.

Sous-section 3
Obligation d'établir les comptes annuels

1307. '*Les comptes annuels sont, après mise en concordance avec les données de l'inventaire, synthétisés dans un état descriptif constituant les comptes annuels*' (loi 17 juillet 1975, art. 10, § 1er). '*Les comptes annuels comprennent le bilan, le compte des résultats ainsi que l'annexe et forment un tout*' (art. 92 C. soc. rappelé par l'art. 22 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001).

1. Y. STEMPNIERWSKY, *Commentaire systématique du Code des sociétés*, art. 92, mise à jour février 2009, Bruxelles, Kluwer, p. 3.
2. G. RAUCQ et P. HAINAUT-HAMENDE, 'Les sociétés anonymes', *Rép. not.*, T. 12, Livre IV, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 573, p. 702.
3. H. OLIVIER et K. DEBOECK, *Vademecum de l'administrateur de société anonyme*, Bruxelles, Créadif, 1992, 3e éd., n° 536.

§ 1. ÉTABLISSEMENT DES COMPTES ANNUELS – BILAN SOCIAL

1308. Les comptes annuels sont établis conformément à l'arrêté royal du 30 janvier 2001 qui définit avec précision la forme et le contenu du bilan, du compte de résultats et des informations qui doivent figurer dans l'annexe.

Remarquons que le bilan présenté à l'assemblée générale est établi après l'affectation des résultats. '*Ceci signifie que le conseil d'administration propose à l'assemblée générale une répartition des bénéfices et établit les comptes comme si l'assemblée devait entériner cette proposition. Ceci ne porte pas préjudice au droit de l'assemblée de modifier cette proposition*'[1].

S'agissant de l'annexe, on notera l'obligation d'intégrer dans celle-ci, le '*bilan social*'. La loi du 22 décembre 1995[2] impose en effet aux entreprises d'établir, chaque année, simultanément aux comptes annuels, ce bilan social. Celui-ci comprend au minimum quatre types d'informations[3]:

- un aperçu de l'effectif du personnel à la date de clôture des comptes;
- les mouvements au sein de l'effectif du personnel;
- le nombre de travailleurs concernés par chaque mesure en faveur de l'emploi, prise par ou en vertu d'une loi ou d'un règlement;
- par type de contrat, le nombre de personnes ayant bénéficié d'une formation à charge ou à la demande de l'entreprise.

L'arrêté royal du 4 août 1996[4] a précisé le contenu de ce bilan social.

§ 2. PETITES SOCIÉTÉS

1309. L'article 93 C. soc. prévoit que les petites sociétés[5] ont la faculté d'établir leurs comptes annuels selon un schéma abrégé fixé par le Roi. Notons que ces critères légaux s'apprécient sur base consolidée (art. 15, § 5, C. soc.), '*en manière*

1. H. OLIVIER et K. DEBOECK, *Vademecum de l'administrateur de société anonyme*, Bruxelles, Créadif, 1992, 3e éd., n° 163.
2. Loi du 22 décembre 1995 portant des mesures visant à exécuter le plan pluriannuel pour l'emploi *(M.B.*, 30 décembre 1995), art. 44 à 49.
3. Pour plus de détails, voir C. DARVILLE-FINET, 'Bilan social: une nouvelle obligation pour la vie économique', *J.T.*, 1997, pp. 89 à 94.
4. A.R. 4 août 1996 relatif au bilan social *(M.B.*, 30 août 1996).
5. Voir art. 15 C. soc.

telle que la division de l'activité en plusieurs sociétés liées pour éviter de publier par exemple le chiffre d'affaires manquerait son but'[1].

Le contenu du schéma abrégé est défini aux articles 92 à 94 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés.

§ 3. APPROBATION DES COMPTES ANNUELS

1310. Les comptes annuels doivent être soumis à l'approbation de l'assemblée générale dans les 6 mois de la clôture de l'exercice social, sous peine d'une amende de 50 à 10.000 euros à charge des administrateurs dont la société sera civilement responsable (art. 92, § 1er, al. 2 et 126, § 1er, 1° et § 2, C. soc.). L'article 92, § 1er, alinéa 3, C. soc. prévoit que '*si les comptes annuels n'ont pas été soumis à l'assemblée générale dans ce délai, le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire, présumé résulter de cette omission*'[2].

L'assemblée générale '*discute les comptes annuels*' (art. 554 C. soc.). Les comptes ne seront définitifs qu'après leur vote par l'assemblée. Rappelons que l'article 555 C. soc. autorise le conseil à proroger, séance tenante, l'assemblée à trois semaines. Il n'a pas à motiver sa décision: la simple crainte d'être mis en minorité en raison de l'absentéisme des actionnaires suffit (*supra*, n° 941).

L'article 554 C. soc. ne s'oppose pas, selon un arrêt de la Cour de cassation du 12 mai 1989[3] à ce que l'assemblée rectifie ultérieurement '*un poste qui, par erreur, a été formellement mal comptabilisé dans un bilan approuvé par une assemblée générale précédente*'. En toute hypothèse, '*la rectification suppose une erreur, matérielle ou substantielle, au sens propre du terme*'[4]. Elle '*ne peut avoir pour effet de priver cette comptabilité de sa fiabilité et... elle doit refléter l'affectation réelle des avoirs qui auraient fait l'objet d'une mention erronée, sans, par ailleurs, modifier cette affectation*'[5].

1. H. OLIVIER et K. DEBOECK, *Vademecum de l'administrateur de société anonyme*, Bruxelles, Créadif, 1992, 3e éd., n° 164.
2. Voir *T.P.D.C.*, T. 4, vol. 2, Les responsabilités.
3. Cass., 12 mai 1989, *T.R.V.*, 1989, p. 423 et la note de S. VAN CROMBRUGGE, *R.C.J.B.*, 1992, p. 313, note L KIRKPATRICK et D. GARABEDIAN, 'La rectification du bilan de la SA en droit privé et en droit fiscal'.
4. P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, 'Examen de jurisprudence (1979 à 1990). Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1993, n° 150.
5. Bruxelles (6e ch.), 10 mars 1992, *T.R.V.*, 1992, p. 251, obs.

Le seul fait pour l'assemblée générale d'approuver les comptes annuels n'implique pas en soi la ratification d'une opération qui ne lui a pas été expliquée ni la volonté de couvrir l'opération[1].

§ 4. Publicité des comptes annuels

1311. L'article 98 C. soc. prévoit que les comptes annuels sont déposés par les administrateurs à la Banque nationale de Belgique dans les trente jours de leur approbation et au plus tard sept mois après la clôture de l'exercice, le tout sous peine de voir leur responsabilité engagée. L'alinéa 3 de l'article 98 précise que le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire, présumé résulter de cette omission. Cette présomption peut être renversée par la démonstration de l'absence de lien de causalité entre le dommage subi par les tiers et cette omission, par exemple si, malgré le non-respect du délai prescrit pour le dépôt, les tiers ont maintenu leur confiance dans la société en poursuivant leurs relations d'affaires avec cette dernière suite au dépôt tardif.

Les petites sociétés non cotées ont la faculté de publier leurs comptes annuels établis, en vertu de l'article 93, alinéa 1er, C. soc., selon un schéma abrégé, dans ce schéma abrégé (art. 99 C. soc.).

Conformément à l'article 100 C. soc., certains documents doivent être déposés en même temps:

'*1° un document contenant les renseignements suivants: les nom, prénoms, profession et domicile des administrateurs ou gérants, selon le cas, et des commissaires en fonction. Si les comptes annuels ont été vérifiés et/ou corrigés par un expert-comptable externe ou un réviseur d'entreprises, doivent également être mentionnés les nom, prénoms, profession, domicile de l'expert-comptable externe ou du réviseur d'entreprises et leur numéro de membre auprès de leur institut. L'administrateur ou le gérant mentionne, le cas échéant, qu'aucune mission de vérification ou de redressement n'a été confiée à un expert comptable externe ou à un réviseur d'entreprises;*

2° un tableau indiquant l'affectation du résultat si cette affectation ne résulte pas des comptes annuels;

3° un document mentionnant, selon le cas, la date du dépôt de l'expédition de l'acte constitutif authentique ou du double de l'acte constitutif sous seing privé, ou la date du dépôt du texte intégral des statuts dans une rédaction mise à jour;

4° le rapport des commissaires établi conformément à l'article 144;

5° un document indiquant, sauf si ces renseignements font déjà l'objet d'une mention distincte dans les comptes annuels:

a) le montant, à la date de clôture de ceux-ci, des dettes ou de la partie des dettes garanties par les pouvoirs publics belges;

1. Comm. Bruxelles, 15 mars 1988, *Rev. prat. soc.*, 1988, p. 234.

b) le montant, à cette même date, des dettes exigibles, que des délais de paiement aient ou non été obtenus, envers des administrations fiscales et envers l'Office national de sécurité sociale;

c) le montant afférent à l'exercice clôturé, des subsides en capitaux ou en intérêts payés ou alloués par des pouvoirs ou institutions publics;

6° un document comprenant les indications du rapport de gestion prévues par l'article 96. Toute personne s'adressant au siège de la société peut prendre connaissance du rapport de gestion et en obtenir gratuitement, même par correspondance, copie intégrale. Cette obligation n'est pas applicable aux petites sociétés non cotées;

7° tout autre document qui doit être déposé en même temps que les comptes annuels en vertu du présent code'.

Ces documents, ainsi que les comptes annuels doivent être rédigés dans la langue ou dans une des langues officielles du tribunal dans le ressort duquel la société est établie (art. 101, al. 1er, C. soc.).

Les articles 173 à 183 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés déterminent les modalités de ce dépôt. Cet arrêté royal permet, selon le type de société concernée, le dépôt des comptes annuels par voie électronique ou sous format papier (art. 175; art. 177).

Les articles 104 et 105 C. soc. visent l'hypothèse où la société procède, en plus de la publicité prescrite aux articles 98 et 100 C. soc., à la diffusion, par d'autres voies, de ses comptes.

'*Art. 104. Lorsque, en plus de la publicité prescrite par les articles 98 et 100, la société procède par d'autres voies à la diffusion intégrale de ses comptes annuels ou du rapport de gestion, leur forme et leur contenu doivent être identiques à ceux des documents qui ont fait l'objet du rapport des commissaires. Ils doivent être accompagnés du texte de ce rapport. Si les commissaires ont attesté les comptes annuels sans formuler de réserves, le texte de leur rapport peut être remplacé par leur attestation.*

Art. 105. Sans préjudice des articles 98 et 100, les sociétés peuvent diffuser leurs comptes annuels dans une version abrégée pour autant que celle-ci n'altère pas l'image du patrimoine, de la situation financière et des résultats de la société. En ce cas, il est fait mention qu'il s'agit d'une version abrégée et il est fait référence à la publication effectuée en vertu de la loi. Si les comptes annuels n'ont pas encore été déposés, il en est fait mention. Ni le rapport, ni l'attestation des commissaires, ne peut accompagner ces comptes annuels abrégés. Il doit toutefois être précisé si une attestation sans réserve, une attestation avec réserve ou une attestation négative a été émise, ou si les commissaires se sont trouvés dans l'incapacité d'émettre une attestation. Il est, en outre, le cas échéant, précisé s'il y est fait référence à quelque question que ce soit sur laquelle les commissaires ont attiré spécialement l'attention, qu'une réserve ait ou non été incluse dans l'attestation'.

Sous-section 4
Comptes consolidés

1312. A côté de leurs comptes annuels, les sociétés anonymes qui contrôlent, seules ou conjointement, une ou plusieurs filiales de droit belge ou étranger, doivent établir des comptes consolidés (art. 110 C. soc.).

'*La consolidation a pour objet de présenter les comptes d'un ensemble d'entreprises que rattachent des liens de filiation, comme s'il s'agissait d'une seule entreprise et, dès lors, en faisant abstraction de la personnalité juridique de chacune des sociétés*'[1].

L'article 110 C. soc. prévoit l'obligation, pour le conseil d'administration de la société mère, d'établir des comptes consolidés et un rapport de gestion consolidé[2].

Les articles 112 et 113 C. soc. prévoient des exemptions à l'obligation d'établir des comptes consolidés. Nous y renvoyons.

Particularité des comptes consolidés: ceux-ci ne doivent pas être approuvés par l'assemblée générale. Ils n'ont donc pas d'effet juridique direct[3]; leur intérêt réside dans l'information qu'ils donnent (ils sont, à cet égard soumis aux mêmes formalités de publicité que les comptes annuels conformément aux articles 120 et 121 C. soc.; les articles 100, 1°, 101 et 106 C. soc. leur sont applicables).

Sous-section 5
Informations

§ 1. Information aux actionnaires

1313. '*Art. 553. Quinze jours avant l'assemblée générale, les actionnaires, les porteurs d'obligations et les titulaires d'un droit de souscription et de certificat émis avec la collaboration de la société peuvent prendre connaissance au siège social, des pièces suivantes:*

1° les comptes annuels;

1. H. Olivier et K. Deboeck, *Vademecum de l'administrateur de société anonyme*, Bruxelles, Créadif, 1992, 3e éd., n° 167.
2. Pour plus de détails, voir Y. Stempnierwsky, *Commentaire systématique du Code des sociétés*, art. 109, mise à jour août 2009, Bruxelles, Kluwer.
3. K. Geens, 'Effets juridiques de la consolidation. Procédure et responsabilité', *Nouvelles orientations en droit comptable, Act. dr.*, 1994.

2° le cas échéant, les comptes consolidés;

3° la liste des actionnaires qui n'ont pas libéré leurs actions, avec l'indication du nombre de leurs actions et celle de leur domicile;

4° la liste des fonds publics, des actions, obligations et autres titres de société qui composent le portefeuille;

5° le rapport de gestion et le rapport des commissaires.

Les comptes annuels, le rapport de gestion et le rapport des commissaires, sont mis à disposition conformément à l'article 535'[1].

§ 2. Information au conseil d'entreprise

1314. On rappellera que, pour les sociétés dotées d'un conseil d'entreprise, l'arrêté royal du 27 novembre 1973 précise les informations économiques et financières à fournir au conseil d'entreprise avant la tenue de l'assemblée générale annuelle[2].

1. Voir *supra*, n° 898.
2. Voir *supra*, nos 1081 et s.

Chapitre X
Le capital: augmentation, réduction et maintien

Section 1
Augmentation de capital

Sous-section 1
Généralités

1315. La société peut, à un moment donné de son existence, avoir le besoin d'accroître ses moyens financiers. L'augmentation de capital est, avec l'émission d'obligations[1], une des techniques de financement que le droit des sociétés offre à la société anonyme.

Autant la société prospère que celle qui éprouve des difficultés peuvent souhaiter recourir à une augmentation de capital.

La société prospère préférera souvent cette solution à l'émission d'obligations car elle n'est pas tenue de servir aux actions un intérêt fixe et parce qu'elle peut exiger des nouveaux actionnaires qu'ils versent, en sus du montant nominal de leur action, un '*droit d'entrée*' dans la société.

Quant à la société en difficulté, elle éprouverait sans doute quelque peine à assumer la charge d'intérêt des obligations.

Augmenter le capital est toutefois une décision importante: le capital, outre son aspect financier, donne également, pour l'essentiel, la mesure du droit de vote. Il n'est donc pas indifférent pour les actionnaires anciens de savoir s'ils conserveront, après l'opération d'augmentation de capital, la même influence que celle exercée auparavant.

On comprend dès lors aisément que, tant en raison des circonstances qui peuvent entourer cette opération que de ses enjeux, le législateur l'ait entourée de contraintes et garanties spécifiques.

1. Voir *infra*, Chapitre XI.

Sous-section 2
Qui décide une augmentation de capital?

1316. Pendant longtemps, le pouvoir de décider l'augmentation du capital a été considéré comme une compétence exclusive de l'assemblée générale, délibérant aux conditions requises pour la modification des statuts.

La loi du 5 décembre 1984 a introduit une brèche dans ce monopole en permettant au conseil d'administration, lorsqu'il en a été autorisé par les statuts, de décider d'une augmentation du capital. Cette création d'un '*capital autorisé*' a déjà été commentée (*supra*, n°s 1053 et s.).

Ainsi, dans les sociétés anonymes où les statuts auront prévu une clause de capital autorisé, deux organes pourront décider d'augmenter le capital: l'assemblée générale et le conseil d'administration.

Leurs compétences sont concurrentes. En effet, l'autorisation donnée au conseil d'administration d'augmenter le capital n'empêche pas l'assemblée générale de procéder de son côté à une ou plusieurs augmentations de capital. De plus, les augmentations que déciderait l'assemblée ne réduisent pas, à due concurrence, le montant du capital autorisé.

Inversement, dès lors qu'il agit dans les limites tracées par la loi et les statuts, le conseil dispose d'un pouvoir propre d'augmenter le capital. Chacun de ces deux organes peut ainsi décider une augmentation de capital et l'exercice par l'un de sa compétence n'affecte pas celle de l'autre.

L'assemblée peut toutefois, si elle le souhaite, retirer à tout moment les pouvoirs accordés au conseil d'administration: cette suppression pour l'avenir du capital autorisé instauré antérieurement devra se faire dans le respect des conditions requises pour la modification des statuts.

Sous-section 3
Conditions de forme de l'augmentation de capital

§ 1. Nécessité d'un acte authentique

1317. L'augmentation de capital, qu'elle résulte d'une décision de l'assemblée générale ou du conseil d'administration dans les limites du capital autorisé, doit être constatée par acte authentique déposé au greffe conformément à l'article 75 C. soc. (art. 588, al. 1er, C. soc.).

Lorsque l'augmentation de capital est décidée par l'assemblée générale, la décision devra être prise dans le respect des conditions requises pour la modification des statuts, le cas échéant, en appliquant l'article 560 C. soc. (art. 581 C. soc.).

Pour mémoire, ces conditions sont les suivantes[1]:

- convocations en bonne et due forme avec indication de l'objet des modifications proposées[2].
  Dans son arrêt du 1er mars 1988, la cour d'appel de Bruxelles[3] a admis la régularité d'une augmentation de capital dont le chiffre définitif n'était pas donné mais était déterminable: il avait été décidé, en l'espèce, d'augmenter le capital à concurrence d'un montant qui serait déterminé lors de la constatation de la réalisation de l'augmentation sans qu'il puisse être supérieur à vingt milliards (Affaire 'Générale de Belgique');

- l'assemblée ne peut délibérer que si ceux qui assistent à la réunion représentent la moitié au moins du capital.
  Si tel n'est pas le cas, une nouvelle convocation sera nécessaire et la nouvelle assemblée délibérera valablement, quelle que soit la portion du capital représentée;

- la décision doit réunir les trois quarts des voix. Si l'augmentation entraînait une modification des droits respectifs des catégories de titres, la procédure de l'article 560 devrait être respectée[4].

§ 2. AUGMENTATION DE CAPITAL EN UN OU PLUSIEURS ACTES

1318. L'augmentation de capital, quel que soit l'organe compétent, peut se réaliser en un seul acte ou en plusieurs actes.

A. Augmentation de capital en un seul acte

1319. C'est de loin l'hypothèse la plus simple: l'assemblée ou le conseil décide d'augmenter le capital que souscrivent au même instant les actionnaires. Lorsque, dans pareil cas, la décision d'augmentation est concomitante à la réalisation de l'augmentation, la loi se contente d'exiger un seul acte notarié.

1. Voir *supra*, nos 943 à 947.
2. Les convocations ne sont pas requises si tous les actionnaires ainsi que le cas échéant, les obligataires et les porteurs de droits de souscription sont présents ou représentés et consentent à délibérer sur les points à l'ordre du jour (*supra*, n° 881).
3. *J.T.*, 1988, p. 237.
4. Voir *supra*, nos 949 et 950.

Cette procédure se rencontre fréquemment dans les petites sociétés anonymes et les sociétés fermées où les actionnaires, tous présents ou représentés, peuvent au cours de la même réunion de l'assemblée générale faire part de leur décision individuelle, fixer le montant exact de l'augmentation, souscrire et libérer immédiatement les actions[1].

Elle est également d'application lorsque l'augmentation de capital se réalise sans apports nouveaux, par incorporation de réserves ou de plus-values de réévaluation[2].

B. Augmentation de capital en deux actes

1320. Très souvent, l'augmentation de capital ne pourra se réaliser en un seul acte. L'article 592 C. soc. prévoit en effet, au profit des actionnaires anciens, un droit de souscription préférentielle en cas d'augmentation de capital par apports en espèces: conformément à l'article 593, alinéa 1er, C. soc., ce droit peut être exercé pendant un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours à dater de l'ouverture de la souscription[3].

Il s'ensuit que la constatation de la réalisation de l'augmentation de capital ne pourra avoir lieu concomitamment à la décision d'augmenter le capital. L'opération se déroulera dès lors en trois temps: décision d'augmentation, souscription et libération, constatation de la réalisation. Deux actes devront être établis: l'un constatant la décision d'augmenter le capital, l'autre constatant sa réalisation.

a. Constatation de la décision d'augmenter le capital

1321. Par ce premier acte, l'assemblée – ou le conseil dans le cadre du capital autorisé – décide d'augmenter le capital à concurrence d'un montant déterminé ou déterminable[4].

L'article 588 C. soc. prévoit que cette *seule* décision doit être constatée par acte authentique.

1. C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. BENOIT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 1360*ter*.
2. Voir *infra*, nos 1389 et s.
3. Voir *infra*, n° 1344.
4. Voir *supra*, n° 1317.

b. Souscription et libération des actions

1322. La décision d'augmentation de capital ouvre la possibilité de souscrire, dans le respect des règles relatives au droit de préférence, les actions nouvelles.

Trois modalités sont envisageables pour cette souscription:

1. la souscription publique: la société fait appel public à l'épargne pour l'émission de ses titres;

2. la '*prise ferme*' par un syndicat financier en vue d'une offre ultérieure au public: plutôt que d'avoir recours directement au public, les actions sont souscrites par un ou plusieurs établissements financiers qui les replaceront ensuite dans le public. Ceci permet à la société d'éviter le risque de voir son augmentation de capital non souscrite ou partiellement souscrite;

3. la souscription privée.

c. Constatation de la réalisation de l'augmentation de capital

1323. Une fois le délai pour souscrire et libérer les actions expiré, il appartient de constater la réalisation de l'augmentation de capital.

Cette constatation doit toujours faire l'objet d'un acte authentique (art. 589 C. soc.).

Toutefois, même lorsque l'augmentation est décidée par l'assemblée générale, il n'est pas nécessaire de réunir cette dernière pour constater la réalisation de l'augmentation de capital et partant la modification des statuts. L'article 589 C. soc. prévoit en effet que la réalisation de l'augmentation de capital '*est constatée par un acte authentique, dressé à la requête du conseil d'administration ou d'un ou de plusieurs administrateurs spécialement délégués à cet effet, sur présentation des documents justificatifs de l'opération*'.

Seul le conseil d'administration au complet ou le ou les administrateurs spécialement délégués à cet effet peuvent requérir le notaire. La loi exige une habilitation spécifique: les délégués à la représentation générale en vertu d'une clause statutaire prise conformément à l'article 522, § 2, C. soc. ne pourraient, à défaut de pareille habilitation, remplir cette mission[1].

1. C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. BENOIT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 1360*quater*.

§ 3. RÔLE DU NOTAIRE

1324. Que l'augmentation se déroule en un ou deux actes, l'acte authentique doit constater le respect des conditions légales relatives à la souscription et à la libération du capital (art. 588, al. 2 et art. 589 C. soc.).

Le notaire n'a toutefois pas, selon la cour d'appel de Bruxelles déjà citée[1], l'obligation de constater par son acte authentique que les conditions légales sont réunies pour la modification aux statuts: '*le législateur n'a pas entendu déroger au rôle traditionnel du notaire qui est d'acter, de façon authentique, les déclarations faites devant lui*'.

La loi précise que, lorsque le capital est augmenté au moyen de souscriptions publiques, l'acte constatant la réalisation de l'augmentation du capital indique le nombre d'actions nouvelles créées et contient le relevé des souscriptions (art. 590, al. 1er, C. soc.). En cas d'augmentation de capital suite à la conversion d'obligations convertibles en actions ou à la souscription d'actions suite à l'exercice d'un droit de souscription, l'acte authentique précisera le nombre d'actions nouvelles créées en représentation de l'augmentation de capital corrélative à cette conversion ou souscription (art. 591 C. soc.).

§ 4. DÉFAUT D'ACTE AUTHENTIQUE

1325. L'acte authentique est requis à peine de nullité (art. 66, al. 3, C. soc.).

Toutefois, comme le précise l'article 172 auquel renvoie l'article 177 C. soc., cette nullité doit être prononcée par décision judiciaire et ne produit ses effets qu'à compter de la décision qui la prononce. En conséquence, il sera toujours possible de régulariser la situation en dressant un acte authentique avant que n'intervienne la décision judiciaire d'annulation.

1. Bruxelles, 1er mars 1988, *J.T.*, 1988, p. 237.

Sous-section 4
Conditions de publicité de l'augmentation de capital

§ 1. Augmentation de capital en un seul acte

1326. L'acte constatant la décision d'augmentation du capital et sa réalisation fait l'objet d'un dépôt au greffe conformément à l'article 75 C. soc. (art. 588, al. 1er et 589 C. soc.).

Dans la mesure où l'augmentation de capital modifie le capital social et, partant, l'acte constitutif de la société anonyme, la combinaison des articles 72 et 74, alinéa 1er, C. soc., impose que soient déposés et publiés les actes qui réalisent l'augmentation de capital.

Le procès-verbal de l'assemblée générale ou de la réunion du conseil d'administration sera donc publié par extraits aux annexes du *Moniteur belge.* Une expédition de l'acte ainsi que le texte coordonné des statuts modifiés seront déposés au greffe dans le dossier de la société.

§ 2. Augmentation de capital en deux actes

A. Acte constatant la décision d'augmenter le capital

1327. Cet acte est déposé au greffe mais est, provisoirement, simplement publié par mention (art. 75 C. soc.).

B. Acte constatant la réalisation de l'augmentation de capital

1328. La combinaison des articles 72 et 74, alinéa 1er, C. soc. impose que cet acte fasse l'objet d'un dépôt au greffe et d'une publication par extraits aux annexes du *Moniteur belge*: la modification des statuts résultant de la combinaison de l'acte constatant la décision d'augmenter le capital et de l'acte constatant la réalisation de celle-ci, les *deux* actes doivent à ce moment, être publiés par extraits[1].

1. C. Resteau, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. Benoit-Moury et A. Grégoire, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 1360.

§ 3. Défaut de publicité

1329. Conformément à l'article 76 C. soc., l'acte n'est opposable aux tiers qu'à partir du jour de sa publication aux annexes du *Moniteur belge*, sauf si la société prouve que ces tiers en avaient antérieurement connaissance.

Sous-section 5
Conditions de fond de l'augmentation de capital

§ 1. Des différents types d'augmentations de capital

1330. On distingue généralement trois types d'augmentations de capital:

- l'augmentation de capital par apports nouveaux: apports en espèces ou en nature;

- l'augmentation de capital sans apports nouveaux, par le jeu d'écritures comptables: il s'agit d'*'une opération consistant uniquement dans une modification de l'organisation interne de la société, réalisée en raison et à l'aide des biens qu'elle possédait, sans aucun apport venu du dehors'*[1]. Ainsi en est-il en cas d'augmentation de capital par incorporation de réserves ou de plus-values de réévaluation.

- l'augmentation de capital par suite de l'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription, attachés ou non à une obligation. L'émission de tels titres est généralement qualifiée de '*capital différé*' dans la mesure où l'augmentation de capital ne se réalisera que lorsque les titulaires des obligations convertibles ou de droits de souscription convertiront leurs obligations en actions ou exerceront leur droit de souscrire des actions. En raison de sa spécificité, cette technique fera l'objet d'une analyse au chapitre traitant des obligations[2].

1. Cass., 17 décembre 1931, *Rev. prat. soc.*, 1932, p. 35.
2. Voir *infra*, nos 1447 et s.

§ 2. Augmentation de capital par apports nouveaux

A. Conditions générales

a. Actions avec ou sans droit de vote

1331. Sous réserve des limites imposées par l'article 480 C. soc.[1], l'augmentation de capital peut être réalisée par l'émission d'actions sans droit de vote.

b. Apports en numéraire et en nature

1332. L'augmentation de capital peut être réalisée au moyen de souscriptions qui, comme en matière de constitution, peuvent faire l'objet d'apports en numéraire ou en nature. Le montant de l'augmentation doit être intégralement souscrit. En vertu de l'article 584, si l'augmentation de capital annoncée n'est pas entièrement souscrite, celle-ci ne pourra pas être réalisée à moins que les conditions de l'émission ne prévoient expressément que le capital ne sera augmenté qu'à concurrence des souscriptions recueillies.

Les règles de libération suivent ce qui est prévu en matière de constitution: chaque action correspondant à un apport en numéraire et chaque action correspondant en tout ou en partie à un apport en nature doivent être libérées d'un quart. Pour le surplus, les actions correspondant en tout ou en partie à des apports en nature doivent être entièrement libérées dans un délai de 5 ans à dater de la décision d'augmenter le capital.

Rappelons que l'acte authentique doit constater le respect des conditions légales relatives à la souscription et à la libération du capital évoquées ci-dessus (art. 588, al. 2 et 589 C. soc.)[2].

Trois remarques s'agissant de ces conditions de fond:

- l'augmentation de capital ne requiert pas l'élaboration d'un nouveau plan financier[3];
- l'augmentation de capital n'exige pas que le capital '*ancien*' soit entièrement libéré;
- en cas de violation ou d'inobservation des conditions de fond, les administrateurs voient leur responsabilité engagée.

1. Voir *supra*, n° 802.
2. Voir *supra*, sur le rôle du notaire, n° 1324.
3. X. Dieux, 'L'article 29*ter* des lois coordonnées sur les sociétés commerciales est-il applicable à l'augmentation du capital social?', *Rev. prat. soc.*, 1980, p. 245.

L'article 610 C. soc. reproduit pour les administrateurs, en cas d'augmentation de capital, les mêmes règles de responsabilité que pour les fondateurs lors de la constitution[1].

Les administrateurs seront ainsi solidairement responsables envers les intéressés, malgré toute stipulation contraire:

- de toute la partie du capital qui ne serait pas valablement souscrite (art. 610, 1°, C. soc.);
- de la libération effective jusqu'à concurrence d'un quart des actions ainsi que de la libération intégrale dans un délai de cinq ans des actions correspondant en tout ou en partie à des apports en nature (art. 610, 2°, C. soc.);
- de la libération des actions souscrites, directement ou au moyen de certificats en violation de l'article 585 (art. 610, 3°, C. soc.);
- de la réparation du préjudice, qui est une suite immédiate et directe, soit de l'absence ou de la fausseté des énonciations prescrites par l'article 590 dans l'acte et dans les souscriptions, soit de la surévaluation manifeste des apports en nature (art. 610, 4°, C. soc.).

A la différence de l'article 528, alinéa 2, C. soc., l'article 610 C. soc. ne prévoit pas la possibilité pour les administrateurs qui n'auraient pas participé à l'infraction et l'auraient dénoncée, de s'exonérer de cette responsabilité solidaire. Resteau considère toutefois qu'il y a lieu d'appliquer par souci d'équité et par analogie la règle de l'article 528, al. 2, C. soc.: l'administrateur '*fera acte de prudence en ne se bornant pas seulement à refuser de signer l'acte mais en y faisant insérer par le notaire une protestation contre la manière dont il est procédé*'[2].

c. Apports en nature: article 602 C. soc.

1. Procédure

1333. L'article 602 C. soc. transpose, en cas d'augmentation de capital par apports en nature, la procédure de vérification des apports prévue à la constitution de la société[3].

1. Voir *supra*, n°s 767 à 769.
2. C. Resteau, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. Benoit-Moury et A. Grégoire, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 1400.
3. Voir *supra*, n°s 713 et s.

Si la société a un commissaire, c'est à celui-ci que reviendra l'obligation d'établir le rapport de contrôle. Si la société n'en a pas, il appartiendra au conseil d'administration de désigner un réviseur d'entreprises[1].

Le conseil d'administration a également l'obligation, comme les fondateurs lors de la constitution, d'établir un rapport exposant d'une part, l'intérêt que présentent pour la société tant les apports que l'augmentation de capital proposée et d'autre part, les raisons pour lesquelles éventuellement, il s'écarte des conclusions du rapport révisoral.

Ce rapport du conseil d'administration est particulièrement important dans la mesure où le droit de préférence qu'ont les anciens actionnaires de souscrire à l'augmentation de capital n'existe pas en cas d'apports en nature: '*Ceci s'explique aisément. La plupart des apports en nature sont spécifiques. Vu les caractéristiques des biens concernés, seules une ou plusieurs personnes sont, en fait et même souvent en droit aussi, capables de les apporter*'[2]. On comprend dès lors mieux l'exigence légale d'une double justification: l'une de l'intérêt, pour la société, de l'augmentation de capital et l'autre, de l'intérêt, toujours pour la société, des apports en nature. Il ne suffit donc pas, pour le conseil d'établir l'intérêt que l'augmentation de capital présente pour la société (ainsi, par exemple, le souci de renforcer les fonds propres, l'accroissement de la taille de la société,...) encore faut-il montrer en quoi les apports en nature sont susceptibles de servir l'intérêt social[3].

Le rapport du réviseur et le rapport spécial du conseil d'administration sont déposés au greffe du tribunal de commerce conformément à l'article 75 C. soc. (art. 602, al. 4, C. soc.). Lorsque l'augmentation du capital est décidée par l'assemblée générale et non par le conseil selon la technique du capital autorisé, les deux rapports sont annoncés dans l'ordre du jour. Une copie en est adressée aux actionnaires en nom, aux administrateurs et au commissaire en même temps que la convocation. Elle est également transmise sans délai aux personnes qui, au plus tard sept jours avant l'assemblée, ont accompli les formalités requises par les statuts pour être admises à l'assemblée. Les personnes qui ont rempli ces formalités après ce délai reçoivent une copie de ces documents à l'assemblée générale. Tout actionnaire, obligataire, titulaire d'un droit de souscription ou titulaire d'un certificat émis avec la collaboration de la société, a le droit d'obtenir gratuitement, sur la

1. Le contenu de ce rapport révisoral est le même qu'en cas de constitution. Il '*porte notamment sur la description de chaque apport en nature et sur les modes d'évaluation adoptés. Il indique si les valeurs auxquelles conduisent ces modes d'évaluation correspondent au moins au nombre et à la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, au pair comptable et, le cas échéant, à la prime d'émission des actions à émettre en contrepartie. Le rapport indique quelle est la rémunération effectivement attribuée en contrepartie des apports*' (art. 34, § 2, al. 2).
2. Commission bancaire, *Rapport annuel*, 1986-1987, p. 64.
3. *Ibid.*, p. 67. Voir Comm. Hasselt (réf.), 1er mars 1994, *T.R.V.*, 1994, p. 358 et note M. WYCKAERT.

production de son titre, quinze jours avant l'assemblée, un exemplaire des rapports au siège de la société (art. 535 C. soc.).

Depuis l'arrêté royal du 8 octobre 2008 pris en exécution de la directive 2006/68/CE, la procédure décrite ci-avant n'est pas d'application lorsque les apports en nature sont, selon certaines conditions, constitués des éléments d'actifs suivants:

1° de valeurs mobilières ou d'instruments du marché monétaire visés à l'article 2, 31° et 32°, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers;

2° d'éléments d'actif autres que les valeurs mobilières et instruments du marché monétaire visés au 1°, qui ont déjà été évalués depuis 6 mois au plus par un réviseur d'entreprises;

3° d'éléments d'actif autres que les valeurs mobilières et instruments du marché monétaire visés au 1° dont la juste valeur est tirée, pour chaque élément d'actif, des comptes annuels de l'exercice financier précédent, à condition que les comptes annuels aient été contrôlés par le commissaire ou par la personne chargée du contrôle des comptes annuels et à condition que le rapport de cette personne comprenne une attestation sans réserve[1].

2. Règles particulières en cas de capital autorisé

1334. On rappelle que, dans le cadre du capital autorisé, le conseil d'administration ne peut procéder à des augmentations de capital à réaliser principalement par des apports en nature réservées exclusivement à un actionnaire de la société détenant des titres de cette société auxquels sont attachés plus de 10 % des droits de vote (art. 606, 1°, C. soc.)[2].

De même, en cas d'offre publique d'acquisition, le conseil ne peut plus procéder à une augmentation de capital par apports en nature, dès réception de la communication faite par l'Autorité des services et marchés financiers selon laquelle elle a été saisie d'un avis d'offre publique concernant la société (art. 607, 1°, C. soc.)[3].

1. Pour plus de détails sur ce régime d'exception, voir *supra* n° 713.
2. Voir *supra*, n° 1062.
3. Voir *supra*, n° 1068.

3. Cas d'application

1335.. Les augmentations de capital par apports en nature sont très fréquentes, que ce soit par apport d'immeubles, de titres,...

Certaines opérations méritent toutefois une attention particulière[1].

(i) Augmentation de capital par apport de créance

1336. Un actionnaire ou un créancier de la société peut souhaiter ou consentir à convertir sa créance en actions.

On peut ainsi songer à l'hypothèse où un actionnaire apporte à la société le solde créditeur de son compte courant ouvert dans les livres de la société.

Pareille opération constitue une augmentation de capital par apport en nature soumise à la procédure décrite ci-dessus. Se posera éventuellement le problème de l'évaluation de la créance: doit-elle être évaluée à sa valeur nominale ou à sa valeur économique, compte tenu, notamment de la situation financière de la société? Il semble que le critère économique doive prévaloir[2].

On ne confondra pas cette hypothèse avec une autre situation fort proche mais néanmoins différente.

Il se peut en effet qu'un actionnaire, ayant souscrit en espèces mais libéré partiellement sa souscription, souhaite libérer le solde de son apport par compensation avec une créance sur la société. La question est particulièrement délicate lorsque le souscripteur est créancier en compte courant[3]. La théorie classique considère en effet que la règle de l'indivisibilité du compte courant rend le solde créditeur indisponible et condamne donc toute possibilité de compensation tant que le compte n'est pas clôturé[4]. Toutefois, lorsque la clôture du compte résultera de la faillite de

1. Nous ne reviendrons pas ici sur le cas du dividende optionnel déjà commenté plus haut (*supra*, n° 577).
2. P. HAINAUT-HAMENDE, sous la direction d'A. BENOIT-MOURY, 'Opérations sur le capital. Emissions publiques. Transformation. Fusion-scission', *Rép. not.*, 2° partie, Bruxelles, Larcier, 1995, pp. 430-432, n° 581.
3. F. 'T KINT, obs. sous Gand, 25 septembre 1991, *Rev. prat. soc.*, 1992, pp. 109 et s.
4. *Ibid.* et les réf. citées p. 110. Le même auteur souligne néanmoins que la théorie des compensations successives proposée par PIRET devrait conduire à tenir pour valable la libération par inscription en compte, à concurrence du solde créditeur du souscripteur qui s'exécute. Malheureusement, comme le souligne F. 'T KINT, PIRET lui-même écarte cette conclusion.

la société, aucune compensation ne pourra jouer dans la mesure où la faillite fait obstacle à la compensation[1].

(ii) Conversion de l'emprunt obligataire en actions

1337. L'article 568, 3°, C. soc. permet à l'assemblée générale des obligataires de décider la conversion de leur créance d'obligataire en actions (*infra*, n° 1446).

Il s'agit dans ce cas d'un apport en nature.

d. Apports en numéraire: article 600 C. soc.

1338. L'article 600 C. soc. prévoit, comme pour la constitution de la société, que les fonds destinés à la libération des actions souscrites soient, préalablement à l'acte, déposés par versement ou virement à un compte spécial ouvert au nom de la société auprès de la Poste ou d'un établissement de crédit établi en Belgique[2].

Cet organisme remettra au notaire instrumentant une attestation justifiant le versement ou le virement des apports en numéraire à libérer. Il n'est pas nécessaire que cette attestation détaille la liste des déposants et le montant de leurs versements respectifs. Une attestation globale suffit en pratique[3].

En vertu de l'alinéa 2 de l'article 600, les fonds resteront bloqués jusqu'à ce que le notaire ait informé l'organisme dépositaire de la passation de l'acte. Seules les personnes habilitées à engager la société pourront disposer des fonds.

Si l'augmentation de capital n'était pas réalisée dans les trois mois de l'ouverture du compte spécial, les fonds seraient restitués, à leur demande, à ceux qui les ont déposés (art. 600, al. 3, C. soc.). L'accord de la société sur cette restitution sera néanmoins requis[4].

B. Règles destinées à assurer l''*égalité*' entre actionnaires

1339. Le législateur a voulu éviter que l'augmentation de capital ne rompe l'égalité financière ou politique existant entre actionnaires.

1. Gand, 25 septembre 1991, *Rev. prat. soc.*, 1992, pp. 109 et s., F. 'T KINT fait toutefois observer que, dans ce cas, on aurait sans doute pu invoquer la connexité de fait entre les avances d'associés et leur dette de libération, permettant ainsi, en raison du '*lien d'interdépendance*' entre les dettes réciproques, la compensation.
2. Voir *supra*, n° 720.
3. C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. BENOIT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 1387*bis*.
4. *Ibid.*

Aussi a-t-il prévu trois mécanismes – le droit de préférence, la prime d'émission et l'émission sous le pair comptable – à l'effet de maintenir l'équilibre entre anciens et nouveaux actionnaires.

Le premier ne s'applique qu'en cas d'augmentation de capital par apports en numéraire. Les deux derniers concernent autant les augmentations de capital par apports en numéraire que celles par apports en nature.

a. Le droit de préférence

1340. Le droit de préférence ou droit de souscription préférentielle est le droit reconnu aux actionnaires ayant cette qualité au moment où une augmentation par apports en numéraire est décrétée, de souscrire, par préférence à des tiers, les nouvelles actions émises lors de cette augmentation de capital, en proportion de leur participation dans le capital.

Le droit de préférence répond à une double préoccupation: '*D'une part, il constitue pour les actionnaires un moyen indispensable pour conserver leur position et leur pouvoir votal dans la société. D'autre part, il leur évite de subir un préjudice financier. En effet, le prix d'émission des actions nouvelles est généralement inférieur au cours de bourse ou à la valeur intrinsèque des actions anciennes, notamment pour inciter les actionnaires à participer à l'émission. Sans ce droit de préférence, les actionnaires subiraient proportionnellement à cette différence, un préjudice financier au profit des nouveaux actionnaires*'[1].

1. Principes

1341. Selon l'article 592, alinéa 1er, C. soc., '*les actions à souscrire en espèces, les obligations convertibles et les droits de souscription doivent être offerts par préférence aux actionnaires proportionnellement à la partie du capital que représentent leurs actions*'.

a) Augmentations de capital visées

1342. Seules les augmentations de capital par apports en espèces confèrent aux anciens actionnaires un droit de souscription préférentielle. Ce droit ne se justifie pas en cas d'apports en nature[2] ou en cas d'augmentation sans apports nouveaux[3].

1. Commission bancaire, *Rapport annuel*, 1985-1986, p. 65.
2. Voir *supra*, n° 607. Lorsque l'augmentation de capital est souscrite pour partie en nature et pour une autre partie en numéraire, le droit de préférence ne concerne que cette dernière partie (Anvers (réf.), 6 mars 1989, *T.R.V.*, 1989, p. 430).
3. Voir *infra*, nos 1359 et s.

Il ne se conçoit pas non plus en cas d'émission de parts bénéficiaires, ces dernières n'étant pas représentatives du capital[1].

Toutes les augmentations de capital par apports en espèces doivent, en principe, respecter ce droit de préférence. Il importe peu que l'augmentation soit décidée par l'assemblée générale ou le conseil d'administration dans le cadre du capital autorisé.

b) Titulaires du droit de préférence

1343. L'article 592, alinéa 1er, C. soc. reconnaît aux actionnaires un droit de préférence, proportionnellement à la partie du capital que représentent leurs actions. Seules les actions de capital sont donc assorties d'un droit de souscription préférentielle. Ce droit n'est pas reconnu aux porteurs de parts bénéficiaires[2].

Par contre, les porteurs d'actions sans droit de vote ont un droit de souscription préférentielle en cas d'émission d'actions nouvelles avec ou sans droit de vote ou en cas d'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription. Toutefois, '*si l'augmentation de capital se réalise par l'émission de deux tranches proportionnelles d'actions, les unes avec droit de vote et les autres sans droit de vote, dont la première est offerte par préférence aux porteurs d'actions avec droit de vote et la seconde aux porteurs d'actions sans droit de vote*', le droit de préférence accordé aux actions sans droit de vote est limité à cette seule seconde tranche d'actions (art. 592, al. 2, C. soc.). Cette règle permet de maintenir, après l'augmentation de capital, la même proportion entre actions sans droit de vote et actions avec droit de vote. Elle s'applique *mutatis mutandis* en cas d'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription (art. 592, al. 2, *in fine*, C. soc.).

Il convient également de tenir compte de l'existence d'obligations convertibles ou de droits de souscription. Les articles 491 et 501, alinéa 2, C. soc. leur permettent en effet, en cas d'augmentation de capital par apports en numéraire, nonobstant toute disposition contraire des statuts ou des conditions d'émission, d'obtenir la conversion de leurs titres ou d'exercer leur droit de souscription et de participer, s'ils le désirent, à la nouvelle émission en qualité d'actionnaires.

1. Voir *supra*, n° 809.
2. Les statuts ne pourraient déroger à cette règle (C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. BENOIT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 1408*sexies*).

2. Conditions d'exercice du droit de préférence

(i) Délai de l'exercice

1344. L'assemblée générale ou, lorsque l'augmentation de capital est décidée dans le cadre du capital autorisé, le conseil d'administration fixent le délai pendant lequel les titulaires du droit de préférence peuvent exercer leur droit de souscription.

Ce délai ne peut être inférieur à quinze jours à dater de la souscription (art. 593, al. 1er, C. soc.).

Ce principe connaît deux tempéraments:

- l'article 596, alinéa 1er, C. soc. permet à l'assemblée générale appelée à délibérer et à statuer sur l'augmentation du capital, de déroger à ce délai de quinze jours, '*dans l'intérêt social, aux conditions de quorum et de majorité prévues pour la modification des statuts*'. Cette proposition doit être spécialement annoncée dans la convocation[1];

- les actionnaires peuvent toujours renoncer au délai qui leur est ainsi accordé. Cette renonciation exige la présence ou la représentation de tous les actionnaires à l'assemblée et leur unanimité[2].

(ii) Publicité

1345. Les titulaires du droit de préférence sont avertis de l'ouverture de la souscription et de son délai d'exercice:

- soit par lettre recommandée lorsque toutes les actions sont nominatives;

- soit par un avis publié aux Annexes du *Moniteur belge*, dans un organe de presse de diffusion nationale et dans un organe de presse régional du siège de la société (art. 593, al. 2, C. soc.).

L'envoi de la lettre recommandée ou la publication de l'avis doit se faire huit jours au moins avant l'ouverture de la souscription. Ce délai se calcule en comptant

1. Seule l'assemblée générale peut réduire le délai. Le conseil d'administration ne dispose pas de pareil droit dans le cadre du capital autorisé. Sur la procédure, voir *infra*, nos 1348 et s.
2. C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. BENOIT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 1408*sexies*.

'*depuis le lendemain du jour de la publication, le jour de l'échéance étant compris dans ce délai*'[1].

Afin d'éviter une application intempestive des règles régissant l'appel public à l'épargne, l'article 593, alinéa 3, C. soc. précise que '*la publication de l'avis ou la communication de son contenu aux actionnaires en nom ne constituent pas, par elles-mêmes, un appel public à l'épargne*'.

(iii) Négociation du droit de souscription

1346. L'actionnaire n'est nullement contraint de souscrire à l'augmentation de capital. Pendant toute la durée de la souscription, il peut vendre ou négocier son droit (art. 593, al. 4, C. soc.). Ce droit revêt en effet une valeur économique égale, en théorie, à la perte subie par l'action ancienne à la suite de l'augmentation du capital[2].

L'article 593, alinéa 4, C. soc. précise d'ailleurs qu'il ne peut être apporté à cette négociabilité du droit de souscription d'autres restrictions que celles applicables au titre auquel le droit est attaché. Ainsi, dans les sociétés où existent des clauses statutaires d'agrément ou de préemption, les mêmes restrictions s'étendront à la négociation du droit de souscription afin de sauvegarder le caractère fermé de la société.

Cette négociabilité du droit de souscription permet aux actionnaires qui ne seraient pas en mesure d'exercer leur droit parce qu'ils ne possèdent pas assez d'actions pour souscrire, d'acquérir de nouveaux droits ou de céder les leurs moyennant dédommagement: ainsi, par exemple, si l'on prévoit l'attribution d'une action nouvelle pour quatre anciennes, les actionnaires ayant moins de quatre actions pourront soit chercher à acquérir des droits de souscription supplémentaires leur permettant de satisfaire à la proposition requise, soit vendre les droits leur appartenant.

(iv) Sort des droits de souscription non exercés

1347. Il est fort probable qu'à l'issue de la période de souscription, tous les droits de souscription ne soient pas exercés et que certaines actions ne soient pas souscrites.

L'article 594 C. soc. règle cette question différemment selon qu'il s'agisse d'une société faisant appel public à l'épargne ou non.

Pour les sociétés qui ne font pas appel public à l'épargne, l'article 594 C. soc. laisse aux statuts le soin de régler le sort des droits de souscription non exercés: ils

1. M. MASSAGE, *L'adaptation du droit des sociétés anonymes*, Bruxelles, Swinnen, 1985, p. 79.
2. G. HORSMANS et G. KEUTGEN, 'Augmentation et réduction du capital', *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, p. 141.

peuvent ainsi prévoir que les actions non souscrites par les actionnaires anciens seront offertes à ceux d'entre eux qui ont déjà souscrit à la première souscription, proportionnellement à leur participation (souscription dite '*réductible*'); ils peuvent aussi stipuler, pour ce second tour, un droit de préférence en faveur des titulaires de parts bénéficiaires; ils peuvent également ouvrir la souscription à des tiers[1].

A défaut de dispositions statutaires expresses, l'article 594 C. soc. laisse au conseil d'administration le soin de décider du sort des droits de souscription non exercés: ouverture de la souscription à des tiers ou souscription réductible au profit des actionnaires anciens qui avaient déjà souscrit.

Pour les sociétés faisant appel public à l'épargne, le traitement des droits non exercés n'est pas fixé par la loi. Il y a lieu de se référer à la doctrine de l'Autorité des services et marchés financiers qui recommande la matérialisation des droits non exercés dans des '*scripts*' qui sont négociés en bourse et dont le prix de réalisation est tenu à la disposition des actionnaires qui n'ont pas exercé leurs droits[2].

3. Dérogations au droit de préférence

(i) Dérogations permises par la loi

1348. L'article 595 C. soc. confirme le principe du droit de préférence: les statuts ne peuvent ni le supprimer, ni le limiter.

Toutefois, cette interdiction subit deux tempéraments:

- dans le cadre du capital autorisé, les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration à limiter ou à supprimer ce droit, purement et simplement ou en faveur d'une ou plusieurs personnes déterminées autres que les membres du personnel de la société ou de ses filiales (art. 605, 1° et 2°, C. soc.);

- l'assemblée générale appelée à délibérer et à statuer sur l'augmentation du capital peut, dans l'intérêt social, aux conditions de quorum et de majorité prévues pour la modification des statuts, limiter ou supprimer le droit de souscription préférentielle ou déroger au délai de 15 jours prévu pour l'exercice de ce droit (art. 596, al. 1er, C. soc.).

1. C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. BENOIT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 1408*octies*.
2. Pour plus de détails, voir P. HAINAUT-HAMENDE, sous la direction d'A. BENOIT-MOURY, 'Opérations sur le capital. Emissions publiques. Transformation. Fusion-scission', *Rép. not.*, 2° partie, Bruxelles, Larcier, 1995, n° 592; P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, 'Examen de jurisprudence (1979 à 1990). Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1993, p. 666, n° 73.

Dans ces deux cas, seul l'intérêt social peut justifier que l'on déroge au droit de préférence[1]. Il convient donc d'envisager ce que le législateur entend par cette notion d'intérêt social (*infra*, n° 1349).

On se rend compte immédiatement que la limitation ou la suppression du droit de préférence est une mesure lourde de conséquences pour les actionnaires anciens. On comprend donc aisément que le législateur ait prévu une procédure spécifique et des garanties renforcées (*infra*, n° 1350).

Notons de suite qu'il n'y a pas dérogation au droit de préférence lorsque les actions émises lors de l'augmentation de capital sont souscrites par une banque ou un établissement financier ('*prise ferme*'), en vue de les offrir ensuite aux actionnaires (art. 597 C. soc.). En effet, dans pareil cas, le preneur ferme s'engage à respecter le droit de préférence lorsqu'il revendra les titres au public.

Il ne faut pas non plus confondre l'hypothèse où l'assemblée – ou le conseil – déroge au droit de préférence avec celle où l'actionnaire renonce, à titre individuel, au droit de préférence.

Le droit de préférence ayant été créé dans le seul intérêt de l'actionnaire, rien n'empêche celui-ci de renoncer à ce droit dès la décision d'augmenter le capital prise[2]. Bien évidemment, l'actionnaire ne pourrait renoncer anticipativement à l'exercice de ce droit avant cette décision[3].

La pratique[4] fait d'ailleurs un large usage de cette faculté de renonciation individuelle afin d'éviter les formalités inhérentes à la limitation ou à la suppression du droit de préférence: l'assemblée générale, réunissant tous les actionnaires, votant à l'unanimité, acte la renonciation expresse et individuelle de chaque actionnaire à

1. On parle de limitation du droit de préférence lorsqu'on réserve l'augmentation de capital à certains actionnaires seulement et de suppression du droit de préférence lorsque seuls des tiers peuvent souscrire à l'augmentation de capital.
2. C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. BENOIT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 1408*sexies*.
3. P. HAINAUT-HAMENDE, 'Augmentation et réduction du capital', *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, n° 602.
4. Voir H. MICHEL, 'La réforme du droit des sociétés', *Rev. not. belge*, 1985, pp. 14 à 16; H. MICHEL et H. DU FAUX, 'Les procédures d'augmentation de capital des SA par apports en numéraire', *Notarius*, 1985, pp. 74 et 75; Y. DECHAMPS, 'La réforme du droit des sociétés, renonciation, droit de souscription préférentielle – Nouvelle proposition de 3e voie', *Rev. not. belge*, 1985, pp. 434-438; H. DU FAUX, 'Sociétés anonymes – Renonciation au droit de souscription préférentielle prévu par l'article 34*bis* des lois coordonnées sur les sociétés commerciales', *Rev. not. belge*, 1985, pp. 532-537; H. MICHEL, 'La pratique face à une nouvelle réforme du droit des SA et des SPRL Loi du 18 juillet 1991', *Réforme des sociétés*, recyclage organisé le 22 octobre 1991 par la licence en Notariat de la Faculté de droit de l'U.C.L., p. 42; F. BOUCKAERT, 'Individuele afstand van het voorkeurrecht: een valkuil', *T.R.V.*, 1992, p. 426.

exercer son droit de préférence et au délai d'exercice de ce droit en faveur du ou des bénéficiaires nommément désignés. Cette procédure permet d'augmenter le capital et de réserver cette augmentation de capital à un ou plusieurs actionnaires ou à des tiers sans avoir à établir les rapports prévus par la loi. Cette solution n'est toutefois praticable que s'il y a unanimité de présence et unanimité de vote des actionnaires[1].

(ii) L'intérêt social

1349. Seul l'intérêt social permet à l'assemblée générale ou au conseil d'administration, lorsque les statuts l'y autorisent, de déroger au droit de préférence.

Il n'existe malheureusement aucune définition précise de l'intérêt social.

Sans doute est-ce là une notion à contenu variable[2], qui, pour paraphraser le procureur général TERLINDEN dans un essai de définition de l'ordre public[3], '*se sent bien plus qu'on ne la définit*'.

Le législateur s'est en effet gardé de définir cette notion, y voyant là '*une tâche pour les cours et tribunaux*'[4].

Tout au plus s'était-il contenté, lorsqu'il introduisit cette dérogation au droit de préférence en 1984, de préciser que ces termes '*dans l'intérêt social*' doivent être interprétés de manière '*suffisamment large*'[5].

Il s'ensuit que l'intérêt social ne s'identifie pas avec l'intérêt des actionnaires mais, comme l'a souligné très justement J.-M. NELISSEN-GRADE, dépasse cet intérêt des actionnaires[6].

Comme l'avait déjà énoncé un jugement rendu en 1958 par le tribunal de commerce d'Anvers et brillamment commenté par M. le Conseiller de BERSAQUES[7], l'intérêt social englobe non seulement l'intérêt des actionnaires, mais également

1. H. MICHEL, 'La pratique face à une nouvelle réforme du droit des SA et des SPRL Loi du 18 juillet 1991', *Réforme des sociétés*, recyclage organisé le 22 octobre 1991 par la licence en Notariat de la Faculté de droit de l'U.C.L.
2. B. SAINTOURENS, 'La flexibilité du droit des sociétés', *Rev. trim. dr. comm.*, 1987, pp. 480 et s.
3. Concl. sous Cass., 12 mai 1922, *Pas.*, 1922, I, p. 296.
4. *Doc. parl.*, Sén., 1990-1991, n° 1107-3, pp. 152 et 153.
5. *Doc. parl.*, Ch., 1981-1982, n° 210-9, p. 33.
6. J.-M. NELISSEN-GRADE, 'De la validité et de l'exécution de la convention de vote dans les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1991, p. 233, n° 35.
7. Comm. Anvers, 17 juill. 1958, *R.C.J.B.*, 1959, p. 359; voir également *Rev. prat. soc.*, 1960, pp. 168 et s.

celui des travailleurs, des fournisseurs, des dispensateurs de crédit, des clients voire celui de la communauté dans laquelle la société exerce son activité.

Plus récemment, certains auteurs ont mis l'accent sur l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, qui transcende les divers intérêts et tient compte de la nature de la relation particulière qu'elle entretient avec chaque catégorie d'intéressés[1].

Aussi, les motifs les plus divers pourront justifier la dérogation au droit de préférence: par exemple, l'intention de conférer une dimension internationale à l'actionnariat et par conséquent d'accroître la réputation de l'entreprise, le souci de renforcer le capital de l'entreprise et de préserver son autonomie en faisant appel à de nouveaux actionnaires institutionnels permanents, les conditions financières d'émission plus favorables sur l'euromarché que sur le marché interne, la crainte d'une saturation du marché interne...[2]

De même, dans le référé dit '*des filiales de la Société Générale de Belgique*'[3], le président du tribunal de commerce a admis que '*constituent des mobiles admissibles, pour autant qu'ils reposent sur une analyse objective de la situation, justifiant dès lors le recours au capital autorisé hors droit de préférence, la volonté des dirigeants de maintenir la qualité d'un produit, de saisir l'opportunité de synergies nouvelles, de recentrer les activités de la société sur quelques créneaux porteurs ou encore le sort des collaborateurs, la qualité de la production, les relations envers la clientèle et l'intérêt de la communauté dans laquelle la société exerce son activité*'.

Dans tous les cas, la motivation par rapport à l'intérêt social devra être '*circonstanciée, concrète et complète, réelle et suffisante*'[4].

(iii) Procédure

1350. Il convient de distinguer la procédure selon l'organe qui décide de l'augmentation de capital.

1. Y. DE CORDT, 'Les stakeholders dans les codes de corporate governance', *Rev. prat. soc.*, 2005, p. 58. L'auteur renvoie utilement à la définition contenue dans le rapport Viénot I, (p. 5): '*l'intérêt social peut ainsi se définir comme l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme un agent économique autonome, poursuivant des fins propres, distinctes notamment de celles de ses actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à leur intérêt général commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise*'.
2. Commission bancaire, *Rapport annuel*, 1985-1986, p. 62.
3. Comm. Bruxelles (réf.), 18 février 1988, *J.T.*, 1988, p. 232.
4. P. HAINAUT-HAMENDE, 'Augmentation et réduction du capital', *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, n° 596.

Il y a lieu également de tenir compte des règles particulières introduites par la loi du 18 juillet 1991 dans deux hypothèses:

- la limitation ou la suppression du droit de préférence au profit d'une ou plusieurs personnes déterminées qui ne sont pas membres du personnel de la société ou d'une de ses filiales (*infra*, n° 1353);

- l'augmentation de capital réservée au personnel (*infra*, n°s 1372 et s.).

1) Augmentation de capital par l'assemblée générale

1351. Lorsque l'augmentation de capital est décidée par l'assemblée générale, celle-ci ne peut décider de supprimer ou de limiter le droit de préférence que par une décision spéciale prise dans les conditions requises pour la modification des statuts et justifiée par l'intérêt social (art. 596, al. 1er, C. soc.).

La proposition de déroger au droit de préférence doit être spécialement annoncée dans la convocation (art. 596, al. 1er, *in fine*, C. soc.).

Le conseil d'administration est tenu de justifier sa proposition dans un rapport détaillé portant notamment sur le prix d'émission et les conséquences financières de l'opération. Un rapport est établi par le commissaire ou, à défaut, par un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe désigné par le conseil d'administration. Dans son rapport, le réviseur ou l'expert-comptable doit déclarer '*que les informations financières et comptables contenues dans le rapport du conseil d'administration sont fidèles et suffisantes pour éclairer l'assemblée appelée à voter cette proposition*' (art. 596, al. 2, C. soc.).

Le réviseur ou l'expert-comptable n'a pas à se prononcer sur la conformité ou non de l'opération à l'intérêt social. Sa mission est d'ordre financier: éclairer les actionnaires sur le sacrifice financier qu'ils consentent ainsi que sur les avantages corrélatifs attribués aux apporteurs nouveaux[1].

Ces rapports du conseil d'administration et de contrôle sont déposés au greffe du tribunal de commerce conformément à l'article 75 C. soc. et sont annoncés dans l'ordre du jour. Une copie en est adressée aux actionnaires en nom, aux administrateurs et au commissaire en même temps que la convocation. Elle est également transmise sans délai aux personnes qui, au plus tard sept jours avant l'assemblée, ont accompli les formalités requises par les statuts pour être admises à l'assemblée. Les personnes qui ont rempli ces formalités après ce délai reçoivent une copie de

1. G. HORSMANS et G. KEUTGEN, 'Augmentation et réduction du capital', *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, p. 144.

ces documents à l'assemblée générale. Tout actionnaire, obligataire, titulaire d'un droit de souscription ou titulaire d'un certificat émis avec la collaboration de la société, a le droit d'obtenir gratuitement, sur la production de son titre, quinze jours avant l'assemblée, un exemplaire des rapports au siège de la société (art. 535 C. soc.).

Ainsi dûment éclairée, l'assemblée peut décider, aux conditions requises pour la modification des statuts, de supprimer ou de limiter le droit de préférence. Cette décision, constatée dans un acte authentique, est déposée au greffe conformément à l'article 75 C. soc.

Rappelons que l'absence des rapports prévus par la loi peut entraîner la nullité de la décision de l'assemblée générale (art. 596, al. 3, C. soc.), outre la responsabilité des administrateurs pour violation de la loi (*supra*, n°s 1162 et s.).

2) Augmentation de capital dans le cadre du capital autorisé

1352. La loi ne prévoit plus expressément que les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration, dans le cadre du capital autorisé, à limiter ou supprimer le droit de préférence et les conditions pour y parvenir[1]. L'article 605 C. soc. consacre toutefois implicitement une telle autorisation sans toutefois renvoyer aux conditions auxquelles le conseil d'administration doit se conformer pour limiter ou supprimer le droit de préférence.

Toutefois, s'agissant d'une compétence déléguée, celle-ci doit être exercée dans l'esprit de son titulaire initial, à savoir l'assemblée générale. Aussi, il n'est pas contesté que les conditions définies à l'article 596 C. soc. s'appliquent mutatis mutandis à la décision prise par le conseil d'administration sur ce point. La limitation ou la suppression doit respecter l'intérêt social et le conseil doit, comme par le passé, s'en justifier dans un rapport détaillé portant notamment sur le prix d'émis-

1. L'article 34, § 3, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales était libellé comme suit:
'*Les statuts ne peuvent ni supprimer ni limiter le droit de préférence.*
Ils peuvent néanmoins autoriser le conseil d'administration à limiter ou à supprimer, dans l'intérêt social, ce droit lors d'une augmentation de capital réalisée dans les limites du capital autorisé conformément à l'article 33bis, § 2. Le conseil d'administration ne peut limiter ou supprimer ce droit en faveur d'une ou plusieurs personnes déterminées, autres que les membres du personnel de la société ou de ses filiales, que si les statuts prévoient expressément cette possibilité.
Lorsque, en application du second alinéa, le conseil d'administration limite ou supprime le droit de souscription préférentielle, il s'en justifie dans un rapport détaillé portant notamment sur le prix d'émission et sur les conséquences financières. Un rapport est établi par le commissaire-réviseur et à défaut par un réviseur d'entreprises désigné conformément à l'article 34, § 2 (ou par un expert-comptable désigné de la même manière et inscrit au tableau des experts-comptables externes de l'Institut des Experts-Comptables), par lequel il déclare que les informations financières et comptables contenues dans le rapport du conseil d'administration sont fidèles. Ces rapports sont déposés au greffe du tribunal de commerce conformément à l'article 10'.

sion et les conséquences financières de l'opération[1]. Comme le rappelait la Commission bancaire et financière, cette justification est particulièrement importante dans ce cas dans la mesure où les actionnaires ne sont plus associés au processus de décision[2].

Un rapport doit être établi par le commissaire ou, à défaut, par un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe. Le contenu de leur rapport est identique à celui qui est prévu en cas d'augmentation de capital décidée par l'assemblée générale.

Les deux rapports sont déposés au greffe du tribunal de commerce conformément à l'article 75 C. soc.

On s'est interrogé sur la question de savoir si le rapport de contrôle devait être établi préalablement à la décision à prendre par le conseil d'administration. Dans la fameuse affaire de la Générale de Belgique déjà évoquée, la cour d'appel de Bruxelles estime qu'il est '*souhaitable et conforme aux vœux du législateur*' que ce rapport soit préalable à la prise de décision[3]. L'accomplissement de cette formalité avant que les administrateurs ne se prononcent et lorsque la constatation de l'augmentation de capital n'est pas concomitante, n'est toutefois pas, selon la même cour d'appel, une exigence substantielle susceptible de justifier à elle seule l'annulation de la décision du conseil[4].

En toute hypothèse, ce rapport de contrôle ne peut être établi qu'après celui du conseil d'administration.

Le défaut des rapports prévus par la loi pourra entraîner la responsabilité des administrateurs et justifier l'annulation de la décision du conseil '*s'il apparaît, eu égard à la gravité de l'infraction, que le but et le caractère de la règle violée ou la nature des choses requièrent, en raison, le recours à cette sanction; qu'il en sera ainsi quand l'acte méconnaît une défense ou une injonction ou quand les parties ont négligé l'accomplissement de formalités substantielles, c'est-à-dire indispensables à la réalisation des fins que le législateur s'est proposé d'atteindre*'[5].

1. P. HAINAUT-HAMENDE, 'Augmentation et réduction du capital', *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, n° 638; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Précis de Droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2009, n° 1252;
2. Commission bancaire, *Rapport annuel*, 1985-1986, p. 64.
3. Bruxelles, 1er mars 1988, *J.T.*, 1988, p. 237.
4. *Ibid.* Sur cette question, voir P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, 'Examen de jurisprudence (1979 à 1990). Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1993, p. 666, n° 39; voir également dans ce traité, n° 76.
5. Bruxelles, 1er mars 1988, *J.T.*, 1988, p. 236.

Rappelons enfin que les pouvoirs du conseil d'administration de procéder à une augmentation de capital dérogeant au droit de préférence sont limités en cas d'O.P.A. (art. 607, 1°, C. soc.; *supra*, n° 1068).

3) Limitation ou suppression du droit de préférence en faveur d'une ou plusieurs personnes déterminées qui ne sont pas membres du personnel de la société ou de l'une de ses filiales

1353. L'article 598 C. soc. renforce les exigences lorsque l'assemblée générale ou le conseil d'administration limite ou supprime le droit de préférence des actionnaires anciens en faveur d'une ou plusieurs personnes déterminées autres que les membres du personnel de la société ou de ses filiales.

Par '*personne déterminée*', l'on vise les '*personnes que l'on peut désigner nommément, ou que le conseil ou le preneur ferme se réserve le droit de choisir*'[1].

La procédure s'avère particulièrement lourde.

D'une part, le conseil d'administration ne peut limiter ou supprimer le droit de préférence dans cette hypothèse que si les statuts prévoient expressément cette possibilité (art. 605, 2°, C. soc.), et ce, afin de permettre à l'assemblée générale de s'exprimer sur ce type de délégation et à la minorité de blocage de s'y opposer éventuellement[2].

D'autre part, que la dérogation soit le fait de l'assemblée générale ou du conseil d'administration, trois conditions supplémentaires doivent être respectées (art. 598 C. soc.):

1. l'identité du ou des bénéficiaires de la limitation ou de la suppression doit être mentionnée dans le rapport spécial du conseil d'administration ainsi que dans la convocation à l'assemblée (art. 598, al. 1er, C. soc.);

1. Loi du 18 juillet 1991 modifiant les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935 dans le cadre de l'organisation transparente du marché des entreprises et des offres publiques d'acquisition, *Doc. parl.*, Sén., 1990-1991, n° 1107-1, p. 47. Ne tombe dès lors pas sous le champ d'application de cette disposition la limitation ou la suppression du droit de préférence en faveur d'une catégorie de souscripteurs potentiels dont l'identité est encore indéterminée au moment de la suppression du droit de préférence, comme par exemple en cas d'appel au marché international des capitaux (*idem*).
2. Loi du 18 juillet 1991 modifiant les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935 dans le cadre de l'organisation transparente du marché des entreprises et des offres publiques d'acquisition, *Doc. parl.*, Sén., 1990-1991, n° 1107-3, p. 58.

2. le prix d'émission doit être au moins égal à la '*valeur intrinsèque*' du titre[1]. La valeur intrinsèque correspond à '*l'actif net rectifié, c'est-à-dire le total des postes d'actif éventuellement rectifié dont on déduit les dettes*'[2]. Cette valeur intrinsèque est fixée, sauf accord unanime des actionnaires[3], sur la base d'un rapport établi par le commissaire ou pour les sociétés qui n'en ont pas, par un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe désigné par le conseil d'administration.
   Comme l'a souligné A. KILESSE, le rôle imparti au commissaire, au réviseur ou à l'expert est particulièrement important: il s'agit d'un rôle de décision plutôt que de contrôle[4]. Cette exigence d'un prix d'émission égal à la valeur intrinsèque du titre se justifie par le souci du législateur d'éviter tout préjudice patrimonial au petit actionnaire lorsque l'augmentation de capital est réservée à un actionnaire important[5]. Pour les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché visé à l'article 4 C. soc., le prix d'émission ne peut être inférieur à la moyenne des cours des trente jours précédant le jour du début de l'émission (art. 598, al. 2, C. soc.);

3. le rapport spécial du conseil d'administration et le rapport du commissaire (ou du réviseur d'entreprises ou de l'expert-comptable externe) doivent indiquer l'incidence sur la situation de l'ancien actionnaire de l'émission proposée, en particulier en ce qui concerne sa quote-part du bénéfice et celle des capitaux propres. En outre, toujours selon l'article 598, al. 4, C. soc., un commissaire ou à défaut, un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe désigné par le conseil d'administration, doit donner un avis détaillé sur les éléments du calcul du prix d'émission et sur sa justification.

4) Augmentation de capital réservée au personnel

1354. L'article 609 C. soc. réglemente de manière spécifique l'augmentation de capital au profit de l'ensemble des membres du personnel de la société ou de ses filiales.

1. L'article 34*bis*, § 4*bis*, alinéa 1er, 2°, des L.C.S.C prévoit une règle spécifique pour les sociétés cotées.
2. Loi du 18 juillet 1991 modifiant les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935 dans le cadre de l'organisation transparente du marché des entreprises et des offres publiques d'acquisition, *Doc. parl.*, Sén., 1990-1991, n° 1107-3, p. 56.
3. L'unanimité doit s'entendre comme l'unanimité des présences et des votes (J.F. TOSSENS, 'Les titres', *Le nouveau droit belge des sociétés*, Louvain-la-Neuve, le 3 décembre 1991, p. 6).
4. A. KILESSE, 'Evaluations d'entreprises en droit des sociétés et en droit comptable', *Nouvelles orientations en droit comptable*, 45e séminaire de la C.D.V.A., 1994, p. 445.
5. Loi du 18 juillet 1991 modifiant les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935 dans le cadre de l'organisation transparente du marché des entreprises et des offres publiques d'acquisition, *Doc. parl.*, Sén., 1990-1991, n° 1107-3, p. 56.

Notons de suite que cette opération est, par définition, dérogatoire au droit de préférence et ne peut se faire que dans le respect de l'article 596 C. soc.

Cette opération fait l'objet d'un examen particulier ci-après (*infra*, nos 1372 et s.).

(iv) Le droit de priorité

1355. L'article 599 C. soc. dispose qu'en cas de limitation ou de suppression du droit de souscription préférentielle, l'assemblée générale ou le conseil d'administration dans le cadre du capital autorisé, peut prévoir qu'une *priorité* sera donnée aux anciens actionnaires lors de l'attribution des actions nouvelles.

Cet article consacre une pratique qui s'était développée sur les marchés étrangers ou internationaux dans le cadre d'émissions à un prix égal ou supérieur à la valeur des actions anciennes. '*Dans de telles circonstances, la valeur théorique du droit de souscription est en effet nulle, théoriquement négative, et procéder à une émission avec droit de souscription pourrait alors présenter de nombreux inconvénients, voire des risques d'échec, compte tenu du délai minimum imposé par l'article 34bis* [lire 593 C. soc.]*(...) ainsi que des frais auxquels donne lieu l'échange de droits de souscription sans valeur*'[1]. Cette situation n'exclut pas cependant que les actionnaires anciens puissent légitimement se voir reconnaître un droit de priorité à la souscription des titres nouveaux notamment afin de maintenir leur niveau de participation dans le capital. La Commission bancaire recommandait dès lors que soit attribué aux actionnaires anciens le droit de souscrire prioritairement à l'augmentation de capital.

A la différence du droit de préférence, le droit de priorité ne crée pas un droit exclusif en faveur des anciens actionnaires dans la mesure où la souscription est ouverte à tous. Il ne joue que lors de l'attribution des titres offerts et n'a dès lors de valeur que lorsque la demande excède l'offre de titres nouveaux au prix fixé, les souscriptions appuyées par un droit de priorité étant servies d'abord. En d'autres termes, s'il y a sursouscription, les anciens actionnaires passeront avant les tiers au moment de la distribution des actions, et ce proportionnellement au nombre d'actions auxquelles ils ont souscrit et non proportionnellement au nombre d'actions qu'ils détiennent[2].

1. Commission bancaire, *Rapport annuel*, 1989-1990, p. 107.
2. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Précis de Droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2009, n° 1275.

L'article 599 C. soc. réglemente ce droit de priorité:

1. la décision d'octroi d'un droit de priorité suppose la décision préalable de limiter ou de supprimer le droit de préférence et partant, le respect de la procédure liée à pareille dérogation;

2. lorsque l'assemblée générale ou le cas échéant le conseil d'administration accorde un droit de priorité, le délai pendant lequel le droit de priorité peut être exercé ne peut être inférieur à dix jours.

Le droit de priorité n'a pas en principe de valeur et n'est donc pas susceptible de faire l'objet de négociations. Toutefois, rien ne s'opposerait à sa négociation ou même à sa cotation dans l'hypothèse où, le cours des actions venant à dépasser le prix de souscription des actions nouvelles, il acquerrait une valeur marchande[1].

b. La prime d'émission

1356. La prime d'émission représente le droit d'entrée des nouveaux actionnaires dans la société.

Il arrive en effet fréquemment que la valeur réelle des actions de la société soit, de en raison l'existence de réserves, supérieure à leur pair comptable ou à leur valeur nominale. Si l'émission des actions nouvelles se réalisait à la valeur du pair comptable ou à la valeur nominale, l'augmentation de capital entraînerait un transfert de substance au profit des nouveaux actionnaires. D'où l'idée d'exiger de ces nouveaux actionnaires qu'ils versent, en sus du montant nominal de leur actions, une somme, appelée prime d'émission, correspondant à la différence entre l'avoir social net et le capital au jour de l'augmentation.

Voici un exemple:

Une société anonyme au capital de 1.000.000 euros, représenté par dix mille actions (pair comptable = 100), décide d'augmenter son capital de 1.000.000 euros.

Il s'avère que l'actif net s'élève à 3.000.000 euros. L'action a donc une valeur réelle de 3.000.000/1.000 = 300 euros.

1. Commission bancaire, *Rapport annuel*, 1989-1990, p. 110.

– Si l'on augmente le capital par émission de 10.000 actions de 100 euros, la valeur réelle de l'action après augmentation de capital se présente comme suit:

– actif net avant augmentation de capital:	3.000.000,-
– augmentation de capital: (10.000 x 100)	1.000.000,-
Actif net total:	4.000.000,-

Soit par action: 4.000.000/20.000 = 200,-

On constate donc que l'augmentation de capital lèse les actionnaires anciens dans la mesure où, du chef de cette opération, chacune de leurs actions perd 100 euros (300 – 200).

– D'où l'idée de demander aux nouveaux actionnaires une prime d'émission égale dans le cas présent à 200 euros par action de telle sorte que l'augmentation de capital ne produise aucun effet négatif pour les anciens actionnaires.

La situation se présentera en effet comme suit:

– actif net avant augmentation de capital:	3.000.000,-
– augmentation de capital: (10.000 x 100)	1.000.000,-
– primes d'émission: (10.000 x 200)	2.000.000,-
Actif net total:	6.000.000,-

Soit par action: 6.000.000/20.000 = 300,-

Grâce à la prime d'émission, les actions conservent la même valeur réelle, avant et après augmentation de capital.

Une prime d'émission peut être exigée tant lors d'une augmentation de capital par apports en numéraire que par apports en nature.

Il n'est pas toujours aisé de calculer la prime d'émission dans la mesure où celle-ci dépend de la valeur réelle de la société et qu'il est pratiquement presque irréalisable et utopique de croire que l'émission pourra se faire à la valeur réelle, ne fût-ce qu'en raison du laps de temps s'écoulant entre l'évaluation de la société et l'augmentation de capital[1].

Le régime juridique de la prime d'émission est assez laconique. La loi se contente d'exiger que le montant de la prime d'émission soit intégralement libéré dès la souscription (art. 587 C. soc.).

Quant à sa nature, la doctrine et la jurisprudence l'analysent comme un apport supplémentaire qui, toutefois, n'est pas englobé dans le capital social[2] mais est por-

1. Voir par exemple Liège, 8 juillet 1952, *Rev. prat. soc.*, 1954, pp. 32 et s. et obs. P. COPPENS.
2. Cass., 9 juin 1969, *R.C.J.B.*, 1971, p. 368, note J. KIRKPATRICK; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 833.

té au bilan à un poste spécial du passif[1]. De même, on considère traditionnellement que la prime d'émission ne peut être affectée à l'alimentation de la réserve légale dans la mesure où l'article 616 C. soc. exige que la réserve légale soit constituée par prélèvements sur les bénéfices nets[2].

La question de savoir à quelles conditions la prime peut être remboursée aux actionnaires est plus délicate. Les auteurs recommandent de veiller au respect des exigences fiscales pour éviter que cette prime ne soit traitée comme un bénéfice imposable[3]. Dans une espèce soumise au tribunal de première instance de Bruxelles, le juge avait considéré que ne devait pas être assimilé à une distribution de dividendes et imposé à ce titre, le remboursement de la prime décidé, conformément aux statuts de la société, par l'assemblée générale dans le respect des conditions prévues pour une réduction de capital. Rendue sous l'empire d'une loi fiscale modifiée entre-temps, il est douteux que cette décision soit toujours d'actualité. Suite à la modification de l'article 18, 2°*bis* du Code des impôts sur les revenus, tout remboursement de prime d'émission doit, d'un point de vue fiscal, être assimilé à une distribution de dividendes, sauf pour cette prime d'avoir été incorporée préalablement dans le capital social[4].

Quant à l'organe social investi du droit de décider de ce remboursement, considérant la nature d'apport en société attribué à la prime d'émission, force est de considérer que cette prérogative n'appartient théoriquement qu'à l'assemblée générale même si la pratique observée dans certaines juridictions limitrophes révèle que les statuts confèrent parfois cette compétence au conseil d'administration[5].

c. *Emission d'actions sans mention de valeur nominale sous le pair comptable des actions anciennes*

1. Principe

1357. L'article 582 C. soc. réglemente de manière stricte l'émission d'actions sans mention de valeur nominale en dessous du pair comptable des actions anciennes de la même catégorie.

1. Ce poste appelé 'prime d'émission' est rangé juste en dessous de celui du capital.
2. Commission bancaire, *Rapport annuel*, 1989-1990, p. 138. Sur la distinction entre réserves et prime d'émission, voir P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, 'Examen de jurisprudence (1979 à 1990). Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1993, n° 81.
3. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Précis de Droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 776, note *infra* n° 2649.
4. Civ. Bruxelles, 20 juin 2003, *Journ. Dr. Fisc.*, 2005, p. 114 et note F. KLEYNEN.
5. J.-P. WINANDY, *Manuel de droit des sociétés*, Luxembourg, Legitech, 2008, p. 439.

Cette disposition tend à éviter qu'il soit porté atteinte à l'égalité entre actionnaires.

Les travaux préparatoires préfigurant l'adoption de ce texte citaient l'exemple suivant[1]:

'*Soit une société au capital de 10.000.000 de F, représenté par 10.000 titres sans mention de valeur nominale. Leur pair comptable, soit le quotient obtenu en divisant le capital par le nombre de titres qui le représentent, est donc de 1.000 (voir Cass., 9 juill. 1917, Rev. prat. soc., 1922, n° 2418). Si cette société, par hypothèse sans pertes ni réserves, augmente son capital de 9.000.000 de F par l'émission de 10.000 titres nouveaux sans mention de valeur nominale, les nouveaux actionnaires seront favorisés par rapport aux anciens, puisque ceux-là auront apporté 900 F et ceux-ci 1.000 F, alors que tous les titres auront une valeur identique de 950 F.*'

Toutefois, l'émission sous le pair comptable peut se justifier si la société qui augmente son capital accuse des pertes. Dans pareil cas, cette opération permet d'éviter de devoir procéder à une réduction préalable du capital par apurement des pertes.

Ainsi, si dans l'exemple cité ci-dessus, la société, par suite de pertes, affichait un actif net de 9.000.000, l'émission des actions en dessous du pair comptable de 1.000,-, savoir au prix de 900 francs, se justifierait pleinement afin que les actions nouvelles ne soient pas souscrites à un prix supérieur à la valeur réelle des actions anciennes (en l'espèce, 900 francs).

Compte tenu des enjeux de pareilles opérations, des conditions assez strictes sont imposées par l'article 582 C. soc.

2. Conditions

1358. Les conditions, dans lesquelles peut se pratiquer pareille augmentation de capital, sont décrites par l'article 582 C. soc.

1. Seule l'assemblée générale peut décider de l'émission d'actions sans mention de valeur nominale en dessous du pair comptable des actions anciennes. Le conseil d'administration ne peut y procéder dans le cadre du capital autorisé.

2. La convocation à l'assemblée doit le mentionner expressément.

1. Loi du 5 décembre 1984 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, *Doc. parl.*, Ch., 1981-1982, n° 210-9, p. 29.

3. Le conseil d'administration doit établir un rapport détaillé portant notamment sur le prix d'émission et sur les conséquences financières de l'opération pour les actionnaires.

4. Le commissaire ou à défaut, un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe désigné par le conseil d'administration établit un rapport '*par lequel il déclare que les informations financières et comptables contenues dans le rapport du conseil d'administration sont fidèles et suffisantes pour éclairer l'assemblée générale appelée à voter cette proposition*'.

5. Les rapports du conseil d'administration et de contrôle sont déposés au greffe du tribunal de commerce, conformément à l'article 75 C. soc. Ils sont annoncés dans l'ordre du jour. Une copie en est adressée aux actionnaires en nom, aux administrateurs et au commissaire en même temps que la convocation. Elle est également transmise sans délai aux personnes qui, au plus tard sept jours avant l'assemblée, ont accompli les formalités requises par les statuts pour être admises à l'assemblée. Les personnes qui ont rempli ces formalités après ce délai reçoivent une copie de ces documents à l'assemblée générale. Tout actionnaire, obligataire, titulaire d'un droit de souscription ou titulaire d'un certificat émis avec la collaboration de la société, a le droit d'obtenir gratuitement, sur la production de son titre, quinze jours avant l'assemblée, un exemplaire des rapports au siège de la société (art. 535 C. soc.).

§ 3. AUGMENTATION DE CAPITAL SANS APPORTS NOUVEAUX

A. Notion

1359. L'augmentation de capital peut avoir lieu sans apports nouveaux, par incorporation au capital de réserves ou de plus-values de réévaluation.

Par un arrêt du 17 décembre 1931, la Cour de cassation[1] a clos définitivement les controverses qui s'étaient développées au sujet de cette opération[2]. Certains auteurs prétendaient en effet que pareille augmentation de capital devait s'analyser en deux actes distincts (une répartition des réserves par la société aux actionnaires à titre de dividende extraordinaire, ensuite une souscription par ces mêmes actionnaires d'actions nouvelles, libérées au moyen du dividende ainsi distribué) impliquant l'accord unanime de tous les actionnaires pour y procéder.

1. *Rev. prat. soc.*, 1932, p. 35 et note M.F.
2. Voir P. DE PELSMALKER, 'De l'augmentation du capital des sociétés anonymes par incorporation de réserves', *Rev. prat. soc.*, 1922, pp. 37 et s.; P. DE PELSMALKER, 'L'incorporation de réserves au capital social et l'unification de diverses catégories d'actions devant la jurisprudence', *Rev. prat. soc.*, 1926, pp. 82 et s.; P. COART-FRESART, 'De l'augmentation du capital des sociétés anonymes par incorporation de réserves, au point de vue du droit commercial et de la taxe mobilière', *Rev. prat. soc.*, 1927, pp. 1 et s.

Comme l'a très clairement énoncé la Cour de cassation, il s'agit au contraire d'une opération unique, purement interne, sans apports nouveaux; '*cette opération consiste uniquement dans une modification de l'organisation interne de la société, réalisée en raison et à l'aide des biens qu'elle possédait, sans aucun apport venu du dehors; qu'en effet, il s'agit de biens qui, pour une partie n'apparaissaient pas dans les bilans précédents, faute de ne pas avoir tenu compte dans l'évaluation de l'actif d'éléments divers notamment de la dépréciation de la monnaie; et pour une autre partie n'y apparaissaient que mis en réserve et qui sont devenus non distribuables et soumis, comme les autres éléments de l'actif à tous les risques sociaux*'[1].

L'opération doit donc s'analyser comme une '*augmentation purement nominale, dont l'effet essentiel est d'accroître l'importance de la garantie promise aux créanciers de la société*'[2]. Elle ne se réalise pas au moyen d'apports mais par un simple jeu d'écritures comptables: '*le compte capital est majoré et le compte de réserves est diminué dans la même proportion*'[3].

Elle n'est pas sujette à critiques dans la mesure où elle ne porte atteinte ni aux droits des créanciers ni aux droits des actionnaires[4]:

- les créanciers voient se consolider le patrimoine de leur débitrice puisque celle-ci ne peut plus disposer en faveur des actionnaires de sommes que, selon le cas, elle aurait pu leur distribuer;

- les actionnaires voient augmenter leur part dans la société sans bourse délier.

B. Modalités de l'opération

a. Qui décide?

1360. L'augmentation de capital sans apports nouveaux peut être décidée par l'assemblée générale aux conditions de forme et de majorités prescrites pour la modification des statuts.

1. Cass., 17 décembre 1931, *Rev. prat. soc.*, 1932, p. 37.
2. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 834.
3. *Ibid.*, n° 836.
4. C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. BENOIT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 1383.

Elle peut également être décidée par le conseil d'administration dans le cadre du capital autorisé. Il faut toutefois que l'habilitation statutaire prévoie expressément cette possibilité (art. 605, 3°, C. soc.)[1].

b. Conditions

1361. Les conditions de forme requises pour une augmentation de capital '*ordinaire*' doivent être respectées: l'acte authentique est donc obligatoire.

Toutefois, il n'y a ici ni souscription, ni libération de titres, puisqu'il n'y a point d'apports nouveaux. Les procédures fixées pour les apports en numéraire ou en nature ne sont donc pas d'application.

c. Quels éléments peut-on incorporer au capital?

1. Incorporation de réserves

1362. Le droit comptable distingue la réserve légale, les réserves indisponibles, les réserves immunisées et les réserves disponibles.

Peut-on incorporer chacune de ces réserves au capital?

(i) Réserve légale

1363. Malgré les hésitations de la doctrine, on doit considérer que la réserve légale peut être incorporée au capital à condition pour la société de procéder, après cette incorporation, à la constitution d'une nouvelle réserve légale[2].

(ii) Réserves indisponibles

1364. Le législateur frappe d'indisponibilité certaines réserves.

Ainsi en est-il notamment de la réserve pour acquisition d'actions propres (art. 623 C. soc.).

1. Voir *supra*, n° 1064. Il est vivement recommandé de préciser, dans l'habilitation statutaire, les éléments qui peuvent être incorporés au capital (types de réserves,...) (G. HORSMANS et G. KEUTGEN, 'Augmentation et réduction du capital', *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, p. 132).
2. G. HORSMANS et G. KEUTGEN, 'Augmentation et réduction du capital', *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, p. 131. *Contra:* M. MASSAGE, *L'adaptation du droit des sociétés anonymes aux 2e et 4e directives européennes*, Bruxelles, Swinnen, 1985, p. 58, n° 30.

Pareilles réserves, indisponibles en vertu de la loi, ne peuvent être incorporées au capital[1] [2].

Par contre, si l'indisponibilité résulte non de la loi mais d'une décision de l'assemblée ou du conseil dûment habilité, rien ne s'oppose à cette incorporation. Ainsi en est-il lorsque la réserve indisponible provient d'une prime d'émission[3].

(iii) Réserves disponibles

1365. Par définition, ces réserves, provenant de bénéfices non distribués, sont disponibles et donc incorporables au capital.

(iv) Réserves immunisées

1366. Ces réserves, créées pour des raisons fiscales, peuvent être incorporées au capital.

2. Autres éléments

(i) Bénéfice reporté

1367. Le bénéfice reporté, en raison de sa nature de '*réserve provisoire*' ou '*non consolidée*'[4], peut être incorporé au capital.

(ii) Prime d'émission

1368. Considérée comme un apport en société[5], la prime d'émission constitue une réserve spéciale qui peut faire l'objet ultérieurement d'une incorporation au capital.

(iii) Plus-value de réévaluation

1369. L'article 57, § 3, 2°, de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés prévoit expressément la possibilité d'incorporer au capital les plus-values de réévaluation. Cette rubrique comptable correspond à une augmentation de valeur non réalisée d'un élément d'actif corporel ou incorporel.

1. G. HORSMANS et G. KEUTGEN, 'Augmentation et réduction du capital', *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, p. 131.
2. On notera toutefois que la réserve constituée pour couvrir une perte prévisible (art. 614, al. 2, C. soc.) peut être incorporée au capital.
3. P. HAINAUT-HAMENDE, 'Augmentation et réduction du capital', *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, n° 586.
4. Cass., 31 janvier 1957, *Pas.*, 1957, I, p. 634.
5. Voir *supra*, n° 1356.

L'augmentation de capital par incorporation de plus-value de réévaluation doit être menée avec prudence. Si les plus-values incorporées au capital s'avéraient par la suite inexistantes, il conviendrait de réduire le capital à due concurrence[1].

(iv) Quid en cas de capital autorisé?

1370. S'agissant de ces trois derniers éléments – bénéfice reporté, prime d'émission, plus-value de réévaluation – on s'est demandé si le conseil pouvait être habilité à les incorporer au capital dans la mesure où, parmi ceux-ci, l'article 605 C. soc. n'envisage que l'*'incorporation de réserves'*[2] [3]. La pratique semble toutefois admettre ces opérations à condition qu'elles fassent l'objet d'une habilitation statutaire spécifique.

Notons néanmoins que le conseil d'administration ne pourra jamais procéder à l'incorporation au capital du bénéfice de l'exercice en cours sans que l'assemblée ne se soit préalablement prononcée sur l'affectation de ces bénéfices. L'affectation des résultats relève en effet du pouvoir souverain de l'assemblée.

d. Rémunération

1371. L'augmentation de capital peut se réaliser avec ou sans création de titres nouveaux.

1. Sans création de titres

Lorsqu'elle se réalise sans création de titres nouveaux, la plus-value s'incorpore aux titres existants s'ils sont sans mention de valeur nominale. Si les titres existants ont une valeur nominale, il suffit de majorer celle-ci ou de la supprimer à l'effet de transformer les titres en titres sans mention de valeur nominale.

1. H. OLIVIER et K. DEBOECK, *Vademecum de l'administrateur de société anonyme*, Créadif, 1992, 3e éd., p. 211. Voir l'avis de la Commission des Normes Comptables, n° 113/4.
2. Art. 605, 3°, C. soc.
3. G. HORSMANS et G. KEUTGEN, 'Augmentation et réduction du capital', *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, p. 132; C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. BENOIT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 1408*undecies;* M. MASSAGE, *L'adaptation du droit des sociétés anonymes aux deuxième et quatrième directives européennes*, Bruxelles, Swinnen, 1985, p. 57.

2. Avec création de titres

Lorsqu'il y a création de titres nouveaux, ceux-ci sont émis à titre gratuit et répartis entre les actionnaires au prorata de leur participation dans la société. On qualifie généralement ces actions d'*'actions de bonus'*.

Lorsque la société a émis des parts bénéficiaires donnant droit à une partie des bénéfices, les actions distribuées suite à l'incorporation de réserves doivent être réparties aussi proportionnellement aux détenteurs de parts bénéficiaires[1].

L'autorité de supervision du secteur financier a également admis la licéité d'une augmentation de capital par incorporation de réserves au profit du seul personnel de la société: en l'espèce, les actions de bonus ont, toutes, été attribuées au personnel de l'entreprise. L'autorité a en effet estimé que *'l'assemblée générale a le pouvoir de renoncer au droit d'attribution en cas d'émission d'actions de bonus en faveur, par exemple du personnel d'une entreprise'*. Elle a toutefois *'suggéré que les membres du personnel actionnaires s'abstiennent lors du vote sur le point à l'ordre du jour qui leur attribuerait les actions nouvelles'*[2].

Une pareille opération ne pourrait toutefois pas être réalisée par le conseil d'administration dans le cadre du capital autorisé, compte tenu de la compétence souveraine de l'assemblée en matière d'affectation des bénéfices[3].

Sous-section 6
Emission d'actions réservées au personnel

1372. L'article 609 C. soc. réglemente l'émission d'actions réservées à l'ensemble des membres du personnel de la société ou de ses filiales.

L'objectif de ce texte est, tout en favorisant l'actionnariat du personnel, d'*'organiser de manière plus claire les relations qui peuvent naître au sein d'une entreprise lorsqu'il y a une émission de titres réservés aux membres du personnel'*[4], dans la mesure où le droit des sociétés ne vise, en principe, que les relations entre les dirigeants et les actionnaires[5].

1. Commission bancaire, *Rapport annuel*, 1950-1951, p. 65.
2. Commission bancaire, *Rapport annuel*, 1988-1989, pp. 71-73.
3. P. HAINAUT-HAMENDE, 'Augmentation et réduction du capital', *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, n° 618.
4. Loi du 18 juillet 1991 modifiant les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935 dans le cadre de l'organisation transparente du marché des entreprises et des offres publiques d'acquisition, *Doc. parl.*, Sén., 1990-1991, n° 1107-1, p. 27.
5. Sur le problème de la participation des travailleurs, voir *La participation financière des travailleurs*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

Contrairement à ce que l'on pourrait penser, l'article 609 C. soc. ne réglemente pas tous les mécanismes aboutissant à une participation des travailleurs à l'actionnariat: il entend simplement donner des garanties dans des procédures qui n'étaient pas encore prévues[1].

§ 1. Champ d'application

1373. L'article 609 C. soc. ne vise que certaines augmentations de capital, tant au niveau des titres émis que de leurs bénéficiaires.

A. Titres visés

1374. La loi ne vise que les augmentations de capital '*par l'émission d'actions avec droit de vote*' (art. 609, § 1er, al. 1er, C. soc.).

L'émission d'autres titres au profit du personnel (obligations convertibles, obligations avec warrant, droits de souscription,...) échappe donc aux règles de l'article 609 C. soc. Il en est de même pour l'émission d'actions sans droit de vote.

B. Bénéficiaires de l'émission

1375. Le prescrit légal ne réglemente que les émissions '*destinées en tout ou en partie, à l'ensemble des membres du personnel ou à l'ensemble du personnel de leurs filiales*' (art. 609, § 1er, al. 1er, *in fine*, C. soc.).

Pour tomber dans le champ d'application de ce texte, il faut donc:

1. que l'opération s'adresse aux membres du personnel, c'est-à-dire aux personnes liées à la société par un contrat de travail au sens de la loi du 3 juillet 1978[2];

2. que ces membres du personnel soient ceux de la société ou de ses filiales;

3. que l'opération se réalise au profit de l'ensemble de ce personnel. En conséquence, si l'opération ne s'adresse qu'à certaines catégories de personnel (par

1. Loi du 18 juillet 1991 modifiant les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935 dans le cadre de l'organisation transparente du marché des entreprises et des offres publiques d'acquisition, *Doc. parl.*, Sén., 1990-1991, n° 1107-2, p. 7.
2. D'aucuns défendent, à tort selon nous, une interprétation extensive de la notion de 'personnel' pour y inclure les administrateurs et les associés actifs: K. Geens, 'Verwerving van eigen aandelen en personeelsaandelen', *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, 1992, p. 48.

exemple, les cadres), elle tombe hors champ d'application de l'article 609 C. soc.[1]

Toutefois, l'émission d'actions peut être réservée en partie au profit de l'ensemble du personnel et en partie au profit des actionnaires. C'est en ce sens qu'il faut interpréter les termes '*en tout ou en partie*' de l'article 609 C. soc.[2].

§ 2. Procédure

A. Qui décide de pareilles émissions?

1376. L'augmentation de capital qui rentre dans le champ d'application de l'article 609 C. soc. peut être décidée par l'assemblée générale ou le conseil d'administration dans le cadre du capital autorisé.

Par définition, cette augmentation de capital se réalise hors droit de préférence dans la mesure où elle est réservée au personnel. La loi présume la conformité à l'intérêt social de cette dérogation au droit de préférence dès lors que l'opération respecte les conditions fixées par l'article 609 C. soc.[3] Il suffira donc que le rapport du conseil d'administration établi conformément à l'article 596, alinéa 2, C. soc. mentionne que le personnel de la société est le bénéficiaire de cette augmentation de capital.

B. Conditions générales de l'émission

1377. Pour pouvoir procéder à une augmentation de capital au profit du personnel, conformément à l'article 609 C. soc., les conditions suivantes doivent être réunies:

1. la société doit, au cours des trois derniers exercices, avoir distribué au moins deux dividendes (art. 609, § 1er, al. 1, C. soc.);

2. le montant maximal de ce type d'augmentation de capital réalisé pendant un exercice en cours et les quatre exercices antérieurs, ne peut excéder 20 % du

1. G. Keutgen, 'Le capital', *in Le nouveau droit belge des sociétés*, Louvain-la-Neuve, Centre Jean Renaud, 1991, p. 37.
2. Loi du 18 juillet 1991 modifiant les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935 dans le cadre de l'organisation transparente du marché des entreprises et des offres publiques d'acquisition, *Doc. parl.*, Sén., 1990-1991, n° 1107-3, p. 261.
3. Loi du 18 juillet 1991 modifiant les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935 dans le cadre de l'organisation transparente du marché des entreprises et des offres publiques d'acquisition, *Doc. parl.*, Sén., 1990-1991, n° 1107-3, p. 180; *Doc. parl.*, Ch., 1990-1991, n° 1645-2, p. 22.

capital social et ce, compte tenu de l'augmentation de capital envisagée (art. 609, § 1er, al. 3, C. soc.);

3. les actions émises doivent être nominatives (art. 609, § 1er, al. 4, C. soc.);

4. ces actions sont incessibles pendant une période de 5 ans à partir de la souscription (art. 609, § 1er, al. 5, C. soc.) sauf les cas de licenciement ou mise à la retraite du bénéficiaire, décès ou invalidité du bénéficiaire ou de son conjoint (art. 609, § 3, al. 1er, C. soc.);

5. dix jours au moins avant l'ouverture de la souscription, tous les membres du personnel susceptibles de souscrire doivent être informés des conditions proposées[1]. Ils peuvent obtenir communication des documents sociaux visés aux articles 98 et 100 C. soc. (art. 609, § 3, al. 2, C. soc.).

En outre, dans les sociétés où existe un conseil d'entreprise, deux conditions supplémentaires doivent être respectées[2]:

1. le principe du recours à l'opération doit faire l'objet d'une concertation au sein du conseil d'entreprise central de la société (art. 609, § 1er, al. 2, C. soc.). Le terme '*concertation*' doit s'entendre au sens de l'arrêté royal du 27 novembre 1973 portant réglementation des informations économiques et financières à fournir au conseil d'entreprise[3], ce qui signifie que le conseil est uniquement consulté sans que cela débouche sur un vote[4]. Assez curieusement, le concept de '*conseil d'entreprise central*' auquel se réfère l'article 609 C. soc. est inexistant dans notre droit: certains auteurs considèrent que le législateur a voulu viser par là la consultation des conseils d'entreprises au niveau de chaque siège sauf dans les entreprises ayant d'ores et déjà, en vertu de la Convention collective du travail n° 9 du 9 mars 1972, recours à la pratique de la concertation intersiège[5];

1. Voir *infra*, nos 1378 et s.
2. Ces obligations ne jouent pas lorsqu'il n'y a pas de conseil d'entreprise mais seulement une délégation syndicale (G. KEUTGEN, 'Le capital', *in Le nouveau droit belge des sociétés*, Louvain-la-Neuve, Centre Jean Renaud, 1991, p. 45).
3. Loi du 18 juillet 1991 modifiant les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935 dans le cadre de l'organisation transparente du marché des entreprises et des offres publiques d'acquisition, *Doc. parl.*, Sén., 1990-1991, n° 1107-1, p. 71.
4. Loi du 18 juillet 1991 modifiant les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935 dans le cadre de l'organisation transparente du marché des entreprises et des offres publiques d'acquisition, *Doc. parl.*, Sén., 1990-1991, n° 1107-3, p. 180.
5. G. KEUTGEN, 'Le capital', *in Le nouveau droit belge des sociétés*, Louvain-la-Neuve, Centre Jean Renaud, 1991, p. 42.

2. les modalités sociales de l'opération doivent faire l'objet d'un avis du même conseil central d'entreprise (art. 609, § 1er, al. 2, *in fine* C. soc.). Les modalités sociales concernent les conditions posées pour bénéficier de l'émission d'actions, notamment au niveau de l'ancienneté, par opposition à celles qui revêtent un caractère plus économique ou financier, comme le pourcentage exact de la décote[1].

C. Conditions particulières de l'émission

1378. Il appartient à l'assemblée générale ou au conseil d'administration selon le cas, de préciser les modalités de l'émission sur quatre points (art. 609, § 2, C. soc.):

a. L'ancienneté

1379. Il convient de préciser l'ancienneté qui sera exigée, à la date de l'ouverture de la souscription, des membres du personnel pour bénéficier de l'émission.

On ne peut exiger une ancienneté inférieure à six mois ni supérieure à trois ans (art. 609, § 2, 1°, C. soc.).

b. Le délai d'exercice des droits

1380. L'assemblée ou le conseil, en cas de capital autorisé, doivent fixer le délai accordé aux membres du personnel pour l'exercice de leurs droits.

Ce délai ne peut être inférieur à trente jours ni supérieur à trois mois à dater de l'ouverture de la souscription (art. 609, § 2, 2°, C. soc.).

c. Le délai pour la libération des actions

1381. Le délai susceptible d'être accordé aux souscripteurs pour la libération de leurs titres doit également être précisé.

Celui-ci ne peut excéder trois ans à compter de l'expiration du délai accordé aux membres du personnel pour l'exercice de leurs droits (art. 609, § 3, 3°, C. soc.).

d. Le prix d'émission

1382. Il s'agit de la condition la plus importante.

1. *Ibid.*, p. 43.

L'article 609, § 2, 4°, C. soc. autorise en effet une décote maximale de 20 % par rapport au prix tel qu'il est justifié dans le rapport du conseil d'administration et dont les informations financières et comptables ont été contrôlées par le commissaire ou par un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable (art. 596, al. 2, C. soc.).

Selon le législateur, '*cette décote représente le prix de la non-liquidité durant une période de 5 ans. En effet le blocage empêche l'actionnaire de convertir éventuellement son action avant l'échéance à un cours et à un moment qu'il juge opportuns. (...) En fait, les 20 p.c. représentent une moyenne et ils sont en quelque sorte une prime d'assurance contre le risque de voir le rendement sous-jacent du titre, au terme de 5 ans, être inférieur au rendement d'un placement sans risque*'[1].

Il s'ensuit que cet '*avantage*' n'est pas taxable ni susceptible d'être soumis à des cotisations de sécurité sociale[2].

Section 2
Réduction de capital

1383. Les opérations de réduction de capital sont organisées aux articles 612 à 614 C. soc. La loi distingue deux hypothèses de réduction de capital[3]:

- celle où la réduction s'opère par un remboursement aux actionnaires ou une dispense totale ou partielle du versement du solde des apports (art. 613 C. soc.);

- celle où la réduction a pour but d'assainir la situation de la société, en apurant une perte subie, en constituant une réserve pour couvrir une perte prévisible ou en vue de constituer une réserve indisponible conformément à l'art. 622, § 2, alinéa 2, 5°, C. soc. (art. 614 C. soc.).

Si la première hypothèse est la plus favorable aux actionnaires, elle peut être lourde de conséquences pour les tiers puisqu'elle constitue une diminution de leur

1. Loi du 18 juillet 1991 modifiant les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935 dans le cadre de l'organisation transparente du marché des entreprises et des offres publiques d'acquisition, *Doc. parl.*, Sén., 1990-1991, n° 1107-3, pp. 180 et181.
2. Loi du 18 juillet 1991 modifiant les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935 dans le cadre de l'organisation transparente du marché des entreprises et des offres publiques d'acquisition, *Doc. parl.*, Ch., 1990-1991, n° 1645-2, pp. 23 et 24.
3. On tiendra compte également des réglementations spécifiques au rachat d'actions propres (art. 620 C. soc.) et au rachat d'actions sans droit de vote (art. 626 C. soc.). En raison de leurs particularités, ces opérations sont analysées séparément (*infra*, n°s 1387 à 1390 et 1391 à 1393).

gage. On comprend donc que le législateur ait entouré cette opération de garanties particulières en faveur des créanciers.

La seconde hypothèse vise à rapprocher, voire aligner le montant du capital à celui de l'actif net. '*Il n'y a aucune modification du patrimoine social de nature à diminuer le gage des créanciers*'[1], ce qui explique qu'aucune mesure spécifique de protection de leurs droits n'ait été mise en œuvre.

Toutefois, quelle que soit l'hypothèse de réduction, les principes de base demeurent identiques.

Sous-section 1
Principes

§ 1. Qui décide une réduction de capital?

1384. L'article 612 C. soc. prévoit que la réduction du capital ne peut être décidée que par l'assemblée générale.

Contrairement à l'augmentation de capital, aucune délégation de pouvoirs au conseil d'administration n'est prévue.

§ 2. Conditions de forme et de publicité

1385. L'article 612 C. soc. précise que la décision de l'assemblée générale doit être prise aux conditions requises pour la modification des statuts (*supra*, n°s 942 et s.). Il y a lieu d'appliquer l'article 560 C. soc. s'il y a plusieurs catégories d'actions (*supra*, n°s 949 et s.).

Les convocations doivent indiquer la manière dont la réduction sera opérée (remboursement aux actionnaires, dispense de libération, apurement de pertes,...)[2] ainsi que le but de l'opération (réduire un capital trop important, assainir la situation,...).

Comme toute modification des statuts, le procès-verbal de l'assemblée devra être établi en la forme authentique. Il sera publié conformément à l'article 74 C. soc.

1. G. Horsmans et G. Keutgen, 'Augmentation et réduction du capital', *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, p. 151.
2. '*La loi impose que cette question soit expressément abordée dans les convocations*', une mention implicite ne suffit pas (Mons, 23 mars 1989, *Rev. prat. soc.*, 1989, p. 196, *R.D.C.*, 1990, p. 326, note J.-F. Romain).

§ 3. Condition de fond: l'égalite entre actionnaires

1386. Toujours en vertu de l'article 612 C. soc., les actionnaires qui se trouvent dans des situations identiques doivent être traités sur un pied d'égalité.

Comme l'a souligné T. TILQUIN[1], plutôt que d'un principe d'égalité des actionnaires, il s'agit davantage d'égalité des actions de même catégorie. Ce principe a pour conséquence que la réduction ne peut porter sur certaines actions d'une même catégorie en excluant les autres[2]. De même, en cas d'échange de titres, les conditions de cet échange doivent être telles qu'aucun actionnaire ne soit contraint, pour y participer, soit de vendre des titres anciens, soit d'en acheter[3]. En renvoyant à l'article 560 C. soc., l'article 612 C. soc. prévoit implicitement que la réduction puisse porter sur la totalité d'une catégorie d'actions sous réserve de respecter les conditions prévues par la disposition à laquelle il est ainsi renvoyé. Enfin, en cas de rachat d'actions sans droit de vote, l'article 626 C. soc. prévoit une procédure spécifique (*infra*, n° 1394).

Notons que ce principe d'*'égalité des actionnaires'* n'est pas d'ordre public. Il est donc permis à chaque actionnaire de renoncer à sa protection légale pour autant que sa renonciation soit librement et expressément consentie et qu'elle intervienne au moment où l'opération est envisagée[4]. Ainsi, la doctrine reconnaît-elle majoritairement la validité de réductions de capital dites 'asymétriques' dans le cadre desquelles les actionnaires se voient reconnaître le choix de participer, ou non, à une réduction de capital[5]. En pratique, les actionnaires devront être interrogés sur deux questions distinctes:

- tout d'abord sur leur souhait individuel de participer à la réduction de capital et d'obtenir le remboursement de leur apport; nous considérons que la forme selon laquelle cet accord est recueilli importe peu pour autant que la volonté de *tous* les actionnaires soit clairement exprimée[6];

1. T. TILQUIN, 'Les opérations d'assainissement du capital des sociétés en difficulté et l'abus de droit des actionnaires', *R.D.C.*, 1991, p. 9.
2. G. HORSMANS et G. KEUTGEN, 'Augmentation et réduction du capital', *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, p. 147. Voir Bruxelles, 8 février 1927, *Rev. prat. soc.*, 1927, p. 98.
3. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 842.
4. H. OLIVIER et T. AFSCHRIFT, *Vademecum de l'administrateur de société anonyme*, Créadif, 1985, n° 304.
5. J.-M. NELISSEN-GRADE, 'Het gelijkheidbeginsel in het bijzonder bij inkoop van eigen aandelen en kapitaalvermindering', *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht*, 1999, pp. 676 et s.; Y. DE CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 518.
6. C'est en ce sens que nous comprenons la condition d'unanimité évoquée par certains auteurs: J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Précis de Droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 792.

- ils devront ensuite fournir leur consentement à la réduction de capital en tant que telle dans le cadre d'une assemblée générale, tenue par acte authentique[1], en respectant les quorums de vote et présence prévus à l'article 558 C. soc. (voir *supra*, n° 1385).

Sous-section 2
Réduction de capital par remboursement aux actionnaires ou dispense de versement du solde des apports

1387. Les tiers ne disposent d'une protection spécifique que dans cette seule hypothèse.

§ 1. Droit des créanciers d'exiger une sûreté

1388. L'article 613, alinéa 1er, C. soc. prévoit dans pareil cas que *'les créanciers dont la créance est née antérieurement à la publication, ont, dans les deux mois de la publication aux annexes du Moniteur belge de la décision de réduction du capital, nonobstant toute disposition contraire, le droit d'exiger une sûreté pour les créances non encore échues au moment de cette publication'*.

Le régime légal est restrictif:

- seuls les créanciers dont la créance est née antérieurement à la publication de la décision de réduction du capital et n'est pas encore échue jouissent de cette protection. Les autres créanciers sont censés avoir contracté en connaissance de cause[2] [3];

- les créanciers peuvent exiger de la société une sûreté: la loi ne les autorise pas à solliciter du juge une autre mesure, telle que l'interdiction de l'opération de réduction du capital[4];

- la possibilité qu'ont les créanciers de demander une sûreté leur est accordée, *'nonobstant toute disposition contraire'*: la société ne pourrait déroger à cette règle.

1. Voir *supra*, n° 947.
2. G. HORSMANS et G. KEUTGEN, 'Augmentation et réduction du capital', *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, p. 148.
3. Une créance purement éventuelle ne saurait justifier pareille protection (Comm. Eupen, 18 janvier 1991, *Rev. prat. soc.*, 1991, p. 268). L'article 72*bis* n'est pas applicable aux créances sous condition suspensive mais uniquement aux créances à terme (Bruxelles (8e ch.), 6 novembre 1991, *T.R.V.*, 1992, p. 88, et note J. TYTECA).
4. Comm. Eupen, 18 janvier 1991, *Rev. prat. soc.*, 1991, p. 268.

§ 2. Attitude de la société

1389. Lorsque pareille sûreté est demandée, la société a le choix (art. 613, al. 1er à 3, C. soc.):

- soit elle accorde la sûreté;
- soit elle écarte cette demande en payant la créance à sa valeur, après déduction de l'escompte[1];
- soit, à défaut d'accord ou de paiement du créancier, la contestation est soumise au président du tribunal de commerce dans le ressort duquel la société a son siège, dans les formes et délais du référé. Le président peut, '*en considération de la situation financière et de la solvabilité de la société, rejeter la demande de sûreté, accorder une sûreté générale à l'ensemble des créanciers ou une sûreté individuelle à un de ceux-ci*'[2].

§ 3. Remboursement aux actionnaires

1390. Conformément à l'article 613, alinéa 4, C. soc., '*aucun remboursement ou aucun paiement aux actionnaires ne pourra être effectué et aucune dispense du versement du solde des apports ne pourra être réalisée aussi longtemps que les créanciers, ayant fait valoir leurs droits dans le délai de deux mois visé ci-dessus, n'auront pas obtenu satisfaction, à moins qu'une décision judiciaire exécutoire n'ait rejeté leurs prétentions à obtenir une garantie*'.

On remarquera que '*seuls les remboursements sont ainsi paralysés, et non la réduction de capital elle-même à laquelle les créanciers ne peuvent s'opposer*'[3].

1. La loi ne précise malheureusement pas comment doit être déterminé ce taux d'escompte. Il semble qu'il faille s'en référer au taux du marché pratiqué à l'époque du paiement de la créance (M. MASSAGE, *L'adaptation du droit des sociétés anonymes aux 2e et 4e directives européennes*, Swinnen, 1985, p. 105). Cette possibilité de paiement sous déduction de l'escompte ne se conçoit qu'en cas de créance de sommes. Chaque fois que la créance résultera d'une obligation de faire, de donner,... la société n'aura d'autre choix que d'accorder la sûreté ou de se pourvoir devant le président du tribunal comme indiqué ci-après.
2. Loi du 5 décembre 1984 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, *Doc. parl.*, Ch., 1981-1982, n° 210-9, p. 48. Voir p. ex., Comm. Bruxelles (réf.), 2 février 1994, *T.R.V.*, 1994, p. 466 et note J. TYTECA.
3. G. HORSMANS et G. KEUTGEN, 'Augmentation et réduction du capital', *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, p. 150.

Il convient enfin de noter que la réduction de capital par remboursement aux actionnaires ou dispense de libération ne peut avoir pour effet de réduire le capital à un montant inférieur au minimum légal.

Sous-section 3
Réduction de capital en vue d'apurer une perte ou en vue de constituer une réserve pour perte prévisible

§ 1. Principe

1391. L'article 614 C. soc. précise que les règles de protection des créanciers décrites ci-dessus ne s'appliquent pas aux réductions de capital en vue d'apurer une perte subie ou en vue de constituer une réserve pour couvrir une perte prévisible ou en vue de constituer une réserve indisponible conformément à l'article 622, § 2, alinéa 2, 5°, C. soc.[1].

§ 2. Réserve pour perte prévisible

1392. La constitution d'une réserve en vue de couvrir une perte prévisible est soumise à diverses conditions particulières que décrit l'article 614, alinéa 2, C. soc.:

- la réserve constituée pour couvrir une perte prévisible ne peut excéder 10 % du capital souscrit après réduction;
- cette réserve ne peut être utilisée que pour compenser des pertes subies ou pour augmenter le capital par incorporation de réserves;
- elle ne peut être distribuée aux actionnaires sauf en cas de réduction ultérieure du capital. Dans ce dernier cas, il conviendra d'offrir aux créanciers les garanties prévues par l'article 613 C. soc.[2]

§ 3. Réduction du capital sous le minimum légal

1393. Dans cette hypothèse de réduction de capital en vue d'apurer une perte ou de constituer une réserve pour perte prévisible, la loi admet que le capital puisse être réduit en dessous du capital minimum légal (61.500 euros). Cette technique dite du

1. Cette dernière hypothèse concerne l'achat d'actions propres (*infra*, n° 732).
2. G. HORSMANS et G. KEUTGEN, 'Augmentation et réduction du capital', *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, p. 151.

'*coup d'accordéon*' exige toutefois que la réduction soit immédiatement suivie d'une augmentation de capital permettant d'atteindre à nouveau le montant du capital minimum (art. 614, al. 3, C. soc.). '*Tant que l'augmentation de capital n'est pas réalisée, la réduction du capital en deçà du montant du capital minimum légal n'a pas d'effet de sorte que le capital initial reste inscrit au bilan. La décision concernant la réduction doit cependant figurer dans l'annexe des comptes annuels*'[1].

Cette opération de coup d'accordéon suscite plusieurs questions en cas de réduction de capital à zéro euro pour absorber les pertes existantes. Pareille réduction est autorisée par l'article 614, alinéa 3, C. soc., pour autant qu'elle soit suivie d'une augmentation de capital ramenant celui-ci au-dessus du minimum légal[2]. Se pose néanmoins la question du sort à réserver aux '*anciennes*' actions. Doit-on considérer qu'elles sont automatiquement annulées? Doit-on les remplacer par des actions de jouissance?

Dans son arrêt du 23 mars 1989[3], la Cour d'appel de Mons, statuant en référé, a considéré que l'annulation des titres anciens n'était pas une mesure découlant implicitement de la réduction du capital à zéro et qu'en conséquence cette question devait être expressément abordée dans les convocations. Certains auteurs ont critiqué la sévérité de cette décision: '*l'on n'aperçoit pas que la réduction de capital à zéro puisse se réaliser autrement que par une annulation des actions, suivie de la création d'actions nouvelles offertes aux actionnaires dans les conditions prévues pour toute augmentation de capital. On ne peut en effet admettre que subsistent des titres auxquels n'est plus attaché aucun des droits qui le sont normalement. L'annulation paraît donc bien être raisonnablement et implicitement comprise dans un ordre du jour qui ne vise que cette réduction*'[4]. Il ne faudrait toutefois pas oublier que si, en réduisant le capital à zéro, les actions n'ont théoriquement plus aucune valeur, elles conservent néanmoins leur droit de souscription préférentielle à l'augmentation de capital[5]. Rien n'empêche non plus l'assemblée d'attribuer aux anciens actionnaires des actions de jouissance[6]. On peut donc comprendre la Cour d'appel de Mons lorsqu'elle exige que le sort des actions représentatives du capital affectées par la réduction soit expressément annoncé dans l'ordre du jour. Si tel est le cas, pareille décision d'annulation des titres anciens, sous réserve du droit de

1. Loi du 5 décembre 1984 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, *Doc. parl.*, Ch., 1981-1982, n° 210/9, p. 49.
2. Comm. Bruxelles, 22 juin 1992, *Rev. prat. soc.*, 1993, p. 36.
3. Mons, 23 mars 1989, *Rev. prat. soc.*, 1989, p. 196, *R.D.C.*, 1990, p. 326, note J.-F. ROMAIN.
4. T. TILQUIN, 'Les opérations d'assainissement du capital des sociétés en difficulté et l'abus de droit des actionnaires', *R.D.C.*, 1991, p. 12, n° 9.
5. Comm. Bruxelles, 22 juin 1992, *Rev. prat. soc.*, 1993, p. 36.
6. A. BENOIT-MOURY, 'Dix ans de jurisprudence en matière de sociétés', *Act. dr.*, 1991, p. 68, p. 150, n° 66; P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, 'Examen de jurisprudence (1979 à 1990). Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1993, p. 679, n° 83.

souscrire à l'augmentation de capital subséquente, peut comme l'a très justement souligné le Tribunal de commerce de Bruxelles[1], apparaître comme une opération d'assainissement économiquement indispensable pour éviter une mise en faillite de la société et, partant, justifiée par l'intérêt social et le maintien en vie de la société, à condition toutefois que tous les actionnaires soient placés sur un pied d'égalité. Pareille décision n'est pas entachée d'abus de majorité dès lors qu'il est '*loisible aux actionnaires minoritaires de rester dans la société, pour autant qu'ils acceptent, aux mêmes conditions que les actionnaires majoritaires, de souscrire à l'augmentation de capital*'[2].

Sous-section 4
Réduction du capital suite au rachat d'actions sans droit de vote

1394. L'article 626 C. soc. prévoit la faculté pour la société d'exiger le rachat de la totalité de ses actions sans droit de vote ou de certaines catégories d'entre elles[3].

L'article 626, alinéa 4, C. soc. prévoit que ce '*rachat est décidé par l'assemblée générale statuant dans les conditions requises pour les modifications des statuts, moyennant le traitement égal des actionnaires qui se trouvent dans des conditions identiques. Le cas échéant, il est fait application de l'article 560*'. Le rachat ayant lieu par remboursement aux actionnaires, c'est la procédure de l'article 613 C. soc., qui doit être respectée (*supra*, n° 1388).

A l'issue de l'opération, '*les actions sans droit de vote sont annulées et le capital est réduit de plein droit*'.

Sous-section 5
Réduction de capital suite à l'annulation de titres de la société acquis en violation de l'article 620 C. soc.

1395. La loi soumet à une réglementation très stricte le rachat par la société de ses propres actions (*infra*, n°s 1480 et s.).

L'article 625 C. soc. prévoit la nullité de plein droit des actions acquises en violation de l'article 620, § 1er, C. soc., de celles qui n'ont pas été aliénées dans les délais prescrits par l'article 622, § 2, alinéas 2, 3° à 5°, C. soc. ou enfin de celles qui ont été acquises à titre gratuit par la société.

1. Comm. Bruxelles, 22 juin 1992, *Rev. prat. soc.*, 1993, p. 36.
2. *Ibid.*
3. Voir *supra*, n° 806.

La loi prévoit qu'en pareille hypothèse, si la réserve indisponible exigée par la loi n'a pas été constituée et, à défaut de réserves disponibles, le capital devra être réduit par l'assemblée générale. On notera qu'à la différence du rachat d'actions sans droit de vote, le capital n'est pas réduit de plein droit: une assemblée générale doit être convoquée au plus tard avant la clôture de l'exercice en cours. Les garanties de l'article 613 C. soc. ne trouveront toutefois pas à s'appliquer dans la mesure où le rachat a déjà été opéré[1].

Section 3
Maintien du capital

Sous-section 1
Répartition bénéficiaire

1396. Les comptes annuels vont déterminer le montant des bénéfices de la société.

Il appartient à l'assemblée générale, sur proposition du conseil d'administration, de décider de l'affectation des bénéfices de la société.

Celle-ci peut revêtir trois formes:

- la création de réserves;
- le report à nouveau;
- la distribution aux administrateurs ('*tantièmes*') ou aux actionnaires ('*dividendes*').

La loi a entouré de garanties particulières cette affectation des résultats, que ce soit sous forme de réserves ou de distribution.

§ 1. Les réserves

1397. Les réserves constituent '*la partie des bénéfices qui n'est point distribuée aux actionnaires, et qui reste dans le patrimoine social pour parer aux conséquences des événements malheureux qui pourraient atteindre le fonds social.* C'est '*le bas de laine de la société, ce sont ses économies, ce qu'elle met de côté en personne bien prudente*'[1].

1. P. Hainaut-Hamende, 'Augmentation et réduction du capital', *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, n° 642.

On distingue différents types de réserves selon la source de leur création (la loi, les statuts, l'assemblée générale) et selon leur caractère facultatif et obligatoire.

A. Les réserves obligatoires

1398. L'obligation de constituer des réserves peut résulter de la loi ou des statuts. Dans les deux cas, les réserves sont indisponibles, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent pas être distribuées aux actionnaires, elles sont '*assimilées*' au capital.

a. La réserve légale

1399. L'article 616 C. soc. oblige la société à effectuer, annuellement, sur les bénéfices nets, un prélèvement d'un vingtième au moins et d'affecter cette somme à la formation d'un fonds de réserve; ce prélèvement cesse d'être obligatoire lorsque le fonds de réserve a atteint 10 % du capital.

L'idée est de protéger les actionnaires et surtout les créanciers en augmentant leur gage. Cette protection est quelque peu illusoire dans la mesure où, à défaut de dispositions statutaires expresses, rien n'oblige la société à placer ce fonds de réserve en valeurs déterminées: '*le fonds de réserve peut être confondu avec le capital social, être employé ainsi à l'achat de marchandises, d'immeubles, de machines, etc.... le montant de la réserve est alors porté au passif par l'effet d'une fiction de comptabilité*'[2].

L'obligation de constituer une réserve légale est néanmoins une règle d'ordre public: toute disposition des statuts ou toute décision restreignant cette obligation légale seraient nulles.

Le prélèvement annuel obligatoire doit être effectué sur le montant des bénéfices nets. Toutefois, si la société a subi antérieurement des pertes, aucun prélèvement ne pourra être opéré avant que les bénéfices de l'exercice n'aient été affectés à l'apurement de ces pertes antérieures. Ce n'est qu'après apurement des pertes que la dotation à la réserve légale pourra avoir lieu[3].

1. C. Resteau, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. Benoit-Moury et A. Grégoire, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 1531*quinquies*.
2. *Ibid.*, n° 1531*octies*.
3. H. Olivier et K. Deboeck, *Vademecum de l'administrateur de société anonyme*, Créadif, 1992, 3e éd., n° 186.

Rien ne semble interdire à la société, si les bénéfices nets le permettent, de doter la réserve légale en une seule fois, par prélèvement sur les bénéfices d'un seul exercice[1].

La réserve légale ainsi constituée peut être utilisée pour '*réparer la perte d'une année sociale*'[2]. Quoique controversée, la question de savoir si la réserve légale peut être incorporée au capital doit recevoir une réponse affirmative à condition de procéder à la constitution d'une nouvelle réserve légale immédiatement après cette incorporation[3].

b. Autres réserves légalement indisponibles

1400. La loi oblige la société, dans certains cas, à créer des réserves spécifiques. Ainsi, en est-il:

- lorsque la société détient ses propres actions en portefeuille (art. 623, al. 1er, C. soc.; *infra*, n° 1488);

- lorsque la société réduit son capital en vue de constituer une réserve pour couvrir une perte prévisible ou en vue de constituer une réserve indisponible conformément à l'article 622, § 2, alinéa 2, 5° C. soc. (art. 614 C. soc.).

Dans chacune de ces deux hypothèses, la loi prévoit que les réserves ainsi constituées seront indisponibles.

c. Réserves statutaires

1401. Les statuts peuvent prévoir l'obligation de constituer un fonds de réserve supplémentaire: dans pareil cas, l'assemblée générale, lorsqu'elle discute les comptes annuels et fixe la répartition des bénéfices, devra, après avoir effectué les prélèvements nécessaires à la constitution du fonds de réserve légale, employer le solde des bénéfices dans le respect de ces dispositions statutaires.

Cette réserve statutaire est de plus en plus rare dans la pratique.

1. H. OLIVIER, 'Aspects de droit des sociétés liés à certaines rubriques du bilan', *L'entreprise commerciale*, Ced Samsom, 1990, p. 1.2/10, n° 4.2.2.
2. C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. BENOIT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 1531*nonies*.
3. Voir *supra*, n° 1363.

B. Réserves facultatives

1402. L'assemblée générale peut-elle, en l'absence de dispositions statutaires expresses, affecter, après dotation à la réserve légale, le surplus des bénéfices, en tout ou en partie, à un fonds de réserve?

La question demeure controversée[1]. On ne peut dès lors que conseiller au rédacteur des statuts de prendre position sur la question:

- soit en interdisant la création de fonds de réserve autre que la réserve légale;

- soit en permettant à l'assemblée générale de décréter, si elle l'estime utile, la constitution d'un fonds de réserve spécial. Cette dernière solution semble préférable. Il est évident que l'assemblée générale ne pourrait abuser du droit qui lui est ainsi accordé de constituer des réserves[2].

C. Le report à nouveau

1403. Le report à nouveau représente la partie des bénéfices qui n'a ni été mise en réserve, ni distribuée.

Il s'agit en principe d'une somme assez faible résultant soit du caractère particulièrement réduit du bénéfice annuel, soit du reliquat (le '*rompu*') subsistant après distribution du dividende.

Ce report à nouveau constitue une réserve temporaire, qui est laissée en instance d'affectation jusqu'à la prochaine assemblée[3].

Comme le soulignait P. COPPENS[4], '*les reports à nouveau cachent parfois de véritables réserves, présentées avec une certaine hypocrisie, non comme une retenue définitive des bénéfices mais comme un simple retard dans leur répartition*'.

1. Pour plus de détails, voir C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. BENOIT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 1531*duodecies*.
2. La jurisprudence française relève d'assez nombreux cas de mises en réserves abusives (voir M. COZIAN et A. VIANDIER, *Droit des sociétés*, 5e éd., Paris, Litec, 1992, n° 414).
3. Voir J.G. RENAULD, 'Le 'Report à nouveau' en droit fiscal et commercial', *Rev. prat. soc.*, 1958, n° 4772, pp. 265 et s.
4. *Cours de droit commercial*, p. 431.

§ 2. Distribution

A. Eléments distribuables

1404. L'article 617 C. soc. interdit toute distribution qui aurait pour effet de réduire l'actif net de la société à un montant inférieur à celui du capital libéré, ou du capital appelé si son montant est supérieur à celui du capital libéré, augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer.

Contrairement à ce que l'on pourrait croire, l'article 617 C. soc. ne règle pas seulement la distribution du bénéfice de l'exercice ou du bénéfice reporté; il concerne toute distribution d'éléments faisant partie des fonds propres[1].

Ainsi certains fonds propres sont indisponibles. Ils comprennent les éléments suivants: capital, primes d'émission, plus-values de réévaluation, réserve légale, réserves indisponibles visées aux articles 614 et 623 C. soc., réserves rendues indisponibles par les statuts et subsides en capital[2].

S'agissant des autres éléments des fonds propres, distribuables par nature comme le souligne M. Coipel[3], il faut pour déterminer la quotité susceptible d'être distribuée après tel exercice comptable, tenir compte de la règle de calcul de l'article 617 C. soc. Il convient de comparer l'actif net avec le montant du capital libéré, ou le cas échéant, le capital appelé, augmenté des fonds propres indisponibles. La différence positive entre le premier et le second montant déterminera le montant distribuable. Par actif net, il faut entendre le total de l'actif tel qu'il figure au bilan, déduction faite des provisions et dettes (art. 617, al. 2, C. soc.)[4]. Un correctif doit toutefois être porté à cette définition de l'actif net lorsqu'il s'agit de définir le montant distribuable à titre de dividendes ou tantièmes; dans ce cas, l'actif net ne peut comprendre:

'*1° le montant non encore amorti des frais d'établissement;*

2° sauf cas exceptionnel à justifier dans l'annexe aux comptes annuels, le montant non encore amorti des frais de recherches et de développement' (art. 617, al. 3, C. soc.). Cette soustraction de l'actif net du montant non encore amorti des frais d'établissement et/ou de recherche et de développement devra se faire chaque fois que la société aura opté pour une politique d''activation' de ces frais conformément à la loi comptable[1].

1. M. Coipel, 'Les sociétés privées à responsabilité limitée', *Rép. not.*, T. XII, Liv. VIII, Bruxelles, Larcier, 1993, pp. 556 et s., n° 390.
2. L'incorporation des subsides en capital parmi les fonds propres indisponibles demeure controversée. Voir P. Wery, 'Les subsides en capital sont-ils des fonds propres indisponibles au sens de l'article 77*bis* des L.C.S.C.?', *Bilan*, 25 novembre 1986.
3. M. Coipel, 'Les sociétés privées à responsabilité limitée', *Rép. not.*, T. XII, Liv. VIII, Bruxelles, Larcier, 1993, pp. 556 et s., n° 390.
4. Les comptes de régularisation du passif sont à ranger parmi les dettes (H. Olivier et K. Deboeck, *Vademecum de l'administrateur de société anonyme*, Créadif, 1992, 3e éd., n° 188).

Un exemple permettra d'éclairer ces dispositions souvent mal comprises. Prenons une société dont le projet de bilan au 31 décembre (date de clôture de l'exercice) s'établit comme suit:

Actif (x 100)		Passif (x 100)	
Frais d'établissement:	50	Capital:	3.100
Frais R&D:	100	– A. souscrit:	3.100
		– B. non appelé:	600
Autres actifs:	3.950		
		Plus-value de réévaluation:	10
		Réserves:	
		– A. légale:	170
		– B. indisponible:	80
		Bénéfice:	220
		Subsides en capital:	20
		Provisions:	100
		Dettes:	1.000
	4.100		4.100

Dans quelle mesure peut-on distribuer le bénéfice de l'exercice (220)?

Il convient de calculer l'actif net:

Total de l'actif:			4.100
Dont à déduire:	–	Provisions:	100
	–	Dettes:	1.000
			3.000

Dont à déduire, pour distribution de dividendes ou tantièmes, le montant non encore amorti des frais d'établissement et de R.D.: 150

2.850

Il faut comparer ce montant avec les fonds propres indisponibles:

- capital libéré:	2.500
+ plus-value de réévaluation:	10
+ réserve légale:	170
+ réserve indisponible:	80
+ subsides en capital:	20
	2.780

1. A.R. 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés, art. 58 à 61. Sur l'influence de l'activation sur les résultats de l'entreprise, voir A. Kilesse, 'Principes d'analyse comptable et d'évaluation des entreprises', *L'entreprise commerciale*, pp. 1.3/24 et s.

Comme indiqué ci-dessus la différence positive entre le 1er et le 2e montant indique le bénéfice distribuable: dans ce cas, il sera de 70 (2.850 – 2.780).

Quid si, nonobstant l'article 617 C. soc., la société procédait à une distribution excessive?

La loi a prévu diverses sanctions:

1. d'une part les sommes distribuées en contravention de l'article 619 C. soc. devront être restituées par les bénéficiaires de cette distribution '*si la société prouve que ces bénéficiaires connaissaient l'irrégularité des distributions faites en leur faveur ou ne pouvaient l'ignorer compte tenu des circonstances*'. Rappelons que l'article 617 C. soc. vise toute forme de distribution de bénéfices. '*Il ne s'agit pas seulement du versement de dividendes ou de tantièmes mais aussi de la répartition de bénéfices à des tiers, notamment à des membres du personnel, à des obligataires ou à d'autres personnes intéressées par les résultats de l'entreprise*'[1].
   Ainsi, dans la mesure où la distribution dépasse la limite légale, la société pourra exiger le remboursement de ces actionnaires ou tiers de mauvaise foi;

2. la responsabilité civile des administrateurs pourra être engagée pour violation de la loi (art. 528 C. soc.);

3. enfin, l'article 648 C. soc. sanctionne pénalement les administrateurs qui ont distribué des dividendes ou tantièmes en violation de l'article 617 C. soc.

B. Droit au dividende – Paiement du dividende – Prescription

1405. La décision d'affecter les résultats de l'exercice aux réserves ou à la distribution de dividendes est une prérogative exclusive de l'assemblée générale. Avant cette décision, le droit de l'actionnaire est éventuel[2]: il dépend à la fois des résultats de l'exercice et du vote de l'A.G.

Par contre, lorsque l'assemblée générale a décidé de la distribution d'un dividende et en a fixé le montant, l'actionnaire acquiert alors un véritable droit de créance[3]. La décision de l'assemblée doit évidemment respecter les statuts sociaux: s'il existe des actions sans droit de vote, il faudra tenir compte du dividende privilégié qui leur est attribué ainsi que, si les statuts ne l'ont pas exclu, du caractère

1. C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. BENOIT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 1560*ter*.
2. Cass., 28 mars 1957, *Pas.*, 1957, I, p. 914.
3. C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. BENOIT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 1566.

récupérable de ce dividende privilégié non perçu sur un exercice précédent[1]. Il faudra également respecter les dispositions des statuts qui accorderaient à certaines actions un dividende privilégié. Plus délicate demeure la question de la répartition des dividendes en cas d'inégalité dans la libération des actions: faut-il accorder le même dividende aux actions entièrement libérées qu'aux actions partiellement libérées? A défaut de stipulation statutaire prévoyant une distribution '*prorata liberationis*', il semble admis que toutes les actions donnent droit au même dividende, quel que soit leur degré de libération[2].

La créance de l'actionnaire est à terme: jusqu'au jour choisi pour le paiement, le dividende ne peut être exigé.

Trois hypothèses peuvent se présenter:

- soit l'A.G. fixe elle-même la date du paiement, ce qui ne pose aucune difficulté;

- soit l'A.G. laisse le soin au conseil d'administration: dans pareil cas, '*il l'exerce à son gré, pour le plus grand bien de la société, mais sous sa responsabilité*'[3] [4];

- soit l'A.G. n'a rien prévu: il est admis que la créance est alors pure et simple et que l'actionnaire peut exiger immédiatement le paiement.

On notera que la Cour de cassation considère que les dividendes sont des fruits civils qui s'acquièrent jour par jour[5] de telle sorte qu'en cas de cession des actions, il convient, à défaut de stipulation contraire, d'opérer une répartition *prorata temporis* entre cédant et cessionnaire.

Les dividendes se prescrivent par cinq ans aux termes de l'article 2277 du Code civil[6]. Les actions de tiers en restitution de dividendes indûment distribués sont prescrites par cinq ans, à partir de la distribution (art. 198, § 1er, C. soc.).

1. Voir *supra*, n° 802.
2. Voir F. GILSON DE ROUVREUX, 'Répartition des bénéfices en cas d'inégalité dans la libération des actions', *Rev. prat. soc.*, 1937, p. 120; M. CHARLES, '*Prorata liberationis*. Droits de vote et droits aux dividendes attachés à des actions souscrites mais non libérées', *Rev. prat. soc.*, 1996, pp. 96 et s.
3. C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. BENOIT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 1569.
4. On considère que le dividende doit être payé au plus tard à la fin de l'exercice suivant celui auquel le dividende se rapporte (H. OLIVIER et K. DEBOECK, *Vademecum de l'administrateur de société anonyme*, Créadif, 1992, 3e éd., n° 193).
5. Cass., 16 janvier 1964, *Rev. prat. soc.*, 1964, p. 146.
6. C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. BENOIT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 1567.

C. Dividende optionnel

1406. Certaines sociétés proposent à leurs actionnaires de payer leur dividende sous forme d'actions nouvelles.

Ce système du dividende optionnel, courant aux Pays-Bas et dans les pays anglo-saxons[1], permet à l'actionnaire de choisir entre le paiement du dividende en espèces ou l'attribution d'une action nouvelle. On ne peut toutefois lui enlever le droit de percevoir son dividende en espèces.

Le choix de l'une ou l'autre formule dépend de la préférence ou non de l'actionnaire pour percevoir des liquidités, de son degré de confiance dans le potentiel de la société, du traitement fiscal tant du dividende payé en espèces ou sous forme de titres que de l'éventuelle réalisation du titre attribué en lieu et place d'espèces. L'intérêt de la société est évident: cette opération lui permet de maintenir les bénéfices dans la société[2].

Le Code ne réglemente pas de manière spécifique cette technique[3]. Juridiquement, l'opération s'analyse comme une augmentation de capital par apports en nature dont le montant n'est pas prédéterminé[4]: en choisissant l'option '*remise de titres*', l'actionnaire affecte en réalité sa créance de dividende à la libération d'une augmentation de capital, celle-ci se réalisant par nature hors droit de préférence[5] [6].

Généralement, il est réservé aux actionnaires apporteurs la possibilité de compléter leur apport en nature par un apport en espèces leur permettant de souscrire au nombre d'actions immédiatement supérieur à celui auquel leur donne droit le montant de leurs dividendes. Cette soulte facultative entraînant une '*suppression marginale du droit de préférence*'[7], il y a lieu d'établir les rapports du conseil d'administration et des commissaires prévus par le Code en cas de limitation du droit de préférence[8]. Tout autre serait l'hypothèse où la société prévoirait soit le paiement du dividende en espèces, soit l'apport de créance de dividende net avec

1. F. PARADIS et C. LEWALLE, "Abats ton rompu' ou comment éviter l'apparition ou la subsistance de titres rompus', *Dr. Banc. et Fin.*, 2003, p. 198.
2. H. OLIVIER et K. DEBOECK, *Vademecum de l'administrateur de société anonyme*, Créadif, 1992, 3e éd., n° 194.
3. Voir B. FERON et B. MALVAUX, 'Le dividende optionnel. Aperçu des conséquences juridiques, comptables et fiscales', *C&FP*, 1995, liv. 29, pp. 5-12.
4. Voir *infra*, n° 591.
5. H. OLIVIER et K. DEBOECK, *Vademecum de l'administrateur de société anonyme*, Créadif, 1992, 3e éd., n° 194.
6. Pour plus de détails, voir HAMBENNE et DEBAENST, 'Dividendes optionnels', *D.A.O.R.*, n° 9, 1989, pp. 71-72.
7. Commission bancaire, *Rapport annuel*, 1988-1989, p. 77.
8. Voir *infra*, nos 1340 et s.

l'*obligation* pour l'actionnaire d'ajouter une soulte. A l'époque, la Commission bancaire et financière avait déconseillé pareil procédé en ce que l'obligation et non la faculté pour l'actionnaire de faire un apport en espèces '*risquait de dénaturer le dividende optionnel, si pas le principe même de la distribution bénéficiaire*'[1].

Dans les sociétés cotées, le montant nécessaire à la souscription d'actions, par hypothèse supérieur à celui du dividende optionnel, pourra être atteint par l'acquisition en bourse d'un nombre de coupons suffisant. L'opération a alors lieu en deux temps: dans un premier temps, le coupon valant droit au dividende est détaché et coté temporairement afin de permettre aux actionnaires qui le souhaitent d'acquérir les coupons manquants requis. Dans un second temps, à l'issue d'une période de négociation prédéterminée, les actionnaires qui n'ont pas manifesté la volonté de participer à l'augmentation de capital ne pourront plus percevoir leur dividende qu'en espèces[2].

D. Acomptes sur dividendes

1407. L'article 618 C. soc. autorise la distribution d'acomptes sur dividendes mais l'entoure de strictes conditions. Cette technique de distribution de dividendes ne doit pas être confondue avec une autre, consacrée par la pratique, à laquelle il est généralement référé sous le concept de dividendes 'intérimaires' ou 'intercalaires' et dont la décision revient à l'assemblée générale de la société (*infra*, n° 1413)[3].

a. Conditions

1408. L'article 618 C. soc. permet au conseil d'administration de distribuer un acompte sur dividendes mais à quatre conditions:

1. la faculté de distribuer un acompte sur dividendes doit être prévue par les statuts (art. 618, al. 1er, C. soc.);

1. *Rapport annuel*, 1992-1993, p. 88.
2. Voir F. PARADIS et C. LEWALLE, "Abats ton rompu' ou comment éviter l'apparition ou la subsistance de titres rompus', *Dr. Banc. et Fin.*, 2003, p. 198 et l'exemple rapporté par les auteurs du dividende optionnel décidé par la société Creyf's en 2001.
3. La terminologie utilisée respectivement en français et en néerlandais prête à confusion. Alors que le terme de 'interimdividenden' renvoit aux acomptes sur dividendes dont le régime est organisé à l'article 618 C. soc., les praticiens néerlandophones réfèrent au concept de dividendes intérimaires ou intercalaires par les termes de 'voorschot op dividenden'; sur l'origine de cette différence terminologique et la pertinence de la terminologie néerlandaise voir K. VORLAET et Ch. MICHIELS, 'De juridische aard van het interimdividend in de N.V. Afgrenzing ten aanzien van het dividend en voorschot op dividend', *D.A.O.R.*, 2000-2001, p. 4 *in fine* et note *infra* n° 7; pour une analyse divergente, voir R. TAS, 'Een dividend voor elk seizoen. Over de mogelijkheid van tussentijdse dividenduitkeringen', *T.R.V.*, 2003, pp. 506-507, nos 20 et 21.

2. la distribution ne peut avoir lieu que '*par prélèvement sur le bénéfice de l'exercice en cours, le cas échéant réduit de la perte reportée ou majoré du bénéfice reporté, à l'exclusion de tout prélèvement sur des réserves constituées et en tenant compte des réserves à constituer en vertu d'une disposition légale ou statutaire*' (art. 618, al. 2, C. soc.). Notons que le conseil d'administration ne peut effectuer aucun prélèvement sur les réserves, qu'elles soient disponibles ou non, pour distribuer un acompte;

3. la distribution ne peut être effectuée que '*si, sur le vu d'un état, vérifié par les commissaires et résumant la situation active et passive, le conseil d'administration constate que le bénéfice calculé... est suffisant pour permettre la distribution d'un acompte*' (art. 618, al. 3, C. soc.). Le rapport des commissaires doit être annexé à leur rapport sur les comptes (art. 618, al. 4, C. soc.);

4. le conseil doit respecter certains délais:

   - la décision ne peut être prise plus de deux mois après la date à laquelle a été arrêtée la situation active et passive (art. 618, al. 5, C. soc.);

   - la décision ne peut être prise moins de six mois après la clôture de l'exercice précédent ni avant l'approbation des comptes annuels se rapportant à cet exercice (art. 618, al. 6, C. soc.).

b. Possibilité de distribuer plusieurs acomptes

1409. La loi a prévu expressément la possibilité de distribuer plusieurs acomptes en cours d'exercice. L'article 618, alinéa 7, C. soc. stipule en effet que, '*lorsqu'un premier acompte a été distribué, la décision d'en distribuer un nouveau ne peut être prise que trois mois au moins après la décision de distribuer le premier*'.

On s'est interrogé sur le nombre maximum d'acomptes qui pourraient être distribués au cours d'un même exercice. La majorité de la doctrine semble considérer que seules deux distributions sont possibles[1], certains estiment toutefois que les décisions de distribution doivent être prises avant la fin de l'exercice en cours[2].

1. M. FLAMEE, 'Le régime des acomptes sur dividendes', *Rev. prat. soc.*, 1987, p. 111.
2. H. OLIVIER et K. DEBOECK, *Vademecum de l'administrateur de société anonyme*, Créadif, 1992, 3e éd., n° 196; *contra* M. FLAMÉE, 'Le régime des acomptes sur dividendes', *Rev. prat. soc.*, 1987, p. 113.

c. Acompte(s) excédant le dividende définitif

1410. '*Lorsque les acomptes excèdent le montant du dividende arrêté ultérieurement par l'assemblée générale, ils sont, dans cette mesure, considérés comme un acompte à valoir sur le dividende suivant*' (art. 618, al. 8, C. soc.). L'imputation prévue peut éventuellement s'effectuer sur plusieurs exercices[1].

d. Sanctions

1411. Tout acompte ou tout dividende distribué en contravention de l'article 618 C. soc. doit être restitué par les actionnaires qui l'ont reçu si la société prouve que ces actionnaires connaissaient ou ne pouvaient ignorer, compte tenu des circonstances, l'irrégularité des distributions faites en leur faveur (art. 619 C. soc.).

Cette sanction à l'égard des actionnaires de mauvaise foi n'est pas élisive de la responsabilité des administrateurs qui auraient procédé à pareille distribution: la contravention à l'article 618 C. soc. met leur responsabilité civile en cause notamment sur la base de l'article 528 C. soc.[2] et les expose aux sanctions pénales prévues à l'article 648 C. soc.

Les commissaires pourraient également voir leur responsabilité mise en cause[3].

E. Dividendes intérimaires ou intercalaires

1412. Consacrés par la pratique plutôt que par une disposition légale spécifique, les dividendes intérimaires ou intercalaires sont ceux dont la distribution est décidée par une assemblée générale extraordinaire, en cours d'exercice, c'est-à-dire en marge des décisions prises lors de l'assemblée générale annuelle et en dehors de l'hypothèse visée par l'article 618 C. soc.[4]. Les raisons de vouloir procéder à une telle distribution peuvent être multiples: besoin de liquidités dans le chef des actionnaires, cession d'une participation afin de réduire le prix d'acquisition ou encore dans le cadre d'une opération de cession négociée sur une base dite '*cash and debt free*' afin de purger la trésorerie de la société avant le transfert des actions.

1. M. MASSAGE, *L'adaptation du droit des sociétés anonymes aux 2e et 4e directives européennes*, Swinnen, 1985, p. 180.
2. On considère également que '*les administrateurs peuvent commettre une faute de gestion en décidant d'accorder un acompte sur dividende, même s'il n'est pas contrevenu à l'article 77ter* (lire 618)' (M. FLAMÉE, 'Le régime des acomptes sur dividendes', *Rev. prat. soc.*, 1987, p. 115).
3. Voir *supra*, n° 1295.
4. Certains auteurs parlent également de dividendes 'exceptionnels', voir J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Précis de Droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 776; sur cette question terminologique voir également *supra*, n° 578 et note *infra* n° 225.

Par un arrêt du 23 janvier 2003, la Cour de cassation a clairement posé le principe selon lequel l'assemblée générale a le droit de pouvoir décider, à tout moment au cours de l'exercice, la distribution aux actionnaires d'un dividende prélevé sur les réserves disponibles, aucune disposition légale ne restreignant cette faculté[1]. Il n'est pas douteux qu'une telle distribution doit, en tout temps, respecter les limites quantitatives définies par l'article 617 C. soc.[2] [3]

La différence principale entre un acompte sur dividende au sens de l'article 618 C. soc. et un dividende intérimaire ou intercalaire, résiderait dans l'obligation de restituer un dividende intérimaire distribué indûment, c'est-à-dire s'il excède le montant des bénéfices réalisés en cours d'exercice, alors que l'acompte sur dividende reste, conformément à l'article 618, alinéa 8, C. soc., acquis à son bénéficiaire et est simplement considéré comme un acompte à valoir sur le dividende suivant[4].

A cet égard, la question de savoir si la distribution d'un dividende intérimaire doit se limiter aux réserves disponibles ou si elle pourrait s'appliquer également aux bénéfices enregistrés pendant l'exercice en cours, avant même que les comptes annuels y relatifs soient approuvés, reste controversée. Il n'existe, selon nous, aucun argument de texte permettant de considérer qu'une telle possibilité serait expressément défendue[5].

Sous-section 2
Pertes sociales

1413. La loi a voulu attirer l'attention du conseil d'administration sur les situations déficitaires (*infra*, § 1).

En outre, les articles 633 et 634 C. soc. prévoient une série de mesures au cas où, par suite de pertes, l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié ou au quart du capital (art. 633 C. soc.) ou en deçà du capital minimum (art. 634 C. soc.).

1. Cass., 23 janvier 2003, *R.C.J.B.*, 2003, pp. 557 et s. et note D. WILLERMAIN.
2. Voir *supra*, n° 1404.
3. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Précis de Droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 777.
4. En ce sens, K. VORLAET et Ch. MICHIELS, 'De juridische aard van het interimdividend in de N.V. Afgrenzing ten aanzien van het dividend en voorschot op dividend', *D.A.O.R.*, 2000-2001, p. 5.
5. Dans le même sens, D. WILLERMAIN, note sous Cass. 23 janvier 2003, *R.C.J.B.*, 2003, pp. 594 et 595.

§ 1. PERTE REPORTÉE OU RÉSULTATS DÉFICITAIRES SUCCESSIFS

1414. L'article 96, § 1er, 6°, C. soc. oblige les administrateurs à justifier dans le rapport annuel, l'application des règles d'évaluation dans une perspective de continuité, lorsque le bilan fait apparaître une perte reportée ou lorsque le compte de résultat fait apparaître une perte de l'exercice pendant deux exercices successifs.

Cette disposition entend favoriser un diagnostic précoce des difficultés[1].

§ 2. PERTE DE LA MOITIÉ OU DES TROIS QUARTS DU CAPITAL[2]

A. Hypothèses visées

1415. Par '*perte du capital*', le législateur vise les cas où la valeur de l'actif net est descendu en dessous d'un certain niveau du capital.

L'actif net se définit en référence à l'article 617, alinéa 2, C. soc. (*supra*, n° 1404): il est égal au total de l'actif du bilan, déduction faite des dettes et des provisions. Il n'y a pas lieu de déduire, comme pour le calcul des dividendes et tantièmes, le montant non encore amorti des frais d'établissement ou de recherche et de développement.

Cet actif net doit être comparé à 50 ou à 25 % du capital. Il s'agit ici du capital souscrit[3], sans qu'il y ait lieu d'y ajouter les primes d'émission et les réserves indisponibles.

B. Procédure

1416. Lorsque l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital, le conseil d'administration doit réunir l'assemblée générale au plus tard dans les deux mois qui suivent le moment où la perte a été constatée ou aurait dû l'être. Il ne suffit pas que l'assemblée soit convoquée dans ce délai, '*il faut que l'assemblée se réunisse dans les deux mois*'[4]. Si l'actif net se réduit encore et devient inférieur au quart du capital, une nouvelle assemblée doit être convoquée.

1. Loi du 13 avril 1995 modifiant les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, *Doc. parl.*, Ch., 1995-1996, n° 329/17, p. 102.
2. Voir aussi *T.P.D.C.*, vol. 2, T.4, 'Les responsabilités'.
3. G. HORSMANS et G. KEUTGEN, 'Augmentation et réduction du capital', *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, p. 170.
4. *Ibid.*, p. 171.

Le conseil d'administration aura satisfait à cette obligation de convocation en réunissant l'assemblée dans les deux mois, même si le jour de l'assemblée, le quorum de présence n'est pas atteint, car cette circonstance ne dépend pas de lui[1].

Le texte de l'article 633 C. soc. précise que l'assemblée doit être réunie dans les deux mois qui suivent le moment où la perte a été constatée ou aurait dû l'être en vertu des obligations légales ou statutaires. Ainsi si la situation comptable semestrielle (art. 137, § 2, al. 3) ou les états comptables exigés par la loi pour certaines opérations (modification de l'objet, distribution d'acomptes sur dividende,...) laissent apparaître une telle perte, le délai de deux mois court à compter de ceux-ci.

Lorsque le conseil convoque l'assemblée conformément à l'article 633 C. soc., l'ordre du jour de l'assemblée doit obligatoirement indiquer les mesures proposées: dissolution ou mesures de redressement.

Quelles que soient les propositions du conseil, il doit justifier celles-ci dans un rapport spécial. Si le conseil propose la poursuite des activités, '*il expose dans son rapport les mesures qu'il compte adopter en vue de redresser la situation financière de la société*' (art. 663, al. 2, C. soc.). Si le conseil propose la liquidation, il doit également s'en justifier. On ne peut qu'attirer l'attention sur l'importance du rapport rédigé par le conseil dans le cadre de l'article 633: il sera '*essentiel pour la détermination ultérieure de l'éventuelle responsabilité des administrateurs, singulièrement en cas de faillite*'[2].

Le rapport spécial du conseil doit être annoncé dans l'ordre du jour. Il est adressé aux actionnaires en nom en même temps que la convocation. Il est transmis sans délai aux personnes qui ont accompli les formalités requises par les statuts pour être admises à l'assemblée et à tout actionnaire sur simple production de son titre.

Il appartient à l'assemblée de délibérer sur l'ordre du jour proposé. L'assemblée doit toujours délibérer de la dissolution de la société[3]. Il faudra pour cela respecter les quorums de présence et de majorité requis pour cette décision[4]. Sur ce dernier point, la procédure est particulière en cas de perte des trois quarts du capital: la dissolution aura lieu si elle est approuvée par le quart des voix émises à l'assemblée (art. 633, al. 3, C. soc.).

1. *Doc. parl.*, Ch., 1981-1982, n° 210-9, p. 63.
2. G. HORSMANS et G. KEUTGEN, 'Augmentation et réduction du capital', *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, p. 172.
3. Même si ce point n'a pas été porté à l'ordre du jour (*Doc. parl.*, Sén., session 1982-1983, n° 390/2, p. 46). *Contra:* G. HORSMANS et G. KEUTGEN, 'Augmentation et réduction du capital', *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, p. 173.
4. Mêmes quorums que pour une modification des statuts.

On ne manquera pas de rapprocher ce texte de l'article 633 C. soc. avec les règles applicables en matière de dissolution. L'article 181 C. soc. exige, non seulement un rapport justificatif du conseil d'administration auquel doit être joint un état résumant la situation active et passive de la société à une date ne remontant pas à plus de trois mois mais également un rapport du commissaire ou, à défaut, d'un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe sur cet état. Ces rapports doivent être établis chaque fois que, dans le cadre de l'article 633 C. soc., le conseil propose à l'assemblée la dissolution. Ils ne devront pas être établis si le conseil propose la poursuite des activités. Toutefois, dans ce cas, l'assemblée peut toujours décider de ne pas suivre le conseil et opter pour la dissolution: si tel était le cas, elle doit alors charger le conseil de mettre en œuvre la procédure de l'article 181 C. soc. et de lui soumettre l'information requise. En d'autres termes, la dissolution devra faire l'objet d'une seconde assemblée générale, tenue cette fois devant notaire, conformément à l'article 66, alinéa 3, C. soc.

C. Sanction

1417. Si les administrateurs omettent de réunir l'assemblée, ils commettent une infraction à la loi sur les sociétés, susceptible d'engager leur responsabilité tant envers la société que les tiers (art. 528, al. 1er, C. soc.).

Sauf preuve contraire, le dommage subi par les tiers est présumé résulter de l'absence de convocation de l'assemblée générale (art. 633, dernier alinéa, C. soc.). La loi présume le lien de causalité entre le dommage et le défaut de convocation[1]. Les administrateurs pourront dégager leur responsabilité:

- en prouvant conformément à l'article 528, alinéa 3, C. soc. qu'ils n'ont pas pris part à l'infraction, qu'aucune faute ne leur est imputable et qu'ils n'ont pas eu connaissance de l'infraction ou, s'ils en ont eu connaissance, qu'ils l'ont dénoncée à l'assemblée générale;

- en prouvant qu'il n'y a pas de relation de cause à effet entre le défaut de convocation et le dommage, l'accroissement de la perte ayant par exemple été causé par des événements antérieurs à l'époque où l'assemblée générale aurait dû être convoquée[2]. Il ne suffit donc pas aux administrateurs d'établir que, disposant de toutes les actions de la société, ils n'auraient pas voté la dissolution si l'assemblée générale avait eu lieu[3] ou que le vote de l'assemblée générale sur la

1. *Doc. parl.*, Ch., 1981-1982, n° 210/9, p. 65. Voir *supra*, n° 1166.
2. *Ibid.*
3. Comm. Charleroi, 11 octobre 1995, *R.R.D.*, 1997, p. 55, note P. GHISLAIN. Voir aussi Bruxelles, 15 novembre 2007, *J.L.M.B.*, 2009, p. 305.

poursuite des activités de la société n'aurait fait aucun doute en raison d'un vote intervenu au cours d'une assemblée ultérieure[1].

La démission ultérieure ou l'incompétence avouée des administrateurs ne sont, pas plus, de nature à atténuer leur responsabilité[2] et le fait pour la société d'avoir enregistré des pertes au cours des exercices postérieurs au moment où l'assemblée aurait dû être convoquée ne constitue pas une cause exonératoire non plus[3].

D. Clauses statutaires

1418. L'article 633 C. soc. est impératif[4] mais rien n'interdit aux statuts de contenir des dispositions plus rigoureuses en prévoyant, par exemple, l'obligation de réunir l'assemblée en cas de perte du capital moindre que les quotités prévues par la loi.

§ 3. Réduction de l'actif net en dessous du montant du capital minimum

1419. Lorsque l'actif net se trouve réduit à un montant inférieur à 61.500 euros, tout intéressé peut demander au tribunal la dissolution de la société.

Le tribunal peut, le cas échéant, accorder à la société un délai en vue de régulariser sa situation (art. 634 C. soc.).

En principe, les articles 633 et 634 C. soc. peuvent faire l'objet d'une application cumulative car ils visent des situations différentes: l'article 633 C. soc. se réfère au capital souscrit alors que l'article 634 C. soc. tend à préserver le capital minimum[5].

1. Cass., 27 juin 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1832.
2. Liège, 8 mai 2003, *D.A.O.R.*, 2003, p. 70.
3. Bruxelles, 15 novembre 2007, *J.L.M.B.*, 2009, p. 312.
4. G. Horsmans et G. Keutgen, 'Augmentation et réduction du capital', *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, p. 169.
5. *Ibid.*, p. 176.

Chapitre XI
Emission d'obligations et de droits de souscription

Section 1
Généralités

Sous-section 1
Notion

1420. Pour financer son activité, la société anonyme peut contracter un emprunt sous une forme plus large et plus impersonnelle que l'emprunt ordinaire[1], par l'émission d'obligations. On parle alors d'emprunt obligataire.

Celui-ci présente une double caractéristique: '*il s'agit d'un emprunt collectif ayant une certaine unité, et, d'autre part, cette dette est représentée par des titres négociables conférant chacun des droits identiques pour un même montant nominal*'[2]. Ces titres négociables sont qualifiés d'obligations.

Les raisons de procéder à l'émission d'un emprunt obligataire plutôt qu'à une augmentation de capital sont multiples et variées:

- les difficultés que traverse la société peuvent rendre aléatoire l'émission d'actions nouvelles; les souscripteurs d'obligations bénéficient en effet d'un intérêt fixe alors que le dividende des actionnaires dépend de la bonne marche de l'entreprise;

- l'émission d'un emprunt obligataire permet à la société de ne pas augmenter le nombre des actionnaires et partant, de sauvegarder le pouvoir en place.

Sous-section 2
Statut des obligataires

1421. L'obligataire est un créancier. Toutefois, sa créance ne s'identifie pas totalement avec celle d'un créancier ordinaire, en raison du caractère collectif de l'emprunt.

1. *R.P.D.B.*, v° *Sociétés anonymes*, n° 2021.
2. J. Van Ryn, *Principes de droit commercial*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 560.

§ 1. L'OBLIGATAIRE EST UN CRÉANCIER

1422. L'obligataire est un créancier et non un actionnaire[1]. Il s'ensuit que:

1.l'obligataire a droit à son intérêt annuel, quel que soit le résultat des affaires sociales[2];

2.l'obligataire échappe au risque d'apport: il a droit au remboursement de sa créance avant toute répartition aux actionnaires et il doit être mis sur le même pied que les autres créanciers en cas de faillite de la société[3].

Si la société reste en défaut de payer les intérêts ou de rembourser le titre au terme prévu, l'obligataire peut soit assigner en paiement, soit, comme le rappelle l'article 487, alinéa 3, C. soc., demander en justice la résolution pour inexécution des conditions de l'emprunt.

§ 2. L'OBLIGATAIRE N'EST PAS UN CRÉANCIER ORDINAIRE

1423. Les obligataires sont des créanciers sociaux d'une nature spéciale dans la mesure où l'obligation est une coupure d'un emprunt global contracté dans l'intérêt de la société. Tous les obligataires constituent des créanciers d'une seule et même dette. La dette est unique, les créanciers sont multiples[4].

C'est ce qui explique que la loi ait organisé la masse des obligataires dans un double but: donner à ces créanciers liés à la vie de la société un certain droit de regard sur la vie sociale[5] mais surtout permettre, lorsque les circonstances l'imposent, une renégociation des conditions ou des termes de la dette et ce, non dans l'intérêt des obligataires, mais dans celui de la société[6].

1. *Ibid.*, n° 559.
2. *R.P.D.B.*, *v° Sociétés anonymes*, n° 2023.
3. C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. BENOÎT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 1589.
4. C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. BENOÎT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 1658.
5. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 559. Voir art. 537 C. soc. (*infra*, nos 682 et s.).
6. Voir art. 568 C. soc. (*infra*, n° 1446).

Sous-section 3
Types d'obligations

1424. Au-delà des règles de formes[1], la loi organise différents types d'obligations:

- les obligations ordinaires;
- les obligations hypothécaires (art. 493 à 495 C. soc.);
- les obligations à prime (art. 488 C. soc.);
- les obligations convertibles en actions ou avec droit de souscription (art. 489 à 492 C. soc.).

Ce dernier type d'obligations (convertibles ou avec droit de souscription) constitue ce qu'on a appelé du '*capital différé*' dans la mesure où les obligataires peuvent, à un moment donné, convertir leur obligation en actions ou souscrire de nouvelles actions. En raison de cette spécificité, ce type d'obligations fera l'objet d'une analyse spécifique avec les autres titres représentatifs de '*capital différé*' (*infra*, nos 1447 et s.).

Sous-section 4
Appel public à l'épargne

1425. L'émission, l'exposition, l'offre et la vente publique d'obligations peut être constitutive d'un appel public à l'épargne et, partant, soumise aux formalités de contrôle et de publicité régissant pareilles opérations dont l'examen échappe à l'objet de la présente contribution.

1. Voir *infra*, n° 1428.

Section 2
Obligations ordinaires, hypothécaires ou à prime

Sous-section 1
Conditions générales

§ 1. Qui peut émettre des obligations ordinaires, hypothécaires ou à prime?

1426. La loi ne précise pas l'organe de la société qui a le pouvoir d'émettre de telles obligations.

En vertu de l'article 522, § 1er, C. soc. qui permet au conseil d'administration '*d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social de la société*', on considère que le conseil d'administration a ce pouvoir.

Rien n'empêche toutefois les statuts de réserver cette compétence à l'assemblée générale[1].

La décision d'émettre un emprunt obligataire n'est soumise par la loi à aucune restriction[2]. Toutefois, compte tenu de son importance, le professeur Van Ryn[3] considère qu'il devrait être interdit lorsque le capital social n'est pas entièrement libéré et avant que la société n'ait publié au moins ses premiers comptes annuels.

§ 2. Conditions de l'émission

1427. Il appartient à l'organe compétent pour décider de l'émission d'en préciser les conditions.

La loi ne formule aucune exigence particulière et les clauses de l'emprunt sont donc librement déterminées par l'émetteur. Il en est ainsi notamment du montant de l'emprunt, de sa durée, du taux d'intérêt, de la date d'échéance des coupons, de la forme et de la valeur nominale des titres, du prix d'émission et de remboursement,

1. Cette restriction statutaire étant inopposable aux tiers (art. 522, § 1er, al. 2, C. soc.), l'émission décidée par le conseil, nonobstant la clause statutaire réservant ce pouvoir à l'assemblée générale, ne pourrait être annulée. Elle engagerait néanmoins la responsabilité du conseil d'administration sur base de l'article 528 C. soc. (H. Olivier et K. Deboeck, *Vademecum de l'administrateur de société anonyme*, Bruxelles, Créadif, 1992, 3e éd., n° 148).
2. J. Van Ryn, *Principes de droit commercial*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 562.
3. *Ibid.*

de la date de libération, des sûretés garantissant l'emprunt, et même de la devise dans laquelle le montant de l'emprunt est exprimé qui ne doit pas être obligatoirement l'euro.

On notera que la loi n'exige pas, comme pour les actions, de libération minimale lors de la souscription. Il conviendra donc, sur ce point également, de s'en référer aux conditions de l'émission.

La prudence recommandera également de prévoir la possibilité, pour la société, de rembourser anticipativement les obligations[1].

§ 3. Forme des obligations

1428. Comme nous l'avons déjà dit, il appartient à l'émetteur de déterminer la forme des obligations.

A l'instar des actions, les obligations peuvent revêtir la forme nominative ou la forme dématérialisée (art. 460 C. soc.).

Lorsque les obligations sont nominatives, il est tenu au siège social un registre des obligations nominatives (art. 463 C. soc.). L'article 464 C. soc. autorise le conseil d'administration à décider de scinder le registre en deux parties afin de permettre la conservation d'une des deux en dehors du siège social. Les règles organisant cette faculté sont les mêmes pour tout type de registre quelle que soit la catégorie de titres à laquelle le registre se rapporte.

La loi rappelle enfin que la propriété des obligations s'établit '*par une inscription sur les registres prescrits par l'article 463*' (art. 465, al. 1er, C. soc.).

S'agissant de l'obligation dématérialisée, elle est représentée par une inscription en compte au nom de son propriétaire ou de son détenteur auprès d'un teneur de comptes agréé par le Roi (art. 468, al. 1er, C. soc.). Les développements consacrés aux actions dématérialisées s'appliquent *mutatis mutandis* aux obligations dématérialisées, les articles 468 et suivants C. soc. s'appliquant à tout titre revêtant cette forme (*supra*, nos 816 et s.).

On notera que les obligations remboursables par voie de tirage au sort (*infra*, n° 1432) ne peuvent revêtir la forme dématérialisée (art. 488, al. 3, C. soc.).

1. G. Raucq et P. Hainaut-Hamende, 'Les sociétés anonymes', *Rép. not.*, T. 12, Livre III, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 296, p. 404.

1429. Les obligations convertibles peuvent faire l'objet d'une certification en vertu de l'article 503 C. soc. Des certificats se rapportant aux obligations convertibles sont alors émis par une personne morale qui conserve ou acquiert la propriété des titres auxquels se rapportent les certificats et s'engage à réserver tout produit ou revenu de ces obligations au titulaire des certificats (voir *supra*, n°s 826 et s.).

§ 4. Cession des obligations

1430. Les règles applicables aux cessions d'obligations diffèrent selon la forme de ces dernières.

S'agissant des obligations dématérialisées, le transfert s'opère par virement de compte à compte (art. 468, al. 2, C. soc.).

S'agissant des obligations nominatives, l'article 504 C. soc. prévoit que pour tout titre nominatif la cession '*s'opère par une déclaration de transfert inscrite dans le registre relatif à ces titres, datée et signée par le cédant et le cessionnaire ou par leurs fondés de pouvoir*' ou, si le registre est tenu sous la forme électronique, '*la déclaration de transfert peut prendre la forme électronique et être revêtue d'une signature électronique (...)*'.

On rappellera que l'article 510 C. soc., réglementant les clauses restrictives de négociabilité, ne vise que les obligations convertibles, les obligations avec droit de souscription ou les obligations remboursables en actions.

Sous-section 2
Régimes particuliers

§ 1. Obligations hypothécaires

1431. L'emprunt obligataire peut être garanti par une hypothèque constituée sur des biens immobiliers appartenant à la société. Cette hypothèque peut être établie pour sûreté d'un emprunt réalisé ou à réaliser (art. 493 C. soc.): elle peut donc être constituée lors de la création de l'emprunt obligataire ou ultérieurement.

Cette hypothèque doit répondre aux exigences de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851. C'est ainsi que l'acte constitutif d'hypothèque devra être passé en la forme authentique.

Toutefois, le législateur a apporté à ce régime général de la loi de 1851 diverses dérogations justifiées par la spécificité de l'emprunt obligataire.

Nous ne commenterons ici que les principales dérogations prévues par le Code des sociétés[1]:

1. la société comparaît seule à l'acte constitutif d'hypothèque; il n'est pas requis que les obligataires comparaissent à l'acte pour l'accepter;

2. dans le bordereau d'inscription, la désignation du créancier sera remplacée par celle des titres représentatifs de la créance garantie; les dispositions relatives à l'élection de domicile ne sont pas applicables (art. 493, al. 2, 2°, C. soc.);

3. l'hypothèque ne prend toutefois rang qu'à la date de son inscription, sans égard à l'époque de l'émission des obligations (art. 493, al. 4, C. soc.);

4. alors que normalement il appartient au créancier de veiller à l'inscription de son hypothèque, cette tâche revient ici au débiteur, à savoir la société. Si elle négligeait de le faire, l'assemblée des obligataires pourrait en confier le soin à des mandataires *ad hoc* (art. 568, al. 2, 3°, C. soc.).
   C'est également à la société que revient la tâche de veiller au renouvellement de l'inscription hypothécaire (art. 493, al. 5, C. soc.). A défaut de renouvellement par la société, tout obligataire a le droit de renouveler l'inscription (art. 493 *in fine* C. soc.);

5. l'inscription doit être publiée dans les annexes du *Moniteur belge* (art. 493, al. 3, C. soc.);

6. l'article 494 C. soc. règle les formalités de radiation ou de réduction de l'inscription;

7. l'article 495 C. soc. précise la procédure de purge ou d'expropriation des immeubles grevés.

On notera enfin que l'article 465, alinéa 4, C. soc. impose que les obligations hypothécaires '*portent l'indication de l'acte constitutif d'hypothèque et mentionnent la date de l'inscription, le rang de l'hypothèque et la disposition du dernier alinéa de l'article 493 relative au renouvellement de l'inscription*'.

1. Pour plus de détails, voir C. Resteau, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. Benoît-Moury et A. Grégoire, Bruxelles, Swinnen, 1981, n°s 1739 à 1771; G. Raucq et P. Hainaut-Hamende, 'Les sociétés anonymes', *Rép. not.*, T. 12, Livre III, Bruxelles, Larcier, 2005, n°s 284 à 289, pp. 395 à 400.

§ 2. Obligations à prime

1432. On parle d'obligations à prime lorsque les obligations sont remboursables à un taux supérieur au taux d'émission[1], comme par exemple l'obligation émise à 100 euros et remboursable à 110 euros, soit avec une prime de 10 euros.

Lorsqu'elles sont remboursables par voie de tirage au sort, le législateur a voulu éviter qu'elles ne constituent une loterie et a exigé quatre conditions pour que l'émission soit licite (art. 488 C. soc.):

1. les obligations doivent rapporter au minimum 3 % d'intérêt;
2. toutes les obligations provenant de la même émission doivent être remboursées pour la même somme;
3. le montant de l'annuité comprenant l'amortissement du capital et les intérêts doit être le même pendant toute la durée de l'emprunt;
4. le montant total de toutes ces obligations ne peut être supérieur au capital social libéré.

Selon la jurisprudence, si le porteur d'obligations sorties au tirage omet par négligence d'en demander le remboursement et continue d'en percevoir les intérêts, il sera tenu au remboursement de ceux-ci[2].

On rappellera enfin que les obligations remboursables par tirage au sort ne peuvent revêtir la forme dématérialisée (art. 488, al. 3, C. soc.).

1. J. Van Ryn, *Principes de droit commercial*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 567.
2. Comm. Bruxelles, 24 septembre 1981, *Rev. prat. soc.*, 1981, p. 255, *J.T.*, 1982, p. 649, note J.-P. Buyle.

Section 3
Droits des obligataires dans la société – Les assemblées d'obligataires

Sous-section 1
Droits des obligataires dans la société

1433. La loi ne reconnaît aux obligataires[1] qu'un droit de regard très limité sur les affaires sociales:

1. ils peuvent, en vertu des articles 535, alinéa 3 et 553 C. soc., prendre connaissance, au siège social, quinze jours avant l'assemblée générale des actionnaires, des pièces établies en vue de ladite assemblée (comptes annuels; liste des fonds publics, des actions, obligations et autres titres composant le portefeuille de la société; liste des actionnaires qui n'ont pas libéré leurs actions; rapport de gestion et rapport des commissaires; rapports spéciaux en vue des assemblées générales extraordinaires lorsque prévus par la loi);
2. ils peuvent assister aux assemblées générales mais avec voix consultative seulement (art. 537 C. soc.).

Sous-section 2
Les assemblées d'obligataires

1434. La loi prévoit la possibilité pour les obligataires de se réunir en assemblée générale (art. 568 C. soc.).

Ces assemblées ont été organisées principalement dans l'intérêt de la société '*pour lui permettre de convenir avec les obligataires d'un aménagement nouveau des conditions de l'emprunt, sans être astreinte à obtenir le consentement unanime des porteurs*'[2].

§ 1. Convocation et tenue des assemblées

1435. Comme on pourra le constater, l'analogie avec les assemblées d'actionnaires est grande.

1. Ainsi qu'aux titulaires de droit de souscription (*infra*, n°s 1449 et s.).
2. J. Van Ryn, *Principes de droit commercial*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 722.

A. Convocation

a. Qui convoque?

1436. En vertu de l'article 569 C. soc., le conseil d'administration et les commissaires peuvent convoquer les porteurs d'obligations en assemblée générale.

Ils doivent convoquer cette assemblée sur la demande d'obligataires représentant le cinquième du montant des titres en circulation. Ce cinquième se calcule sur le montant des obligations que la proposition intéresse[1].

b. Forme et contenu de la convocation

1437. L'article 570 C. soc. détermine les formalités à respecter.

Les convocations, qui contiennent l'ordre du jour, sont faites par annonce insérée au moins quinze jours avant l'assemblée, dans le *Moniteur belge* et dans un organe de presse de diffusion nationale. Elles sont communiquées aux obligataires en nom par lettre recommandée ou par tout autre moyen de communication que ceux-ci auraient privilégié au préalable et par écrit. Lorsque toutes les obligations sont nominatives, la convocation peut être limitée à ce mode de communication. L'ordre du jour contient l'indication des sujets à traiter ainsi que les propositions de décisions qui seront soumises à l'assemblée.

Comme pour les assemblées d'actionnaires, les convocations sont inutiles si tous les obligataires sont présents et consentent à se réunir et à délibérer sur les points qui leur sont soumis[2].

B. Tenue de l'assemblée

a. Formalités d'admission

1438. L'article 571 C. soc. prévoit, comme pour les assemblées d'actionnaires, que les statuts déterminent les formalités à accomplir pour être admis à l'assemblée générale. En vertu de l'article 571*bis* C. soc., les statuts peuvent également étendre aux assemblées générales d'obligataires le régime de participation à distance visé à l'article 538*bis* C. soc. (*supra*, n° 908).

1. G. RAUCQ et P. HAINAUT-HAMENDE, 'Les sociétés anonymes', *Rép. not.*, T. 12, Livre III, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 302, pp. 406 et s.
2. C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e éd. par A. BENOÎT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 1665.

b. Organisation de l'assemblée

1439. On appliquera ici aussi des dispositions reflétant fidèlement le régime prévu pour les assemblées générales des actionnaires (art. 572 C. soc.) (*supra*, n° 904).

c. Quorum de présence

1440. '*La société doit mettre à la disposition des obligataires, au début de la réunion, un état des obligations en circulation*' (art. 573 C. soc.).

'*L'assemblée ne peut valablement délibérer que si ses membres représentent la moitié au moins du montant des titres en circulation.*

Si cette condition n'est pas remplie, une nouvelle convocation est nécessaire et la nouvelle assemblée délibère valablement, quelle que soit la portion représentée du montant des titres en circulation' (art. 574, al. 1er et 2, C. soc.).

d. Quorum de vote

1441. L'article 574, alinéas 3 à 8, C. soc. détermine les quorums de vote comme suit:

'*Aucune proposition n'est admise que si elle est votée par des membres représentant ensemble, par eux-mêmes ou par leurs mandants, les trois quarts au moins du montant des obligations pour lesquelles il est pris part au vote.*

Dans le cas où une décision n'a pas réuni une majorité représentant au moins le tiers du montant des obligations en circulation, elle ne peut être mise à exécution qu'après avoir été homologuée par la cour d'appel dans le ressort de laquelle se trouve le siège de la société.

L'homologation est sollicitée par voie de requête, à la diligence des administrateurs ou de tout obligataire intéressé.

Les obligataires qui ont voté contre les résolutions prises ou qui n'ont pas assisté à l'assemblée peuvent intervenir à l'instance.

La cour statue toutes affaires cessantes. Le ministère public est entendu.

Si la requête en homologation n'est pas introduite dans les huit jours après le vote de décision, celle-ci sera considérée comme non avenue'.

L'article 574, alinéa 10, prévoit une dérogation à cette règle: dans les cas prévus à l'article 568, alinéa 2, 2° (actes conservatoires) ou 3° (désignation d'un mandataire chargé d'exécuter les décisions prises), les décisions peuvent être prises à la

simple majorité des titres représentés, quel que soit d'ailleurs le nombre de titres représentés.

En outre, les décisions prises dans les cas prévus à l'article 568, alinéa 1er (*infra*, n° 1446), ne sont valables que si le capital social est entièrement appelé.

On notera enfin que '*s'il existe plusieurs catégories d'obligations et que la délibération de l'assemblée générale est de nature à modifier leurs droits respectifs, la délibération doit, pour être valable, réunir dans chaque catégorie les conditions de présence et de majorité requises par l'article 574. Les porteurs d'obligations de chacune des catégories peuvent être convoqués en assemblée spéciale*' (art. 575 C. soc.).

e. Vote par procuration

1442. Les articles 577 à 580 C. soc. prévoient des mécanismes identiques à ceux applicables aux assemblées générales d'actionnaires relativement au vote par procuration et à la sollicitation de procuration (*supra*, nos 918 et s.).

f. Procès-verbal

1443. Un procès-verbal de l'assemblée devra être établi.

Il sera signé par les membres du bureau et les obligataires qui le demandent; les expéditions à délivrer aux tiers sont signées par un ou plusieurs administrateurs conformément à ce que prévoient les statuts (art. 576 C. soc.).

g. Publicité

1444. Les décisions prises par l'assemblée des obligataires sont publiées, dans la quinzaine, à la diligence des administrateurs, aux annexes du *Moniteur*.

h. Pactes de votation

1445. L'article 580 C. soc. est une fidèle reproduction de l'article 551 C. soc. applicable aux pactes de votation conclus entre actionnaires. Nous renvoyons à ce qui a pu en être dit ci-avant aux numéros 926 et suivants.

§ 2. Pouvoirs de l'assemblée des obligataires

1446. Les pouvoirs de l'assemblée des obligataires sont déterminés limitativement[1] par l'article 568 C. soc. Rien n'empêche toutefois que des pouvoirs *plus étendus* lui soient reconnus par le *contrat d'emprunt obligataire*[2].

Nous nous limiterons ici à l'examen des pouvoirs prévus par la loi.

A. '*Accepter des dispositions ayant pour objet, soit d'accorder des sûretés particulières au profit des porteurs d'obligations, soit de modifier ou de supporter les sûretés déjà attribuées*' (art. 568, al. 2, 1°, C. soc.)

On rappellera que l'assemblée peut notamment radier ou réduire l'inscription hypothécaire garantissant l'emprunt (art. 494, al. 1er, C. soc.).

B. '*Proroger une ou plusieurs échéances d'intérêts, consentir à la réduction du taux de l'intérêt ou en modifier les conditions de paiement*' (art. 568, al. 1er, 1°, C. soc.), '*prolonger la durée du remboursement, le suspendre, consentir des modifications aux conditions dans lesquelles il doit avoir lieu*' (art. 568, al. 1er, 2°, C. soc.)

L'assemblée peut ainsi, uniquement quand le capital social est entièrement appelé et pour soulager la société, modifier la créance des obligataires (durée, taux,...) mais elle ne peut jamais accorder à la société une remise de dette, même partielle, pour le principal ou pour des intérêts échus[3].

C. '*Accepter la substitution d'actions aux créances des obligataires*' (art. 568, al. 1er, 3°, C. soc.)

Il s'agit sans doute de la mesure la plus révolutionnaire que puisse prendre l'assemblée des obligataires puisque, par cette décision l'obligataire devient actionnaire et participe aux risques de la société. Cette décision ne peut être prise que lorsque le capital social est entièrement appelé.

Cette substitution ne peut toutefois priver de ses droits le porteur d'obligations qui, avant l'assemblée, avait assigné la société en résolution du contrat, conformément à l'article 487 C. soc., pour non-paiement des intérêts échus[4].

1. Comm. Bruxelles, 20 mai 1938, *Rev. prat. soc.*, 1948, p. 45.
2. H. Olivier et K. Deboeck, *Vademecum de l'administrateur de société anonyme*, Bruxelles, Créadif, 1992, 3e éd., n° 341.
3. J. Van Ryn, *Principes de droit commercial*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 729.
4. Cass., 5 mars 1931, *Pas.*, 1931, I, p. 115.

Cette substitution impliquera une augmentation de capital par apport en nature de la créance des obligataires. L'intervention d'un commissaire-réviseur ou d'un réviseur d'entreprises est donc nécessaire. Elle requiert également l'accord des actionnaires de la société: soit ceux-ci l'ont exprimé antérieurement au vote de l'assemblée des obligataires; si tel n'est pas le cas, la décision des obligataires n'aura d'effet que si elle est acceptée, dans le délai de trois mois, par l'assemblée générale des actionnaires délibérant dans les formes requises pour les modifications aux statuts (art. 568, al. 1er, *in fine*, C. soc.).

D. '*Décider des actes conservatoires à faire dans l'intérêt commun*' (art. 568, al. 2, 2°, C. soc.) et '*désigner un ou plusieurs mandataires chargés d'exécuter les décisions prises en vertu du présent article et de représenter la masse des obligataires dans toutes les procédures relatives à la réduction ou à la radiation des inscriptions hypothécaires*' (art. 568, al. 2, 3°, C. soc.).

Section 4
Les obligations convertibles ou avec droit de souscription. Les droits de souscription

Sous-section 1
Notions

§ 1. DÉFINITIONS

A. Obligation convertible

1447. L'obligation convertible est celle dont le propriétaire peut demander la conversion en action(s), dans un délai déterminé, sans mise de fonds supplémentaire. Elle porte '*en son flanc*' une action: dès sa création, la société ouvre la faculté de la convertir, pendant telle période future, en une action sans aucun autre décaissement[1].

Le titulaire de l'obligation convertible bénéficie d'une part de tous les avantages attachés à une obligation ordinaire; il a, d'autre part, la faculté de devenir actionnaire en perdant sa qualité d'obligataire[2].

1. P. COPPENS, *Cours de droit commercial*, 3e vol., Louvain-la-Neuve, Cabay, 1985, p. 471.
2. H. BIRON, 'Les obligations convertibles ou avec droits de souscription', *Rev. prat. soc.*, 1960, p. 51.

Dans la pratique, l'obligataire n'abandonnera son statut de créancier et ne demandera la conversion de son obligation en action que si l'évolution de la société s'avère avantageuse et lui offre la perspective d'une plus-value sur son titre.

B. Obligation avec droit de souscription

1448. L'obligation avec droit de souscription, parfois qualifiée d'obligation avec warrant ou obligation warrantée, est une obligation ordinaire à laquelle a été juxtaposé un droit de souscription.

Ce droit de souscription ou warrant permet au propriétaire de l'obligation de souscrire à l'augmentation de capital de la société émettrice à des conditions prédéterminées.

Il existe trois grandes différences entre l'obligation convertible et l'obligation avec warrant:

1. le propriétaire de l'obligation convertible ne peut acquérir le statut d'actionnaire que s'il perd sa qualité d'obligataire. Au contraire, le titulaire de l'obligation avec warrant peut exercer son droit de souscription et souscrire des actions nouvelles sans perdre pour autant son statut d'obligataire. Qu'il exerce ou non son droit de souscription, il continue à bénéficier de sa qualité d'obligataire[1];

2. l'obligation avec warrant étant formée de la juxtaposition de deux éléments distincts, rien n'empêche de les scinder: le droit de souscription est représenté par un coupon spécial attaché à l'obligation mais détachable de celle-ci de telle sorte que ce coupon puisse circuler séparément et le cas échéant faire l'objet d'une cotation distincte[2]. L'obligation convertible ne permet pas pareille dissociation: le droit à la conversion ne peut être détaché de l'obligation puisque l'exercice de ce droit fait disparaître l'obligation;

3. lorsque le titulaire de l'obligation convertible demande la conversion de son titre en action(s), il ne doit effectuer aucune mise de fonds supplémentaire. En revanche, le propriétaire d'une obligation avec warrant, lorsqu'il exerce son droit de souscription, devra faire un apport supplémentaire correspondant aux conditions fixées lors de l'émission. L'exercice du warrant se traduit, pour la société émettrice, par un apport d'argent frais, à la différence de la conversion de l'obligation convertible.

1. *Ibid.*
2. *Ibid.*

Notons que rien n'empêche de juxtaposer une obligation convertible avec un droit de souscription. Une société peut ainsi émettre un emprunt obligataire convertible avec warrant permettant à son titulaire de souscrire, au moyen du warrant, des actions nouvelles et de conserver la faculté de convertir ultérieurement son titre obligataire en actions.

C. Droit de souscription

1449. Le droit de souscription est '*un titre qui confère à son détenteur le droit de souscrire, à des conditions fixées au moment de l'émission, à des valeurs mobilières créées dans le cadre d'une augmentation de capital*'[1].

Ce droit de souscription peut être attaché, comme nous l'avons vu, à des obligations (obligation avec warrant) ou à des actions[2]. Il peut également être émis de manière autonome; on parle alors dans ce cas de '*warrant autonome*' ou '*warrant sec*'.

L'émission de ces droits de souscription peut porter autant sur les actions de la société émettrice que sur les actions d'une autre société[3].

L'article 498 C. soc. envisage d'ailleurs expressément l'hypothèse d'une émission par une société filiale d'obligations assorties d'un droit de souscription sur des actions émises par la société mère.

§ 2. Origine et évolution de la réglementation

1450. A l'origine, la loi ne réglementait que les émissions d'obligations convertibles en actions ou avec droit de souscription.

Ces émissions répondaient à des préoccupations purement financières: permettre à la société de placer plus facilement et à un coût moindre son emprunt obligataire en offrant aux obligataires la faculté de participer au développement de la société en devenant actionnaire. Il s'agissait principalement d'"*un instrument de financement qui offrait à la société la possibilité de recueillir des fonds de tiers à un taux inférieur à celui des emprunts obligataires*"[4].

1. *Doc. parl.*, Ch., 1990-1991, n° 1645-2, p. 5.
2. Pour un exemple, voir Commission bancaire, *Rapport annuel*, 1987-1988, pp. 107 et 108.
3. J.F. Tossens, 'Les titres', *Le nouveau droit belge des sociétés*, volume I, p. 17, n° 33; M. Van Der Haegen et J.-M. Gollier, 'Les sociétés commerciales. Loi du 18 juillet 1991', *J.T.*, 1992, pp. 192 et 193, n° 15.
4. Commission bancaire, *Rapport annuel*, 1987-1988, p. 100.

Dans la seconde moitié des années '80, ces émissions se sont multipliées. Elles ne répondaient toutefois qu'accessoirement voire aucunement à un besoin de financement de la société. '*Il s'agissait en premier lieu de prémunir la société contre une offre éventuelle de reprise d'un tiers de nature à interrompre la politique à long terme de la société*'[1] en réservant aux actionnaires de contrôle le bénéfice de pareils titres.

On a vu également se développer, dans le même but de défense anti-O.P.A., des émissions de droits de souscription autonomes, non attachés à un emprunt obligataire et généralement qualifiés de '*warrants secs*'[2]. L'émission de pareils titres, hors droit de préférence, au profit des actionnaires '*stables*' de la société permettait ainsi de renforcer la structure de l'actionnariat rendant difficile voire impossible la prise de contrôle par un tiers. Ces opérations n'étaient pas visées par les articles 101*bis* et suivants des L.C.S.C. qui régissaient la matière à l'époque et échappaient ainsi à la réglementation plus stricte des obligations convertibles ou assorties d'un droit de souscription[3].

Ceci a amené le législateur, en 1991, à réglementer cette opération '*notamment pour éviter que par ce biais, certaines dispositions relatives aux obligations avec droit de souscription ne soient détournées ou qu'il ne soit porté atteinte au droit de souscription préférentiel des actionnaires*'[4]. Depuis, la loi vise tous les titres donnant accès à terme à des titres de capital (le '*capital différé*'), à savoir[5]:

- les obligations convertibles;
- les obligations avec droit de souscription;
- les droits de souscription ou warrants secs.

Sous-section 2
Réglementation

1451. Les articles 489 à 492 C. soc. réglementent les émissions d'obligations convertibles alors que l'émission de droits de souscription est régie par les articles 496 à 502 C. soc.

1. *Ibid.*
2. Commission bancaire, *Rapport annuel*, 1986-1987, p. 116; *Rapport annuel*, 1987-1988, p. 100.
3. Commission bancaire, *Rapport annuel*, 1986-1987, p. 116, note (2); voir J.P. Blumberg, 'De uitgifte van naakte warrants of autonome inschrijvingsrechten op aandelen in naamloze vennootschap', *T.R.V.*, 1989, pp. 122 et s.
4. *Doc. parl.*, Sén., 1990-1991, n° 1107/1, p. 96.
5. *Ibid.*, pp. 96 et 97.

Ces conditions spéciales s'ajoutent aux autres conditions requises pour l'émission d'obligations ordinaires et notamment en ce qui concerne les émissions publiques et l'admission en bourse.

§ 1. Qui décide de l'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription?

1452. L'émission de tels titres étant susceptible d'influer, à terme, sur la structure du capital, l'article 581, alinéa 2, C. soc. réserve ce pouvoir à l'assemblée générale ou au conseil d'administration agissant dans le cadre du capital autorisé tel qu'organisé aux articles 603 et suivants du Code des sociétés.

La loi prévoit toutefois trois hypothèses dans lesquelles l'assemblée générale est seule compétente pour procéder à l'émission de tels titres:

- s'il s'agit d'obligations convertibles ou de droits de souscription dont la conversion ou l'exercice dépend d'une O.P.A. ou d'un changement de contrôle (art. 556 C. soc.)[1];
- si l'émission de droits de souscription est faite, à titre principal, au profit de personnes déterminées autres que les membres du personnel de la société ou de ses filiales (art. 606, 3°, C. soc.) (*supra*, n° 1065);
- si l'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription se réalise, en cours d'O.P.A., sans respecter le droit de préférence (art. 607, 2°, C. soc.) (*supra*, n° 1068).

§ 2. Conditions de fond et de forme de l'émission

A. Conditions de fond

a. Libération du capital

1453. Traditionnellement, une société ne pouvait émettre des obligations convertibles ou avec droit de souscription que si son capital était intégralement libéré. La loi du 18 juillet 1991 a supprimé cette exigence.

1. Voir *supra*, n° 951. On rappellera que cette décision doit, en plus, à peine de nullité, être déposée au greffe. Par ailleurs, la décision de l'assemblée générale ne doit pas être prise aux conditions requises pour la modification des statuts: une majorité simple suffit.

b. Libération des souscriptions

1454. Il est possible d'émettre des droits de souscription à libérer par apports en espèces ou par apports en nature, à charge de respecter les conditions propres à des tels apports[1].

c. Libération des obligations

1455. L'article 489, alinéa 1er, C. soc. exige que les obligations convertibles soient entièrement libérées. Cette libération, qui doit avoir lieu lors de la souscription[2], ne vise que les obligations convertibles. Pour les autres obligations, une libération par tranches reste permise.

d. Conditions de l'émission

1456. Les conditions d'émission doivent déterminer les dates auxquelles il sera procédé à la conversion des obligations en actions ou à la souscription des actions en cas de levée de l'option et les délais dans lesquels les obligataires ou les titulaires du droit de souscription seront tenus de faire connaître leur décision (art. 489, al. 2, C. soc.).

La période pendant laquelle les obligations convertibles peuvent être converties ou les droits de souscription exercés, ne peut toutefois excéder dix ans à dater de leur émission (art. 489, al. 1er et 499, al. 1er, C. soc.). Ce délai a été jugé amplement suffisant pour permettre aux titulaires de ces droits d'apprécier la rentabilité de leurs investissements et l'intérêt d'exercer ou non leur droit de conversion ou de souscription[3]. Il est fait exception à la règle en cas d'émission de droits de souscription réservée à titre principal à une ou plusieurs personnes déterminées autres que des membres du personnel de la société ou d'une ou de plusieurs de ses filiales[4] où ces droits ne peuvent avoir une durée supérieure à cinq ans (art. 500, al. 1er, C. soc.).

1. Sur les difficultés pratiques de cette opération, voir H. Olivier et K. Deboeck, *Vademecum de l'administrateur de société anonyme*, Bruxelles, Créadif, 1992, 3e éd., n° 154; C. Croes, 'Obligations convertibles et warrants, description du cadre juridique belge', *Rev. prat. soc.*, 1995, p. 367, n° 24.
2. M. Van Der Haegen et J.M. Gollier, 'Les sociétés commerciales. Loi du 18 juillet 1991', *J.T.*, 1992, n° 14.
3. G. Raucq et P. Hainaut-Hamende, 'Les sociétés anonymes', *Rép. not.*, T. 12, Livre III, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 318, p. 416.
4. Voir *infra*, n° 1457.

Pour le surplus, l'émission est soumise aux mêmes conditions qu'une émission ordinaire. Il appartient ainsi de déterminer la forme des titres. Ceux-ci peuvent revêtir la forme nominative ou dématérialisée (art. 460, al. 2, C. soc.).

e. Respect du droit de préférence

1457. En vertu de l'article 592 C. soc., '*les obligations convertibles et les droits de souscription doivent être offerts par préférence aux actionnaires proportionnellement à la partie du capital que représente leurs actions*'.

Les actionnaires de la société auront donc le droit de souscrire par préférence aux obligations convertibles ou aux droits de souscription émis par la société. Ce droit de préférence doit s'exercer lors de l'émission.

Comme lors de l'émission d'actions, le droit de souscription préférentielle peut être limité ou supprimé par l'assemblée générale ou le conseil d'administration dans le cadre du capital autorisé et moyennant le respect des exigences posées par l'article 598 C. soc. (*supra*, n°s 1353 et s.).

Le législateur a toutefois renforcé ces exigences dans un cas bien particulier: l'émission de droits de souscription en faveur de personnes déterminées autres que les membres du personnel de la société ou d'une ou plusieurs des filiales[1].

Nous avons vu que la décision de procéder à une telle émission relève de la compétence exclusive de l'assemblée générale et ne peut faire l'objet d'une délégation au conseil d'administration dans le cadre du capital autorisé. L'article 500 C. soc. prévoit pour le surplus que:

- lorsque l'assemblée générale décide pareille émission, le droit de souscription ne peut avoir une durée supérieure à cinq ans à dater de l'émission;
- les clauses contenues dans les conditions d'émission de droits de souscription qui visent à contraindre le détenteur de droits de souscription à exercer ceux-ci sont considérées comme nulles;
- si les actions provenant de tels droits ont été souscrites durant le déroulement d'une O.P.A., ces actions doivent revêtir la forme nominative et ne peuvent pas être cédées pendant 12 mois.

1. La notion de '*personne déterminée* ...' s'apprécie de la même façon que dans l'article 598 C. soc. (*supra*, n° 1353).

B. Conditions de forme

a. Emission décidée par l'assemblée générale

1458. Lorsque l'émission est soumise à la décision de l'assemblée générale, le conseil d'administration doit établir un rapport spécial exposant l'objet et la justification détaillée de l'opération proposée. L'absence de ce rapport entraîne la nullité de la décision (art. 583, al. 1er et 2, C. soc.).

Une copie de ce rapport est annexée à la convocation des actionnaires en nom; elle est également transmise sans délai aux personnes qui ont accompli les formalités requises par les statuts pour être admises à l'assemblée. Tout actionnaire a le droit d'obtenir gratuitement, sur la production de son titre ou, pour les titulaires de titres dématérialisés, de l'attestation établie par le teneur de compte ou l'organisme de liquidation quinze jours avant l'assemblée, un exemplaire du rapport (art. 535 C. soc.).

Pour les sociétés ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne, une copie de ce rapport est communiquée à la F.S.M.A. quinze jours avant la convocation de l'assemblée générale ou, selon les cas, du conseil d'administration appelé à délibérer sur l'émission (art. 583, al. 3, C. soc.). A ce rapport doit être joint un dossier '*ad hoc*' permettant à la F.S.M.A. d'apprécier le caractère suffisant de l'information.

La décision de l'assemblée devra être prise aux conditions requises pour la modification des statuts, le cas échéant en appliquant l'article 560 (art. 581 C. soc.).

b. Emission décidée par le conseil dans le cadre du capital autorisé

1459. Lorsque l'assemblée générale décide d'accorder au conseil d'administration ou de lui renouveler l'autorisation d'augmenter le capital, l'article 604 C. soc. prévoit que cette décision devra être appuyée par un rapport spécial indiquant les circonstances dans lesquelles le capital autorisé pourra être utilisé et les objectifs poursuivis. En revanche, lors de l'émission décidée par le conseil d'administration, aucun rapport particulier n'est exigé.

En vertu de l'article 608 C. soc., il appartiendra au conseil d'administration d'inclure dans son rapport de gestion, en fin d'exercice social, un exposé relatif aux émissions d'obligations convertibles ou de droits de souscription décidées dans le cadre du capital autorisé.

c. Nécessité d'un acte authentique

1460. L'article 591 C. soc. précise que l'augmentation de capital qui résulte de la conversion des obligations convertibles ou de l'exercice des droits de souscription doit faire l'objet d'un acte notarié constatant la conversion ou la souscription, l'augmentation corrélative du capital social et le nombre d'actions nouvelles créées en représentation de cette dernière. Cette constatation emporte la modification des clauses des statuts relatives au montant du capital social et au nombre des actions qui le représentent.

d. Cas particulier de la conversion d'obligations

1461. Malgré le fait que l'incorporation de créance sous-jacente à la conversion de l'obligation convertible en actions puisse être assimilée à un apport en nature, cette conversion n'est pas soumise à la procédure applicable en cas d'apports en nature. Il en va différemment en cas de conversion d'obligations ordinaires en actions décidée par l'assemblée des obligataires (art. 568 C. soc., *supra*, n° 1446).

§ 3. Mesures de protection des obligataires ou des titulaires de droits de souscription

1462. Comme tout obligataire, le propriétaire d'obligations convertibles ou de droits de souscription a le droit de prendre connaissance des pièces déposées en vue de l'assemblée générale annuelle et le droit d'y assister (art. 535, al. 3, et art. 537 C. soc. – *supra*, n° 1433). Il peut également participer aux assemblées d'obligataires (art. 537 C. soc. – *supra*, n°s 1434 et s.).

Toutefois, en raison de la nature de son titre, le législateur a prévu trois protections spécifiques[1].

A. Interdiction de réduire les avantages attribués (art. 490 et 501 C. soc.)

1463. A partir de l'émission des obligations convertibles ou des droits de souscription et jusqu'à la fin de la période de conversion ou de l'exercice du droit de souscription, la société ne peut sauf dans les cas prévus respectivement aux articles 491 et 501, alinéa 2, C. soc. (*infra*, n° 1464) et dans ceux qui seraient spécialement prévus dans les conditions de l'émission, effectuer aucune opération dont l'effet serait

1. Outre les protections juridiques en cas d'O.P.A., de modification de contrôle ou de fusion (sur ces questions, voir C. Croes, 'Obligations convertibles et warrants, description du cadre juridique belge', *Rev. prat. soc.*, 1995, pp. 376 et s., n°s 36 à 38).

de réduire les avantages attribués aux obligataires ou aux titulaires de droits de souscription par les conditions d'émission ou par la loi.

On vise par là les opérations qui feraient sortir du patrimoine de la société des valeurs ou des bénéfices dont la présence doit être garantie aux porteurs des obligations convertibles ou aux titulaires des droits de souscription: par exemple, la distribution de réserves, la création de parts bénéficiaires, la réduction de capital par remboursement,...[1].

B. Augmentation de capital en numéraire (art. 491 et 501, al. 2, C. soc.)

1464. La loi n'interdit pas à la société de procéder à une augmentation de capital par apports en numéraire. Toutefois, elle prévoit, dans cette hypothèse, une mesure de protection particulière au profit des titulaires d'obligations convertibles ou de droits de souscription. Ceux-ci peuvent en effet, '*nonobstant toute disposition contraire des statuts ou des conditions d'émission, obtenir la conversion de leurs titres ou exercer leur droit de souscription et participer éventuellement à la nouvelle émission en qualité d'actionnaires, dans la mesure où ce droit appartient aux actionnaires anciens*'[2].

C. Remboursement anticipé (art. 492 et 502 C. soc.)

1465. En cas de remboursement anticipé, même partiel, de l'emprunt, décidé par la société, les titulaires d'obligations convertibles ou avec droit de souscription non détachable des obligations pourront exercer leur droit de conversion ou de souscription pendant un mois au moins avant la date de remboursement.

§ 4. Cas particulier: article 498 C. soc.

1466. L'article 498 C. soc. envisage le cas particulier d'une émission par une filiale d'obligations assorties d'un droit de souscription portant sur des actions à émettre par la société mère.

1. G. Horsmans et G. Keutgen, 'Augmentation et réduction de capital', *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, p. 180.
2. On ne peut toutefois déduire de la seule circonstance que les porteurs d'obligations convertibles n'exercent pas leur droit de conversion à l'occasion d'une opération déterminée de restructuration du capital qu'ils renoncent à toute conversion ultérieure (Comm. Bruxelles, 20 novembre 1984, *J.T.*, 1984, p. 726).

Dans ce cas, précise le texte, '*l'émission d'obligations doit être autorisée par la société filiale et l'émission d'actions doit faire l'objet d'une autorisation par la société mère*'.

Comme l'ont souligné plusieurs auteurs, on peut s'interroger sur l'utilité de ce texte[1]. On ne pourrait en déduire l'interdiction de créer d'autres types de valeurs mobilières composées tel l'emprunt obligataire permettant à l'obligataire d'échanger son titre contre des actions existantes d'une société étrangère, actions que la société émettrice des obligations avait souscrites et au financement de l'acquisition desquelles l'emprunt obligataire devait servir[2].

1. J.-F. TOSSENS, 'Les titres', *Le nouveau droit belge des sociétés*, volume I, p. 16, n° 31; M. VAN DER HAEGEN et J.-M. GOLLIER, 'Les sociétés commerciales. Loi du 18 juillet 1991', *J.T.*, 1992, p. 193, n° 15.
2. Commission bancaire, *Rapport annuel*, 1988-1989, p. 76.

Chapitre XII
Actes interdits ou réglementés

1467. Ont été regroupés sous ce chapitre divers actes ou opérations qui sont soit interdits à la société, soit autorisés moyennant le respect de certaines conditions restrictives.

Section 1
Quasi-apports

1468. Les apports en nature lors de l'acte constitutif sont soumis à une procédure de vérification (*supra*, n° 713).

Un moyen d'éviter celle-ci consisterait à attendre que la société soit constituée pour lui vendre à un prix surfait les biens concernés.

La loi a pour but de décourager pareille manœuvre en imposant un contrôle de l'acquisition par la société de biens appartenant à un fondateur, administrateur ou actionnaire dans les deux ans de sa constitution pour une contre-valeur égale à 10 % du capital souscrit.

Les articles 445 à 447 C. soc. déterminent les conditions de ce régime.

Sous-section 1
Opérations visées

1469. Sont considérées comme des quasi-apports les opérations réunissant les conditions suivantes. Il s'agit:

1. de l'acquisition d'un bien;
2. appartenant à un fondateur, administrateur ou actionnaire;
3. dans les deux ans de la constitution de la société;
4. pour une contre-valeur égale à 10 % du capital souscrit.

§ 1. Acquisition d'un bien

1470. La loi vise '*toutes les opérations qui auraient pour effet de rendre la société propriétaire du bien, c'est-à-dire la vente, l'échange, la location-vente, etc., à l'exception de l'apport*'[1].

Toutefois, l'article 446 C. soc. prévoit une exception: ce mécanisme ne s'applique pas '*aux acquisitions faites dans les limites des opérations courantes conclues aux conditions et sous les garanties normalement exigées par la société pour les opérations de la même espèce, ni aux acquisitions en bourse, ni aux acquisitions résultant d'une vente ordonnée par justice*'.

Par 'opérations courantes', on vise '*les opérations qui relèvent de la gestion journalière de la société et qui sont normales eu égard à l'objet de celle-ci*'[2].

L'expression 'tout bien' est générale et couvre l'ensemble des biens tant corporels qu'incorporels[3]. Sont ainsi visés les baux et les licences de droits de propriété industrielle[4].

§ 2. Propriétaire du bien

1471. Pour que la loi s'applique, il faut que le bien appartienne soit à un fondateur[5], soit à un administrateur, soit à un actionnaire.

Le législateur a voulu éviter toute fraude en englobant également les personnes agissant en leur nom propre mais pour compte d'un fondateur, d'un administrateur ou d'un actionnaire (art. 445, al. 2, C. soc.).

§ 3. Délai d'acquisition

1472. L'acquisition doit, pour être soumise au régime des quasi-apports, intervenir dans les deux ans à compter de la constitution de la société. L'objectif est d'exclure toute irrégularité lors de la phase de constitution[6].

1. H. Olivier et K. Deboeck, *Vademecum de l'administrateur de société anonyme*, Créadif, 1992, 3e éd., p. 63, n° 90.
2. *Doc. parl.*, Ch., 1981-1982, n° 210-9, p. 25.
3. *Doc. parl.*, Ch., 1981-1982, n° 210-9, p. 24.
4. M. Van Der Haegen et C. Verbraeken, 'Les sociétés commerciales. Commentaires des lois des 5 décembre 1984, 15 juillet 1985 et 25 juillet 1985', *J.T.*, 1985, p. 552, n° 25.
5. Au sens de comparant à l'acte constitutif.
6. *Doc. parl.*, Ch., 1981-1982, n° 210-9, p. 25.

Pour la cohérence du système, le législateur a prévu que cette disposition s'applique également à la reprise d'engagements contractés au nom de la société en formation[1]. Le régime de contrôle est de mise pour autant que cette reprise entraîne l'acquisition d'un bien appartenant à une des personnes visées par la loi[2].

§ 4. Contre-valeur du bien acquis

1473. Ne sont visées que les acquisitions de biens '*pour une contrevaleur au moins égale à un dixième du capital souscrit*'. Cette appréciation '*doit se faire pour chaque acquisition séparément sous réserve de l'application éventuelle de la théorie de la fraude à la loi ou de l'abus de droit, en cas d'acquisitions successives entre les mêmes parties*'[3].

Sous-section 2
Procédure

1474. Lorsque la société se propose d'acquérir un bien dans les circonstances ci-dessus précisées, diverses obligations s'imposent à elle.

1. L'acquisition doit faire l'objet d'un rapport établi soit par le commissaire soit, pour la société qui n'en a pas, par un réviseur d'entreprises désigné par le conseil d'administration.
   L'article 447, § 1er, C. soc. précise le contenu du rapport du réviseur. Il s'agit d'un contrôle analogue à celui existant en cas d'apports en nature (*supra*, n° 175).
   Ce rapport doit être déposé au greffe du tribunal de commerce conformément à l'article 75 C. soc.

2. Le conseil d'administration doit également établir un rapport dans lequel il expose '*d'une part, l'intérêt que présente pour la société l'acquisition envisagée et, d'autre part, les raisons pour lesquelles, éventuellement il s'écarte des conclusions du rapport*' du réviseur (art. 447, § 1er, al. 2, C. soc.).
   Ce rapport est également déposé au greffe.

1. *Ibid.*
2. Il ne s'applique pas s'il n'y a pas reprise des engagements par la société (Anvers, 15 juin 1987, *T.R.V.*, 1988, p. 218).
3. M. Van Der Haegen et C. Verbraeken, 'Les sociétés commerciales. Commentaires des lois des 5 décembre 1984, 15 juillet 1985 et 25 juillet 1985', *J.T.*, 1985, p. 552, n° 25.

3. L'assemblée générale doit être préalablement réunie afin d'autoriser l'acquisition.
   L'article 447, § 1er, alinéa 3, C. soc. prévoit l'information des actionnaires par l'annonce des rapports dans l'ordre du jour et par la communication de ces mêmes rapports aux actionnaires. L'assemblée générale statue à la majorité simple, quel que soit le nombre d'actionnaires présents.

Sous-section 3
Exceptions

1475. Comme pour les apports en nature, la loi prévoit des exceptions (identiques) à la mise en œuvre de la procédure de contrôle selon la nature des biens concernés par l'opération[1]. Il n'y a pas lieu d'établir un rapport de réviseur lorsque le quasi-apport est constitué:

- de valeurs mobilières ou d'instruments du marché monétaire, évalués au cours moyen pondéré auquel ils ont été négociés sur un ou plusieurs marchés réglementés durant les trois mois précédant la date effective de la réalisation du quasi-apport;

- d'éléments d'actif autres que les valeurs mobilières et instruments du marché monétaire visés au point précédent:

  - qui ont déjà été évalués par un réviseur d'entreprises et pour autant que la juste valeur soit déterminée à une date inférieure à six mois depuis la réalisation du quasi-apport et que cette évaluation ait été réalisée conformément aux principes et aux normes d'évaluation généralement reconnues pour le type d'éléments d'actif concerné; ou,

  - dont la juste valeur est tirée, pour chaque élément d'actif, des comptes annuels de l'exercice précédent à condition que ceux-ci aient été contrôlés par le commissaire ou par la personne chargée du contrôle des comptes et pour autant que le rapport de cette personne comprenne une attestation sans réserve.

Dans ce cas, une déclaration contenant des indications permettant d'appréhender l'opération avec précision ainsi qu'une attestation selon laquelle aucune circonstance nouvelle susceptible d'influencer l'évaluation initiale n'est survenue, doit être déposée conformément à l'article 75 dans le mois suivant la date effective du quasi-apport (art. 447, § 3, C. soc.).

1. Suite à la transposition en droit belge de la directive 2006/68/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 modifiant la directive 77/91/CE en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital, *J.O.U.E.*, n° L.264, 25 septembre 2006, par l'arrêté royal du 8 octobre 2008 modifiant le Code des sociétés conformément à ladite directive, *M.B.*, 30 octobre 2008, pp. 57480-57503.

1476. Le régime d'exception examiné ci-avant est modalisé chaque fois que le prix des valeurs mobilières ou des instruments du marché monétaire aurait été affecté par des circonstances exceptionnelles pouvant modifier sensiblement leur valeur à la date de leur quasi-apport[1] ou, pour d'autres éléments d'actifs, si des circonstances nouvelles peuvent modifier sensiblement la juste valeur de l'élément d'actif à la date effective de leur quasi-apport.

Il convient, par référence à la directive 2006/68/CE[2] de déduire du libellé de l'article 447, § 2, al. 2, C. soc. qu'il appartient alors au conseil d'administration de procéder à une réévaluation des éléments d'actifs concernés. Toutefois, lorsque ces éléments d'actifs sont autres que des valeurs mobilières ou des instruments du marché monétaire, la loi réserve aux actionnaires représentant au moins 5 % du capital de la société la faculté de demander, aux frais de la société, la production d'un rapport de réviseur (art. 447, § 2, al. 3 à 5, C. soc.).

Sous-section 4
Sanctions

1477. Deux hypothèses sont à distinguer:

- soit l'acquisition a eu lieu en méconnaissance de la procédure légale. Dans ce cas, les administrateurs seront responsables du préjudice résultant de cette violation de la loi (art. 528 C. soc.); l'article 447, § 1er, *in fine*, C. soc. prévoit en outre la nullité de la décision prise par l'assemblée générale en l'absence des rapports de réviseur et du conseil d'administration imposés par cette disposition;

- soit l'acquisition a eu lieu dans le respect des conditions des articles 445 à 447 C. soc. mais les éléments d'actifs faisant l'objet du quasi-apport ont été manifestement surévalués. Dans ce cas, la loi a instauré une sanction analogue à celle frappant les fondateurs en cas de surévaluation des apports en nature. L'article 458 C. soc. prévoit en effet que '*les administrateurs sont tenus solidairement envers les intéressés, malgré toute stipulation contraire, de la réparation du préjudice qui est une suite immédiate et directe de la surévaluation manifeste des biens acquis dans les conditions énoncées à l'article 445*'.

1. Notamment dans les cas où le marché de ces valeurs mobilières ou de ces instruments du marché monétaire n'est plus liquide (art. 447, § 2, al. 2, 1°, C. soc.).
2. Voir *supra* n° 1475 et note infrapaginale.

En outre, des dispositions pénales sanctionnent les administrateurs qui n'ont pas présenté les rapports à l'assemblée générale (art. 647, 4°, C. soc.) ou qui n'ont pas soumis l'opération à l'autorisation de l'assemblée générale (art. 647, 2°, C. soc.).

Section 2
Souscription par la société de ses propres actions ou de certificats se rapportant à ses propres actions

1478. La loi interdit à une société de souscrire ses propres actions, ou certificats s'y rapportant, lors de la constitution ou lors de toute augmentation de capital subséquente.

Plus particulièrement, l'article 442 C. soc. interdit à la société de souscrire ses propres actions ou certificats s'y rapportant lors de l'acte constitutif. Le texte vise tant les souscriptions directes que celles souscrites par une filiale ou par une personne agissant en son propre nom mais pour compte de la société ou de la société filiale ('prête-nom'). L'interdiction d'agir au travers d'une filiale n'a guère de sens: on voit mal comment une société qui n'est pas encore créée pourrait avoir une filiale. La rédaction imparfaite de cette disposition trouve son explication dans la reproduction, à cet endroit du code, d'une disposition des anciennes lois coordonnées qui s'appliquait invariablement en cas de constitution et d'augmentation de capital.

Ce principe est du reste reproduit à l'identique dans le chapitre relatif aux augmentations de capital, à l'article 585 C. soc. afin de pallier les risques de fictivité du capital inhérents à la comptabilisation d'un même élément (les actions) à l'actif et au passif du bilan de la société.

L'interdiction pour une filiale de souscrire au capital de sa société mère connaît toutefois une exception: les articles 442, § 2, et 585, § 2, C. soc. permettent aux sociétés de bourse ou aux établissements de crédit de souscrire, en leur qualité d'opérateur professionnel sur titres, au capital de leur société mère comme preneur ferme ou garant.

1479. La loi sanctionne sévèrement les souscriptions faites en violation des articles 442 et 585 C. soc.:

- tous les droits afférents aux actions souscrites ou dont les certificats ont été souscrits par la société ou sa filiale sont suspendus, tant que ces actions ou ces certificats n'ont pas été aliénés (art. 442, § 1er, al. 3, et 585, § 1er, al. 3, C. soc.);

- la personne qui est intervenue comme prête-nom, que ce soit pour la société ou pour une filiale, est considérée comme ayant souscrit pour son propre compte (art. 442, § 1er, al. 2, et 585, § 1er, al. 2, C. soc.);

- les comparants à l'acte constitutif et, en cas d'augmentation de capital, les administrateurs, sont solidairement tenus à la libération des actions souscrites en violation de l'article 442 (art. 457 et 610, 3°, C. soc.);

- l'article 648, 6°, C. soc. prévoit également des sanctions pénales pour ceux qui contreviennent aux articles 442 et 585 C. soc.

Section 3
Acquisition par la société de ses propres actions ou de certificats se rapportant à ses propres actions

Sous-section 1
Historique

1480. L'acquisition par la société de ses propres actions, souvent qualifiée improprement[1] de '*rachat par la société de ses propres actions*' a été considérée comme une opération parfois utile mais toujours dangereuse pour les créanciers sociaux et les actionnaires[2].

Les raisons d'y procéder sont pourtant nombreuses que ce soit pour protéger la société contre d'éventuels 'raiders', pour asseoir la valeur des actions, pour faciliter des regroupements ou encore pour intéresser le personnel[3].

1. Le terme 'rachat' supposerait que la société ait déjà acheté précédemment ses actions.
2. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 844.
3. Voir sur ces diverses raisons notamment G. KEUTGEN, 'Le capital', *in Le nouveau droit belge des sociétés*, Louvain-la-Neuve, Centre Jean Renauld du droit des sociétés, 1991, pp. 3 et 4 et A. COIBION et G. DE PIERPONT, 'Assistance financière, rachat d'actions propres et apports en nature: assouplissement nécessaire ou coup d'épée dans l'eau?' *in Droit des sociétés – Millésime 2011*, Larcier, 2011, pp. 63 et 64. Pour une analyse exhaustive du sujet, voir not. C. EVERS, B. FERON, B. MALVAUX, T. PARTSCH, B. TAEVERNIER et P. TYTGAT, *Le rachat d'actions propres, aspects comptables, juridiques, financiers et fiscaux*, Bruxelles, Kluwer, 2001, 314 p. et pour des contributions plus récentes suite aux modifications législatives liées à la transposition en droit belge de la directive 2006/68/CE modifiant la deuxième directive d'harmonisation du droit des sociétés (77/91/CEE du Conseil du 13 décembre 1976, *J.O.C.E.*, n° L.26, 31 janvier 1977), G. DE PIERPONT, 'L'importance du capital – Evolutions récentes du Code des sociétés', *Rev. prat. soc.*, 2010, pp. 359-374; A. COIBION et G. DE PIERPONT, 'Assistance financière, rachat d'actions propres et apports en nature: assouplissement nécessaire ou coup d'épée dans l'eau?' *in Droit des sociétés – Millésime 2011*, Larcier, 2011, pp. 62 à 77; E. POTTIER et L. CULOT, 'Nouveautés dans le droit du capital: rachat d'actions propres, assistance financière, apports en nature' *in Le point sur le droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 303 à 324.

Malgré ces avantages certains, l'opération d'acquisition par la société de ses propres actions suscite des réticences de trois ordres:

- elle crée une certaine fictivité du capital: '*les mêmes biens figurent à l'actif de la société et à son passif au poste 'capital'*'[1];

- elle est contraire au principe de l'intangibilité du capital: les fonds sociaux ne sont pas faits pour acheter des actions de la société, c'est-à-dire pour finalement permettre le remboursement d'actionnaires;

- elle peut conduire à des pratiques discriminatoires à l'égard de certains actionnaires: '*il y a risque que ces acquisitions soient opérées non dans l'intérêt social, mais dans celui, parfois exclusif, propre à certains actionnaires ou dirigeants*'[2].

La deuxième directive du Conseil du 13 décembre 1976 prévoyait, dans ses articles 19 et 22, lorsque la législation d'un Etat membre permet à une société d'acquérir ses propres actions, l'obligation de soumettre cette acquisition à certaines conditions relativement sévères.

Le législateur belge, lorsqu'il traduisit, en 1984, les principes minimaux établis par la directive, s'est montré encore plus rigoureux[3] et a soumis à des conditions très strictes ces opérations.

La loi du 18 juillet 1991, devant les difficultés soulevées par la législation antérieure[4] et soucieuse de s'aligner sur le régime plus souple de la deuxième directive[5], a atténué la rigueur du régime existant à plusieurs égards.

Toutefois, les modifications de la deuxième directive par la directive 92/101 du 23 novembre 1992 puis par la directive 2006/68/CE du 6 septembre 2006 ont amené le législateur belge à revoir encore sa copie[6].

1. *Doc. parl.*, Sén., 1990-1991, n° 1107-3, p. 114; voir aussi P. VAN OMMESLAGHE, 'Le maintien du capital des les sociétés anonymes', *Ann. Dr. Louvain*, 1985, p. 166.
2. *Doc. parl.*, Sén., 1990-1991, n° 1107-3, p. 114.
3. Sans doute largement influencé par la doctrine de la Commission bancaire sur cette question (voir à ce propos M. VAN DER HAEGEN et C. VERBRAEKEN, 'Les sociétés commerciales. Commentaires des lois des 5 décembre 1984, 15 juillet 1985 et 25 juillet 1985', *J.T.*, 1985, p. 558, n° 53).
4. Voir G. KEUTGEN, 'Le capital', *in Le nouveau droit belge des sociétés*, Louvain-la-Neuve, Centre Jean Renauld du droit des sociétés, 1991, pp. 3 et 6.
5. *Doc. parl.*, 1990-1991, n° 1107-3, p. 118.
6. Loi du 13 avril 1995 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, *M.B.*, 17 juin 1995, p. 17492; A.R. du 8 octobre 2008 modifiant le Code des sociétés conformément à la directive 2006/68/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 modifiant la directive 77/91/CEE du Conseil en ce qui concerne la constitution d'une société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital, *M.B.*, 31 octobre 2008, p. 57480.

Sous-section 2
Régime légal

1481. L'article 620 C. soc. autorise l'acquisition par la société de ses propres actions mais soumet celle-ci à des conditions très strictes examinées ci-après.

§ 1. CHAMP D'APPLICATION

1482. L'article 620 C. soc. vise les acquisitions d'actions, de parts bénéficiaires ou de certificats s'y rapportant. Les obligations et les droits de souscription ne sont donc pas visés.

La réglementation concerne l'acquisition par voie d'achat ou d'échange. Les acquisitions à titre gratuit n'y sont pas soumises mais les titres acquis à titre gratuit sont nuls de plein droit (art. 625, § 2, C. soc.).

Enfin, on vise tant les acquisitions directes (par la société ou sa filiale directe) que celles par personne agissant en son nom propre mais pour compte de la société ou de sa filiale (art. 620, § 1er, C. soc.).

§ 2. ACQUISITION PAR LA SOCIÉTÉ DE SES PROPRES ACTIONS OU PARTS BÉNÉFICIAIRES

A. Organe compétent

a. Principe

1483. En principe, la société ne peut acquérir ses propres actions ou parts bénéficiaires qu'à la suite d'une décision d'une assemblée générale statuant aux conditions de quorum et de majorité prévues à l'article 559 C. soc. (art. 620, § 1er, al. 1er, 1°, C. soc.). Il s'agit des conditions requises pour la modification de l'objet social: quorum de présence de 50 %, à défaut une nouvelle convocation est nécessaire; quorum de vote de 80 %.

Les règles habituelles de convocation et de tenue des assemblées s'appliquent également ici (*supra*, nos 924 et s.).

La décision de l'assemblée ne doit pas nécessairement faire l'objet d'un acte authentique sauf si l'on souhaite que l'autorisation figure dans les statuts de la société. Elle devra toujours être publiée conformément à l'article 74 C. soc. (art. 559, § 1er, al. 6, C. soc.).

En toute hypothèse, l'assemblée générale ou les statuts devront préciser trois points (art. 620, § 1er, al. 5, C. soc.):

- le nombre maximum d'actions, de parts bénéficiaires ou de certificats à acquérir, compte tenu de la limite légale de 20 %;
- la durée pour laquelle l'autorisation est accordée: celle-ci ne peut jamais excéder 5 ans;
- les contre-valeurs minimales et maximales auxquelles les actions, parts ou certificats pourront être rachetés.

b. Exceptions

1484. La décision de l'assemblée générale n'est toutefois pas requise dans deux hypothèses:

a) lorsque la société acquiert ses propres actions ou parts bénéficiaires en vue de les distribuer à son personnel (art. 620, § 1er, al. 2, C. soc.);

b) lorsque les statuts ont permis au conseil d'administration de procéder à pareille acquisition si celle-ci est nécessaire pour éviter à la société un dommage grave et imminent (art. 620, § 1er, al. 3, C. soc.).
Il s'agit d'une hypothèse qu'envisageait la deuxième directive. Le conseil d'administration ne peut toutefois user de cette faculté qu'à quatre conditions (art. 620, § 1er, al. 4, C. soc.)[1].

- Il faut une clause statutaire l'y autorisant; cette clause doit être publiée conformément à l'article 74 C. soc.
- La clause statutaire n'est valable que pour trois ans à dater de sa publication; elle est cependant prorogeable par l'assemblée générale statuant aux conditions de quorum et de majorité prévues à l'article 559 C. soc.
- Il faut un dommage grave et imminent. Celui-ci '*devra s'apprécier de manière raisonnable: en cas de contestation, le juge devra vérifier si le conseil ne s'est pas trop écarté d'une appréciation raisonnable, comme en matière de responsabilité, du dommage grave et imminent. Le dommage grave et imminent existera dans la mesure où il menace l'intérêt social de la*

1. On notera que cette clause n'est pas paralysée en cas d'O.P.A. sur les titres de la société (art. 557, al. 2, C. soc. introduit par la loi du 13 avril 1995).

société'[1]. Il s'appréciera en mettant en balance d'une part le préjudice provenant de l'acquisition et d'autre part celui résultant du statu quo. Pourrait être considérée comme dommage grave et imminent la menace d'une O.P.A. ou une dépression boursière grave[2].

- Lorsque le conseil fait usage de cette habilitation statutaire, '*l'assemblée générale qui suit doit être informée par le conseil d'administration des raisons et du but des acquisitions effectuées, du nombre et de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable des titres acquis, de la fraction du capital souscrit qu'ils représentent ainsi que leur contrevaleur*' (art. 620, § 1er, al. 4, *in fine*, C. soc.).

B. Limites à l'acquisition d'actions ou parts bénéficiaires propres

1485. Quel que soit l'organe qui décide de l'acquisition, celle-ci doit respecter quatre conditions.

1. Le total des actions, parts bénéficiaires ou certificats acquis par la société, y compris ceux acquis antérieurement et qu'elle avait en portefeuille ou acquis par une société filiale directe ou par une personne agissant en son nom propre mais pour le compte de la société anonyme ou d'une filiale directe, ne peut dépasser 20 % du capital souscrit.
Ce calcul s'opère en tenant compte de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable des titres acquis (art. 620, § 1er, 2°, C. soc.) et non en fonction des droits de vote attachés aux titres acquis. On notera également qu'il y a lieu d'additionner les titres détenus par la société et ceux détenus par sa ou ses filiales directes pour apprécier si le seuil de 20 % est dépassé (art. 631, § 1er, al. 2, C. soc.). Le texte précise par ailleurs qu'il n'est pas fait application de l'article 7 C. soc. pour la détermination du pouvoir de contrôle direct.

2. L'acquisition ne peut avoir lieu qu'au moyen de sommes susceptibles d'être distribuées conformément à l'article 617 C. soc. (art. 620, § 1er, al. 1er, 3°, C. soc.) (*supra*, n° 1404). Le texte précise que pour l'appréciation de ce critère, les sommes affectées à l'acquisition doivent être augmentées par le montant prévu pour les actions acquises antérieurement par la société et qu'elle aurait en porte-

1. *Doc. parl.*, Sén., 1990-1991, n° 1107-3, p. 118.
2. *Ibid.*

feuille et les actions acquises par une personne en nom propre mais pour compte de la société anonyme[1].

3. L'opération ne peut porter que sur des actions entièrement libérées ou des certificats s'y rapportant (art. 620, § 1er, al. 1er, 4°, C. soc.).

4. L'offre d'acquisition doit être faite aux mêmes conditions à tous les actionnaires et, le cas échéant, aux porteurs de parts bénéficiaires ou titulaires de certificats, sauf pour les acquisitions qui ont été décidées à l'unanimité par une assemblée générale à laquelle tous les actionnaires étaient présents ou représentés et aux conditions arrêtées à l'unanimité par cette assemblée (art. 620, § 1er, al. 1er, 5°, C. soc.). La loi ajoute que les sociétés cotées et les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un système multilatéral de négociation (ou 'MTF') visé à l'article 2, 4°, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, peuvent acheter leurs propres actions ou certificats sans devoir faire une offre d'acquisition aux actionnaires ou titulaires de certificats *à condition de garantir l'égalité de traitement des actionnaires ou titulaires de certificats qui se trouvent dans les mêmes conditions, moyennant l'équivalence du prix offert*; en vertu de l'habilitation à lui conférée par l'article 620, § 3, C. soc., le Roi a déterminé les modalités visant à garantir cette égalité de traitement moyennant l'équivalence du prix offert de la manière suivante:

> '*Le prix offert par les sociétés cotées et les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un MTF, est considéré comme équivalent et garantissant l'égalité de traitement des actionnaires ou titulaires de certificats qui se trouvent dans les mêmes conditions:*
> *a) lorsque l'opération de rachat est réalisée dans le carnet d'ordres central d'un marché réglementé ou d'un MTF, ou,*
> *b) dans l'hypothèse où l'opération de rachat n'est pas réalisée dans le carnet d'ordres central d'un marché réglementé ou d'un MTF, si le prix offert est inférieur ou égal à l'offre indépendante actuelle la plus élevée, dans le carnet d'ordres central d'un marché réglementé ou, si le titre n'est pas admis aux négociations sur un marché réglementé, dans le carnet d'ordres central du MTF le plus pertinent en termes de liquidité*'[1].

1. 'La limite fixée au montant des réserves distribuables s'applique au volume total des actions propres acquises par la société, et non à chaque transaction d'acquisition, de façon à éviter que la règle ne soit contournée par le biais d'acquisitions multiples.' D. WILLERMAIN, 'Le maintien du capital social: principes et évolutions récentes (apports en nature, rachat d'actions propres et assistance financière)', *in Les 10 ans du Code des sociétés*, Actes du colloque organisé par les éditions Kluwer le 29 avril 2010, Bruxelles, Kluwer, 2011, p. 313 citant le commentaire détaillé, article par article, de la proposition de directive 2006/ 68/CE.

C. Exceptions

1486. L'article 621 C. soc. prévoit quatre hypothèses dans lesquelles la procédure et les conditions décrites ci-dessus ne sont pas applicables:

1° l'acquisition d'actions en vue de leur destruction immédiate en exécution d'une décision de l'assemblée générale de réduire le capital conformément à l'article 612 C. soc.;

2° l'acquisition de titres à la suite d'une transmission de patrimoine à titre universel (par exemple, la fusion);

3° l'acquisition de titres lors d'une vente effectuée en vue de recouvrer une créance de la société sur le propriétaire de ces titres;

4° l'acquisition de titres propres détenus par des filiales indirectes[2] et des sociétés visées à l'article 632 C. soc. en vue de dénouer une participation croisée (*infra*, n° 1518).

D. Effets de l'acquisition – Sort des titres acquis

1487. Il convient de distinguer selon que l'acquisition s'est faite ou non dans le respect de la loi.

a. Titres régulièrement acquis

1. Constitution d'une réserve indisponible

1488. '*Aussi longtemps que les actions ou parts bénéficiaires sont comptabilisées à l'actif du bilan, une réserve indisponible doit être constituée dont le montant est*

1. Le MTF le plus pertinent en termes de liquidité étant celui sur lequel le volume des échanges portant sur les titres concernés par l'opération a été le plus élevé au cours des trois derniers mois écoulés précédant l'opération: article 208 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001, inséré par l'art. 2 de l'A.R. du 26 avril 2009, *M.B.*, 22 mai 2009, p. 38437. Pour une critique du critère d'appréciation ainsi posé, voir E. POTTIER et E. CULOT, 'Nouveautés dans le droit du capital: rachat d'actions propres, assistance financière, apports en nature' *in Le point sur le droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 317 à 318,
2. Constitue une filiale indirecte toute société filiale qui n'est pas une filiale directe au sens de l'article 5, § 2, 1°, 2° et 4°, C. soc. (article 627 C. soc. *a contrario*).

égal à la valeur à laquelle les actions ou parts bénéficiaires acquises sont portées à l'inventaire.' (art. 623 C. soc.).

2. Suspension des droits de vote

1489. Conformément à l'article 622, § 1er, alinéa 1er, C. soc., '*les droits de vote afférents aux actions ou parts bénéficiaires détenues par la société sont suspendus.*'

Le conseil d'administration peut également décider de suspendre le droit aux dividendes. '*Dans ce cas, le bénéfice distribuable est réduit en fonction du nombre des titres détenus et les sommes qui auraient dû être attribuées sont conservées jusqu'à la vente des actions ou parts bénéficiaires, coupons attachés. La société peut également maintenir au même montant le bénéfice distribuable et le répartir entre les actions ou parts bénéficiaires dont l'exercice des droits n'est pas suspendu. Dans ce dernier cas, les coupons échus sont détruits*' (art. 622, § 1er, al. 2, C. soc.).

3. Aliénation des titres acquis

1490. Il n'y a d'obligation pour la société d'aliéner les titres ainsi acquis que dans les hypothèses et délais suivants:

- les actions, parts bénéficiaires ou certificats acquis en vue de leur distribution au personnel doivent avoir été cédés dans un délai de 12 mois à compter de leur acquisition (art. 622, § 2, al. 2, 3°, C. soc.);

- les actions, parts bénéficiaires ou certificats acquis à la suite d'une transmission de patrimoine à titre universel ou acquis lors d'une vente effectuée en vue de recouvrer une créance de la société sur le propriétaire de ces titres doivent être aliénés dans un délai de 12 mois à compter de leur acquisition, à concurrence du nombre d'actions ou de certificats nécessaire pour ne plus dépasser le seuil de 20 % du capital souscrit (art. 622, § 2, al. 2, 4°, C. soc.);

- les actions, parts bénéficiaires ou certificats acquis en vue de dénouer des participations croisées existantes (*infra*, n° 1518) doivent être aliénés dans un délai de trois ans à compter de leur acquisition (art. 622, § 2, al. 2, 5°, C. soc.). Ces actions, parts bénéficiaires ou certificats peuvent également être annulés dans le même délai, si ils ou elles ont été acquis à la suite d'une décision de l'assemblée générale de réduire le capital, le cas échéant en vue de constituer une réserve indisponible conformément à l'article 614 C. soc. (art. 622, § 2, al. 2, 5°, C. soc.)[1].

1491. Lorsqu'il y a aliénation des titres acquis, celle-ci requiert une décision de l'assemblée générale statuant aux conditions de quorum et de majorité prévues à l'article 559 C. soc. et précisant les conditions auxquelles ces aliénations peuvent être faites (art. 622, § 2, al. 1er, C. soc.).

Toutefois, l'autorisation de l'assemblée générale n'est pas requise pour procéder à cette aliénation dans cinq cas, le conseil d'administration étant dès lors seul compétent pour décider de mener l'opération (art. 622, § 2, al. 2, C. soc.):

1° les actions ou certificats admis aux négociations sur un marché réglementé au sens de l'article 2, 3°, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers;

2° l'aliénation en bourse ou à la suite d'une offre de vente faite aux mêmes conditions à tous les actionnaires, porteurs de parts bénéficiaires ou certificats, de titres acquis par le conseil d'administration conformément à l'article 620, § 1er, alinéa 3 (*supra*, n° 1484) et que ce conseil décide d'aliéner pour éviter à la société un dommage grave et imminent;

3° les titres acquis en vue de leur distribution au personnel;

4° les titres acquis à la suite d'une transmission de patrimoine à titre universel ou en vertu d'une vente judiciaire;

5° les titres acquis en vue de réduire le seuil des participations croisées.

4. Information des actionnaires

1492. On rappellera que le conseil d'administration doit rendre compte dans son rapport de gestion ou dans l'annexe aux comptes annuels, des acquisitions d'actions propres que les titres aient été acquis par la société elle-même, par une filiale directe ou par une personne agissant en son nom propre mais pour compte de la filiale (art. 624 C. soc.).

Lorsque l'acquisition a lieu en vue d'éviter à la société un dommage grave, le conseil doit en outre en informer les actionnaires lors de la première assemblée qui suit l'opération (art. 620, § 1er, al. 4, C. soc.).

1. Cette faculté est critiquable (voir J.-M. GOLLIER et P. MALHERBE, 'Les sociétés commerciales. Lois des 7 et 13 avril 1995', *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, Bruxelles, Larcier, 1996, n° 91).

Enfin, lorsque l'aliénation des titres propres a lieu pour éviter à la société un dommage grave, ou porte sur des titres acquis par la société à la suite d'une transmission de patrimoine à titre universel, lors d'une vente publique contre un débiteur de la société ou en vue de réduire une participation réciproque, le conseil d'administration doit faire rapport sur ces aliénations à l'assemblée générale qui suit (art. 622, § 2, al. 2, 4° et 5°, C. soc.).

b. Titres irrégulièrement acquis

1493. Les titres irrégulièrement acquis ainsi que ceux qui n'ont pas été aliénés dans les délais requis (*supra*, n° 1490) sont nuls de plein droit. Le conseil d'administration a l'obligation de détruire les titres nuls et d'en déposer la liste au greffe du tribunal de commerce (art. 625, § 1er, al. 3, C. soc.).

La même règle de nullité s'applique aux titres acquis à titre gratuit (art. 625, § 2, C. soc.).

La mention expresse de la nullité des titres nominatifs doit figurer dans le registre (art. 463, al. 3, 4°, C. soc.).

En cas de nullité des actions représentatives du capital, la réserve indisponible qui avait été constituée doit être supprimée. Si cette réserve n'a pas été constituée, les réserves disponibles doivent être diminuées à due concurrence et, à défaut de pareilles réserves, le capital sera réduit par l'assemblée générale convoquée au plus tard avant la clôture de l'exercice en cours (art. 623, al. 2, C. soc.).

On notera enfin que l'article 648 C. soc. édicte des sanctions pénales à l'encontre des administrateurs qui contreviennent aux articles 620 à 623 et 625 C. soc.

§ 3. Acquisition par les filiales directes d'actions ou parts bénéficiaires de la société mère

1494. L'article 627 C. soc. soumet à la procédure, aux conditions et aux effets des articles 620 à 623 C. soc. l'acquisition d'actions, de parts bénéficiaires ou de certificats de la société mère par une filiale directe au sens de l'article 5, § 2, 1°, 2° et 4°, C. soc.[1]

Cet article prévoit néanmoins une exception et certains assouplissements aux règles des articles 620 à 623 C. soc. Il modalise également les effets de l'acquisition irrégulière par la filiale directe d'actions ou parts de la société mère.

1. Voir *supra*, nos 1481 et s.

A. L'exception

1495. La procédure des articles 620 à 623 C. soc. n'est pas applicable lorsque les titres de la société mère sont détenus par une société filiale qui est, en sa qualité d'opérateur professionnel sur titres, une société de bourse ou un établissement de crédit (art. 627, al. 2, C. soc.).

B. Les assouplissements

1496. L'acquisition par une filiale directe de titres de sa société mère n'est pas soumise (art. 627, al. 1er, C. soc.):

1° à l'obligation de faire l'offre d'acquisition à tous les actionnaires (art. 620, § 1er, al. 1er, 5°, C. soc.);

2° à l'obligation de constituer une réserve indisponible pendant la période de détention (art. 623, al. 1er, C. soc.);

3° à la suspension du droit aux dividendes (art. 622, § 1er, al. 2, C. soc.): le droit aux dividendes doit être maintenu;

4° à l'exception prévue en cas d'acquisition d'actions de la société mère effectuée en vue de réduire le capital de cette dernière (art. 621, § 1er, 1°, C. soc.).

Pour le surplus, les autres règles des articles 620 à 623 C. soc. trouveront à s'appliquer. La principale difficulté consiste à savoir si les conditions posées par ces articles doivent être remplies dans le chef de la société mère ou de sa filiale directe. Ainsi, l'acquisition d'actions de la société mère par une filiale directe doit-elle être soumise à l'autorisation préalable de l'assemblée générale de cette société mère?

La logique et les termes de la directive 92/101 plaident, selon les auteurs, en faveur d'une application dans le chef de la mère[1]. Cette interprétation est corroborée par les travaux préparatoires selon lesquels ce serait bien à l'assemblée généra-

1. J. Malherbe, Y. De Cordt, P. Lambrecht et P. Malherbe, *Précis de droit des sociétés*, Bruylant, 2006, p. 742; dans le même sens, H. Scheyvaerts, 'Les achats d'actions propres et les participations croisées', *Séminaire Van Ham et Van Ham du 17 mai 1995*, pp. 29 et 30; pour une position plus nuancée, voir P. Lambrecht, '*Droit des sociétés: les lois des 7 et 13 avril 1995*, Bruxelles et Louvain-la-Neuve, Bruylant-Académia, 1995, p. 101, n° 96; J.-M. Gollier et P. Malherbe, 'Les sociétés commerciales. Lois des 7 et 13 avril 1995', *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, Bruxelles, Larcier, 1996, n° 98.

le de la mère qu'il reviendrait d'autoriser l'acquisition de ses actions par sa filiale directe[1].

Par contre, s'agissant des effets de l'acquisition et notamment de la suspension des droits de vote, ceux-ci s'appliquent aux titres détenus par la filiale dans la société mère et non aux titres détenus par la société mère dans la filiale.

C. Les effets d'une acquisition irrégulière

1497. Alors que l'article 625, § 1er, C. soc. prévoit la nullité de plein droit des titres irrégulièrement acquis par la société mère (*supra*, n° 1493), l'article 628 C. soc. a prévu une atténuation de ce principe lorsque l'acquisition était le fait d'une filiale directe.

Un délai d'un an est accordé aux sociétés concernées pour leur permettre de délier les participations irrégulières. '*A défaut d'accord, les aliénations se font proportionnellement à la fraction du capital représentée par les titres détenus par chacune des sociétés concernées*' (art. 627 C. soc.).

Ce n'est qu'à défaut de cession des titres irrégulièrement acquis dans le délai de douze mois qu'ils seront déclarés nuls de plein droit conformément à l'article 627 C. soc. *in fine*. Dans pareil cas, les titres nuls sont remis à la société mère en vue de leur destruction. La société mère doit alors en restituer la '*contre-valeur*' à sa filiale directe[2].

Section 4
Assistance financière

Sous-section 1
Principe

1498. L'article 629 C. soc. autorise la société anonyme à avancer des fonds, accorder des prêts ou donner des sûretés en vue de l'acquisition de ses actions ou parts bénéficiaires par un tiers ou en vue de l'acquisition ou de la souscription par un tiers de certificats se rapportant à des actions ou des parts bénéficiaires sous certaines conditions.

1. *Doc. parl.*, Ch., 1990-1991, n° 1645/1, p. 26.
2. La notion de '*contre-valeur*' n'est pas définie par la loi (voir J.-M. GOLLIER et P. MALHERBE, 'Les sociétés commerciales. Lois des 7 et 13 avril 1995', *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, Bruxelles, Larcier, 1996, n° 98).

Cette disposition trouve son fondement dans la deuxième directive. Inspirée par le souci de protéger le capital social[1], elle prévoyait initialement une interdiction pure et simple tempérée par certaines exceptions. Son régime a été assoupli par une loi du 8 octobre 2008 adoptée dans le prolongement de la directive 2006/68/CE du parlement européen et du conseil du 6 septembre 2006 modifiant la directive 77/91/CEE du Conseil en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital.

Dans la pratique, le mécanisme mis en place par le législateur oblige les parties à une opération de cession d'entreprise à faire preuve d'une vigilance toute particulière lorsqu'elles envisagent d'associer, d'une manière ou d'une autre, la société cible au mécanisme de financement du prix d'acquisition. Le texte s'applique en effet à tout prêt, avance ou sûreté consenti *en vue de* l'acquisition de ses propres titres. C'est donc bien la finalité de l'opération de financement selon l'intention des parties qui conditionnera l'application, ou non, de la procédure imposée par la loi avec tous les aléas que l'appréciation de l'existence de cette condition peut comporter[2].

En revanche, la loi ne s'applique qu'à l'assistance financière consentie par la société dont les titres font l'objet d'une acquisition et non à celle fournie par la filiale ou toute autre société apparentée à celle dont les titres sont cédés.

La méconnaissance de l'article 629 C. soc. peut entraîner la responsabilité solidaire des administrateurs (art. 528 C. soc.) et est assortie des sanctions pénales décrites à l'article 648, 7°, C. soc. Enfin, la doctrine considère que les avances, prêts et sûretés accordés en violation de cette disposition devraient être considérés comme nuls[3].

Sous-section 2
Conditions

1499. L'assistance financière est autorisée à plusieurs conditions énumérées ci-après.

1. Loi du 5 décembre 1984 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, Travaux Préparatoires, *Doc. parl.*, Sén., 1982-1983, n° 390-2, p. 26.
2. G. DE PIERPONT, 'L'importance du capital – évolutions récentes du Code des sociétés', *Rev. prat. soc.*, 2010, p. 380.
3. T. TILQUIN et R. PRIOUX, 'Management buy-outs et leveraged management buy-outs: considérations de droit des sociétés et de droit fiscal', *Rev. Banq.*, 1989, p. 2051, n° 38; G. KEUTGEN, 'Le capital', *in Le nouveau droit belge des sociétés*, Louvain-la-Neuve, Centre Jean Renauld du droit des sociétés, 1991, p. 55; G. DE PIERPONT, 'L'importance du capital – évolutions récentes du Code des sociétés', *Rev. prat. soc.*, 2010, p. 380.

§ 1. Processus décisionnel

Toute opération d'assistance financière telle que définie à l'article 629, § 1er, C. soc. nécessite l'intervention du conseil d'administration et de l'assemblée générale.

Une décision préalable de l'assemblée générale statuant aux conditions de quorum et de majorité prévues pour la modification des statuts est requise mais l'opération a lieu sous la responsabilité du conseil d'administration, qui doit veiller à ce qu'elle soit convenue à de justes conditions de marché, notamment au regard des intérêts perçus par la société et des sûretés qui lui sont données. La situation financière de chaque contrepartie concernée doit, à cette occasion, être dûment examinée.

Comme de règle, le conseil d'administration veille à ce que l'opération ne méconnaisse pas l'intérêt social de la société concernée ni ne constitue un dépassement de son objet social.

1500. En vue de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur l'opération, le conseil d'administration doit rédiger un rapport spécial indiquant

- les motifs de l'opération;
- l'intérêt qu'elle présente pour la société;
- les conditions pour lesquelles elle s'effectue;
- les risques qu'elle comporte pour la liquidité et la solvabilité de la société; et
- le prix auquel le tiers est censé acquérir les actions.

Ce rapport doit être publié aux annexes du *Moniteur belge* conformément à l'article 74 C. soc., ce qui, selon certains auteurs, peut constituer un obstacle à l'utilisation du mécanisme prévu par la loi en raison du caractère sensible des informations qui devraient être publiées dans ce contexte[1].

Si un administrateur de la société mère ou la société mère elle-même est bénéficiaire de l'opération, le rapport du conseil d'administration doit en outre spécialement justifier la décision prise compte tenu de la qualité du bénéficiaire et des conséquences patrimoniales de cette décision pour la société.

1. M. Wyckaert, 'La société comme instrument financier et outil de création de valeur', *J.T.*, 2011, p. 208.

§ 2. Bénéfices distribuables et inscription au bilan

1501. Les sommes affectées à l'opération doivent être distribuables, ce qui permet de préserver l'intangibilité du capital. Cette condition diminue l'attrait de l'opération dans la pratique, dans la mesure où il a toujours été autorisé pour la société de distribuer un dividende ou d'effectuer une réduction de capital afin de permettre à l'acquéreur de rembourser les prêts qu'il aurait contractés en vue de l'acquisition[1].

Le montant correspondant à l'aide financière octroyée sera inscrit au passif du bilan en tant que réserve indisponible.

§ 3. Cas particulier: aliénation d'actions propres – souscription lors d'une augmentation de capital

1502. La loi prévoit en outre que lorsqu'un tiers bénéficiant de l'aide financière de la société acquiert des actions aliénées par la société conformément à l'article 622, § 2 C. soc. ou souscrit des actions émises dans le cadre d'une augmentation du capital souscrit, cette acquisition ou cette souscription est effectuée à un juste prix. Cette condition vise à éviter la dilution des participations existantes[2]. La notion de juste prix n'est pas autrement définie et suppose que le prix retenu puisse faire l'objet d'une justification adéquate au regard de la valeur intrinsèque de la société et des conditions du marché.

Sous-section 3
Exceptions

1503. L'article 629, § 2, C. soc. prévoit deux hypothèses où l'assistance financière pourrait être consentie moyennant un processus décisionnel plus souple, à condition toutefois que le caractère distribuable des sommes affectées à l'opération soit acquis et qu'une réserve indisponible soit inscrite au passif du bilan.

1504. L'article 629, § 2, C. soc. vise:

- les '*opérations courantes conclues aux conditions et sous les garanties normalement exigées pour des opérations de la même espèce, par des entreprises*

1. H. Culot et P.-Y. Thoumsin, 'Contrôle et maintien du capital: une réforme sans audace', *J.T.*, 2009, p. 97; A. Coibion et G. De Pierpont, 'Assistance financière, rachat d'actions propres et apports en nature: assouplissement nécessaire ou coup d'épée dans l'eau', *in Droit des sociétés, Millésime 2011*, p. 46.
2. G. de Pierpont, 'L'importance du capital – évolutions récentes du Code des sociétés', *Rev. prat. soc.*, 2010, p. 378.

régies par la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit;

- *les avances, prêts et sûretés consentis:*

  1° à des membres du personnel de la société ou d'une société liée à celle-ci pour l'acquisition d'actions ou de certificats se rapportant à des actions de cette dernière;

  2° à des sociétés dont la moitié au moins des droits de vote est détenue par les membres du personnel de la société, pour l'acquisition par ces sociétés, d'actions ou de certificats se rapportant à des actions de la société, auxquelles est attachée la moitié au moins des droits de vote'.

La deuxième exception vise à favoriser le rachat de l'entreprise par son personnel ('*management buy-out*'), ce qui suppose, pour pouvoir bénéficier de cette exception, d'être:

- soit membre du personnel de la société ou d'une société liée, c'est-à-dire être lié à celle-ci par un contrat de travail au sens de la loi du 3 juillet 1978;

- soit une société contrôlée par le personnel de la société cible.

On notera que cette double dérogation ne joue que pour l'acquisition d'actions et non de parts bénéficiaires.

Dans les deux cas, la décision de fournir l'assistance financière sera décidée par le conseil d'administration dans le cadre habituel de ses attributions, sans requérir l'autorisation préalable de l'assemblée générale.

Section 5
Prise en gage par la société de titres propres

Sous-section 1
Principe

1505. L'article 630, § 1er, C. soc. assimile la prise en gage par une société de ses propres actions ou parts bénéficiaires ou de certificats se rapportant à de telles actions ou parts, soit par elle-même, soit par une société filiale directe[1], soit par une

1. Au sens de l'article 5, § 2, 1°, 2° et 4°, C. soc. (article 627 C. soc.).

personne agissant en son nom propre mais pour compte de cette filiale ou de la société, à une acquisition d'actions propres et soumet celles-ci aux conditions des articles 620, § 1er, 621, 2° et 624 C. soc.[1].

Les règles relatives à la constitution d'une réserve indisponible (art. 623 C. soc.) ne s'appliquent pas, pas plus que celles relatives à la suspension des droits de vote afférents aux actions ou aux parts bénéficiaires mises en gage. L'article 630, § 1er, alinéa 2, C. soc. prévoit en effet que '*nonobstant toute disposition contraire, la société ou la personne agissant en son nom propre mais pour compte de la société ne peuvent exercer le droit de vote attaché aux titres qui lui ont été remis en gage*'. Ce droit appartient en effet toujours au débiteur gagiste propriétaire du titre.

La méconnaissance de l'article 630 C. soc. est soumise aux mêmes sanctions civiles (art. 528 C. soc.) et pénales (art. 648, 3°, C. soc.) que celle de l'article 629 C. soc.

Sous-section 2
Exception

1506. Les règles évoquées ci-dessus ne s'appliquent pas '*aux opérations courantes conclues aux conditions et sous les garanties normalement exigées, pour des opérations de la même espèce, des entreprises régies par la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit*' (art. 630, § 2, C. soc.).

Section 6
Participations croisées

Sous-section 1
Historique

1507. On parle de participations croisées ou réciproques lorsque deux sociétés possèdent chacune une partie du capital de l'autre.

Les articles 631 et 632 C. soc. qui règlent la matière trouvent leur origine dans la loi du 18 juillet 1991[2] et l'hostilité de l'autorité de marché face aux participations réciproques entre une société mère et ses filiales. Les griefs exprimés à l'époque

1. Voir *supra*, nos 1481 et s.
2. Loi du 18 juillet 1991 modifiant les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935 dans le cadre de l'organisation transparente du marché des entreprises et des offres publiques d'acquisition (*M.B.*, 26 juillet 1991, p. 16516).

peuvent se résumer comme suit: '*fictivité partielle du capital; manque de sincérité des comptes sociaux et défaut d'information des actionnaires et du public; entrave au fonctionnement normal de l'assemblée générale, une participation réciproque entre société mère et filiale constituant pour les dirigeants de la première un mécanisme d'auto-contrôle contraire aux principes généraux du droit des sociétés ou, à tout le moins, à la déontologie des affaires; mêmes dangers que lorsqu'une société rachète ses propres actions (compatibilité douteuse avec l'objet social, difficulté de justifier l'opération au regard de l'intérêt social, risque de traitement de faveur de certains actionnaires ou dirigeants, difficulté de respecter l'égalité de traitement entre associés)*'[1].

Cette défiance, marquée essentiellement à l'égard de participations croisées entre mère et fille, plus qu'entre sociétés indépendantes entre lesquelles il n'existait pas de lien de filiation[2], explique un régime légal articulé autour de ces deux hypothèses distinctes. L'article 631 C. soc. traite des participations croisées entre sociétés dépendantes, alors que l'article 632 C. soc. traite des participations croisées survenant dans les autres hypothèses.

Depuis 1991, ce régime a fait l'objet de modifications importantes dans le cadre de la loi du 13 avril 1995, à l'effet de transposer la directive 92/101 du 23 novembre 1992 modifiant la directive 77/91[3] [4] puis de la loi du 15 juillet 1998 relative à la certification.

Sous-section 2
Participations réciproques entre une société mère et ses filiales (art. 631 C. soc.)

§ 1. Principes

1508. Les sociétés filiales[5] ne peuvent posséder ensemble des actions ou parts bénéficiaires de leur société mère ayant pris la forme anonyme, ni de certificats se rapportant à ces actions ou parts bénéficiaires, représentant plus de 10 % des voix attachées à l'ensemble des titres émis par ladite société mère (art. 631 C. soc.).

1. Commission bancaire, *Rapport annuel*, 1986-1987, p. 89.
2. L'objectif étant, dans ces cas, non le contrôle des sociétés intéressées mais l'affirmation d'une collaboration d'ordre industriel, commercial ou technique ou le résultat d'un acte de placement normal, *ibid.*, p. 90.
3. *Doc. parl.*, Ch., 1992-1993, n° 1005-4, p. 11; *Doc. parl.*, Ch., 1992-1993, n° 1005-19, p. 25.
4. Pour plus de détails, voir J. Gabriel, 'Quelques réflexions sur le nouveau régime des participations croisées', *Rev. prat. soc.*, 1996, pp. 169 et s.
5. Au sens de l'article 6 C. soc.

La loi admet donc que les sociétés filiales détiennent 10 % des droits de vote liés aux titres de la société mère.

On notera que cette réglementation s'applique à toutes les filiales de la société mère: tant les filiales directes qu'indirectes sont ici visées.

On rappellera toutefois que si l'acquisition par une filiale indirecte de titres de la société mère n'est soumise à aucune formalité particulière, il n'en va pas de même pour la filiale directe: l'acquisition par celle-ci de titres de la société mère ne peut se faire que dans le respect de l'article 620 C. soc. (*supra*, n°s 1494 à 1497)[1].

§ 2. Mode de calcul du seuil de 10 %

1509. Les filiales ne peuvent posséder plus de 10 % des voix attachées à l'ensemble des titres émis par la société mère.

Pour le calcul de ce seuil de 10 % et afin d'éviter un contournement trop facile de cette règle, l'article 631, § 1er, alinéa 2, C. soc. prévoit que l'on tient compte non seulement des droits de vote attachés aux titres détenus par les filiales dans la société mère mais également des droits de vote liés (i) aux titres détenus par une société indépendante et par les filiales de celle-ci si la société 'mère' détient plus de 10 % des voix attachées à l'ensemble des titres émis par cette société indépendante et (ii) aux titres détenus par la société mère elle-même en vertu des articles 620 à 623 C. soc. (sachant que la proportion d'actions propres détenue par la société mère, cumulée avec celles détenues par la filiale dans le capital de sa mère ne pourra jamais dépasser 20 % conformément à l'article 620, § 1er, al. 1er, 2°, C. soc.[2]).

Relevons enfin que la limite de 10 % prévue à l'article 631, alinéa 1er, C. soc., s'applique également aux acquisitions de titres effectuées par une personne agis-

1. On notera que le seuil de 10 % prévu pour l'acquisition d'actions propres et pour les participations croisées s'apprécie différemment: pour l'acquisition d'actions propres, on se réfère au capital souscrit (ce qui implique qu'on tienne compte des actions sans droit de vote) alors que, pour les participations croisées, on a égard uniquement aux droits de vote liés aux titres émis par la société mère. On ne peut que regretter cette différence. Certains auteurs déplorent par ailleurs la différence de seuil qui existe, depuis la modification de l'article 620 C. soc. par l'arrêté royal du 8 octobre 2008, entre le régime des participations croisées et celui de l'acquisition d'actions propres fixé à 20 % (M. Wyckaert, 'La société comme instrument financier ou outil de création de valeur', *J.T.*, 2011, p. 207).
2. Dans le même sens, D. Willermain, 'Le maintien du capital social: principes et évolutions récentes (apports en nature, rachat d'actions propres et assistance financière)', *in Les 10 ans du Code des sociétés*, Actes du colloque organisé par les éditions Kluwer le 29 avril 2010, Kluwer, 2011, p. 313, n° 23.

sant en son nom propre mais pour le compte d'une filiale de la société mère (art. 631, § 4, C. soc.).

§ 3. Notification et publicité

1510. L'article 631, § 2, C. soc. prévoit un devoir de notification à charge des sociétés filiales:

'La société qui est une société filiale d'une autre société notifie à cette dernière le nombre et la nature des titres avec droit de vote émis par cette dernière société et des certificats se rapportant à ces titres avec droit de vote, qui sont en sa possession ainsi que toute modification intervenant dans son portefeuille de titres.

Ces notifications sont faites dans un délai de deux jours à compter soit du jour où la prise de contrôle a été connue de la société nouvellement contrôlée pour les titres qu'elle détenait avant cette date, soit du jour de l'opération pour les acquisitions ou aliénations ultérieures:

Quant à la société mère, elle *'doit mentionner, dans l'annexe à ses comptes annuels relative à l'état du capital, la structure de son actionnariat à la date de clôture de ses comptes, telle qu'elle résulte des déclarations qu'elle a reçues.'* (art. 631, § 2, al. 3, C. soc.).

§ 4. Sort des titres

A. Titres détenus dans la limite du seuil de 10 %

1511. L'article 631, § 1er, alinéa 1er, *in fine* prévoit que tous les droits de vote attachés aux titres et aux titres auxquels se rapportent les certificats détenus sont suspendus. La suspension du droit de vote s'applique donc à l'ensemble des titres détenus par la ou les filiales dans la société mère, même si ceux-ci n'excèdent pas 10 % des droits de vote. Elle s'applique dès leur détention[1].

B. Titres détenus au-delà du seuil de 10 %

1512. Comme indiqué ci-dessus, les droits de vote sont suspendus.

1. *Doc. parl.*, Ch., 1995-1996, n° 570/1, p. 2.

En outre si le seuil de 10 % est dépassé, l'article 631, § 3, C. soc. exige d'aliéner les titres (et certificats s'y rapportant) excédentaires dans un délai d'un an à compter de ce dépassement.

'Sauf accord entre les parties, cette aliénation doit avoir lieu proportionnellement au nombre de titres possédés par chacune des sociétés visées au § 1er.' On tiendra donc compte des titres détenus par les filiales, par les sociétés indépendantes dans lesquelles la 'mère' détient une participation supérieure à 10 % et par la société mère elle-même (*supra*, n° 752).

Sous-section 3
Participations croisées entre sociétés indépendantes (art. 632 C. soc.)

§ 1. Principe

1513. *'Deux sociétés indépendantes dont l'une au moins est une société anonyme dont le siège social est en Belgique ne peuvent pas être dans une situation telle que chacune soit propriétaire d'actions ou de parts bénéficiaires représentant plus de dix pour cent des voix attachées à l'ensemble des titres émis par l'autre'* (art. 632, § 1er, C. soc.).

§ 2. Mode de calcul du seuil de 10 %

1514. Le seuil de 10 % s'apprécie par rapport aux voix attachées à l'ensemble des titres. Comme pour les participations entre mère et filles (*supra*, n° 752), seules les actions avec droit de vote et les parts bénéficiaires conférant un droit de vote sont prises en considération. Les actions sans droit de vote ne le sont pas en principe[1].

Pour le calcul de ce seuil, il convient de tenir compte non seulement des titres que les deux sociétés indépendantes possèdent l'une dans l'autre mais également (art. 632, § 2, al. 4, C. soc.):

- des titres détenus par leurs filiales respectives;
- des titres détenus par un tiers agissant en son nom propre mais pour le compte de ladite société ou d'une filiale de celle-ci.

1. Sauf si elles se voient attribuer le droit de vote de manière durable par application de l'art. 481, 1° ou 4° C. soc. (M. Van Der Haegen et J.-M. Gollier, 'Les sociétés commerciales. Loi du 18 juillet 1991', *J.T.*, 1992, p. 215, n° 55).

Par contre, il n'est pas tenu compte des limitations apportées au droit de vote en raison d'une acquisition d'actions propres (art. 622, § 1er, C. soc.), d'une participation croisée entre société mère et filiale (art. 631, § 1er, C. soc.), des dispositions légales applicables aux parts bénéficiaires (art. 542 C. soc.) ou des dispositions statutaires (art. 544 C. soc.) (art. 632, § 2, al. 5, C. soc.).

§ 3. Notification et publicité

1515. L'article 632, § 2, C. soc. prévoit un système de notification à charge de la société qui acquiert plus de 10 % des droits de vote d'une autre société[1]:

'Lorsqu'une société anonyme devient propriétaire d'actions ou de parts bénéficiaires d'une société ou de certificats se rapportant à des actions ou parts bénéficiaires, qui représentent plus de dix pour cent des voix attachées à l'ensemble des titres émis par celle-ci, ou lorsqu'une société devient propriétaire d'actions ou de parts bénéficiaires d'une société anonyme ayant son siège en Belgique ou des certificats se rapportant à ces actions ou parts bénéficiaires, auxquels sont attachés plus de dix pour cent des voix attachées à l'ensemble des titres émis par celle-ci, elle doit en aviser immédiatement la société dont elle a acquis la participation susvisée, par lettre recommandée à la poste en indiquant le nombre d'actions, de parts bénéficiaires ou de certificats dont elle est propriétaire et le nombre de voix qui sont attachées à ces actions et parts bénéficiaires, ou à ces actions et parts bénéficiaires auxquelles les certificats se rapportent.

Lorsque la quotité des droits de vote attachés aux actions et parts bénéficiaires ayant fait l'objet de la notification visée à l'alinéa 1er cesse de dépasser dix pour cent, une nouvelle notification doit être effectuée.'

Cette notification a un double effet:

- toute société doit mentionner dans l'annexe à ses comptes annuels relative à l'état de son capital, la structure de son actionnariat à la date de clôture de ses comptes, telle qu'elle résulte des déclarations qu'elle a reçues (art. 632, § 2, *in fine*, C. soc.);
- la société qui reçoit la notification ne peut acquérir des actions ou parts bénéficiaires de la société qui a effectué cette notification que pour autant qu'à la suite

1. Ces notifications ne doivent pas être effectuées si elles ont déjà été faites en application de la loi du 2 mai 2007 relative à la publicité des participations importantes, offres publiques d'acquisition dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition (art. 632, § 2, al. 3, L.C.S.C.). Il s'agit des sociétés cotées en bourse et des sociétés qui se sont volontairement soumises à la loi de 2007 (*supra*, n° 838).

de l'acquisition envisagée, ces titres ne représentent pas plus de 10 % des droits de vote de la société qui a notifié (art. 632, § 3, al. 1er, C. soc.). Elle ne pourrait acquérir des titres au-delà du seuil de 10 % que si l'autre société lui notifie être descendue, pour sa part, en dessous de la limite de 10 % (art. 632, § 3, al. 2, C. soc.).

§ 4. Sort des titres

A. Titres détenus dans la limite du seuil de 10 %

1516. Le régime prévu par l'article 632 C. soc. est, en la matière, plus tolérant que celui organisé à l'article 631 C. soc. pour les participations croisées entre société mère et filiale. La suspension du droit de vote afférent aux participations croisées entre sociétés indépendantes ne s'applique qu'aux actions ou parts qui doivent être aliénées en raison du dépassement du seuil de 10 % prévu par l'article 632, § 1er, C. soc. et ceci, dès l'acquisition de celles-ci (art. 632, § 4, C. soc.).

B. Titres détenus au-delà du seuil de 10 % ou non déclarés

1517. Les actions ou parts bénéficiaires acquises en méconnaissance de la loi doivent être aliénées dans un délai d'un an, à compter de cette méconnaissance, sauf accord entre les parties de se conformer autrement à l'article 632, § 1er, C. soc., avant l'expiration du délai d'un an (art. 632, § 4, al. 1er, C. soc.).

Leur droit de vote est suspendu, dès leur acquisition (*supra*, n° 1516).

En outre, les droits de vote afférents aux actions et parts bénéficiaires émises par une société ayant son siège en Belgique, qui n'ont pas été déclarés conformément au § 2 sont suspendus dans la mesure où ils excèdent dix pour cent des voix attachées à l'ensemble des titres émis par cette société. Cette sanction s'applique qu'il y ait ou non participation croisée (art. 632, § 5, C. soc.)[1].

Sous-section 4
Dénouement des participations réciproques

1518. On rappellera que l'article 621, 4°, C. soc. permet à la société de racheter ses propres actions, parts bénéficiaires ou certificats à une filiale indirecte ou à une société indépendante en vue de réduire le nombre de titres de la société anonyme

1. M. Van Der Haegen et J.M. Gollier, 'Les sociétés commerciales. Loi du 18 juillet 1991', *J.T.*, 1992, p. 216, n° 55.

qu'elle possède, sans devoir respecter la procédure et les conditions de l'article 620 C. soc.

'Dès lors que cette technique a pour objet de dénouer des participations croisées existantes, sans pour autant que la société cessionnaire en puisse accroître à terme son auto-contrôle, rien ne devrait justifier qu'elle soit alors soumise aux conditions strictes de l'article 52bis [lire article 620 C. soc.] *(notamment, l'obligation de faire une offre d'acquisition à l'ensemble des actionnaires), qui, en son état actuel, constitue un obstacle sérieux'*[1].

Les titres ainsi acquis doivent, comme nous l'avons déjà souligné, être aliénés dans un délai de 3 ans à compter de leur acquisition. Une décision de l'assemblée générale n'est pas requise pour procéder à cette aliénation (*supra*, n°s 1490 et 1491).

Section 7
Réunion de toutes les actions en une seule main

1519. Depuis la loi du 5 décembre 1984 qui a introduit un article 104*bis* dans les anciennes lois coordonnées sur les sociétés commerciales, devenu l'article 646 C. soc., la réunion de toutes les actions d'une société anonyme entre les mains d'une seule personne n'entraîne plus de plein droit la dissolution de la société. Elle n'implique pas non plus sa dissolution judiciaire.

L'actionnaire unique dispose d'un délai d'un an pour soit trouver et faire entrer dans la société un nouvel actionnaire, soit transformer la SA en SPRL (unipersonnelle), soit dissoudre la société[2].

Passé ce délai, *'l'actionnaire unique est réputé caution solidaire de toutes les obligations de la société nées après la réunion de toutes les actions entre ses mains jusqu'à l'entrée d'un nouvel actionnaire dans la société ou la publication de sa transformation en société privée à responsabilité limitée ou de sa dissolution'* (art. 646, § 1er, al. 2, C. soc.).

L'article 646, § 2, C. soc. prévoit par ailleurs les obligations suivantes lorsque la SA ne compte qu'un seul actionnaire:

- l'indication de la réunion de toutes les actions entre les mains d'une seule personne ainsi que l'identité de cette personne doivent être 'versées' dans le dossier déposé au greffe du tribunal de commerce en vertu de l'article 67, § 2, C. soc.);

1. *Doc. parl.*, Ch., 1992-1993, n° 1005-4, p. 8.
2. La transformation ou la dissolution de la société doivent respecter les conditions de forme (acte authentique) et de fond prévues par la loi.

- comme en SPRL unipersonnelle, l'actionnaire unique exerce les pouvoirs dévolus à l'assemblée générale et ne peut les déléguer;

- les décisions qu'il prend en cette qualité doivent être consignées dans un registre tenu au siège social;

- les contrats conclus entre l'actionnaire unique et la société sont, sauf en ce qui concerne les opérations courantes conclues dans des conditions normales, inscrits dans un document à déposer en même temps que les comptes annuels.

Chapitre XIII
Cessions et acquisitions forcées d'actions

1520. Le Code prévoit trois mesures aboutissant à une cession ou acquisition forcée d'actions.

Les deux premières visent à régler les différends entre actionnaires soit en permettant l'exclusion d'un actionnaire (art. 636 à 641C. soc.), soit en obligeant un actionnaire à acquérir les titres de ses coactionnaires (art. 642 et 643 C. soc.) (*infra*, Section 1).

La troisième mesure entend permettre à un ou plusieurs actionnaires détenant la quasi-totalité des titres d'une société d'en acquérir le reliquat (art. 513 C. soc.) (*infra*, Section 2).

Section 1
Différends entre actionnaires: exclusion et rachat forcé

Sous-section 1
Origine de la réglementation

1521. Les procédures d'exclusion et de retrait ont été introduites dans notre arsenal législatif par une loi du 13 avril 1995[1]. Inspiré par des mécanismes comparables existant dans des juridictions étrangères, le législateur souhaitait offrir aux entreprises belges des moyens, moins extrêmes que celui de la dissolution judiciaire, pour résoudre les conflits entre actionnaires.

Les solutions offertes à l'époque par la loi et la jurisprudence pour faire face à des dissensions entre actionnaires n'étaient que d'un secours limité. Toujours en vigueur actuellement, il n'est pas inutile de les rappeler brièvement ici.

L'article 645 C. soc. prévoit que '*la dissolution de la société à durée limitée ou illimitée peut être demandée en justice pour de justes motifs*'. Ce mécanisme, constituait jusqu'à l'apparition des procédures d'exclusion et de retrait la seule solution légale pour parvenir à dénouer les situations de blocages auxquelles aboutissent inévitablement les conflits entre actionnaires. Trouvant son fondement dans l'article 45 C. soc. (anciennement art. 1871 C. civ.), le législateur l'avait spécifiquement rendu applicable aux sociétés anonymes par une loi du 5 décembre 1984. Toutefois, le caractère extrême de cette mesure avait rendu la jurisprudence particulièrement prudente dans l'application de cette 'sanction'. Encore de nos jours, la dissolution judiciaire apparaît comme l'ultime recours, subsidiaire, à défaut d'avoir pu trouver d'autres solutions[1]. Elle traduit l'échec d'autres mesures moins excessives.

1. Loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, *M.B.*, 17 juin 1995, p. 17492, art. 78 et 79.

L'article 168 C. soc. qui permet d'obtenir la désignation d'un commissaire investigateur en cas d'indices d'atteinte grave ou de risques d'atteinte grave aux intérêts de la société, fut conçu par le législateur afin de '*rétablir un climat de transparence propice au retour de la bonne entente... ou au déclenchement des hostilités entre les associés*'[2]. Il faut admettre cependant que cette mesure apparaît beaucoup plus comme le symptôme de la mésentente entre actionnaires que comme son remède.

D'autres formules permettant d'assurer la survie de l'entreprise ont été consacrées par la jurisprudence. La nomination d'un administrateur provisoire[3] ou la désignation d'un séquestre judiciaire[4] ont apaisé dans de nombreux cas les conflits entre actionnaires en ménageant des situations d'attente. Le recours à la théorie de l'abus de majorité ou de minorité[5]permet de sanctionner le blocage injustifié de certaines décisions.

Enfin, la doctrine a imaginé et mis en place divers mécanismes permettant de prévenir les conflits entre actionnaires que ce soit par des conventions de vote[6], par la signature d'options réciproques d'achat ou de vente d'actions[7] ou encore par des clauses statutaires de rachat forcé[8].

1. A. BENOIT-MOURY, 'Dix ans de jurisprudence en matière de sociétés', *Act. dr.*, 1991, p. 14, B. TILLEMAN, 'De gerechtelijke ontbinding: een laatste redmiddel', *T.R.V.*, 1992, p. 491.
2. I. CORBISIER, 'La société et ses associés', *Droit des sociétés: les lois des 7 et 13 avril 1955*, Bruxelles, Louvain-la-Neuve, Bruylant Academia, 1995, p. 206, n° 23.
3. Voir *supra*, n° 971.
4. Voir B. TILLEMAN, 'Het gerechtelijke sekwester in vennootschapsgeschillen', *T.R.V.*, 1993, pp. 503 et s.
5. Voir *supra*, n° 935 et s.
6. Voir *supra*, n° 926 et s.
7. Voir *supra*, n° 866.
8. Voir J. KIRKPATRICK, B. GLANSDORFF, 'Les statuts d'une société de personnes peuvent-ils conférer à la majorité des associés le pouvoir de dissoudre la société avant le terme convenu ou d'exclure un associé?', *R.C.J.B.*, 1967, pp. 208 et s.; T. TILQUIN, 'Exclusion, retrait, reprise et dissolution dans le projet n° 1005', *Rev. prat. soc.*, 1994, n° spéc., n° 10; P.-A. FORIERS, 'Actualité en matière de représentation', in *Actualités du droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2005; J.-M. MAEIJER et K. GEENS, 'L'exclusion et la démission judiciaires d'un actionnaire dans les sociétés privées: l'exemple néerlandais', *XIVe Journées d'études juridiques Jean Dabin, Principes et exigences du droit des sociétés en Europe*, Louvain-la-Neuve, 19-20, novembre 1992, pp. 10 et s.

Sous-section 2
Cession forcée ou exclusion (art. 636 à 641 C. soc.)

§ 1. Sociétés visées

1522. L'exclusion judiciaire (tout comme le retrait examiné à la sous-section suivante) s'applique aux seules sociétés anonymes n'ayant pas fait ou ne faisant pas appel public à l'épargne (art. 635 C. soc.)[1]. Notons que les dispositions applicables aux sociétés anonymes examinées ici sont libellées de manière strictement identique à celles applicables aux SPRL (art. 334 à 342 C. soc.).

§ 2. Titulaires de l'action en exclusion

1523. L'action en exclusion peut être intentée par un ou plusieurs associés possédant ensemble (art. 636 C. soc.)[2]:

- soit 30 % des voix attachées à l'ensemble des titres existant ou 20 % si la société a émis des titres non représentatifs du capital;
- soit des actions dont la valeur nominale ou le pair comptable représente 30 % du capital de la société.

Les seuils prévus par le texte sont formulés non seulement en termes de vote mais également en termes de participation au capital, permettant ainsi de viser les détenteurs d'actions sans droit de vote[3]. L'action ne pourrait cependant pas être introduite par des titulaires de parts bénéficiaires *sans* droit de vote.

1. Par application de l'article 657 C. soc., elle s'applique également aux sociétés en commandite par actions (voir J. Libyens, *De nieuwe vennootschapswet: geschillen- en uitkoopsregeling na de reparatiewet*, Bruxelles, C.I.E.A.U., 29 juin 1995, n° 20). Rappelons qu'en matière de société coopérative, la question est réglée spécifiquement par l'article 370 C. soc.
2. Ces seuils sont impératifs: les statuts ne pourraient fixer un pourcentage plus élevé *(Doc. parl.*, Sén., 1993-1994, n° 1086-2, pp. 416 et 417); l'action introduite par un actionnaire n'atteignant pas les seuils prévus par la loi doit être déclarée irrecevable: Liège, 6 décembre 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1366.
3. Cette disposition permet aux titulaires d'actions sans droit de vote de formuler une demande d'exclusion *(Doc. parl.*, Sén., 1993-1994, n° 1086-2, p. 427).

La question de savoir s'il convient, dans le cadre de l'appréciation du droit de vote, de tenir compte des limitations légales ou statutaires du pouvoir votal (art. 542 et 544 C. soc.) est controversée[1]. Il est unanimement admis, en revanche, que les statuts ne pourraient prévoir des seuils plus bas ou plus élevés que ceux fixés par la loi[2].

On observera que l'action peut être intentée par un actionnaire minoritaire contre un majoritaire, constituant ainsi un moyen de pression important, voire de chantage financier, de la part des minoritaires[3].

Seuls les actionnaires disposent du droit d'action: ni la société, ni une de ses filiales ne peuvent l'intenter (art. 636, al. 2). La loi vise en effet à porter remède aux conflits entre actionnaires et non entre un actionnaire et la société[4].

En cas de démembrement de la propriété des titres, le nu-propriétaire est seul recevable à agir en exclusion forcée, à l'exclusion de l'usufruitier[5].

§ 3. Causes de l'exclusion

1524. Pour que le juge puisse exclure un actionnaire, la loi exige de 'justes motifs'.

Cette notion de 'justes motifs' fut préférée à celle de *'comportement nuisible aux intérêts de la société au point que le maintien de sa qualité ne peut être raisonnablement toléré'* dans le texte voté par la Chambre en premier lieu[6]. On ne peut que s'en réjouir. Comme l'avait souligné P.-A. Foriers, *l'utilisation des termes 'justes motifs' présente l'intérêt de se référer à l'article 1871 du Code civil* [lire art. 45 C. soc.]'[7].

1. Pour une réponse affirmative, voy. J.-M. Nelissen Grade, 'De geschillenregeling en de uitkoopregeling', *in De nieuwe Vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995*, Biblo, 1995, p. 349; *contra*, J.-M. Gollier et P. Malherbe, 'Les sociétés commerciales – Les lois des 7 et 13 avril 1995', *Les dossiers du J.T.*, Larcier, 1996, p. 153, n° 139.
2. E. Pottier et M. De Roeck, 'Divorce entre actionnaires: premières applications jurisprudentielles des procédures d'exclusion et de retrait', *R.D.C.*, 1998, p. 560 et note n° 20.
3. *Doc. parl.*, Sén., 1993-1994, n° 1086-2, p. 424.
4. J.-M. Gollier et P. Malherbe, 'Les sociétés commerciales – Les lois des 7 et 13 avril 1995', *Les dossiers du J.T.*, Larcier, 1996, p. 153, n° 139.
5. Prés. Comm. Mons, 16 mars 2001, *Rev. prat. soc.*, 2001, p. 187 et obs. P. Malherbe.
6. Voir les critiques formulées par T. Tilquin, 'Exclusion, retrait, reprise et dissolution dans le projet n° 1005', *Rev. prat. soc.*, 1994, n° spéc., n° 10.
7. *Doc. parl.*, Sén., 1993-1994, n° 1086-2, p. 437.

Cette référence à l'article 45 du Code des sociétés implique que le juste motif n'exige pas nécessairement une faute. L'exclusion apparaît davantage comme le constat d'une situation de fait plutôt que comme une sanction[1].

Dans ce contexte, on considère traditionnellement que les justes motifs, qui relèvent de l'appréciation souveraine des tribunaux, peuvent être rangés en trois catégories[2]:

- l'inexécution de ses engagements par un actionnaire;
- la difficulté de continuer l'exploitation à la suite, par exemple, de la maladie ou de l'infirmité d'un actionnaire;
- la mésintelligence entre actionnaires, si elle rend impossible la collaboration ou compromet la réalisation de l'objet social.

Quels que soient les motifs invoqués, le juge sera guidé dans son appréciation principalement par l'intérêt de la société plutôt que par celui de ses actionnaires[3]. La notion d'exclusion renferme l'idée que la persistance du comportement incriminé de l'actionnaire visé est dommageable pour la société[4], soit parce que sa continuité pourrait être menacée, soit que le conflit entre actionnaires conduise à un blocage des organes sociaux.

Ainsi, une simple incompatibilité de caractère ou d'humeur ne suffit pas pour justifier l'exclusion. Le désaccord doit être persistant et profond[5]. Le simple fait que les associés soient engagés dans une procédure de divorce est insuffisant: il faut démontrer que la continuité de la société est menacée[6].

Un vote opposé à celui de l'ensemble des autres actionnaires et opposé à la poursuite de l'activité proposée par le conseil d'administration dans le cadre de l'article 633 C. soc. ne constitue pas un juste motif, quels que soient les motifs, même égoïstes, qui ont pu dicter ce vote. De manière générale, le désaccord entre actionnaires se traduisant par des votes divergents à l'assemblée générale ne constitue pas un juste motif si cette mésentente ne semble pas hypothéquer le fonctionnement de la société[7].

1. *Idem.*
2. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 1954, p. 243.
3. Liège, 15 décembre 2005, *J.T.*, 2006, p. 124.
4. Bruxelles, 7 septembre 1999, *Rev. prat. soc.*, 2000, p. 334 et note W. DERIJCKE.
5. Prés. Comm. Hasselt, 14 février 1997, *T.R.V.*, 1997, p. 105.
6. Prés. Comm. Louvain, 28 novembre 1996, *A.J.T.*, 1996-1997, p. 335, et note B. TILLEMAN, *T.R.V.*, 1997, p. 108.
7. Bruxelles, 7 septembre 1999, *Rev. prat. soc.*, 2000, p. 334 et note W. DERIJCKE.

Le refus non justifié d'une offre de rachat n'est pas non plus révélateur d'un juste motif, ni même le seul fait d'introduire une action en justice tendant à la désignation d'un administrateur judiciaire[1].

Le caractère déficitaire d'une société ne constitue pas davantage un motif fondé de cession forcée lorsqu'il n'est pas démontré que la mauvaise situation financière est imputable à l'associé cité[2].

Par contre, un désaccord persistant et profond entre les parties, qui fait que la raison sociale ne peut plus être réalisée, constitue un juste motif de cession forcée[3]. Il en va tout autant de disputes persistantes entre associés qui mettent en péril l'existence même d'un contrat d'agence vital à la poursuite des activités de la société[4].

Même s'il importe peu que la mésentente résulte d'un comportement fautif dans le chef de celui contre lequel l'action est dirigée, il faut à tout le moins que l'origine des 'justes motifs' soit imputable à l'attitude de ce dernier[5]. L'exclusion d'un actionnaire ne peut résulter de la seule circonstance que ce dernier a formé une demande reconventionnelle tendant à la reprise de ses actions[6].

La mauvaise tenue de la comptabilité, le refus de convoquer une assemblée générale, l'absence d'assemblées ordinaires durant deux années successives, le dépôt de comptes annuels non approuvés et l'existence d'un compte-courant débiteur important du gérant alors que la société connaît de graves difficultés, marquent à suffisance la gravité du désaccord durable, profond et persistant entre les associés[7].

L'utilisation par un actionnaire de sa minorité de blocage pour faire obstacle à une augmentation de capital indispensable à la survie de la société, doublée d'actes de dénigrement contre celle-ci et de la négociation de droits de distribution concurrents à ceux détenus par la société constituent suffisamment d'éléments justifiant son exclusion[8].

1. Prés. Comm. Bruxelles, 4 novembre 1996, *Rev. prat. soc.*, 1997, p. 276 et note P. MALHERBE.
2. Prés. Comm. Louvain, 28 novembre 1996, *A.J.T.*, 1996-1997, p. 335 et note B. TILLEMAN, *T.R.V.*, 1997, p. 108.
3. Prés. Comm. Courtrai, 17 février 1997, *T.R.V.*, 1997, note B. TILLEMAN, *R.D.C.*, 1997, p. 333, note J. PEETERS.
4. Prés. Comm. Hasselt, 20 octobre 2000, *T.R.V.*, 2001, p. 398, note E. JANSSENS.
5. E. POTTIER et M. DE ROECK, 'Le divorce entre actionnaires: premières applications jurisprudentielles des procédures d'exclusion et de retrait', *R.D.C.*, 1998, pp. 556 à 587, spéc. n° 65; voy. aussi Bruxelles, 13 mai 2004, *R.D.C.*, 2005, p. 411, n° 14 *in fine*.
6. Liège, 15 décembre 2005, *J.T.*, 2006, p. 127.
7. Prés. Comm. Charleroi, 12 septembre 1997, R.G. n° 216/97, *inédit*, cité par J.-F. GOFFIN, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 325.
8. Liège, 6 décembre 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1366.

Les justes motifs doivent bien entendu être actuels et exister au jour de l'introduction de la demande en justice. Ainsi, un acte de concurrence déloyale ne peut plus, trois ans après, être invoqué comme motif d'exclusion alors qu'au moment de la citation, plus aucune activité concurrente n'est déployée[1].

Selon la Cour d'appel de Gand, les justes motifs qui peuvent servir de base à la condamnation d'exclusion doivent être fondés et le rester jusqu'au jour de la condamnation finale à la reprise des parts. Ainsi, une demande portant sur la reprise des parts d'une société entre-temps dissoute doit être rejetée, tout motif ou justification qui permettrait de contraindre l'un ou l'autre actionnaire à reprendre les parts de l'un ou l'autre ayant disparu[2].

Relevons enfin que c'est dans le cadre de demandes d'exclusion dites 'croisées', où deux actionnaires sollicitent réciproquement le rachat des actions de l'autre, que la jurisprudence a pu illustrer avec le plus de force la primauté de l'intérêt social dans l'appréciation des demandes de rachat forcé. C'est en effet systématiquement à la demande de rachat émanant de l'associé qui s'investit le plus, ou qui présente le plus grand *affectio societatis* pour garantir la continuité de la société, que les cours et tribunaux décident de faire droit[3].

§ 4. Procédure

1525. L'action doit être introduite devant le président du tribunal de commerce de l'arrondissement judiciaire dans lequel la société a son siège social (art. 637 C. soc.)[4]. Le président siège 'comme en référé'. Cette procédure constitue une procédure au fond qui présente l'avantage de la célérité inhérente à la forme du référé[5].

1. Prés. Comm. Hasselt, 14 février 1997, *T.R.V.*, 1997, p. 105.
2. Gand, 17 octobre 2005, *R.W.*, 2006-2007, p. 880.
3. Bruxelles, 26 décembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, pp. 820 et s.: Prés. Comm. Louvain, 19 juin 2003, *T.R.V.*, 2004, p. 378; Prés. Comm. Tongres, *R.D.C.B.*, 1998, p. 616.
4. L'existence d'un mécanisme de résolution de conflits interne dans un pacte d'actionnaires soumis à l'arbitrage n'est pas incompatible avec l'introduction d'une demande d'exclusion (ou de retrait) organisée selon les formes prescrites par le Code des sociétés (Bruxelles, 20 avril 1999, *T.R.V.*, 1999, p. 431; Anvers, 27 janvier 2005, *R.D.C.*, 2006, p. 438; Bruxelles, 20 décembre 2005, *R.D.C.*, 2006, p. 454).
5. La saisine du juge est néanmoins clairement délimitée à la demande d'exclusion (ou de retrait) et ne peut être étendue à d'autres questions relatives au fond de l'affaire comme la désignation d'un administrateur provisoire, le paiement d'une somme d'argent ou encore la dissolution de la société pour justes motifs (E. POTTIER et A. COIBION, note sous Bruxelles, 14 avril 2000, *J.D.S.C.*, 2002, pp. 401-402 et références citées); comme corollaire, le pouvoir du juge de fixer le prix des actions dans le cadre d'une demande d'exclusion ou de retrait n'inclut pas celui de fixer le prix à un montant qui couvrirait non seulement la valeur des actions au jour de la cession forcée mais également la perte de valeur des actions dont le rachat est ordonné et qui serait la conséquence des événement retenus par le juge comme constituant les justes motifs: Bruxelles, 7 avril 2006, *R.D.C.*, 2006, p. 1035.

L'article 637, alinéa 2, exige que la société soit citée à comparaître. La société doit, à son tour, informer les porteurs d'actions nominatives[1]. A défaut de plus ample précision par la loi, l'envoi d'une copie de la citation par courrier recommandé suffit. Le législateur n'a prévu aucune information des titulaires d'actions dématérialisées[2] même si rien n'empêche ces actionnaires d'intervenir volontairement à la cause au cas où ils auraient connaissance de la procédure introduite[3].

A compter de la signification de la citation, le défendeur – en l'occurrence l'actionnaire dont on demande l'exclusion – ne peut plus aliéner ses actions ou parts ou les grever de droits réels sauf avec l'accord du juge ou des parties à la cause. La décision du juge sur ce point n'est susceptible d'aucun recours (art. 638, al. 1er, C. soc.).

Le juge peut également ordonner la suspension des droits liés aux titres concernés (par exemple, le droit de vote) à l'exception du droit au dividende. Sa décision est sans recours (art. 638, al. 2,C. soc.)[4].

Enfin, lors du dépôt de ses premières conclusions, le défendeur doit joindre une copie des statuts coordonnés et une copie ou un extrait de toutes conventions restreignant la cessibilité de ses actions ou parts (art. 639.C. soc.) afin d'assurer une parfaite information du juge.

§ 5. Effets de l'action

1526. L'objet de l'action est d'obtenir que l'associé à l'origine des justes motifs '*cède au demandeur ses actions ou parts et tous les titres qu'il détient et qui peu-*

1. Une autre raison de l'obligation d'appeler la société à la cause procède du souci du législateur de donner au juge un interlocuteur valable susceptible de l'éclairer sur l'intérêt social de la société: Prés. Comm. Bruxelles, 12 décembre 1996, *J.D.S.C.*, 2002, p. 405.
2. Voir sur ces questions, I. CORBISIER, 'La société et ses associées', *Droit des sociétés: les lois des 7 et 13 avril 1995*, Bruxelles, Louvain-la-Neuve, Bruylant Academia, 1995, n° 27.2 et notes 373 et 374.
3. *Doc. parl.*, Sén., 1993-1994, n° 1086-2, p. 415.
4. N'oublions pas qu'en marge de la procédure d'exclusion ou de retrait, le juge des référés peut toujours être amené, dans le cadre de procédures distinctes, à aménager des situations d'attentes en enjoignant par exemple à l'assemblée générale de reporter l'examen de la révocation du conseil d'administration ou de la nomination d'un réviseur jusqu'au prononcé de la décision à intervenir dans la procédure d'exclusion (Prés. Comm. Mons, 10 novembre 2008, *J.D.S.C.*, 2009, p. 330).

vent être convertis ou donnent droit à la souscription ou à l'échange en actions ou parts de la société' (art. 636 C. soc.)[1] [2].

S'il déclare l'action recevable et fondée, *'le juge condamne le défendeur à transférer, dans le délai qu'il fixe à dater de la signification du jugement, ses actions ou parts aux demandeurs, et les demandeurs à accepter les actions ou parts contre paiement du prix qu'il fixe'* (art. 640 C. soc.).

La détermination du prix est un élément essentiel et le juge dispose, en cette matière, d'une très grande latitude.

Il doit certes, selon l'article 639, alinéa 1er, C. soc., veiller à respecter les droits qui résulteraient des statuts ou de conventions entre associés, pour déterminer celui-ci. Toutefois, ce principe n'est pas absolu: la loi lui accorde le pouvoir de *'se substituer à toute partie désignée par les statuts ou conventions pour fixer le prix d'exercice d'un droit de préemption, réduire les délais d'exercice des droits de préemptions moyennant un escompte, et écarter l'application des clauses d'agrément applicables aux associés'*[3]. Il peut même, pour autant que les bénéficiaires aient été appelés à la cause, se prononcer sur la licéité de toute convention restreignant la cessibilité des parts ou actions dans le chef du défendeur.

En pratique, le juge fait appel à un expert pour l'évaluation des titres[4] à charge pour la partie à laquelle les justes motifs sont imputables d'en supporter le coût[5].

1. L'exclusion est totale: elle vise tous les titres détenus par l'actionnaire exclu. Elle ne pourrait porter sur une partie seulement des titres détenus par l'actionnaire. On notera toutefois que les obligations ordinaires ne sont pas visées par le législateur (J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 324).
2. Selon la Cour de Gand, l'exclusion s'étendrait même à une option d'achat sur des actions consenties aux termes d'une convention d'actionnaires, à défaut de quoi l'actionnaire exclu conserverait son droit à l'exercice de l'option et donc la possibilité de redevenir, à terme, actionnaire de la société, réduisant ainsi à néant les effets de l'exclusion (Gand, 4 février 2008, *NJW*, n° 192, 3 décembre 2008, note S. DE GEYTER).
3. Ainsi, le juge n'est pas lié par la méthode d'évaluation convenue contractuellement préalablement à la naissance du conflit (Prés. Comm. Louvain, 2 mai 2007, *R.A.G.B.*, 2009/2, p. 130).
4. Art. 962 C. jud.
5. Anvers, 8 janvier 2009, *T.R.V.*, 2011, p. 44.

Après avoir fait couler beaucoup d'encre[1], la question de savoir à quel moment il convient de se placer pour apprécier la valeur des titres cédés et donc leur prix de vente est aujourd'hui tranchée: selon les principes du droit commun, c'est à la date du transfert ordonné par le juge qu'il convient de déterminer la valeur des titres[2].

Ce n'est donc pas au moment de l'introduction de la demande en justice qu'il faut se placer[3], ni au jour où la partie cessionnaire a repris la direction effective de la société sans que s'y immisce davantage l'actionnaire exclu ou sortant[4]. En outre, il n'y a pas lieu de prendre en considération des faits qui seraient survenus après le jugement statuant sur le transfert de propriété, c'est-à-dire en cours d'expertise lorsque le juge a désigné, dans le cadre de sa décision, un expert chargé de fixer le prix de la cession[5].

Le prix fixé par le juge lie les demandeurs et défendeurs, quel que soit son montant. Le juge ne pourrait toutefois pas, statuant 'comme en référé', condamner l'exclu au paiement de dommages et intérêts[6]. Les demandeurs sont solidairement tenus au paiement du prix (art. 640, al. 4, C. soc.).

L'article 640, alinéa 2, précise que, si les titres sont nominatifs, la décision judiciaire tient lieu de titre pour la réalisation des formalités liées à la cession. S'agissant de titres au porteur, le juge pourrait assortir sa décision d'une astreinte en vue d'obliger l'associé exclu à délivrer ses titres[7].

La reprise des titres de l'associé exclu *'s'effectue, le cas échéant, après l'exercice des éventuels droits de préemption visés par le jugement, au prorata du nombre d'actions et parts détenues par chacun, à moins qu'il n'en ait été convenu autrement'* (art. 640, al. 3, C. soc.).

1. Voy. entre autres E. JANSSENS, 'Recente evoluties inzake het tijdstip waarop de waarde van aandelen n.a.v. de uitsluiting of uittreding van een aandeelhouder moet worden bepaald', *T.R.V.*, 2004, p. 388; A. COIBION, 'Du détournement de procédure en matière de retrait forcé – La tentation de donner un caractère indemnitaire à l'article 642 du Code des sociétés', note sous Bruxelles, 13 mai 2004, *R.D.C.*, 2005, p. 412; E. POTTIER et A. COIBION, 'La date à laquelle le juge doit se placer pour apprécier la valeur des actions faisant l'objet de la procédure – 'balle au centre!'', note sous Cass., 30 octobre 2003, *J.D.S.C.*, 2005, p. 337.
2. Cass., 9 décembre 2010, *R.D.C.*, 2011, p. 259; dans le même sens Bruxelles, 8 mai 2008, *R.D.C.*, 2012, p. 30; Gand, 19 février 2007, *T.R.V.*, 2007, p. 282; Gand, 11 septembre 2006, *T.R.V.*, 2007, p. 284, note J. VANANROYE; Comm. Hasselt, 20 octobre 2000, *T.R.V.*, 2001, p. 398, note E. JANSSENS.
3. Bruxelles, 20 avril 1999, *T.R.V.*, 1999, p. 431.
4. Gand, 17 mars 2003, *T.R.V.*, 2004, p. 367; Prés. Comm. Tongres, 4 octobre 2005, *R.A.G.B.*, 2009/2, p. 126.
5. Cass., 9 décembre 2010, *R.D.C.*, 2011, p. 259.
6. Voir *supra*, n° 1525 et note infrapaginale n° 5.
7. I. CORBISIER, 'La société et ses associés', *Droits des sociétés: les lois des 7 et 13 avril 1995*, Bruxelles, Louvain-la-Neuve, Bruylant, Academia, 1995, n° 27.8.

Last but not least, la décision du juge est exécutoire par provision nonobstant opposition ou appel (art. 640, al. 4). Si la décision est exécutée et qu'un recours est introduit, ceux à qui les actions ont été transférées verront celles-ci 'gelées' conformément à l'article 638 C. soc. (art. 640, al. 4, *in fine*).

§ 6. Un cas particulier: le transfert du droit de vote

1527. L'article 641 C. soc. s'inspire du droit néerlandais et règle d'une manière similaire à l'exclusion le cas où le titulaire de certains droits sur les actions ou parts n'exerce pas le droit de vote (en raison d'un usufruit, d'un mandat, d'une indivision,...) mais que celui qui exerce ce droit de vote compromet, par son comportement, l'intérêt de la société: s'il existe de justes motifs, le droit de votre sera transféré par le juge au titulaire de l'action ou de la part.

Cette cession du droit de vote ne donne lieu à aucun paiement au profit du titulaire évincé et reste sans effet sur le démembrement de propriété[1].

§ 7. Publication de la décision judiciaire

1528. Un extrait de la décision judiciaire passée en force de chose jugée ou exécutoire par provision prononçant une cession en vertu de l'article 640 C. soc. est déposé au greffe du tribunal de commerce dans le ressort territorial duquel la société a son siège social (art. 644 C. soc.). Cet extrait est publié aux annexes du *Moniteur belge*.

Sous-section 3
Rachat forcé ou retrait (art. 642 et 643 C. soc.)

§ 1. Sociétes visées

1529. Il s'agit des mêmes sociétés que pour la procédure d'exclusion: SPRL et SA n'ayant pas fait ou ne faisant pas publiquement appel à l'épargne et commandites par actions (art.635 C. soc.).

1. J.-M. Gollier et P. Malherbe, 'Les sociétés commerciales. Des lois coordonées au Code des sociétés', *in Les dossiers du Journal des Tribunaux*, Bruxelles, Larcier, 2002, n° 150.

§ 2. Titulaires de l'action

1530. L'action en justice peut être intentée par tout associé. Aucun seuil n'est ici exigé: cette disposition vise davantage à protéger l'associé plutôt que la société[1].

§ 3. Causes du rachat forcé

1531. Ici aussi, le législateur fait référence à la notion de 'justes motifs' et à l'interprétation qu'en a déjà donné la jurisprudence dans le cadre de l'article 45 C. soc.[2 3].

Toutefois, la loi exige ici que l'actionnaire condamné à acquérir les titres du demandeur soit *'à l'origine de ces justes motifs'* (art. 642, al. 1er, C. soc.). Il faut donc établir un lien de causalité entre le juste motif invoqué et le comportement de cet actionnaire.

La doctrine et la jurisprudence considèrent que la notion de justes motifs s'apprécie différemment selon que l'action est basée sur les articles 636 ou 642 C. soc.: *'Alors que la cession forcée vise, par l'exclusion d'un associé, la protection de l'intérêt social, la faculté offerte à un associé de sortir de la société par la reprise forcée de ses titres, est au premier chef inspirée par la défense des intérêts de l'associé concerné, et en ordre subsidiaire seulement par l'intérêt social...' 'L'accent doit donc être mis sur l'intérêt social pour l'application de l'article 190ter* [lire 636] *et sur l'intérêt des associés pour la mise en œuvre de l'article 190quater* [lire 642], *mais le juge devra tenir compte de l'un et de l'autre'*[4].

La Cour de cassation précise encore que les justes motifs *'doivent être d'une telle nature qu'il ne peut être raisonnablement souhaité que l'associé qui demande la reprise reste associé. Cette condition n'implique pas nécessairement l'existence d'un comportement fautif ou illicite spécifiquement imputable à l'associé cité en reprise des parts et auquel le cédant est étranger'*[5].

1. *Doc. parl.*, Sén., 1993-1994, n° 1086-2, p. 440.
2. *Doc. parl.*, Sén., 1993-1994, n° 1086-2, p. 441.
3. Les travaux préparatoires citent le cas de l'absence de distribution de dividendes alors que les bénéfices non distribués sont largement supérieurs aux besoins d'investissement de la société ou à la couverture d'un risque de détérioration de la conjoncture (*Doc. parl.*, Ch., 1993-1994, n° 1005-19, p. 70); l'absence de distribution de dividendes, révélatrice de ce que les actionnaires majoritaires gèrent la société exclusivement dans leur intérêt en méconnaissance des droits et des intérêts des actionnaires minoritaires est fréquemment retenue par la jurisprudence comme une cause valable de retrait: Prés. Comm. Bruxelles, 8 mai 2007, *R.A.G.B.*, 2009/2, p. 85.
4. Prés. Comm. Charleroi, 5 février 1998, R.G., n° 97/03007, *inédit*; dans le même sens, Prés. Comm. Bruxelles, 8 mai 2007, *R.A.G.B.*, 2009/2, p. 85.
5. Cass., 16 mars 2009, *J.D.S.C.*, 2010, p. 241, note E. Pottier et A. Coibion.

Il n'est pas non plus nécessaire que le fonctionnement de la société soit paralysé voire même affecté par le conflit[1].

Ainsi, à titre d'exemple, il y a juste motif si, dans une société comptant trois actionnaires, dont chacun est propriétaire d'un tiers des actions, deux actionnaires conspirent contre le troisième, rompant ainsi l'équilibre dans le rapport des actions[2].

De même, l'absence de réponse à des questions précises concernant des irrégularités dans la gestion de la société, ainsi que la révocation du demandeur de son mandat d'administrateur dès l'introduction de l'instance, rendent impossible toute collaboration future et justifient le rachat forcé[3]. Il en va de même du fait d'avoir systématiquement refusé l'accès à l'assemblée générale à un actionnaire[4].

Lorsqu'un associé fait entrer dans la société un nouvel associé avec comme objectif, de devenir, à terme, associés à parts égales mais tergiverse ensuite pour lui céder ses parts, l'associé minoritaire est en droit d'exiger son retrait[5].

La constitution par certains actionnaires d'une nouvelle entité pour y développer des activités concurrentes, sans avoir permis à certains autres actionnaires de se joindre au projet constitue pour ces derniers un motif de retrait valable[6].

Certaines décisions rappellent le caractère ultime de l'action en retrait qui ne paraît justifiée que pour autant que le demandeur ne disposait pas d'autres moyens légaux de préserver ses droits. Selon la Cour d'appel de Bruxelles, le seul licenciement de son mandat d'administratrice est un motif insuffisant alors que la demanderesse disposait d'une méthode moins rigoureuse que la demande de reprise forcée car elle aurait pu demander l'annulation des assemblées générales irrégulièrement convoquées selon elle[7].

D'autres décisions enfin refusent la demande en retrait lorsque le demandeur est lui-même à l'origine des justes motifs[8].

1. Prés. Comm. Liège, 23 septembre 1999, *D.A.O.R.*, 2000, p. 101.
2. Prés. Comm. Turnhout, 22 novembre 1996, *V & F*, 1997, p. 50.
3. Prés. Comm. Dendermonde, 19 mars 1997, *T.R.V.*, 1997, p. 153.
4. Prés. Comm. Hasselt, 2 février 2001, *T.R.V.*, 2001, p. 393, note E. JANSSENS.
5. Prés. Comm. Tongres, 15 avril 1997, *T.R.V.*, 1997, p. 225; voir aussi Bruxelles, 15 juin [illegible], *D.A.O.R.*, 2001, p. 78.
6. Prés. Comm. Bruges, 13 juin 2001, *D.A.O.R.*, 2001, p. 280.
7. Bruxelles, 11 octobre 2005, *J.D.S.C.*, 2007, p. 213.
8. E. POTTIER et A. COIBION, note sous Cass. 16 mars 2009, *JDSC*, 2010, p. 244; voy. aussi [illegible] 15 juin 2000, *D.A.O.R.*, 2001, p. 78 où la cour estima que la situation dont se plaignait [illegible] demandeur en retrait, résultait de son propre choix.

§ 4. PROCÉDURE

1532. La procédure est calquée sur celle de l'exclusion: l'article 642, alinéa 2, C. soc. dispose que les articles 637, 638, alinéa 2, et 639, alinéa 2, sont applicables. L'article 639, alinéa 1er, est applicable par analogie au demandeur.

§ 5. EFFETS DE L'ACTION

1533. L'action a pour but de contraindre l'associé à l'origine des 'justes motifs' à racheter tous les titres (actions, parts, obligations convertibles, droits de souscription) détenus par l'associé qui s'estime lésé.

Le juge dispose des mêmes pouvoirs souverains quant à la détermination du prix qu'en matière d'exclusion.

La décision du juge est également exécutoire par provision, nonobstant opposition ou appel. Elle doit être publiée comme en matière de cession forcée.

Sous-section 4
Autres procédures

1534. L'instauration par le titre VI du Code des sociétés d'une procédure légale d'exclusion et de retrait permet-elle de prévoir d'autres procédures conventionnelles de règlement des conflits entre actionnaires?

Le texte originaire de l'article 636 C. soc. (anciennement art. 190*ter* L.C.S.C.) prévoyait en effet que *'les actions intentées en vertu du présent article ne sont pas recevables si les statuts ou une convention conclue entre les associés prévoient une procédure pour le règlement des litiges entre associés, à moins que cette procédure s'avère inopérante'.*

Sous l'influence de T. TILQUIN[1], le législateur supprima ce paragraphe jugé inutile. Les travaux préparatoires montrent toutefois que le législateur n'a pas voulu de ce fait, exclure ces mécanismes conventionnels[2]:

'Cet article est susceptible de viser de multiples hypothèses:

[illegible] est tout d'abord guère opportun de viser l'arbitrage parmi les 'procédures [illegible] le règlement des litiges entre associés' qui soit susceptible de 's'avérer

1. [illegible] Exclusion, retrait, reprise et dissolution dans le projet n° 1005', *Rev. prat. soc.*, 1994, [illegible] 28.
2. [illegible] Sén., 1993-1994, n° 1086-2, p. 430.

inopérante'. Soit la clause d'arbitrage entre associés n'est pas valablement conclue. En ce cas, les tribunaux sont compétents. Soit cette clause peut sortir ses effets. Il n'y a toutefois pas de cas où la procédure 's'avère inopérante'. Les règles spécifiques de recours en matière d'arbitrage s'appliquent dans les cas prévus par le Code judiciaire.

- *Certains mécanismes organisent, explicitement ou implicitement, l'exclusion ou le retrait. Le juge peut toutefois décider de l'adéquation du mécanisme légal au regard des procédures mises en place par les parties.*

- *D'autres procédures de résolution des conflits n'impliquent pas une exclusion ou un retrait, mais servent à résoudre un différend ponctuel entre les actionnaires ou associés. Tel est le cas du 'bindend advies' ou de l'action charnière' ('wipaandeel'). Le problème envisagé dans le cadre des articles 190ter et 190quater des lois coordonnées sur les sociétés commerciales est différent puisqu'il implique que le stade de ce type de solution soit dépassé, mais, à nouveau, le juge décidera de son rôle au regard de ces procédures.*

Il est donc approprié de tenir compte des mécanismes sociétaires de règlement des litiges, mais ce doit essentiellement être pour déterminer le caractère irrémédiable d'une situation de fait ou le défaut d'intérêt, voire l'abus de droit, du demandeur.'

Rien n'interdit ainsi les statuts de prévoir des mécanismes alternatifs de règlement des conflits et notamment des clauses statutaires d'exclusion[1].

Ce n'est que si l'acuité du conflit s'oppose à ce que celles-ci sortent leurs effets que le juge se saisira de l'affaire[2].

1. La doctrine et la jurisprudence française sont acquises à la validité de ces clauses, dès lors que celles-ci prévoient des motifs d'exclusion identiques pour tous, une procédure respectueuse des droits de la défense et du principe du contradictoire et enfin l'obligation de racheter les titres de l'actionnaire exclu à un juste prix (voir Y. GUYON, *Traité des contrats. Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, L.G.D.J., 1993, p. 148, n° 99; B. CAILLAUD, *L'exclusion d'un associé dans les sociétés*, Paris, 1966; I. KRIMMER, 'La clause de rachat', *J.C.P.*, 1993, éd. E., I, 223; LE NABASQUE, DUNANT et ELSEN, 'Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires', *Droit des Sociétés*, Actes pratiques, octobre 1992; D. MARTIN, 'L'exclusion d'un actionnaire', *R.J.C.*, n° spéc., novembre 1990, p. 106) ainsi que la doctrine belge (P.-A. FORIERS, 'Les situations de blocage dans les sociétés anonymes', *R.D.C.*, 1992, pp. 466 à 492, *op. cit.*; J. KIRKPATRICK et B. GLANSDORFF, 'Les statuts d'une société de personne peuvent-ils conférer à la majorité des associés le pouvoir de dissuader la société avant le terme convenu ou exclure un associé?', note sous Cass. 11 mars 1966, *R.C.J.B.*, 196, pp. 219-220; T. TILQUIN, 'Les conflits dans la société anonyme et l'exclusion d'un associé', *Rev. prat. soc.*, 1991).
2. I. CORBISIER, 'La société et ses associés', *Droit des sociétés: les lois des 7 et 13 avril 1995*, Bruxelles, Louvain-la-Neuve, Bruylant Academia, 1995, n° 27.6. Sous réserve, toutefois, de respecter les seuils impératifs fixés par l'article 636 C. soc. (*supra*, n° 1523).

Section 2
Offre de reprise

1535. L'article 513 C. soc., permet à l'actionnaire qui détient la quasi-totalité des titres d'une société anonyme d'en acquérir le reliquat. Elle fut introduite dans notre droit par la loi du 13 avril 1995.

Cette procédure qualifiée parfois de 'squeeze-out' et qui aboutit dans une certaine mesure à une expropriation permet de répondre au souci des sociétés dans lesquelles subsistent des participations représentées par des titres au porteur dont personne ne sait qui les détient. Tantôt les titres en question ont effectivement disparu matériellement (incendie, perte), tantôt ils sont à ce point dispersés entre différents héritiers que plus personne ne prend la peine de venir à l'assemblée générale[1]. Cette disparition ou dispersion d'un nombre infime de titres entraîne toutes sortes de frais et de formalités que la société doit observer (convocations aux assemblées générales, information des actionnaires,...) alors que cela ne se justifie plus compte tenu de la structure de l'actionnariat.

La procédure mise en place par l'article 513 C. soc. permet de procéder à un 'nettoyage' de l'actionnariat en lançant une offre de reprise sur les titres encore en circulation. La disparition définitive des titres au porteur au 1er janvier 2014 pourrait certes réduire l'intérêt de la cession forcée dans les sociétés n'ayant pas fait ou ne faisant pas publiquement appel à l'épargne, sauf pour les rares d'entre elles qui auraient émis des titres dématérialisés. N'oublions pas qu'elle permet également la cession forcée des titres détenus par des actionnaires minoritaires en nom lorsque l'actionnaire majoritaire souhaite d'assurer, pour des raisons diverses, un contrôle absolu de la structure sociale.

Sous-section 1
Sociétés visées

1536. La procédure s'applique à toutes les sociétés anonymes peu importe qu'elles fassent ou aient fait ou non appel public à l'épargne[2].

Les statuts ne pourraient supprimer la faculté de recourir à cet article 513[3].

1. *Doc. parl.*, Sén., 1993-1994, n° 1086-2, p. 442.
2. Par application de l'article 657 C. soc, cette disposition est également applicable aux sociétés en commandite par actions (*Doc. parl.*, Ch., 1997-1998, n° 1415/5, p. 6).
3. J.-M. GOLLIER et P. MALHERBE, 'La reprise des titres des minoritaires', *Rev. prat. soc.*, 1995, p. 169, n° 12.

Il y a lieu de distinguer la procédure selon que l'offre de reprise porte sur une société anonyme ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne et les autres.

Pour les premières, la procédure est décrite à l'article 513, § 1er, C. soc. tel que modifié par la loi du 1er avril 2007[1]. L'examen de ce régime excède le champ de ce chapitre[2]. Aussi, les développements qui suivent traitent exclusivement de la procédure de cession forcée dans les sociétés ne faisant pas ou n'ayant pas fait appel public à l'épargne tel que décrite à l'article 513, § 2, C. soc. et aux articles 209 à 219 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du code des sociétés.

Sous-section 2
Titulaires de l'offre de reprise

1537. Toute personne physique ou morale, qui, agissant seule ou de concert, détient 95 % des titres conférant le droit de vote d'une société anonyme, peut faire une offre de reprise (art. 513, § 2, al. 1er, C. soc.).

L'article 209 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 précise que la notion 'de concert' suppose un accord entre actionnaires ayant pour objet ou pour effet l'adoption par ces derniers d'un comportement parallèle en ce qui concerne l'acquisition ou la cession de titres de la société visée, de l'offrant ou de la société dont les titres sont offerts en contrepartie.

Conformément à l'article 210 de l'arrêté royal, le calcul du seuil de 95 % doit se faire en fonction du nombre de titres émis conférant le droit de vote[3]. On ne tiendra pas compte d'éventuelles limitations de la puissance votale ni des majorités spéciales organisées par le recours à des catégories ou autrement[4].

1. J.-L. DUPLAT, 'Le 'squeeze-out' et le 'sell-out' après la loi du 1er avril 2007 sur les offres publiques d'acquisition', in *La réforme de la règlementation sur les offres publiques d'acquisition*, Kluwer, 20007, pp. 250 à 259.
2. Nous renvoyons aux études récentes sur le sujet dont P.-A. FORIERS et crts, *Les offres publiques d'acquisition – Le nouveau régime*, Journal des Tribunaux, De Boeck, 2008, pp. 181 à 227 et M. FYON, 'Les arrêts de la Cour de cassation du 27 juin 2011 ou un premier essai de clarification quant au rôle de la CBFA en matière de fixation du prix d'une offre publique de reprise', *D.B.F.*, 2012, pp. 30 à 45.
3. Les actions sans droit de vote, les titres convertibles ou donnant droit à l'acquisition de titres conférant le droit de vote n'entrent pas en ligne de compte dans ce calcul (J.-M. GOLLIER et P. MALHERBE, 'Les sociétés commerciales. Des lois coordonnées au Code des sociétés', *in Les dossiers du Journal des Tribunaux*, Bruxelles, Larcier, 2002, n° 160).
4. J.-M. GOLLIER et P. MALHERBE, *ibid.*, p. 168, n° 11.

Sous-section 3
Titres visés par l'offre

1538. L'offre de reprise porte sur les titres conférant le droit de vote (art. 513, § 2, al. 1er, C. soc.). Cette précision fut apportée dans le texte par une loi du 16 juin 1998 avec '*pour but de préciser que l'offre de rachat porte sur la totalité des titres conférant le droit de vote et non pas, comme l'a soutenu une partie de la doctrine, sur des simples obligations*'[1]. En levant cette ambiguïté, le législateur en a cependant créé une nouvelle: les actions sans droit de vote sont-elles visées par l'offre de reprise, dans la mesure où la loi leur fait recouvrer le droit de vote en certaines circonstances[2]? Une interprétation littérale du texte de la loi impose une réponse négative sauf à dénier la valeur de la distinction entre actions assorties du droit de vote et celles qui ne le sont pas, portée par l'article 476 C. soc.

L'offre de reprise doit porter sur tous les titres conférant le droit de vote. Elle ne pourrait pas porter sur certaines catégories de ceux-ci seulement[3].

Sous-section 4
Procédure

1539. Le caractère contraignant de l'offre de reprise est moins strict dans le régime applicable aux sociétés fermées que dans celui applicable aux sociétés ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne.

La loi permet au propriétaire des titres auxquels l'offre se rapporte de se manifester et de déclarer expressément qu'il veut conserver ses titres. Cette déclaration doit se faire *par écrit* (art. 513, § 2, al. 2, C. soc.). Dans ce cas, il conserve ses titres mais ceux-ci sont convertis de plein droit en titres nominatifs.

Cette modification poursuit un double objectif[4]:

- permettre à la personne qui fait l'offre de connaître l'identité des personnes qui restent actionnaires de la société;
- réduire les frais administratifs, notamment pour la convocation d'assemblées générales ultérieures.

1. *Doc. parl.*, Ch., 1997-1998, n° 1415/3, p. 1.
2. Voir *supra*, n° 803.
3. *Idem.*
4. *Doc. parl.*, Ch., 1997-1998, n° 1415/1, p. 2.

Si, par contre, le propriétaire des titres accepte l'offre de reprise ou ne se manifeste pas par écrit pour s'opposer à celle-ci, ses titres seront transférés de plein droit à l'offrant avec consignation du prix (art. 219 A.R. d'exécution du 30 janvier 2001).

Les titres non présentés sont convertis de plein droit en titres nominatifs, moyennant l'intervention du conseil d'administration qui les inscrit dans le registre des actions nominatives (art. 513, § 2, al. 2, C. soc.).

1540. L'offre fait l'objet d'un rapport écrit circonstancié qui doit contenir tous les renseignements nécessaires pour que les propriétaires de titres de la société visée puissent porter un jugement fondé sur l'opération (art. 212, § 2, A.R. du 30 janvier 2001). L'offrant y détermine le prix de l'offre compte tenu des intérêts des propriétaires de titres (art. 212, § 1er, de l'arrêté).

A ce rapport doit être joint un rapport établi par un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable et un avis du conseil d'administration de la société visée. Dans le premier, le réviseur ou l'expert se prononce sur la pertinence de la ou des méthodes d'évaluation utilisées par l'offrant pour évaluer la société et justifier le prix et indique s'il estime que le prix sauvegarde, ou non, les intérêts des propriétaires de titres. Dans le second, le conseil d'administration (i) confirme que le rapport de l'offrant ne présente pas de lacune ou ne contient pas d'information susceptible d'induire en erreur les titulaires de titres sur laquelle porte l'offre, (ii) apprécie la pertinence du rapport du réviseur ou de l'expert-comptable et (iii) indique s'il estime que le prix permet ou non de sauvegarder les intérêts des porteurs de titres visés par l'offre (art. 213 de l'arrêté).

L'arrêté royal d'exécution du 30 janvier 2001 prévoit que lorsque *tous* les titres sont au nominatif, le rapport de l'offrant et ses annexes sont communiqués aux destinataires de l'offre par lettres recommandées (art. 214, al. 2, de l'arrêté). S'il existe des titres dématérialisés, un avis indiquant où les propriétaires de titres peuvent se procurer ces rapports doit être publié deux fois, à huit jour d'intervalle au moins, dans un organe de presse de diffusion nationale et dans un organe de presse de la région où la société a son siège social (art. 214, al. 1er, de l'arrêté). Contrairement à ce qui est prévu en matière de convocation aux assemblées générales, le texte réglementaire ne prévoit pas, dans cette hypothèse, l'envoi de lettre, fut-ce missive, aux actionnaires en nom, la seule publication paraissant suffisante pour répondre aux formalités imposées.

A partir de ce moment, l'offre de reprise ne peut en principe plus être modifiée (art. 218 de l'arrêté) et l'offrant doit s'engager à mener l'offre à son terme tout en ayant consigné les fonds nécessaires à la reprise auprès d'un établissement de crédit ou en s'étant procuré un crédit irrévocable et inconditionnel permettant d'assurer le paiement du prix d'achat des titres dont la reprise est envisagée (art. 211 de l'arrêté).

1541. Les propriétaires de titres qui font l'objet de l'offre disposent d'un délai de trente jours à dater de la publication du second avis ou de l'envoi des lettres recommandées évoquées ci-avant pour faire part, par écrit, de leurs griefs par rapport à l'offre et plus particulièrement à l'encontre de l'évaluation des titres ou du prix proposé (art. 215 de l'arrêté).

Dans ce cas, l'offrant peut soit maintenir son offre initiale, soit la modifier dans un sens plus favorable aux propriétaires de titres (art. 216, al. 1er). Sa décision doit être communiquée dans un délai de quinze jours suivant l'expiration du délai de trente jours offert aux destinataires de l'offre, par un avis publié selon les mêmes formes que celles imposées par l'article 214 de l'arrêté ou par l'envoi de lettres recommandées lorsque tous les propriétaires de titres sont identifiés (art. 216, al. 2 et 3 de l'arrêté).

A défaut de réaction des destinataires de l'offre dans le délai de trente jours prévus pour faire valoir leurs griefs, ou alternativement à l'expiration d'une période minimale de 10 jours et de maximum 20 jours suite à la publication faite conformément à l'article 216 de l'arrêté, les titres faisant l'objet de l'offre seront transférés de plein droit à l'offrant, à l'exception de ceux dont les propriétaires de titres auraient expressément fait savoir à l'offrant, par écrit, qu'ils refusaient de s'en défaire (art. 219 de l'arrêté).

L'article 513, § 4, C. soc. prévoit que '*l'extrait de la décision judiciaire passée en force de chose jugée ou exécutoire par provision se prononçant sur les conditions d'une cession forcée, est déposée et publiée conformément à l'article 75 C. soc.*'. Or, la cession ou reprise forcée ne s'accompagne d'aucune procédure en justice qui validerait l'opération de telle sorte que cette disposition est actuellement sans objet.