

La nullité en droit des sociétés

par Henri CULOT

*Professeur à l'Université catholique de Louvain
Professeur invité à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Avocat au barreau de Bruxelles*

et Gabriela DE PIERPONT

*Assistante à l'Université catholique de Louvain
Chercheuse associée à l'Université Saint-Louis – Bruxelles*

Introduction

1. Depuis plusieurs décennies, les particularités du droit des sociétés ont justifié le développement de règles dérogeant aux principes du droit commun des contrats, notamment dans le domaine des nullités. Un premier objectif de cette contribution est d'exposer ces règles, pour que le lecteur puisse les confronter à celles qui régissent la nullité dans d'autres domaines.

Par ailleurs, sous l'impulsion du ministre de la Justice, le droit des personnes morales fait actuellement l'objet d'un projet de réforme d'envergure. Il s'agirait de rien moins que la rédaction d'un nouveau Code, qui remodelerait le droit des sociétés et des associations, selon des principes qui ont été discutés par les membres du Centre belge du droit des sociétés¹, regroupant la plupart des professeurs du Royaume dans cette matière. Ce projet envisage plusieurs modifications au régime des nullités, qui sont également examinées ci-dessous.

2. Cette contribution débute par une présentation du cadre général qui explique le régime actuel des nullités en droit des sociétés (chapitre 1). Elle se poursuit par une description des éléments de la réforme en projet (dans la mesure où ils sont connus à ce jour), non sans avoir préalablement rappelé l'état du droit actuel sur les points considérés (chapitre 2).

¹ CENTRE BELGE DU DROIT DES SOCIÉTÉS, <http://www.bcv-cds.be/indexfr.html>.

Chapitre 1

Cadre général des nullités en droit des sociétés

Section 1

Aux origines, le droit des contrats

3. Une lente évolution. Comme la dérive des continents, une lente évolution a éloigné le droit des sociétés du droit civil, au point qu'il s'agit maintenant de deux branches du droit séparées, fonctionnant selon une logique et des concepts distincts.

Pourtant, le vide laissé par le Code des sociétés dans le Code civil, entre le bail à cheptel et le commodat, doit nous rappeler que la société était jadis un de ces contrats régis par le Livre III du Code civil et, donc, soumis aux dispositions applicables aux obligations contractuelles en général, dont celles concernant les nullités².

Le contrat de société devait, à peine de nullité, respecter les conditions applicables à tous les contrats (consentement, capacité, objet et cause), ainsi que les règles spécifiques au contrat de société, dont la participation aux bénéfices et aux pertes, source de l'interdiction des clauses léonines désormais visées notamment à l'article 32 du Code des sociétés.

Ces règles s'appliquent toujours à plusieurs des formes sociales prévues par le Code des sociétés, et en particulier aux sociétés dites « de personnes », qui sont restées plus proches de leurs origines contractuelles que leurs sœurs « institutionnelles », au premier rang desquelles se dresse la société anonyme.

Ainsi, la société de droit commun, la société momentanée et la société interne, qui ne sont pas dotées de la personnalité juridique, sont-elles toujours soumises au droit commun des contrats en ce qui concerne les règles de nullité³.

² Cela doit cependant être en partie nuancé, si l'on se souvient que les sociétés commerciales sont, depuis longtemps, soumises aux règles et usages commerciaux (K. GEENS et M. WYCKAERT, *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht IV, Verenigingen en vennootschappen*, Deel II « De Vennootschap », A. « Algemeen Deel », Malines, Kluwer, 2011, pp. 38-39).

³ F. MAGNUS, *La société de droit commun*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 70 et s.; Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, J. MALHERBE et Ph. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis – Droit européen. Droit belge*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, n° 634, pp. 375-376.

Section 2

Personnalité morale et harmonisation européenne

4. Personnalité morale. La société s'est éloignée du contrat lorsqu'elle a pu acquérir la personnalité juridique. Au fil du temps, l'attribution de la personnalité juridique aux sociétés commerciales s'est généralisée, notamment parce qu'un acte individuel de l'autorité n'a plus été requis afin de l'obtenir, de sorte qu'il suffisait de respecter les conditions fixées par une règle générale et abstraite. Ensuite, le phénomène sociétaire lui-même s'est amplifié : l'énorme majorité des commerçants étaient autrefois des personnes physiques, alors qu'aujourd'hui, l'exercice d'une activité économique en dehors d'une personne morale paraît étonnant, voire dangereux, et devient marginal.

5. Cette évolution a eu deux conséquences sur les nullités.

D'une part, le fait qu'une personne juridique puisse, en tant que telle, être annulée et, par voie de conséquence – si l'on suit la théorie classique des nullités, avec son effet rétroactif – que tous les actes qu'elle a posés pendant son existence puissent être nuls également, créait des difficultés manifestes pour les tiers. Le problème n'était pas inédit dans son principe : il découle de l'effet rétroactif de la nullité et se pose de la même manière pour les nullités contractuelles simples. Mais le nombre d'opérations potentiellement annulables, dans des domaines économiques où les enjeux sont souvent importants, appelait des efforts particuliers en vue de la protection des tiers.

D'autre part, avec la personnalité morale est arrivée la distinction entre les associés, la société elle-même et les organes de celle-ci. La question des nullités en droit des sociétés est donc devenue une question où l'on distingue (au moins) trois dimensions, tant sur le plan des causes que sur celui des effets : la nullité de la société, la nullité des engagements des associés et la nullité des décisions des organes sociaux. Cette situation contraste avec celle qui prévalait auparavant, où les nullités se résumaient finalement à des nullités contractuelles, qu'il s'agisse du contrat de société ou de contrats conclus entre les associés et un tiers dans le cadre de la réalisation de l'objet social.

6. Harmonisation. L'harmonisation du droit européen des sociétés, entamée dès les années 1960, a pris ces questions à bras-le-corps. Les principes ont été fixés dans la première directive d'harmonisation du droit des sociétés⁴

⁴ Première directive 68/151/CEE du Conseil du 9 mars 1968 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58, alinéa 2, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, J.O., L 65 du 14 mars 1968, pp. 8-12, aujourd'hui remplacée par la directive 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés

et ont été transposés dans les lois coordonnées sur les sociétés commerciales, devenues par la suite le Code des sociétés. La Première directive n'est formellement applicable qu'aux sociétés anonymes, aux sociétés en commandite par actions et aux sociétés privées à responsabilité limitée⁵. Pourtant, le législateur belge a appliqué certains des principes provenant de la directive à d'autres types de sociétés personnifiées, voire à toutes les sociétés dotées de la personnalité juridique.

Section 3

Régime actuel des nullités en droit des sociétés belge

7. Nous exposons d'abord les règles applicables aux sociétés anonymes et aux sociétés privées à responsabilité limitée, c'est-à-dire le système découlant des principes fixés dans la Première directive. Ensuite, nous parcourons les règles régissant les autres formes de sociétés.

§ 1^{er}. Nullité de la société

8. **Limitation des causes de nullité.** Une manière de limiter les cas de nullité de la société est de vérifier le mieux possible, au moment de sa constitution, qu'elle respecte les conditions légales et qu'elle n'est donc, *a priori*, pas annulable. La Première directive laisse un choix quant à la méthode de contrôle, entre une vérification administrative ou judiciaire préalable à la constitution et l'obligation de rédiger l'acte constitutif et les statuts en la forme authentique⁶. La Belgique a choisi la seconde voie⁷, comptant sur la diligence des notaires pour s'assurer, notamment, de l'absence de causes de nullité.

Ensuite, la directive limite fortement les causes de nullité, en les réduisant à six cas précis qu'elle énumère⁸ : absence d'acte authentique, objet illicite ou contraire à l'ordre public⁹, absence de certaines indications dans les statuts, non-respect des dispositions en matière de libération minimale du capital, incapacité de tous les fondateurs et nombre de fondateurs inférieur à deux. La directive ajoute qu'« en dehors de ces cas de nullité, les sociétés ne sont

au sens de l'article 48, alinéa 2, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers (version codifiée), J.O., L 258 du 1^{er} octobre 2009, p. 11 (ci-après, la « Première directive » ou la « directive 2009/101/CE »).

⁵ Art. 1^{er} de la directive 2009/101/CE. La directive contient encore l'ancienne appellation de société *de personnes* à responsabilité limitée.

⁶ Art. 11 de la directive 2009/101/CE.

⁷ Art. 66, al. 2, C. soc.

⁸ Art. 12, al. 1^{er}, (b), de la directive 2009/101/CE.

⁹ On vise ici l'objet statutaire, et non l'activité effectivement exercée par la société ni les motifs qui sous-tendent sa création (C.J.C.E., 13 novembre 1990, *Marleasing*, C-106/89, *Rec.*, 1990, p. I-4135).

soumises à aucune cause d'inexistence, de nullité absolue, de nullité relative ou d'annulabilité»¹⁰.

Le Code des sociétés reprend en substance ces causes de nullité, en regroupant les deux dernières sous une seule mention (nombre d'actionnaires valablement engagés)¹¹. Les règles concernant la libération du capital sont toutefois sanctionnées par une responsabilité des fondateurs plutôt que par la nullité de la société.

9. Procédure et effets. Le caractère restrictif de la nullité se fait aussi sentir sur le plan de la procédure et des effets de la nullité. Ainsi, l'annulation d'une société doit nécessairement faire l'objet d'une décision judiciaire ou arbitrale¹², alors que l'on admet, pour les contrats¹³ et les sociétés sans personnalité juridique, qu'elle soit simplement constatée par un accord des parties¹⁴. Surtout, la nullité entraîne la liquidation de la société, c'est-à-dire les mêmes suites que la dissolution, et elle n'a pas d'effet sur la validité des droits et obligations de la société¹⁵. Ainsi, la nullité de la société n'a pas d'effet rétroactif, contrairement à son régime classique en droit commun¹⁶. C'est aussi pour cela que la société peut régulariser sa situation, moyennant l'autorisation du tribunal¹⁷.

10. Il résulte de ces règles que, sauf s'il s'agit d'un cas limitativement énuméré, l'absence d'un élément, même essentiel, constitutif de la société n'entraîne pas la nullité de celle-ci. Cela concerne principalement deux hypothèses.

D'une part, pour les sociétés auxquelles s'appliquent les règles de la Première directive, la présence d'une clause léonine dans les statuts – qui réserve tous les bénéfices à un seul associé ou qui l'exonère totalement des pertes – ne

¹⁰ Art. 12, al. 2, de la directive 2009/101/CE. Outre le texte législatif, le caractère limitatif des causes de nullité est unanimement reconnu en jurisprudence (à la suite de C.J.C.E., 13 novembre 1990, *Marleasing*, préc.) et en doctrine (entre autres, G. RAUCQ et P. HAINAUT-HAMENDE, « Les sociétés anonymes. Constitution et fonctionnement », *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 40, p. 140; Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, J. MALHERBE et Ph. MALHERBE, *op. cit.*, n° 777, p. 481; H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Anvers, Intersentia, 2012, n° 367, p. 202; T. TILQUIN et B. FANARD, « Les éléments essentiels de la société », in *Le droit des sociétés aujourd'hui : principes, évolutions et perspectives*, Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, p. 52).

¹¹ Sur les causes de nullité du Code des sociétés, Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, nos 76-79, pp. 67-69.

¹² Art. 12, al. 1^{er}, (a), de la directive 2009/101/CE et art. 172, al. 1^{er}, C. soc. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 944-945; M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 264.

¹³ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 944.

¹⁴ K. GEENS et M. WYCKAERT, *op. cit.*, p. 156 et pp. 590-591.

¹⁵ Art. 13, §§ 2 et 3, de la directive 2009/101/CE; art. 172, al. 2, et 175, al. 1^{er} et 2, C. soc. M. COIPEL, *op. cit.*, p. 264.

¹⁶ Pour une application récente, en droit administratif, de la possibilité de modérer les effets de l'annulation d'un acte illégal, voy. M. NIHOUL, « Le maintien d'effet(s) de l'acte annulé étendu aux actes administratifs individuels : entre acharnement thérapeutique et soin palliatif », *Administration publique*, 2016/3, pp. 274-303, spéc. p. 284.

¹⁷ Art. 176 C. soc. Y. DE CORDT (coord.), *op. cit.*, n° 80, pp. 69-70.

rend pas la société nulle. La clause est simplement réputée non écrite¹⁸, ce qui permet à la société de subsister, avec une répartition des bénéfices et des pertes s'effectuant alors proportionnellement aux apports¹⁹.

D'autre part, la violation de la spécialité légale, qui revient en pratique à l'absence de but de lucre, ne peut pas non plus entraîner l'annulation de la société. Certes, l'intervention du notaire à la constitution de la société rend ce cas de figure assez rare. En pratique, les statuts prévoient toujours la possibilité que la société réalise des bénéfices et qu'elle les distribue à ses associés, au plus tard dans le cadre de sa liquidation. Mais, même si les statuts étaient rédigés de telle sorte qu'aucun profit ne soit et ne puisse être distribué aux associés (comme dans une ASBL), cela n'aurait pas comme conséquence la nullité de la société.

§ 2. Nullité des engagements des associés

11. Application du droit des obligations. La Première directive ne dit rien, par contre, des conditions de validité et de nullité des engagements des associés. Le Code des sociétés ne se préoccupe que très peu de cette question, ce qui ramène en pratique à l'application du droit commun des obligations.

Ainsi, l'engagement pris en tant que fondateur d'une société ou en tant que souscripteur d'une partie du capital peut être annulé pour les raisons prévues par le Code civil, en particulier les vices de consentement ou l'incapacité²⁰.

Il existe bien certaines questions spécifiques aux nullités des engagements d'actionnaires, mais elles sont, pour ainsi dire, externes au droit des sociétés et se résolvent conformément aux principes du droit civil. Par exemple, l'annulation d'une souscription pour dol suppose que la tromperie soit commise par le cocontractant si l'on considère que la souscription est un contrat, mais elle peut émaner de n'importe qui si la souscription s'analyse comme un acte unilatéral de volonté. Il n'y a là rien d'original du point de vue du droit des obligations; il s'agit juste de déterminer la nature de la souscription, c'est-à-dire de résoudre une controverse du droit des sociétés, dont la solution diffère selon qu'on adopte de la société une conception plutôt contractuelle ou, au contraire, plus institutionnelle²¹.

¹⁸ Art. 228 et 455 C. soc. Voy. également K. GEENS et M. WYCKAERT, *op. cit.*, p. 145.

¹⁹ Art. 30, al. 1^{er}, C. soc. Voy. également K. GEENS et M. WYCKAERT, *op. cit.*, pp. 137-138.

²⁰ Voy. M. COIPEL, *op. cit.*, pp. 159-160.

²¹ Pour une synthèse des points de vue, Y. DE CORDT (coord.), *op. cit.*, nos 53-56, pp. 50-53. Aussi K. GEENS et M. WYCKAERT, *op. cit.*, pp. 106-109.

12. Ainsi, la question de la nullité des engagements des associés est indépendante de celle de la société²². Le fait qu'un associé ait été ou se soit trompé ou qu'il ne dispose pas de la capacité requise pour souscrire des actions ou parts dans la société peut entraîner l'annulation de son engagement, mais cette annulation reste, en règle, sans effet sur la validité de la société elle-même.

Les deux ordres de préoccupation se rejoignent cependant lorsque l'annulation de l'engagement d'un ou plusieurs associés a pour conséquence que la société ne compte plus le nombre minimal d'associés requis. L'une des causes de nullité de la société elle-même est alors rencontrée. Dans ce cas particulier, l'annulation de la société découle de l'annulation des engagements d'un ou plusieurs associés²³.

§ 3. Nullité des décisions de l'organe de gestion

13. Régime peu détaillé, sauf pour la protection des tiers. L'attribution de la personnalité juridique institutionnalise la société. À tout le moins, elle rend nécessaire la désignation d'organes, ayant pour fonction de prendre les décisions au nom de la société et de la représenter dans les relations avec les tiers.

L'existence d'organes suppose aussi des règles selon lesquelles ils sont nommés et révoqués, ainsi que d'autres qui leur attribuent des pouvoirs. Cette dernière question est d'autant plus sensible lorsqu'il existe plusieurs organes dans chaque société, de sorte que se posent des problèmes de répartition des pouvoirs entre les organes.

14. Le paysage en cette matière est contrasté. Le Code de sociétés ne prévoit pas de règles générales relatives à la nullité des décisions des organes de gestion. Doctrine et jurisprudence s'accordent alors pour appliquer par analogie les règles fixées pour l'assemblée générale (voy. *infra*, n^{os} 41 et s.). Il demeure que cette absence de disposition légale claire crée une forme d'insécurité juridique, notamment quant aux adaptations qui doivent ou non être admises pour tenir compte de la différence, par exemple, entre un organe délibérant (assemblée générale) et un organe collégial (conseil d'administration).

15. Trois règles limitatives. Les règles écrites en matière de nullité des décisions des organes de gestion révèlent que le souci de faire respecter les règles est tempéré par les intérêts de tiers, dans un contexte où les sociétés concluent quotidiennement de nombreux actes juridiques d'importance fort

²² M. COIPEL, *op. cit.*, p. 160.

²³ K. GEENS et M. WYCKAERT, *op. cit.*, p. 584, qui envisagent aussi le cas où l'illicéité d'un apport révélerait celle de l'objet social; M. COIPEL, *op. cit.*, p. 269.

variée, sans qu'on puisse réellement exiger des tiers (pensons aux clients et aux fournisseurs, des plus petits aux plus grands) qu'ils s'adonnent à des vérifications approfondies sur le mode de représentation de la société.

Aussi, la Première directive et le Code des sociétés ont-ils prévu trois règles limitant certains cas de nullité, afin de protéger les tiers.

16. Premièrement, toute irrégularité dans la nomination des membres des organes est inopposable aux tiers, dès l'instant où la nomination a été publiée aux *Annexes* du *Moniteur belge*, sauf à démontrer *in concreto* que le tiers était au courant de l'irrégularité²⁴. La jurisprudence exige – au moins en théorie – une connaissance effective par le tiers ou que l'irrégularité puisse être déduite de la publication elle-même, sans autre mesure d'investigation²⁵.

17. En second lieu, si la description de l'objet social limite en principe les pouvoirs des organes, tout acte posé par la société en dépassement de cet objet reste valide à l'égard des tiers, sauf si le tiers connaissait l'existence du dépassement.

Alors que la publication d'un extrait des statuts (contenant notamment une description de l'objet social) aux *Annexes* du *Moniteur belge* est imposée pour informer les tiers, la Première directive et le Code des sociétés prévoient que l'existence de cette publication ne suffit pas pour affirmer que les tiers connaissaient l'objet social, et, donc, le dépassement de celui-ci²⁶. En somme, le tiers peut s'informer en lisant les *Annexes*, mais il n'y est pas tenu.

Il s'ensuit que l'annulation d'un acte d'une société en raison du fait qu'il a été posé en dépassement de l'objet social est un phénomène rare, pour ne pas dire exceptionnel.

18. Enfin, les pouvoirs des différents organes sont définis par la loi, mais les statuts peuvent modaliser les dispositions légales, notamment en restreignant ces pouvoirs. Toutefois, si les statuts contiennent de telles restrictions, elles ne sont pas opposables aux tiers, même si elles ont été publiées²⁷.

Le tiers est ainsi, certes, supposé connaître la loi et, donc, par exemple, la manière dont la loi délimite les compétences d'un délégué à la gestion journalière²⁸. Mais il n'est pas censé être informé des règles particulières dont la

²⁴ Art. 9 de la directive 2009/101/CE et art. 77 C. soc.

²⁵ Voy. Bruxelles (8^e ch.), 16 septembre 2013, *T.R.V.*, 2014, p. 298, note C. CLOTTENS, où il est question d'un contrat conclu au nom d'une société par une personne qui, sans jamais avoir été désignée à une quelconque fonction dans la société, avait frauduleusement fait publier sa propre nomination comme administrateur délégué.

²⁶ Art. 10, § 1^{er}, de la directive 2009/101/CE; art. 258 et 526 C. soc.

²⁷ Art. 10, § 2, de la directive 2009/101/CE; art. 257, al. 2, 522, § 1^{er}, al. 2, 524bis, al. 5, et 525, al. 2, C. soc.

²⁸ L'article 525 du Code des sociétés n'apporte cependant que très peu de précisions à ce sujet, mais la jurisprudence a défini la notion (et, donc, les limites) de la gestion journalière (Cass., 26 février 2009, *R.D.C.*, 2009,

société s'est dotée en ce qui concerne les pouvoirs de ses organes et en particulier les limitations qu'elle a souhaité y apporter.

La société ne peut donc pas obtenir la nullité d'un acte posé par l'un de ses organes ayant outrepassé ses pouvoirs, sauf si ce sont les règles légales qui n'ont pas été respectées.

19. Il est un domaine que cette politique restrictive en matière de nullité n'a pas pénétré : c'est celui de la violation de la spécialité légale. Une société est constituée en vue de procurer à ses associés un bénéfice patrimonial, ce qui implique qu'en règle, ses organes ne peuvent agir que dans cet objectif. En conséquence, les actes à titre gratuit et ceux qui ne sont pas susceptibles de générer un profit pour la société sont en principe frappés de nullité (voy. *infra*, n° 34).

Ici, aucune règle particulière ne vient limiter l'annulation des actes, ce qui n'est pas surprenant si l'on considère qu'il s'agit de la spécialité *légale*, qui ne dépend pas de particularités statutaires et s'applique de la même manière à toutes les sociétés²⁹, de sorte que le cocontractant ne peut guère être surpris lorsque l'annulation de l'acte vient sanctionner le non-respect d'une règle qu'il est censé connaître.

La jurisprudence publiée recèle des applications, notamment en matière de garanties accordées à titre gratuit par une société pour sûreté des dettes d'une autre société (voy. *infra*, n° 34).

§ 4. Nullité des décisions d'assemblées générales

20. Règles limitatives, de fond et de procédure. Contrairement au cas des nullités des décisions des organes de gestion, celles des décisions de l'assemblée générale font l'objet d'une réglementation détaillée dans le Code des sociétés.

L'article 64 définit quatre cas principaux : irrégularités de forme, violation des règles de fonctionnement ou de délibération, excès et détournement de pouvoir et exercice de droits de vote suspendus. Ces différentes causes sont accompagnées de conditions supplémentaires comme, selon le cas, l'obligation de prouver que l'irrégularité a pu influencer la décision ou qu'il existait une intention frauduleuse³⁰.

p. 948, note E. POTTIER et A. BERTRAND). Cet arrêt a été critiqué par la doctrine, principalement en ce que la conception très restrictive retenue par la Cour ne correspond ni au vécu des acteurs ni aux besoins de la pratique.

²⁹ À l'exception des sociétés à finalité sociale (art. 1^{er}, al. 3, et art. 661, al. 1^{er}, 1^o, C. soc.).

³⁰ Voy. F. DE BAUW, *Les assemblées générales dans les sociétés anonymes*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 313 et s.

L'article 64 ajoute comme cinquième catégorie les autres causes de nullité prévues par les dispositions du Code. On en trouve à plusieurs endroits, notamment lorsque l'assemblée générale prend certaines décisions en l'absence d'un rapport obligatoire de l'organe de gestion³¹. Ces dispositions limitent parfois les effets de la nullité, dans l'objectif de protéger les droits des tiers. Certaines causes de nullité peuvent faire l'objet d'une régularisation³². La nullité de la fusion ou de la scission entraîne celle des sociétés nouvelles éventuellement constituées dans le cadre de l'opération³³, mais non celle des actes posés par les sociétés entre la réalisation de l'opération et la publication de la décision d'annulation³⁴.

21. La procédure de nullité est organisée³⁵ et contenue dans des délais de prescription stricts³⁶. Lorsque des tiers ont obtenu des droits acquis sur la base de la décision de l'assemblée générale, le tribunal peut déclarer que la nullité n'aura pas d'effet sur ces droits acquis et allouer au demandeur des dommages et intérêts qui répareront le dommage subi en raison de l'absence d'annulation ou de la limitation de celle-ci³⁷.

§ 5. Responsabilités

22. **Responsabilités et garanties comme palliatifs de la limitation des nullités.** Ces limitations aux possibilités d'obtenir la nullité, soit de la société, soit des actes posés par ses organes, sont contrebalancées par un renforcement des règles de responsabilité.

Un certain nombre de « vices » de la constitution de la société ne sont pas sanctionnés par sa nullité, mais entraînent une responsabilité, voire une garantie, reposant sur les fondateurs³⁸. Par exemple, si le capital n'est pas suffisamment souscrit ou libéré, la souscription ou libération manquante sera mise à la charge des fondateurs³⁹. La surévaluation des apports en nature entraîne la responsabilité des fondateurs⁴⁰, celle des quasi-apports la responsabilité des

³¹ P. ex., art. 332, al. 5, et 582, al. 4, C. soc. Voy. F. DE BAUW, *op. cit.*, pp. 321-322.

³² Art. 689, al. 2, C. soc., transposant l'article 22, § 1^{er}, d), de la Troisième directive 78/855/CEE du Conseil, du 9 octobre 1978, fondée sur l'article 54, § 3, sous g), du traité et concernant les fusions des sociétés anonymes, J.O., L 295 du 20 octobre 1978, pp. 36-43.

³³ Art. 690 C. soc.

³⁴ Art. 692 C. soc., transposant l'article 22, § 1^{er}, g), de la directive 78/855/CEE.

³⁵ Art. 178 et s. C. soc.; Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, J. MALHERBE et Ph. MALHERBE, *op. cit.*, nos 1130 et s., pp. 784-787.

³⁶ Art. 198, § 2, C. soc. F. DE BAUW, *op. cit.*, pp. 344-346.

³⁷ Art. 180 C. soc. et 688, al. 2, C. soc.

³⁸ Sur la responsabilité des fondateurs, voy. M. COIPEL, *op. cit.*, pp. 270-276.

³⁹ Art. 229, 1^{er}, 2^o et 3^o, et 456, 1^o et 2^o, C. soc. K. GEENS et M. WYCKAERT, *op. cit.*, p. 584.

⁴⁰ Art. 229, 4^o, et 456, 3^o, C. soc.; Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, J. MALHERBE et Ph. MALHERBE, *op. cit.*, n^o 749, p. 463.

administrateurs ou gérants⁴¹. Ceux qui ont agi comme mandataires alors que le mandat n'était pas valable sont, sauf ratification, personnellement obligés⁴², et les fondateurs sont solidairement tenus de ces engagements⁴³.

Les fondateurs sont en outre, d'une manière générale, responsables du préjudice qui résulte de l'annulation de la société⁴⁴.

Enfin, les articles 263 et 528 du Code des sociétés prévoient une responsabilité solidaire des membres de l'organe de gestion pour violation du Code des sociétés ou des statuts.

§ 6. Sociétés non soumises à la Première directive

23. Extension de certaines règles aux autres sociétés. Comme on l'a écrit, la Première directive n'est applicable qu'à certaines formes de sociétés, à savoir les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions et les sociétés privées à responsabilité limitée, mais ses principes ont été étendus à d'autres types de sociétés.

En particulier, les règles relatives au caractère judiciaire de la nullité de la société, à l'absence de rétroactivité (voy. *supra*, n° 9) et à l'inopposabilité aux tiers des irrégularités commises dans la nomination des organes (voy. *supra*, n° 16) s'appliquent à toutes les personnes morales.

Certaines des autres règles ont été étendues à la société coopérative à responsabilité limitée : constitution par acte authentique⁴⁵, limitation des causes de nullité⁴⁶, inopposabilité aux tiers du dépassement de l'objet social⁴⁷. Par contre, on ne retrouve pas dans les règles applicables aux SCRL de disposition rendant inopposables aux tiers les limitations aux pouvoirs des organes de gestion, ce qui se comprend dans la mesure où, à l'inverse de ce qu'il prévoit pour la SA et la SPRL, le Code ne confie pas à l'organe de gestion la plénitude des pouvoirs pour les « actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social ». Il revient donc aux statuts de répartir les compétences entre l'organe de gestion et l'assemblée générale⁴⁸.

⁴¹ Art. 230 et 458 C. soc.

⁴² Comp. avec le droit commun de l'article 1997 du Code civil. Voy. aussi P. WÉRY, « Le mandat », *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2000, nos 212-214.

⁴³ Art. 231 et 459 C. soc.

⁴⁴ Art. 229, 4°, et 456, 3°, C. soc. Si l'absence d'effet rétroactif de la nullité atténue souvent le dommage subi par les tiers, elle ne le rend pas nécessairement inexistant (Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, J. MALHERBE et Ph. MALHERBE, *op. cit.*, n° 781, pp. 483 et s.).

⁴⁵ Art. 66, al. 2, C. soc.

⁴⁶ Art. 403 C. soc.

⁴⁷ Art. 407 C. soc.

⁴⁸ Voy. Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, J. MALHERBE et Ph. MALHERBE, *op. cit.*, n° 1463, p. 1004.

24. Cela signifie que les possibilités d'obtenir une annulation (de la société ou d'une décision des organes) sont beaucoup plus larges dans les sociétés à responsabilité illimitée comme la société en nom collectif, la société en commandite simple et la société coopérative à responsabilité illimitée.

En particulier, ces sociétés peuvent être annulées en raison de leur caractère léonin ou à la suite de l'annulation de l'engagement d'un seul associé (même s'il reste par ailleurs suffisamment d'associés valablement engagés)⁴⁹.

En outre, les décisions des organes de ces sociétés peuvent être annulées en cas de dépassement de l'objet social ou d'actes posés en dehors des limites statutairement prévues à leurs pouvoirs.

Chapitre 2

Incidences du projet de réforme du droit des sociétés

25. Introduction. Ce chapitre examine en quoi le projet de réforme du droit des sociétés modifierait le droit actuel sur le plan des nullités. Trois principaux thèmes sont abordés. Pour chacun d'entre eux sont d'abord rappelées les règles du droit en vigueur, avant que les éléments connus de la réforme en projet ne soient présentés.

En ce qui concerne les règles relatives à la spécialité légale et statutaire, ne subsisteraient que les nullités suivantes :

- actes posés en violation de l'objet social d'une société commerciale, qui peuvent conduire à la nullité relative ou à la responsabilité des membres de l'organe (section 1, § 1^{er});
- actes de distribution posés par une ASBL, qui pourraient conduire à la nullité de l'acte, voire à la dissolution de l'ASBL (section 1, § 2).

Une réglementation explicite serait introduite pour régir la nullité des décisions des organes de gestion, alors qu'aujourd'hui, cette nullité est basée sur la jurisprudence, qui applique par analogie les dispositions relatives aux nullités des assemblées générales (section 2).

Enfin, une modification serait apportée au régime de la cessibilité des titres dans les sociétés anonymes et les SPRL. Les cessions réalisées en violation de la loi ou des statuts (inaliénabilité, agrément, préemption, etc.) ne seraient plus sanctionnées par la nullité de la cession, mais par son inopposabilité à la société (section 3).

⁴⁹ Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, J. MALHERBE et Ph. MALHERBE, *op. cit.*, n° 634, p. 375.

Section 1

Nullité pour violation de la spécialité légale ou statutaire

26. Distinction entre sociétés et associations. Un des axes de la réforme consiste à clarifier la distinction entre les personnes morales créées dans un but de lucre (sociétés) et celles dédiées à un but désintéressé (associations sans but lucratif et fondations). Rappelons que le projet de réforme du droit des sociétés entend intégrer le droit des associations dans le Code des sociétés, qui deviendrait le Code des sociétés et des associations⁵⁰.

En bref, il s'agirait de fonder désormais cette distinction sur un seul critère clair, celui de la distribution des bénéfices aux associés. Les sociétés ont pour but « naturel » de distribuer leurs bénéfices à leurs associés, alors que les associations ne le peuvent pas. Cela signifie qu'il n'y aurait plus de différence sur le plan des actes que peuvent poser les sociétés et associations. Toutes pourraient poser des actes gratuits ou à titre onéreux et chercher à réaliser des profits.

Cette clarification permettrait de mieux régler les questions liées à la violation du but de lucre.

D'une part, une société qui serait constituée sans but de lucre, c'est-à-dire sans volonté de procurer aux associés un bénéfice patrimonial, même indirect, serait requalifiée en association. Le cas inverse, à vrai dire beaucoup plus fréquent, de la « fausse » ASBL ferait aussi l'objet d'une requalification. La sanction de nullité, avec ses effets problématiques pour les tiers, disparaîtrait⁵¹.

D'autre part, les actes à titre gratuit ne seraient plus interdits pour les sociétés, de même que les actes commerciaux seraient autorisés pour les ASBL. On ne pourrait donc plus annuler des actes des organes pour violation de la spécialité légale. Cela ne signifie toutefois pas que n'importe quel acte serait admis. Les organes seraient, en effet, tenus par le critère de l'intérêt social et, pour ce qui concerne les ASBL, par l'interdiction de distribution des bénéfices. Les règles à ce sujet pourraient d'ailleurs être renforcées de manière à viser également les distributions effectuées par des voies détournées (notamment la rémunération des dirigeants).

⁵⁰ Sur l'opportunité d'une telle intégration, voy. F. HELLEMANS, « Les associations : vues nouvelles », in *La Modernisation du droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 145-171.

⁵¹ Pour une analyse générale de la théorie des nullités, voy. P. VAN OMMELAGHE, *op. cit.*, pp. 943 et s.; Ph. T'KINT, *Le droit des ASBL*, t. 1, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 148 et s.

§ 1^{er}. Actes posés en violation de l'objet social d'une société commerciale

27. Généralités. Traditionnellement, l'on enseigne que la personnalité morale peut être accordée à une société, de la même manière que les personnes physiques sont dotées de la personnalité juridique. Cependant, à la différence des personnes physiques, la capacité et la liberté d'action des personnes morales sont limitées par leur finalité légale et sociale⁵². La reconnaissance de la personnalité morale implique, en effet, que celle-ci soit limitée à la finalité recherchée par le législateur pour un tel groupement. Selon H. De Page, « [l]a "réalité" des personnes morales ne se justifie qu'en fonction du but que, par elles, l'homme se propose d'atteindre et de la destination à laquelle elles répondent »⁵³.

C'est là qu'interviennent les principes de la spécialité légale et de la spécialité statutaire. La spécialité légale renvoie aux conditions posées par la loi, au but qu'elle attribue à un type de personne morale déterminée. La spécialité statutaire, quant à elle, se réfère au but particulier de la personne morale, tel qu'il est déterminé dans les statuts, par les fondateurs ou les associés dans les limites fixées par la loi (donc, dans les limites du but légal)⁵⁴. « Spécialement en matière de personnes morales à but de lucre, le principe de la spécialité statutaire, cause concrète de la société, constitue une garantie pour l'associé, qui a ainsi l'assurance que les capitaux investis ne seront utilisés à d'autres fins que celles prévues par l'objet social. »⁵⁵

28. En vertu du principe de la spécialité légale, une société est constituée « dans le but de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect », tel que le prévoit l'article 1^{er} du Code des sociétés (anciennement l'article 1832 du Code civil). Une société est destinée – c'est sa raison d'être économique – à réaliser des bénéfices et à les distribuer. Le principe de spécialité statutaire est, quant à lui, lié à l'objet social, c'est-à-dire à l'activité déterminée telle qu'elle est décrite dans les statuts de la société⁵⁶.

⁵² Cass., 31 mai 1957, *Pas.*, 1957, I, p. 1176 et les conclusions du Procureur général R. HAYOIT DE TERMICOURT.

⁵³ H. DE PAGE, *Traité élémentaire du droit civil belge*, t. I, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, n° 510; A. FRANÇOIS et P. A. FORIERS, « Un nouveau regard sur quelques distinctions classiques en droit des sociétés », in *La Modernisation du droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 29.

⁵⁴ A. FRANÇOIS et P. A. FORIERS, *ibid.*, p. 29.

⁵⁵ V. VAN DEN HASELKAMP-HANSENNE, « La capacité des personnes », in *Guide de droit immobilier (DIMM)*, 40, Malines, Kluwer, 1991, p. 69.

⁵⁶ Voy. P. A. FORIERS, « Spécialité légale – Spécialité statutaire et but de lucre. Quelques observations sur l'arrêt de la Cour de cassation du 30 septembre 2005 », note sous Cass., 30 septembre 2005, *R.D.C.*, 2006, pp. 1033-1034; Cass., 30 septembre 2005, *Arr. Cass.*, 2005, p. 1777, *Pas.*, 2005, n° 470.

En vertu du principe de la spécialité statutaire, la société ne peut accomplir que les actes juridiques entrant dans le cadre de son objet social⁵⁷. L'objet social détermine ainsi le cadre dans lequel la société, à travers ses organes, doit agir⁵⁸. Les organes ne s'identifient donc à la société que dans la mesure où ils agissent dans le cadre de leurs fonctions, telles qu'elles sont limitées notamment par l'objet social⁵⁹.

29. Sanctions en cas de violation de la spécialité statutaire. Comme nous l'avons vu (*supra*, n° 17), la spécialité statutaire constitue, en réalité, une limite au pouvoir des organes de la société. Dans les sociétés visées par la Première directive, à savoir les sociétés anonymes, les sociétés privées à responsabilité limitée et les sociétés en commandite par actions, un dépassement de l'objet social n'a d'effet qu'en interne. En effet, dans ces sociétés, les dépassements de l'objet social sont inopposables aux tiers de bonne foi, c'est-à-dire aux tiers qui n'en avaient pas connaissance⁶⁰. Le dépassement de l'objet social entraînera dès lors des conséquences en termes de responsabilité des organes de la société⁶¹.

Cette position, qui semble évidente aujourd'hui, découle d'un arrêt de la Cour de cassation du 31 mai 1957⁶². Selon la Cour, la spécialité statutaire ne peut plus, comme auparavant, être considérée comme une restriction à la capacité de la société, à la différence de la spécialité légale⁶³. Elle constitue une limite aux pouvoirs de ses organes et plus généralement de ses représentants⁶⁴.

⁵⁷ V. SIMONART, « La quasi-immunité des organes de droit privé », note sous Cass., 7 novembre 1997, *R.C.J.B.*, 1999, p. 756; Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, J. MALHERBE et Ph. MALHERBE, *op. cit.*, pp. 259-260.

⁵⁸ Voy. L. WYNANTS et P. SOENS, « De werking van een vennootschap. Respecteren van het doel », in *Bestendig Handboek Vennootschap en Aansprakelijkheid*, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 204, n° 15.150; D. NAPOLITANO, « Ondernemingsfinanciering door kredietinstellingen – Vennootschapsrechtelijke aandachtspunten: het specialiteitsbeginsel en het vennootschapsbelang », *R.W.*, 1999-2000, p. 419.

⁵⁹ Th. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. I, Diegem, Kluwer, 1996, pp. 690-691.

⁶⁰ M. COIPEL, *Recueil annuel de jurisprudence en droit des sociétés commerciales*, Bruxelles, Kluwer, 1999, p. 161; S. MAQUET et C. DUPONT, « Au cœur de la société, son objet social », in *Le droit des sociétés: aspects pratiques et conseils des notaires*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 233, cités par Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, J. MALHERBE et Ph. MALHERBE, *op. cit.*, p. 260.

⁶¹ Art. 263 et 528 C. soc.; C. trav. Anvers, 10 janvier 1991, *T.R.V.*, 1991, p. 417, note H. LAGA; Mons, 18 mars 1981, *Pas.*, 1981, II, 82; Cass., 12 novembre 1987, *R.C.J.B.*, 1989, p. 385, note A. BENOÎT-MOURY.

⁶² Cass., 31 mai 1957, *Pas.*, 1957, I, 1176, *R.C.J.B.*, 1958, p. 258, note P. VAN OMMESSLAGHE; B. TILLEMEN, *Bestuur van vennootschappen – Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Kalmthout, Biblo, 1996, p. 581; TILQUIN et SIMONART, *op. cit.*, pp. 690-691.

⁶³ Sur cette question, voy. not. A. FRANÇOIS, *Het vennootschapsbelang in het Belgisch vennootschapsrecht. Inhoud en grondslagen*, Anvers, Intersentia, 1999, pp. 582-603, n°s 431-439 et les références citées; A. BENOÎT-MOURY, « Représentation des sociétés de capitaux et limitations relatives à l'objet social », *R.C.J.B.*, 1989, p. 391, n° 3; M. COIPEL, « Introduction au droit des sociétés et autres groupements », in *Guide juridique de l'entreprise*, Titre I, Liv. 11.1, 2^e éd., Bruxelles, Kluwer, 2002, p. 31, n° 133; B. TILLEMEN, *L'administration des sociétés*, Bruges, La Charte, 2005, pp. 589-590, n°s 953-955; T. TILQUIN et V. SIMONART, *op. cit.*, pp. 679-680, n° 896 et les références citées.

⁶⁴ Cass., 30 septembre 2005, *Arr. Cass.*, 2005, p. 1777, *R.D.C.*, 2006, p. 1028, note P. A. FORTIERS.

Cette position a été reprise en droit belge lors de la transposition de la Première directive. On la retrouve actuellement aux articles 258 et 526, *juncto* article 657 du Code des sociétés⁶⁵. Le Code a, par ailleurs, étendu la protection aux tiers de bonne foi de la société coopérative à responsabilité limitée⁶⁶. Ces articles prévoient que la société sera liée par les actes des organes « même si ces actes excèdent l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait l'objet social ou qu'il ne pouvait l'ignorer, compte tenu des circonstances, sans que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve »⁶⁷.

Dans les autres formes de sociétés, les actes pris en violation de l'objet social ne lient en principe pas la société. La théorie de l'apparence permet cependant une certaine protection des tiers de bonne foi⁶⁸.

30. Projet de réforme. Le projet de réforme du droit des sociétés plaide pour un alignement du régime de la spécialité légale sur celui de la spécialité statutaire⁶⁹. « L'affadissement de la distinction de base entre les sociétés et les associations opéré par l'introduction des sociétés à finalité sociale invite à s'interroger tant sur la spécialité légale que sur la spécialité statutaire des sociétés avec personnalité juridique. La différence entre les deux notions s'estompe en effet dès lors qu'une société peut être constituée sans but de lucre pour autant que ses statuts répondent aux conditions fixées à l'article 661 du Code des sociétés. »⁷⁰ La distinction n'a pas lieu d'être, dès lors que les organes d'une société qui accompliraient un acte purement libéral sans le moindre but de lucre méconnaîtraient par définition l'objet social de la société.⁷¹

Selon les auteurs de la réforme, l'alignement des deux régimes se justifierait par le fait que le principe de la spécialité légale sanctionne en réalité des actes concrets qui violent « l'objet légal » de la société (et non un objet social de la société contraire à l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code des sociétés, parce qu'il ne viserait pas un but lucratif). Le principe de spécialité légale se réfère finale-

⁶⁵ Voy. J. RONSE, *De Venootschapswetgeving 1973*, Gand-Louvain, Story Scientia, 1973, n^{os} 350 et s.; L. SIMONT, *La loi du 6 mai 1973 modifiant la législation relative aux sociétés anonymes*, Bruxelles, Bruylant, 1975, n^{os} 57 et s.; K. GEENS et M. WYCKAERT, *op. cit.*, n^{os} 96 et 133; A. FRANÇOIS et P. A. FORIERS, *op. cit.*, p. 30.

⁶⁶ Art. 407 C. soc.

⁶⁷ Aussi art. 10, § 1^{er}, al. 2, de la Première directive. À ce sujet, voy. not. E. WYMEERSCH, « De l'inopposabilité de la personne morale et de sa représentation », note sous Cass., 10 décembre 1981, *R.C.J.B.*, 1986, pp. 14-21.

⁶⁸ A. FRANÇOIS et P. A. FORIERS, *op. cit.*, p. 30.

⁶⁹ Voy., en ce sens, D. VAN GERVEN, « Het oogmerk is verouderd », *T.R.V.*, 2012, pp. 371-372; P. A. FORIERS, « Spécialité légale – Spécialité statutaire et but de lucre. Quelques observations sur l'arrêt de la Cour de cassation du 30 septembre 2005 », *op. cit.*, pp. 1033-1034; K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, F. PARREIN, S. DE DIER et S. COOLS, « Overzicht van rechtspraak vennootschappen (1999-2010) », *T.P.R.*, 2012, p. 149, n^o 69; A. FRANÇOIS et P. A. FORIERS, *op. cit.*, p. 32.

⁷⁰ A. FRANÇOIS et P. A. FORIERS, *op. cit.*, p. 28.

⁷¹ *Ibid.*, p. 33.

ment, tout comme celui de la spécialité statutaire, à la question du pouvoir de représentation des organes⁷².

31. Le principal objectif du projet de réforme est de réduire, par l'alignement du régime de la spécialité légale sur celui de la spécialité statutaire, l'insécurité juridique résultant de l'ambiguïté de la notion de « but de lucre » (voy. *infra*, n° 34)⁷³. Pour éviter ce risque d'insécurité, la sanction ne serait pas liée au non-respect de l'objet légal ou statutaire par les organes de la société, mais à la violation de l'intérêt social qui découle éventuellement de ce non-respect⁷⁴.

32. Quelles seraient les conséquences d'un tel alignement? La spécialité légale constitue une limitation par le législateur de la capacité des personnes morales. Elle s'impose aux tiers et relève de l'ordre public (voy. *infra*, n° 34).

Aujourd'hui, la sanction d'un acte pris en violation de la spécialité légale est la nullité absolue⁷⁵. À cette sanction serait préférée celle de la nullité relative, voire de la responsabilité des organes de la société, sanction s'appliquant à la non-conformité à l'intérêt social. Le critère de l'intérêt social découle, en effet, d'une règle impérative⁷⁶.

Le projet de réforme précise expressément que, « dans la mesure où le principe de spécialité légale joue encore un rôle, sa méconnaissance est dans tous les cas assimilée à un dépassement de l'objet social : la société est liée, sauf en cas de mauvaise foi (objective) de la part du tiers »⁷⁷.

33. Cette réforme impliquerait un élargissement du champ d'application des dispositions relatives au dépassement de l'objet social pour y faire expressément référence à l'intérêt social. Par souci de cohérence, le principe devrait, par ailleurs, être élargi aux autres sociétés dotées de la personnalité morale⁷⁸.

§ 2. Actes de distribution posés par une ASBL

34. Généralités et droit en vigueur. Comme nous l'avons évoqué (voy. *supra*, n° 25), le critère qui distingue une société commerciale d'une asso-

⁷² *Ibid.*, p. 35.

⁷³ Voy. également P. A. FORIERS, « Spécialité légale – Spécialité statutaire et but de lucre. Quelques observations sur l'arrêt de la Cour de cassation du 30 septembre 2005 », *op. cit.*, pp. 1032-1033, n° 6.

⁷⁴ Pour la différence entre la spécialité légale et l'intérêt social, voy. A. FRANÇOIS, *op. cit.*, pp. 590 et s., n°s 435 et s.

⁷⁵ Voy. V. VAN DEN HASELKAMP-HANSENNE, *op. cit.*, p. 65.

⁷⁶ Voy. A. FRANÇOIS, « Libéralité et spécialité légale : un cadeau empoisonné », note sous Cass., 30 septembre 2005, R.P.S., 2010, n° 7.5 ; voy. également Ph. T'KINT, *op. cit.*, p. 545.

⁷⁷ Échange de vues du 3 décembre 2015 fait au nom de la Commission de droit commercial et économique par M. Francis Delpérée avec le ministre de la Justice et des experts du Centre belge du droit des sociétés sur la modernisation du droit des sociétés, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 1500/001, Annexe, p. 43.

⁷⁸ A. FRANÇOIS et P. A. FORIERS, *op. cit.*, p. 36.

ciation sans but lucratif ou une fondation est celui du « but de lucre »⁷⁹. Une société commerciale est, en vertu de l'article 1^{er} du Code des sociétés, celle constituée « en vue de procurer un bénéfice patrimonial direct ou indirect » à ses associés. L'ASBL, elle, se caractérise par l'interdiction de rechercher l'enrichissement direct de ses membres *ainsi que* par l'interdiction d'exercer des activités commerciales autres qu'accessoires⁸⁰. Cette dernière interdiction se déduit de la lecture conjointe des articles 1^{er} du Code des sociétés et de la loi du 27 juin 1921 sur les ASBL, laquelle implique que, même lorsqu'aucun bénéfice n'est recherché, une ASBL ne peut avoir pour objet, principal ou complémentaire, aucune activité commerciale, si ce n'est à titre accessoire⁸¹.

Dans la pratique cependant, la notion de but de lucre reçoit une acception large, ce qui en réduit la portée pour les sociétés⁸². « Il est vrai qu'une société qui accorde des libéralités et les tiers qui les reçoivent ou qui y participent font toujours face à un certain degré d'incertitude. S'il s'agit d'une pure libéralité, c'est-à-dire si l'acte ne fournit pas à la société un avantage direct ou indirect en contrepartie, le principe de spécialité légale peut être considéré comme violé, ce qui peut mener à une nullité absolue vu son caractère d'ordre public. Cependant, cette incertitude juridique ne doit pas être exagérée. [...] [L]e champ d'application de la spécialité légale a été fortement réduit au fil du temps, de sorte que la question n'est plus soulevée qu'en ce qui concerne les libéralités. »⁸³ Concrètement, seuls les actes purement altruistes, c'est-à-dire ceux qui ne peuvent apporter, ni directement ni indirectement, le moindre avantage patrimonial à la société, semblent contraires au principe de la spécialité légale des sociétés commerciales⁸⁴.

À l'inverse, s'agissant d'une ASBL, la notion de bénéfices doit être interprétée de manière stricte. L'interdiction couvre le bénéfice patrimonial direct, la distribution directe de sommes d'argent, de biens meubles, etc. Par contre, cela n'exclut pas que les membres de l'association puissent retirer des acti-

⁷⁹ Pour un état de la question de la distinction entre sociétés, associations et sociétés à finalité sociale, voy. A. FRANÇOIS et P. A. FORIERS, *op. cit.*, pp. 36 et s.

⁸⁰ L'article 1^{er} de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations, *M.B.*, 11 juillet 1921, définit l'association sans but lucratif comme « celle qui ne se livre pas à des opérations industrielles ou commerciales, et qui ne cherche pas à procurer à ses membres un gain matériel ». À ce sujet, voy. Ph. T'KINT, *op. cit.*, p. 40.

⁸¹ K. GEENS et M. WYCKAERT, *op. cit.*, p. 227 et les références citées; A. FRANÇOIS et P. A. FORIERS, *op. cit.*, p. 31.

⁸² M. DE WOLF et Ph. T'KINT, « Libéralités, mécénat et droit des sociétés », *Non-marchand*, 1997, pp. 95-99; F. BOUCKAERT, note sous Cass., 13 avril 1989, *T.R.V.*, 1989, p. 332; Comm. Liège (réf.), 12 avril 1991, *J.T.*, 1992, p. 3, note Ch. DARVILLE-FINET.

⁸³ P. A. FORIERS, « Spécialité légale – Spécialité statutaire et but de lucre. Quelques observations sur l'arrêt de la Cour de cassation du 30 septembre 2005 », *op. cit.*, pp. 1032-1033, n° 6.

⁸⁴ Gand (7^e ch.), 12 janvier 2009, *T.G.R.* – *T.W.V.R.*, 2009, p. 180; *T.R.V.*, 2009, p. 736, note D. VAN GERVEN; Liège, 4 décembre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1371; Y. DE CORDT, C. DELFORGE, H. JACQUEMIN, Th. LÉONARD et Y. POULLET, *Manuel de droit de l'entreprise*, Limal, Anthemis, 2015, p. 147.

vités de celle-ci un bénéfice patrimonial indirect, telles une économie, une ristourne, etc.⁸⁵

35. D'une nullité rétroactive à une nullité pour l'avenir. Lorsqu'elle ne satisfait pas aux conditions posées par la loi, l'ASBL viole sa spécialité légale (absence de but de lucre). Si l'intention d'enrichissement est inscrite dans les statuts, la nullité de l'ASBL pourra être prononcée⁸⁶, sur la base des articles 3*bis* et 3*ter* de la loi du 27 juin 1921 (voy. *infra*, n° 36). Si l'ASBL valablement constituée est illicitement utilisée, c'est-à-dire si, sans que ce soit mentionné dans les statuts, elle poursuit, en réalité, l'enrichissement de ses membres, l'acte lucratif pourra être annulé s'il est isolé et l'ASBL pourra être dissoute⁸⁷, en vertu de l'article 18 de la loi du 27 juin 1921 (voy. *infra*, n° 37)⁸⁸. Cette sanction est toutefois à nuancer.

36. Avant la loi du 2 mai 2002⁸⁹, qui a modifié la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations, en particulier en ce qui concerne les sanctions en cas de violation de la spécialité légale, une ASBL qui recherchait l'enrichissement de ses membres, c'est-à-dire une « fausse ASBL », était passible de nullité, cette dernière opérant avec effet rétroactif⁹⁰. Vu le caractère d'ordre public du principe de spécialité légale, il s'agissait d'une nullité absolue. C'était, on l'imagine aisément, désastreux pour la sécurité juridique des tiers.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 2 mai 2002 susmentionnée, lorsque la violation du principe de la spécialité légale résulte des statuts de l'association, cette dernière est nulle. L'article 3*bis*, 2°, de la loi du 27 juin 1921 prévoit en effet que « la nullité d'une association ne peut être prononcée que [...] 2° si un des buts en vue [desquels] elle est constituée, contrevient à la loi ou à l'ordre public ».

La sanction s'apparente davantage à une dissolution en ce que, comme pour les sociétés personnifiées (voy. *supra*, n° 9), la nullité n'opère que pour

⁸⁵ M. DAVAGLE, « La loi autorise-t-elle les ASBL à exercer des activités commerciales ? », *Les dossiers d'ASBL Actualités*, 2009, p. 81, n° 5, et p. 82, n° 6; M. COIPEL, « Dispositions communes à toutes les sociétés – Dispositions de droit civil et commercial », *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 1982, pp. 53 et 54, n° 2, p. 93, n° 74. Voy. également Ph. T'KINT, *op. cit.*, pp. 26-28.

⁸⁶ Comm. Mons (1^{re} ch.), 17 novembre 1997, *R.P.S.*, 1998, p. 296.

⁸⁷ Bruxelles, 10 février 1988, *R.P.S.*, 1988, p. 151 et Liège, 28 novembre 1986, *R.P.S.*, 1988, p. 140.

⁸⁸ B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen – Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, *op. cit.*, p. 549; Y. DE CORDT, C. DELFORGE, H. JACQUEMIN, Th. LÉONARD et Y. POULLET, *op. cit.*, p. 147; Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, J. MALHERBE et Ph. MALHERBE, *op. cit.*, pp. 258-259.

⁸⁹ *M.B.*, 11 décembre 2002.

⁹⁰ Ph. T'KINT, *op. cit.*, p. 43.

l'avenir⁹¹. En vertu de l'article 3^{ter} de la loi, «la nullité produit ses effets à dater de la décision qui la prononce. La décision prononçant la nullité de l'association entraîne la liquidation de celle-ci conformément à l'article 19». Les engagements pris, avant la décision constatant la nullité, par l'association ou envers elle, restent valables⁹².

Par ailleurs, indépendamment de la nullité, les membres de l'association engageront leur responsabilité de manière solidaire si l'ASBL exerce des activités commerciales⁹³, ce qui rejoint la technique, utilisée en droit des sociétés, de remplacer la nullité par des responsabilités (voy. *supra*, n° 22).

37. Lorsque la violation de la spécialité légale résulte de l'activité – lucrative – effectivement exercée par l'ASBL au mépris de son objet statutaire, l'association peut être dissoute et mise en liquidation. L'article 18 de la loi du 21 juin 1921 prévoit que «le tribunal pourra prononcer l'annulation de l'acte incriminé, même s'il rejette la demande de dissolution»⁹⁴.

Les membres coupables du détournement d'objet engageront, par l'application de la théorie de la simulation⁹⁵, leur responsabilité solidaire⁹⁶. Le contrat apparent d'association sera inopposable aux tiers et ceux-ci pourront se prévaloir de la convention réelle de société, dont la finalité est la recherche d'enrichissement direct. Cette société n'ayant pas accompli les formalités pour l'acquisition de la personnalité juridique, elle sera considérée comme une société commerciale de droit commun. Les membres seront tenus solidairement des engagements de la société⁹⁷, en l'application de l'article 2, § 4, alinéa 2, du Code des sociétés, qui renvoie à l'article 204 du même Code, énonçant le principe de responsabilité solidaire des associés d'une SNC⁹⁸.

38. De l'absence de but de lucre à l'interdiction de distribution de bénéfices... Comme nous l'avons vu (voy. *supra*, n° 34), le concept de «but de lucre» est difficile à cerner et sujet à interprétation, ce qui rend la distinc-

⁹¹ Voy. M. VON KUEGELGEM, «Réflexions sur le régime des nullités et des responsabilités», in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, p. 608, n° 37.

⁹² Art. 3^{ter}, al. 2, *in fine*. Voy. D. VAN GERVEN, *Handboek Verenigingen*, Kalmthout, Biblo, 2002, p. 109, n° 89; M. DAVAGLE, *Mémento des ASBL*, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 78, n° 5-60.

⁹³ Y. DE CORDT, C. DELFORGE, H. JACQUEMIN, Th. LÉONARD et Y. POULLET, *op. cit.*, p. 147.

⁹⁴ Voy. Bruxelles, 10 février 1988, R.P.S., 1988, p. 151; Liège, 28 novembre 1986, R.P.S., 1988, p. 140; Comm. Bruxelles (15^e ch.), 7 novembre 2000, R.P.S., 2000, p. 398, obs.; Y. DE CORDT, C. DELFORGE, H. JACQUEMIN, Th. LÉONARD et Y. POULLET, *op. cit.*, p. 147.

⁹⁵ P. VAN OMMESSLAGHE, *op. cit.*, p. 428, n° 290.

⁹⁶ T. BOEDTS, «De toerekening van niet-toegelaten commerciële activiteiten van een VZW aan een (commerciële) maatschap», *T.R.V.*, 2010, p. 520, n° 6.

⁹⁷ Ph. T'KINT, *op. cit.*, pp. 41-42.

⁹⁸ Voy. Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, J. MALHERBE et Ph. MALHERBE, *op. cit.*, pp. 259-260; C. MÉLOTTE, «La responsabilité civile et pénale des mandataires sociaux», in *Responsabilités – Traité théorique et pratique*, II, Waterloo, Kluwer, 2008, pp. 10 et s.; M. DEBAENE et L. CORNELIS, *Aansprakelijkheidsrecht: actuele tendensen*, Gand, Larcier, 2005.

tion entre société et association malaisée⁹⁹, d'autant que les actes commerciaux ne sont pas absolument interdits aux ASBL (qui peuvent exercer une activité commerciale accessoire) et qu'il existe des sociétés à finalité sociale¹⁰⁰.

L'idée des auteurs du projet de réforme en droit des sociétés est d'autoriser tant les sociétés que les associations à accomplir des activités économiques, et à ne les distinguer que par l'autorisation ou l'interdiction de distribuer les profits aux associés. La situation en devient évidemment plus claire, donc moins incertaine¹⁰¹. Si la réforme est menée à bien, tant les sociétés que les associations¹⁰² et les fondations pourront être des entreprises¹⁰³ et exercer tous types d'activités.

La distinction entre société et association se situera au niveau de la distribution des bénéfices et sera basée sur l'objectif de chacune des formes de groupement. « Le but des sociétés demeure l'enrichissement de leurs membres. Personne ne peut devenir membre d'une société sans faire un apport donnant droit à une distribution de dividendes. Bien que les associations puissent exercer des activités économiques et rechercher des profits sans restriction, elles sont soumises à une stricte interdiction de distribuer (directement et indirectement) les bénéfices. L'interdiction de distribution constitue, par conséquent, le critère distinctif entre l'association et la société. »¹⁰⁴

39. ... même indirects. Afin d'éviter que l'interdiction de distribution des bénéfices ne soit contournée par des répartitions indirectes, le projet de réforme entend étendre les règles de manière à viser également les distributions effectuées par des voies détournées, notamment en ce qui concerne la rémunération des dirigeants.

On renforcerait l'interdiction de distribution des bénéfices aux membres de l'ASBL en couvrant également les dividendes indirects. Est visé l'administrateur qui réalise des opérations avec une ASBL à des conditions qui ne sont

⁹⁹ Voy. F. HELLEMANS, *op. cit.*, pp. 145-171.

¹⁰⁰ Échange de vues du 3 décembre 2015 fait au nom de la Commission de droit commercial et économique par M. Francis Delpérée avec le ministre de la Justice et des experts du Centre belge du droit des sociétés sur la modernisation du droit des sociétés, *op. cit.*, Annexe, p. 43.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Une exception sera éventuellement prévue pour les petites ASBL.

¹⁰³ Avec, comme conséquence importante, le fait d'être soumis au Code de droit économique et, à terme, aux régimes développés en matière de réorganisation judiciaire et de faillite, actuellement réservés en principe aux commerçants.

¹⁰⁴ Échange de vues du 3 décembre 2015 fait au nom de la Commission de droit commercial et économique par M. Francis Delpérée avec le ministre de la Justice et des experts du Centre belge du droit des sociétés sur la modernisation du droit des sociétés, *op. cit.*, pp. 6-7 et Annexe, p. 43.

pas conformes aux conditions du marché, de manière à s'octroyer des moyens de cette association¹⁰⁵.

40. Sanction en cas de violation de l'interdiction de distribuer des bénéfices. Comme nous l'avons évoqué (voy. *supra*, n° 38), si la réforme aboutit, le critère qui caractériserait une ASBL ne serait plus l'absence de but de lucre, mais l'interdiction de distribuer des bénéfices aux membres de l'association. Cette interdiction serait sanctionnée de nullité, tout comme la violation du caractère désintéressé l'est sous la législation en vigueur. Une nouveauté concerne les titulaires de l'action en nullité. Celle-ci serait, d'une part, ouverte à tous les tiers intéressés (*stakeholders*), y compris le « groupe cible bénéficiaire »¹⁰⁶ du but poursuivi par l'association, c'est-à-dire les tiers qui peuvent se prétendre bénéficiaires de l'objet social de l'association. D'autre part, le ministère public serait également recevable à demander la nullité des actes commis en violation de cette interdiction. Il pourrait, par ailleurs, exiger la dissolution de l'association.

L'élargissement des personnes ayant qualité à agir nécessitera une modification des dispositions aujourd'hui inscrites à l'article 18 de la loi du 27 juin 1921 sur les ASBL et les fondations.

Section 2

Nullité des décisions de l'organe de gestion

§ 1^{er}. Historique et régime en vigueur

41. Absence de dispositions générales. En son état actuel, le Code des sociétés ne règle pas expressément le régime de la nullité des décisions de l'organe de gestion (voy. *supra*, n° 14).

Les dispositions du Code prévoient seulement des règles générales en ce qui concerne la nullité des décisions de l'assemblée générale des personnes morales. Ces dispositions ont été introduites dans les lois coordonnées sur les sociétés commerciales (en tant qu'articles 190*bis* et 194*bis*) par la loi du 29 juin 1993¹⁰⁷. Initialement prévues pour apporter de la sécurité juridique en cas de fusion ou de scission de sociétés, ces dispositions se sont vu octroyer une portée

¹⁰⁵ Échange de vues du 3 décembre 2015 fait au nom de la Commission de droit commercial et économique par M. Francis Delpérée avec le ministre de la Justice et des experts du Centre belge du droit des sociétés sur la modernisation du droit des sociétés, *op. cit.*, pp. 17-18, citant l'exemple d'un administrateur louant un immeuble à l'ASBL, pour un loyer égal à cinq fois celui du marché.

¹⁰⁶ Sur ce concept, voy. M. DENEFF, *Economische activiteiten van VZW en stichting: juridische doorlichting van hun relatie met concurrenten, schuldeisers en begunstigde doelgroep*, Kalmthout, Biblo, 2003.

¹⁰⁷ Loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, *M.B.*, 21 juillet 1993.

générale, en permettant notamment l'annulation des décisions de l'assemblée générale en cas de détournement ou d'excès de pouvoir¹⁰⁸.

On les retrouve actuellement aux articles 64, 178 à 180 et 198, § 2, alinéa 3, du Code des sociétés. L'article 64 du Code des sociétés énumère des causes de nullité¹⁰⁹. Les articles 178 à 180 du Code des sociétés décrivent la procédure de l'action en nullité et les conséquences de l'annulation de décisions de l'assemblée générale¹¹⁰. Le paragraphe 2 de l'article 198 prévoit, en son alinéa 3, une prescription abrégée de six mois pour l'action en nullité¹¹¹ (voy. *supra*, n° 20).

42. Raisonnement par analogie? L'exposé des motifs de la loi du 29 juin 1993 précitée souligne que « l'insertion, dans la loi, d'une disposition permettant expressément, dans certaines conditions, l'annulation des décisions de l'assemblée générale, ne porte pas préjudice à la possibilité que s'est parfois réservée la jurisprudence d'annuler les décisions d'autres organes, notamment le conseil d'administration, si elles sont, par exemple, entachées d'excès ou de détournement de pouvoir »¹¹².

De longue date, il est ainsi admis que l'absence de règles générales concernant l'annulation des décisions de l'organe de gestion n'empêche pas d'en déclarer la nullité. Dans un arrêt célèbre du 1^{er} mars 1988, rendu en référé dans l'affaire de l'O.P.A. sur la Société Générale de Belgique, la Cour d'appel de Bruxelles a esquissé une théorie générale des nullités susceptibles de sanctionner les vices de forme affectant les décisions d'un organe, en particulier du conseil d'administration¹¹³. Selon la Cour, « [l]e juge prononcera

¹⁰⁸ Exposé des motifs précédant le projet de loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, *Doc. parl.*, 1989-1990, n° 1214/1, p. 33.

¹⁰⁹ À ce sujet, voy. Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, J. MALHERBE et Ph. MALHERBE, *op. cit.*, pp. 771 et s.

¹¹⁰ À ce sujet, voy. Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, J. MALHERBE et Ph. MALHERBE, *op. cit.*, pp. 784 et s.; K. GEENS et M. WYCKAERT, *op. cit.*, n° 326, pp. 594-595; F. HELLEMANS, *De algemene vergadering*, Kalmthout, Biblo, 2001, n° 273, pp. 303-304; G. HORSMANS, « Les nullités et les sanctions », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 215 et pp. 234-235; B. TILLEMANS, *De geldigheid van besluiten van de algemene vergadering: het nieuwe artikel 190bis Venn. W.*, Kalmthout, Biblo, 1994, n° 1, p. 33; T. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, Kluwer, 1993, n° 565, p. 385, et n° 572, p. 389; L. VAN CANEGHEM, « Nietigheid van besluiten van een algemene vergadering op gronden van gemeen recht », *R.W.*, 1998-1999, 1475; S. DE DIER, *Nietigheid van bestuursbesluiten in een vennootschap: inzichten op basis van een functionele benadering van de nietigheidssanctie*, Thèse de doctorat, pp. 852 et s.

¹¹¹ Voy., sur cette disposition, « Article 198 C. soc. », in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Malines, Kluwer, f. mob., et les références citées; « Commentaar bij Artikel 198 W. Venn. », in *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak. Vennootschappen en verenigingen*, Malines, Kluwer, f. mob.

¹¹² Exposé des motifs précédant le projet de loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, *Doc. parl.*, 1989-1990, n° 1214/1, p. 33.

¹¹³ Bruxelles, 1^{er} mars 1988, *J.T.*, 1988, p. 236; P. VAN OMMESSLAGHE et X. DIEUX, « Les sociétés commerciales. Examen de jurisprudence (1979 à 1990) », *R.C.J.B.*, p. 667, n° 77.

la nullité en l'absence de texte qui l'y autorise expressément 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 ; il en sera ainsi, notamment, 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'atteindre¹¹⁴»¹¹⁵.

43. Le législateur n'a, jusqu'à présent, pourtant pas choisi d'étendre, en les adaptant, les règles de nullité aux décisions du conseil d'administration, ce qui a soulevé les critiques de la doctrine¹¹⁶. Ce constat s'explique en grande partie par la *ratio legis* de la loi du 29 juin 1993, qui transposait dans le droit belge des sociétés les troisième et sixième directives européennes en matière de fusions et de scissions. Pour mener la transposition à bien, le législateur belge devait prévoir des dispositions réglant la nullité des assemblées générales décidant de la fusion¹¹⁷. Il a assez naturellement limité le champ d'application des règles générales qu'il a introduites aux nullités des décisions de l'assemblée des actionnaires¹¹⁸. C'est cette lacune qu'entend combler le projet de réforme du droit des sociétés (voy. *infra*, n° 47).

44. Régime de la nullité en cas de conflit d'intérêts. En l'état actuel du Code des sociétés, les seules dispositions (hormis celles sanctionnant un acte de société posé en dépassement de l'objet social – voy. *supra*, n°s 17 et 29) faisant référence à la nullité d'actes des organes de gestion des sociétés commerciales sont celles relatives aux conflits d'intérêts pouvant surgir dans un organe de gestion. Les règles figurent à l'article 523, § 2, du Code des sociétés en ce qui

¹¹⁴ Faisant référence à Cl. RENARD et E. VIEUJEAN, « Nullité, inexistence et annulabilité en droit civil belge », *Ann. Dr. Lg.*, 1962, p. 266 [lire 288].

¹¹⁵ Voy. Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, J. MALHERBE et Ph. MALHERBE, *op. cit.*, p. 851.

¹¹⁶ Voy. not. H. BRAECKMANS, « Conflicten in vennootschappen en het Wetboek van vennootschappen: de vlag dekt niet de lading », *T.P.R.*, 2010, p. 1693, n° 124.8, et p. 1695, n° 124.12 ; K. BYTTEBIER et A. FRANÇOIS, « De nietigheidsregeling inzake besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders revisited », *V&F*, 2000, p. 203, n° 65 ; M. COIPEL, « À propos des conséquences d'une décision prise de façon irrégulière par le conseil d'administration d'une S.A. », note sous Cass., 26 janvier 2009, *J.D.S.C.*, 2010, p. 81, n° 5 ; J. GOFFIN, note sous Comm. Anvers, 8 janvier 2010, *J.D.S.C.*, 2011, p. 139, n° 4 ; J.-M. NELISSEN GRADE, « Replik », in *Quid leges sine cogitatione? Enkele reflecties over vennootschapsrecht aangeboden aan Jean-Marie Nelissen Grade*, Anvers, Biblo, 2011, pp. 117-118 ; S. DE DIER, *op. cit.*, p. 22 et les références citées.

¹¹⁷ Exposé des motifs précédant le projet de loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, *Doc. parl.*, 1989-1990, n° 1214/1, pp. 32-33.

¹¹⁸ Pour plus de développements sur les raisons d'être de l'approche du législateur, voy. K. BYTTEBIER et A. FRANÇOIS, *op. cit.*, pp. 151-152, n°s 1-3 ; K. GEENS, « Een nieuw Wetboek van vennootschappen en verenigingen: lean and mean, fit and proper », in *Quid leges sine cogitatione? Enkele reflecties over vennootschapsrecht aangeboden aan Jean-Marie Nelissen Grade*, Anvers, Biblo, 2011, p. 79, n° 4 ; S. DE DIER, *op. cit.*, pp. 22-23 et les références citées.

concerne la société anonyme, le Code prévoyant une procédure similaire dans la SPRL¹¹⁹. Selon cet article, un administrateur d'une société anonyme qui «a, directement ou indirectement, un intérêt opposé de nature patrimoniale à une décision ou à une opération relevant du conseil d'administration» est tenu de respecter une procédure stricte¹²⁰. En cas de violation de celle-ci, la société peut, si l'autre partie à ces décisions ou opérations avait ou devait avoir connaissance de cette violation¹²¹, exiger la nullité de la décision prise ou de l'acte posé. Cette nullité ne peut porter préjudice aux droits acquis par les tiers de bonne foi¹²².

45. L'action en nullité est ouverte à la société, à travers l'organe de gestion lui-même¹²³. La société ne doit prouver aucun dommage¹²⁴, mais elle seule peut agir; la nullité ne pourrait être invoquée, par exemple, par un actionnaire minoritaire. L'organe de gestion agit de ce fait «comme juge dans sa propre cause», de sorte qu'en dehors de la faillite, de la liquidation ou de l'hypothèse où la composition du conseil d'administration est modifiée, il y a peu de risque que la société intente une action en nullité¹²⁵.

46. Cette sanction s'applique sans préjudice du régime de responsabilité prévu par le Code des sociétés (en vertu de l'article 528 en ce qui concerne la société anonyme). Les membres de l'organe de gestion seront tenus personnellement et solidairement responsables du préjudice subi par la société ou par les tiers résultant de la violation des dispositions en matière de règlement des conflits d'intérêts, même s'ils n'ont pas pris part à l'infraction.

§ 2. Projet de réforme

47. Formalisation des règles de nullité applicables. Le projet de réforme du Code des sociétés entend introduire une réglementation similaire

¹¹⁹ Voy. art. 259, 261 et 269 du Code des sociétés en ce qui concerne la SPRL, en fonction de la composition de son organe de gestion; voy. également art. 524ter du Code des sociétés pour les sociétés anonymes dotées d'un comité de direction ainsi que art. 191 du Code des sociétés en ce qui concerne le collège des liquidateurs.

¹²⁰ À ce sujet, voy. not. D. VAN GERVEN, «Bestuursaansprakelijkheid wegens schending van de wetbepalingen inzake tegenstrijdig belang», *T.R.V.*, 2002, p. 468; Ch. LEMAIRE, «Le conflit d'intérêt de l'administrateur», *Pascioli*, 2011, n° 317, pp. 1-4; Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, J. MALHERBE et Ph. MALHERBE, *op. cit.*, pp. 638-639.

¹²¹ Anvers, 1^{er} mars 1999, D.A.O.R., 2000, p. 54; R.D.C., 2000, p. 615; *T.R.V.*, 2000, p. 181, note B. VAN BRUYSTEGEM.

¹²² Art. 523, § 2, C. soc. L. SIMONT, «Conflits d'intérêts: les implications des nouveaux articles 60 et 60bis», *R.P.S.*, 1996, p. 384; Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, J. MALHERBE et Ph. MALHERBE, *op. cit.*, 2011, p. 640.

¹²³ Anvers, 1^{er} mars 1999, D.A.O.R., 2000, p. 54; R.D.C., 2000, p. 615; *T.R.V.*, 2000, p. 181, note B. VAN BRUYSTEGEM.

¹²⁴ P. ERNST, *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, Anvers, Intersentia, 1997, p. 564.

¹²⁵ F. PARREIN, «De belangenconflictprocedure: de toepassing op de managementvennootschap en de niet-geheidssancie kritisch bekeken», *T.R.V.*, 2010, p. 558; Ch. LEMAIRE, «Le conflit d'intérêt de l'administrateur», *Pascioli*, n° 317, 2011, p. 3.

à celle qui est prévue pour les décisions de l'assemblée générale, qui régirait la nullité des décisions de l'organe de gestion.

Jusqu'à présent, la jurisprudence, suivie par une partie de la doctrine¹²⁶, a eu tendance à élargir, de manière analogique, le champ d'application des dispositions législatives aux décisions de l'organe de gestion¹²⁷.

Selon S. De Dier, l'on ne peut cependant pas procéder par analogie entre les décisions des actionnaires et celles de l'organe de gestion, pour deux raisons. D'une part, certaines dispositions concernant la nullité des décisions de l'assemblée générale dérogent aux règles de droit commun, notamment celles délimitant les personnes ayant intérêt à agir et abrégant la prescription. Ces règles ne peuvent être transposées telles quelles aux décisions de l'organe de gestion, à défaut de base légale spécifique¹²⁸. D'autre part, il serait difficilement envisageable d'appliquer, par une analogie pure et simple, des règles dont la philosophie a été exclusivement pensée pour une assemblée délibérante à un organe remplissant une tout autre fonction (voy. *supra*, n° 42)¹²⁹.

Selon les auteurs du projet de réforme, la nullité semble, en principe, la sanction la plus appropriée¹³⁰ pour rétablir une situation de droit, en raison des conséquences que le droit commun y attache. «De mogelijkheid tot nietigheidsvordering vult aan waar een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering naar Belgisch recht, gelet op haar persoonlijke karakter, tekortschiet in termen van rechtsherstel.»¹³¹ Dans cette optique, les règles applicables aux nullités des assemblées générales peuvent servir d'inspiration, mais le socle demeure le droit commun des obligations.

¹²⁶ Voy., entre autres, O. CAPRASSE et M. WYCKAERT, «Beperking van het aantal vennootschapsvormen: waarheen met de kapitaalvennootschappen (NV, BVBA, CV)?», in *De modernisering van het vennootschapsrecht*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 85; N. COOREMAN, «Opschorting van een besluit van de algemene vergadering en contractuele compensatie: overdadig eigenbelang duurt nooit lang», note sous Comm. Liège, 26 novembre 2013, *T.R.V.*, 2014, p. 330; J. GOFFIN, note sous Comm. Anvers, 8 janvier 2010, *J.D.S.C.*, 2011, p. 139, n°s 1 et 3; C. BAYART, Q. HELSEN et P. VAN DEN EYNDE, «Gouden parachutes en Corporate Governance», *N.J.W.*, 2010, p. 748, n° 109; A. BERTRAND et A. COIBION, «Shareholder suits against the directors of a company, against other shareholders and against the company itself under Belgian law», *E.C.F.R.*, 2009, p. 298; D. WILLERMAIN, «L'annulation et la suspension des décisions des organes des sociétés», in A. PUTTEMANS (éd.), *Actualités en droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 83-84, n°s 15-16.

¹²⁷ Voy. S. DE DIER, *op. cit.*, pp. 22-23 et les nombreuses références citées.

¹²⁸ Voy. S. DE DIER, *op. cit.*, p. 45.

¹²⁹ Voy. S. DE DIER, *op. cit.*, pp. 63-64 et les références citées.

¹³⁰ En comparaison avec la suspension de l'exécution de la décision de l'organe de gestion. Sur cette question, voy. S. DE DIER, *op. cit.*, pp. 311 et s., qui estime qu'une suspension de l'exécution de la décision de l'organe de gestion est possible, même dans une société non dotée de la personnalité morale, dès lors que la jurisprudence statue dans le sens d'une application analogique de la réglementation régissant la nullité des décisions des assemblées générales.

¹³¹ S. DE DIER, *op. cit.*, pp. 63-64.

48. Considérations. Le principe d'une réglementation de la nullité des décisions de l'organe de gestion, tel que souhaité par le Centre belge de droit des sociétés dans le cadre de la réforme de droit des sociétés, semble justifié. Encore faut-il déterminer les modalités de cette sanction. Comme nous l'avons souligné (voy. *supra*, n° 4), il s'agit de trouver un équilibre entre, d'une part, l'intérêt de l'annulation d'une décision d'un organe de gestion et, d'autre part, la protection des tiers des conséquences découlant de la nullité de celle-ci¹³².

49. La possibilité d'annuler les décisions de l'organe de gestion a, si l'on se réfère au droit commun, une portée potentiellement excessive si elle s'applique à tous les actes d'exécution de celles-ci. Leur sort dépend, en effet, de la validité des décisions de gestion sous-jacentes. En cas d'annulation de la décision initiale, les droits de tiers contractants découlant de la mise en œuvre de la décision seront en principes anéantis, ce qui ne favorise pas la sécurité juridique des tiers.

L'article 180 du Code des sociétés a trouvé cet équilibre, en ce qui concerne la nullité des décisions de l'assemblée générale. « Lorsque la nullité est de nature à porter atteinte aux droits acquis de bonne foi par un tiers à l'égard de la société sur la base de la décision de l'assemblée, le tribunal peut déclarer sans effet la nullité à l'égard de ces droits, sous réserve du droit du demandeur à des dommages-intérêts s'il y a lieu » (voy. *supra*, n° 21)¹³³. Une solution similaire serait souhaitable en ce qui concerne la nullité des décisions du conseil d'administration ayant des effets externes à la société.

Il faudrait par ailleurs que la sanction soit identique lorsque l'acte méconnaît la spécialité légale ou statutaire et lorsqu'il est annulable pour une autre cause. À vrai dire, il s'agit toujours de résoudre le même conflit entre l'effectivité des règles de fonctionnement de la société et la protection des tiers, dont on ne peut exiger qu'ils vérifient en détail le respect de ces règles chaque fois qu'ils contractent avec une société.

Section 3 Cession de titres

50. Introduction. Un dernier aspect des réformes envisagées par le Centre belge de droit des sociétés qui touche à la nullité concerne la sanction applicable aux cessions d'actions ou parts opérées en violation des limitations statutaires ou conventionnelles. Avant de présenter et de commenter le régime proposé dans le projet de réforme du droit des sociétés (§ 3), nous rappelons

¹³² Voy. S. DE DIER, *op. cit.*, p. 327.

¹³³ Voy. S. DE DIER, *op. cit.*, p. 331.

brèvement les principes qui régissent la question des transferts de titres dans les SA et les SPRL¹³⁴, ainsi que les limitations statutaires ou conventionnelles qui peuvent être prévues par les actionnaires (§ 1^{er}), et la sanction qu'encourent les cessions qui contreviendraient à ces limitations (§ 2).

§ 1^{er}. Régime juridique des restrictions à la cessibilité des titres

51. Principes généraux. Une des différences majeures entre la société anonyme et la SPRL se situe sur le plan de la cessibilité des titres. La faculté pour les associés de céder les titres qu'ils détiennent dans la société dépend fortement du type de société choisi. En principe, les actions d'une société anonyme sont librement cessibles¹³⁵, alors que la cession des parts d'une SPRL fait l'objet de limitations strictes définies par la loi.

En règle, la cession des parts d'un associé d'une SPRL est soumise, sous peine de nullité, à la condition que le candidat-acquéreur soit agréé par l'assemblée générale, statuant à une double majorité de la moitié des associés et des trois quarts des parts, déduction faite des droits dont la cession est proposée¹³⁶. Certaines catégories de personnes sont présumées agréées par la loi elle-même¹³⁷. La loi est impérative, en ce sens que les statuts peuvent renforcer les conditions d'agrément, mais ne peuvent pas les assouplir¹³⁸. Des procédures sont prévues pour que, dans certaines circonstances au moins, le candidat-cédant puisse obtenir la valeur de ses parts malgré le refus d'agrément de l'acheteur qu'il a trouvé¹³⁹.

¹³⁴ Pour une approche globale de la question du transfert de titres, E. POTTIER, « Les cessions d'actions ou de parts au sein des sociétés anonymes, des sociétés privées à responsabilité limitée et des sociétés coopératives », in *Le statut des actionnaires (S.A., S.P.R.L., S.C.) – Questions spéciales*, coll. CUP, vol. 89, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 9 à 65; D. PHILIPPE, « Les conventions relatives à la cessibilité des titres », D.A.O.R., 1998, pp. 21 et s.; P. DE WOLF et G. STEVENS, « Articles 510-513 C. soc. », in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Bruxelles, Kluwer; D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions – Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Bruxelles, Larcier, 2009.

¹³⁵ C. RESTEAU, A. BENOÎT-MOURY et A. GRÉGOIRE, *Traité des sociétés anonymes*, t. I, 3^e éd., Bruxelles, Swinnen, 1981, p. 437, n° 700; Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, J. MALHERBE et Ph. MALHERBE, *op. cit.*, pp. 554 et s.; E. POTTIER, *op. cit.*, p. 16.

¹³⁶ Art. 249, § 1^{er}, al. 1^{er}, C. soc. En ce qui concerne la société coopérative, voy. art. 363 et 364 C. soc.

¹³⁷ Art. 249, § 1^{er}, al. 2, C. soc. Voy., sur la question, P. HERMANT, « Article 249 du Code des sociétés », in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Bruxelles, Kluwer, 2001, pp. 1 et s.; E. JANSSENS et F. KESKIN, *Aandelen*, Gand, Larcier, 2010, pp. 56 et s.

¹³⁸ Voy. à ce sujet: R. AYDOGDU, « Les clauses statutaires d'agrément dans les s.p.r.l.: "aménager n'est pas dénaturer" », J.T., 2008, p. 165; O. CAPRASSE et M. WYCKAERT, « Limitation du nombre de sociétés: qu'en est-il des sociétés de capitaux (SA, SPRL, SCRL) ? », in *La Modernisation du droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 85-86; M. GRÉGOIRE, « Section 3 – La cession d'actions ou parts sociales », in *La cession d'une entreprise en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 54.

¹³⁹ Art. 251 et 252 C. soc.

Dans les sociétés anonymes, la cession des actions est en principe libre. Toutefois, cette différence entre la société anonyme, société « ouverte », et la SPRL, société « fermée » caractérisée par l'*intuitu personae*¹⁴⁰, est atténuée par la possibilité octroyée aux actionnaires d'une société anonyme de restreindre, dans les statuts ou de manière conventionnelle, la cessibilité des actions.

L'article 510 du Code des sociétés prévoit en effet que « [l]es statuts, les actes authentiques d'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription et toutes autres conventions peuvent limiter la cessibilité entre vifs ou la transmissibilité à cause de mort des actions nominatives ou des actions dématérialisées, des droits de souscription ou de 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 ». Il serait trop long d'exposer ici tout le régime des restrictions à la cessibilité des actions, mais retenons le principe de base que l'inaliénabilité est essentiellement temporaire¹⁴¹, la nature des actions étant précisément d'être des titres librement négociables¹⁴².

52. Types de clauses. Le Code des sociétés régleme trois catégories de clauses : les clauses d'agrément, les clauses de préemption et les clauses d'inaliénabilité. Ces clauses peuvent d'ailleurs être combinées. D'autres types de clauses se sont développées dans la pratique, en dehors de celles prévues par le Code, dans le but de limiter la cessibilité des titres d'une société. La validité de ces dernières est soumise au droit commun¹⁴³.

- i. Les *clauses d'agrément* ont pour objet de soumettre la cession des actions à l'approbation préalable du conseil d'administration (ou d'un autre organe), ou bien d'un ou de plusieurs actionnaires ou même d'un tiers¹⁴⁴. C'est un mécanisme légalement prévu dans les SPRL (voy. *supra*, n° 51).
- ii. Les *clauses de préemption* (ou *pactes de préférence*) sont celles qui obligent l'actionnaire souhaitant céder ses actions à les proposer d'abord aux bénéficiaires désignés dans la clause, à savoir les autres actionnaires, certains d'entre eux ou, éventuellement, des tiers¹⁴⁵.
- iii. Les *clauses d'inaliénabilité* (également appelées clauses de blocage ou d'incessibilité) interdisent, quant à elles, aux actionnaires ou à certains d'entre eux, de céder tout ou partie de leurs actions pendant un délai déterminé.

¹⁴⁰ Sur les différences entre la SA et la SPRL, voy. O. CAPRASSE et M. WYCKAERT, *op. cit.*, pp. 85-86.

¹⁴¹ Art. 510, al. 3, C. soc.

¹⁴² Voy. Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, J. MALHERBE et Ph. MALHERBE, *op. cit.*, pp. 554-573.

¹⁴³ Au sujet des clauses non expressément visées par le Code des sociétés, voy. not. Y. DE CORDT (coord.), *op. cit.*, pp. 149 et s., n°s 230 et s.; Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, J. MALHERBE et Ph. MALHERBE, *op. cit.*, pp. 558 et s.

¹⁴⁴ Voy. E. POTTIER, « Les cessions d'actions ou de parts », *op. cit.*, p. 36, n° 50.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 36, n° 51; à ce sujet, voy. D. LECLERCQ, *op. cit.*, pp. 352 et s.

L'interdiction peut être générale ou viser les cessions à certaines personnes ou catégories de personnes (concurrents, groupe d'actionnaires...) ¹⁴⁶.

Le Code subordonne la validité de ces clauses à deux conditions principales. L'incessibilité doit être limitée dans le temps ¹⁴⁷ et la clause « justifiée par l'intérêt social à tout moment » ¹⁴⁸.

§ 2. Sanction en cas de violation des règles limitant la cessibilité des titres

53. Nullité *vs* inopposabilité. On observe également des différences entre la société privée à responsabilité limitée et la société anonyme sur le plan des sanctions, en cas de violation des règles – légales, statutaires ou conventionnelles – qui limitent la cessibilité des actions ou parts.

Dans la SPRL, l'article 249 du Code des sociétés indique expressément que la violation de la procédure d'agrément qu'il prévoit entraîne la nullité de la cession. La doctrine estime cependant que cette sanction ainsi libellée ne fait pas de l'agrément une condition de validité de la cession. L'agrément devrait plutôt être considéré comme une condition suspensive du transfert des parts : son refus entraîne la caducité du contrat de cession (plutôt que la nullité proprement dite) ; avant qu'il soit accordé, le transfert des parts est simplement suspendu ¹⁴⁹.

La situation est plus complexe dans le cadre d'une société anonyme, où les effets de la violation d'une obligation (valide et efficace) d'inaliénabilité, de préemption ou d'agrément font l'objet de plusieurs controverses. On estime généralement que la cession d'actions en violation d'une obligation (valide et efficace) d'inaliénabilité, de préemption ou d'agrément est inopposable à la société ¹⁵⁰. Certains avancent que l'obligation est opposable à l'acquéreur, de sorte que la violation de l'obligation peut conduire à l'annulation de la vente. D'autres considèrent qu'il s'agirait là d'imposer à un tiers le respect d'une obligation prévue par un contrat auquel il n'est pas partie, ce qui serait contraire à l'article 1165 du Code civil. Dans ce cas, la société ou la victime de l'inexécution peuvent agir contre l'acquéreur coupable d'une tierce complicité, en invoquant un fondement extracontractuel.

¹⁴⁶ Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, J. MALHERBE et Ph. MALHERBE, *op. cit.*, p. 557.

¹⁴⁷ Art. 510, al. 3, C. soc.

¹⁴⁸ Art. 510, al. 2, C. soc. ; voy. D. LECLERCQ, *op. cit.*, p. 353.

¹⁴⁹ Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, J. MALHERBE et Ph. MALHERBE, *op. cit.*, n° 1357, pp. 949-950 et les références citées.

¹⁵⁰ Voy. O. CAPRASSE et M. WYCKAERT, *op. cit.*, p. 66 et pp. 85-86.

Pour que la théorie de la tierce complicité s'applique, l'acquéreur doit avoir – ou aurait dû avoir – connaissance de la clause concernée, et concourir de manière consciente à la violation de celle-ci par le vendeur. Il n'est pas nécessaire de démontrer une intention de nuire à la société dans son chef¹⁵¹. Dans l'appréciation du comportement du tiers, les tribunaux ont tendance à considérer que l'acquéreur est supposé prendre connaissance des statuts lorsqu'il achète des actions d'une société, surtout lorsqu'il s'agit d'actions nominatives d'une société relativement fermée. Il est moins facile, en revanche, d'affirmer que les tiers sont censés connaître (voire, se douter de) l'existence de clauses d'inaliénabilité extrastatutaires (par exemple contenues dans une convention d'actionnaires)¹⁵².

Le vendeur qui a cédé ses actions en violation de la clause sera redevable d'une réparation par équivalent sous forme de dommages et intérêts à l'égard des bénéficiaires de la clause¹⁵³. La victime peut aussi demander une réparation en nature, sous la forme d'une annulation de la vente¹⁵⁴, les actions retournant alors dans le patrimoine du vendeur¹⁵⁵.

Certaines juridictions ont été jusqu'à attribuer directement les titres au titulaire du droit de préemption qui n'avait pas été respecté, considérant que le vendeur qui avait vendu à un tiers avait indubitablement manifesté son intention de vendre, activant ainsi le droit d'acheter du titulaire du droit de préemption¹⁵⁶.

54. La différence de texte et de régime entre la SA et la SPRL peut se comprendre si l'on considère que les restrictions légales (applicables à la SPRL) sont censées connues par tous, alors que les restrictions conventionnelles ou statutaires ne le sont pas nécessairement¹⁵⁷. On le constate lorsque l'on com-

¹⁵¹ P. VAN OMMEFLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982) – Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 186, n° 82; Y. MERCHERS, « La tierce complicité de la violation d'une obligation contractuelle. Fin d'une incertitude », note sous Cass., 22 avril 1983, *R.C.J.B.*, 1984, spéc. pp. 376-383, n°s 11-26; D. LECLERCQ, *op. cit.*, p. 355.

¹⁵² Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, J. MALHERBE et Ph. MALHERBE, *op. cit.*, n°s 925 et 927, pp. 575-577.

¹⁵³ D. LECLERCQ, *op. cit.*, p. 356.

¹⁵⁴ Cass., 30 janvier 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 538, *R.C.J.B.*, 1966, p. 77, note J. DABIN, « De la sanction de la violation d'un pacte de préférence accordé à trois enfants, devenus ultérieurement héritiers, quand l'immeuble a été vendu à deux d'entre eux à l'exclusion du troisième », p. 81; Cass., 27 avril 2006, *Pas.*, 2006, p. 976. Voy. E. POTTIER, « Les cessions d'actions ou de parts au sein des sociétés anonymes, des sociétés privées à responsabilité limitée et des sociétés coopératives », *op. cit.*, p. 51, n° 78 et pp. 54-55, n° 82.

¹⁵⁵ Voy. P. VAN OMMEFLAGHE et X. DIEUX, *op. cit.*, p. 717, n° 103.

¹⁵⁶ Liège, 7 juin 2015, *R.D.C.*, 2015, p. 430, note N. HALLEMEESCH; Comm. Namur, 22 février 1990, *T.R.V.*, 1991, p. 234, note H. LAGA; Comm. Bruxelles, 1^{er} février 1985, *R.P.S.*, 1985, p. 217. Cette position ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine: voy. P. VAN OMMEFLAGHE et X. DIEUX, *op. cit.*, pp. 716-718, n° 103; J.-M. NELISSEN GRADE, « Goedkeurings- en voorkoopclausules in de naamloze vennootschap. Overeenkomsten betreffende de uitoefening van het stemrecht », in *N. V. en B.V.B.A. na de Wet van 18 juli 1991*, Kalmthout, Biblo, 1992, pp. 77-78, n°s 46-47; E. POTTIER, *op. cit.*, pp. 53-54, n° 81; D. LECLERCQ *op. cit.*, p. 355.

¹⁵⁷ Il existe toutefois une controverse à ce sujet, certains estimant que tout acheteur potentiel normalement prudent et diligent est censé vérifier les statuts de la société avant de conclure une convention de cession et, dès

pare la sanction d'inopposabilité aux associés des restrictions conventionnelles à la cessibilité, alors que, même en matière de sociétés anonymes, le Code prévoit expressément une sanction de nullité pour la violation d'une restriction légale à cette cessibilité¹⁵⁸. Le même principe est d'ailleurs appliqué en ce qui concerne les limitations aux pouvoirs des organes (*supra*, n° 18).

§ 3. Projet de réforme

55. Régime facultatif. Le projet de réforme contient à cet égard plusieurs pistes. D'une part, les règles en vigueur en ce qui concerne le régime de la cession d'actions dans la société anonyme seraient conservées telles qu'elles sont prévues aujourd'hui, à l'exception de quelques retouches techniques¹⁵⁹. D'autre part, dans l'idée d'une simplification et d'une « libéralisation » de la SPRL, les règles légales qui limitent la cessibilité des parts seraient supprimées ou, à tout le moins, deviendraient supplétives.

Le choix du régime appartiendrait aux fondateurs lors de la constitution de la société. Ils pourraient ainsi opter soit pour un régime comparable à celui existant actuellement dans la SPRL, à savoir un système caractérisé par l'*intuitu personae*, soit pour un régime de cessibilité calqué sur les règles de la société anonyme. « À défaut d'un choix clair, le système de la cessibilité limitée serait d'application. Le passage d'un système à l'autre devrait être régi par une procédure de majorité spéciale »¹⁶⁰.

56. Sanction envisagée. En conséquence, la sanction du non-respect des règles limitant la cessibilité des parts deviendrait l'inopposabilité de la cession à la société, plutôt que la nullité de celle-ci. On rejoindrait ainsi le régime applicable aux actions des sociétés anonymes.

La suppression de la sanction de nullité aurait aussi pour avantage de mieux respecter la logique (qu'on pourrait par ailleurs aussi remettre en cause) selon laquelle le Code des sociétés se préoccupe du fonctionnement des sociétés, et non des cessions de titres, lesquelles sont régies par le droit de la vente et, donc, le Code civil. Avec la sanction de l'inopposabilité, le Code des sociétés se borne à régler l'effet d'une cession irrégulière sur la société, et non la conséquence de celle-ci dans les relations entre parties.

Pour ce second aspect, on pourrait appliquer les règles du droit commun, découlant notamment de l'inopposabilité des effets internes des contrats, de

lors, présumé avoir connaissance des clauses statutaires restreignant la cession. Voy. D. LECLERCQ, *op. cit.*, p. 355 et les références citées en note n° 1081.

¹⁵⁸ Voy. art. 508 C. soc.

¹⁵⁹ O. CAPRASSE et M. WYCKAERT, *op. cit.*, 2014, p. 86.

¹⁶⁰ *Ibid.*

l'opposabilité de principe de leurs effets externes, de la tierce complicité et de la réparation en nature. En pratique, la combinaison de ces règles a souvent pour conséquence qu'une cession de titres en violation d'une règle d'insaisissabilité n'entraîne la nullité de la cession que si le tiers était de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il était conscient du fait qu'il participait à la violation, par son cocontractant, d'une obligation s'imposant à ce dernier (voy. *supra*, n° 53).

Conclusion

57. Le régime des nullités en droit des sociétés et des associations présente des particularités, qui proviennent en partie de l'harmonisation européenne et qui s'expliquent par le souci de protéger les tiers de bonne foi face aux désagréments qu'entraînerait pour eux la disparition rétroactive de la société ou des décisions de ses organes.

Pour compréhensible qu'elle soit, cette position a un prix : refuser l'annulation revient souvent à priver les intéressés d'un remède effectif, les règles de responsabilité s'avérant souvent inaptes à protéger parfaitement leurs droits, notamment en raison des difficultés à prouver le dommage ou eu égard à l'insolvabilité du responsable. Il y a là un délicat arbitrage à opérer entre des droits et des intérêts concurrents. Autant l'admettre : la solution adoptée ne sera jamais parfaite.

Le projet de réforme en cours d'élaboration ne révolutionnera pas le système actuel. Ce ne serait d'ailleurs pas opportun. Il apportera plus vraisemblablement quelques adaptations et corrections qui amélioreront la lisibilité du système, comme l'explicitation du régime pour la nullité des actes de l'organe de gestion. D'autres modifications au régime des nullités découleront de l'amendement de règles substantielles, en particulier le critère de distinction entre la société et l'association et la possibilité de céder librement les parts d'une SPRL.

Le rôle du nouveau Code n'est pas d'élaborer une théorie générale des nullités en droit des sociétés et des associations. Mais il démontrerait son utilité, dans cette matière, en alignant autant que possible les régimes de nullité. En particulier, les causes de nullité pourraient être identiques pour l'annulation de toutes les personnes morales ; un régime commun pourrait être défini pour la nullité des décisions des différents organes ; et les conditions auxquelles la nullité s'impose aux tiers pourraient être définies de la même manière.