

Données pour bpost

Revue « Juridique »
Bureau de dépôt Antwerpen X
Publication spéciale, juin 2024
P2A9483

COMMENTAIRE SYSTÉMATIQUE DU CODE DES SOCIÉTÉS ET DES ASSOCIATIONS

SUPPLÉMENT 56

Cher(ère) abonné(e),

Nous avons le plaisir de vous adresser le supplément n° 56 de votre ouvrage. **Nous vous rappelons que dorénavant, tous les suppléments que vous recevez doivent être insérés dans les nouveaux classeurs 1, 2 et 3 qui portent le titre « Commentaire systématique du Code des sociétés et des associations ». Nous vous prions de vous référer à la page suivante qui indique la nouvelle répartition des feuillets dans les différents classeurs.**

Ce supplément comprend :

- les commentaires de l'article 2:100 à 2:103 sur la clôture de la liquidation par Simon VANLAETHEM ;
- les commentaires de l'article 5:10 sur la libération des apports et 5:11 sur les formalités de constitution rédigés par Henri CULOT et Joanne DEFER ;
- les commentaires des articles 7:101 à 7:103 sur l'administrateur unique par Gilles COLLARD ;
- les commentaires des articles 7:188 à 7:194 sur l'augmentation du capital par Gabriela de PIERPONT ;
- les commentaires des articles 7:215 à 7:220 sur l'acquisition d'actions, de parts bénéficiaires ou de certificats propres par la société elle-même rédigés par Louis-François DU CASTILLON ;
- les commentaires des articles 9:3 et 9:5 sur l'ASBL rédigés par Denis DUFOUR et Daria LIKHATCHEVA.

Pour toute question relative à votre abonnement, vous pouvez prendre contact avec notre service clientèle par e-mail (wkbe.be/serviceclient) ou par téléphone (015 78 76 00).

Nous vous remercions pour votre fidélité à l'ouvrage.

Bien cordialement,
La rédaction

Éditeur responsable : Peter Immink

© 2024 Wolters Kluwer Belgium SA, Raghen Business Park, Motstraat 30, 2800 Malines

Classeur 1 (nouveau classeur)

Remplacer :

Préliminaires – 3/4b	par	Préliminaires – 3/4b
Préliminaires – 7/20	par	Préliminaires – 7/20

Remplacer :

C.S.A. art. 2:108 – 1/2	par	C.S.A. art. 2:100 – 1 à C.S.A. art. 2:108 – 2
C.S.A. art. 5:12 – 1/2	par	C.S.A. art. 5:10 – 1 à C.S.A. art. 5:12 – 2

Classeur 2 (nouveau classeur)

Ajouter :

Après la page C.S.A. art. 7:99 – 24 :

– Les pages : C.S.A. art. 7:101 – 1 à C.S.A. art. 7:103 – 2

Classeur 3 (nouveau classeur)

Remplacer :

C.S.A. art. 7:195 – 1/2	par	C.S.A. art. 7:188 – 1 à C.S.A. art. 7:195 – 2
C.S.A. art. 7:228 – 1/2	par	C.S.A. art. 7:215 – 1 à C.S.A. art. 7:228 – 2

Après la page C.S.A. art. 7:232 – 10 :

– L'onglet Livre 9. ASBL

– L'onglet Titre 1^{er}. Dispositions générales

– Les pages : C.S.A. art. 9:3 – 1/6

– L'onglet Titre 2. Organes

– Les pages : C.S.A. art. 9:5 – 1/4

PERSONALIA

Comité de rédaction

Louis-François DU CASTILLON, Avocat au barreau de Bruxelles

Jean-Marc GOLLIER, Avocat au barreau de Bruxelles, Maître de conférences à l'UCLouvain

Fabrice MOURLON BEERNAERT, Avocat à la Cour de cassation, Assistant à l'Université Libre de Bruxelles

Thomas SION, Avocat au barreau de Bruxelles

Edith WEEMAELS, Juriste (FSMA)

Auteurs

Michael ANDRÉ, Conseiller adjoint à l'Autorité des services et marchés financiers (FSMA)

André-Pierre ANDRÉ-DUMONT, Avocat

Maximilien ARNOLDY, Avocat

Alexia AUTENNE, Research Associate, National Fund for scientific Research (Belgium), Chercheur qualifiée, Fonds national de la Recherche scientifique, Professeur à l'UCLouvain, à l'ULB et à l'École royale militaire, Professor in Commercial Law, University of Louvain and University of Brussels

Roman AYDOGDU, Avocat au barreau de Liège, Professeur à l'ULiège, Maître de conférences à l'ULB

Etienne BEGUIN, Notaire, Maître de conférences à l'UCLouvain

Léopold BELLEMANS, Avocat

Anne BENOIT-MOURY (†), Professeur ordinaire à l'ULiège

Alexia BERTRAND, Avocate

Catherine BERTSCH, Avocate

Thierry BOSLY, Avocat

Arnaud COIBION, Avocat, Maître de conférences à l'UCLouvain

Gilles COLLARD, Avocat et Assistant à l'ULB

Louis CULOT, Avocat, Assistant à l'UCLouvain

Henri CULOT, Professeur à l'UCLouvain, Avocat

Benoît DAVID, Avocat

Gauthier DAVIGNON, Avocat

Steven DE BLAUWE, Conseiller à l'Institut des réviseurs d'entreprises (IRE), doctorant et membre du corps scientifique à la KU Leuven

Joanne DEFER, Avocate au barreau de Bruxelles

Jean-Pierre DEGUÉE, Conseiller à la Banque nationale de Belgique

Marie Amélie DELVAUX, Avocate, Maître de conférences à l'UNamur et chargée de cours à l'USaint-Louis Bruxelles

Valérie DEMEUR, Avocate

Pierre DE PAUW, Avocat

Gabriela DE PIERPONT, Maître de conférences à UCLouvain, Saint-Louis Bruxelles
Alexandre DE SELYS LONGCHAMPS, Avocat
Patrick DE WOLF, Avocat, Maître de conférences à l'UCL et aux FUCAM
Michel DE WOLF, Professeur à l'UCLouvain et à l'ULiège, Doyen honoraire de la Louvain School of Management, Président honoraire de l'Institut des réviseurs d'entreprises, Conseiller suppléant à la Cour d'appel de Liège
Sonja D'HOLLANDER, Coordinateur Contrôle de l'information des sociétés à la FSMA
Louis-François DU CASTILLON, Avocat au barreau de Bruxelles
Denis DUFOUR, Avocat
Adrien FINK, Avocat
Simon FLAMENT, Avocat
Marc FYON, Avocat au Barreau de Bruxelles, Maître de conférences à l'UCLouvain
Zoé GALLEZ, Avocate
Aurore GILLET, Avocate
Marie-Charlotte GODEFROID, Avocate
Jean-Marc GOLLIER, Avocat au barreau de Bruxelles, Maître de conférences à l'UCLouvain
Françoise GUEBS, Avocate
Pascale HAINAUT-HAMENDE, Conseiller juridique
Philippe HAMER, Avocat
Adrien HANOTEAU, Avocat
Delphine HEENEN, Avocate
Paul HERMANT, Avocat
Alexandre HUBLES, Avocat
Natalie KONINGS, Avocate
Isabelle LEBBE, Avocate
Aleko LEBBINK, Avocat
Emmanuel LEROUX, Avocat
Victoria LIÉGEOIS, Avocate
Daria LIKHATCHEVA, Avocate
Thomas LINARD de GUERTECHIN, Avocate au barreau de Bruxelles
Frédéric MAGNUS, Candidat-notaire, Assistant à l'UCLouvain
Francine MESSINNE, Avocate au barreau de Bruxelles, Assistante chargée de cours et d'exercices pratiques à l'ULB
Dominique MOUGENOT, Juge, Maître de Conférence
Fabrice MOURLON BEERNAERT, Avocat, Assistant à l'Université Libre de Bruxelles, Juge suppléant au Tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles
Adrien NAVEZ, candidat-notaire
Edouard-Jean NAVEZ, Notaire à Wavre et Professeur à l'UCLouvain
Pierre NICAISE, Notaire
Henri OLIVIER, Secrétaire général de la Fédération des Experts comptables européens

Alexandra PARDOU, Avocate aux Barreaux de Bruxelles et de Luxembourg
Marie PETRE, Avocate
Denis PHILIPPE, Avocat, Professeur à l'UCLouvain, Professeur invité à l'Université de Paris X
Françoise PINTE, Juge
Julien POCHET, Avocat
Viktor POKORNY, Avocat au Barreau de Bruxelles
Dimitri REISINGER, Avocat
Jean Pierre RENARD, Avocat
Laurent ROBERT, Avocat
Patrick SAERENS, Avocat
Hugues SIMON, Avocat
Thomas SION, Avocat au barreau de Bruxelles
Yvan STEMPNIERWSKY, Avocat aux Barreaux de Bruxelles et de Luxembourg, Maître de conférences UCL-Mons (FUCaM) et Université de Luxembourg
Gérald STEVENS, Avocat aux Barreaux de Bruxelles et de Luxembourg
Anne TILLEUX, Avocate
Dorothée VANDERHOFSTADT, Avocate
Erwin VANDERSTAPPEN, Directeur juridique à l'Institut des réviseurs d'entreprise (IRE)
Simon VANLAETHEM, Avocat
Caroline VERBRUGGEN, Avocate
Thibault VERDICKT, Avocat
Jean-Pierre VINCKE, Réviseur d'entreprise honoraire
Sophie WATILLON, Conseiller à la Banque nationale de Belgique
Marie WAUCQUEZ, Avocate
Édith WEEMAELS, Juriste FSMA
Didier WILLERMAIN, Avocat
Sébastien WOLFF, Avocat, Assistant à l'UCLouvain
Victor YANGANDI, Conseiller juridique à l'Institut des réviseurs d'entreprise (IRE)

TABLE DES MATIÈRES

Classeur 1 (nouveau classeur)

Partie 2. Les sociétés

Aspects de droit international privé

Aspects de droit international privé des sociétés Roman AYDOGDU

Livre 2. Dispositions communes aux personnes morales régies par le présent code

Titre 4. Constitution et formalités de publicité

Chapitre 1 ^{er} . Forme de l’acte constitutif	
Art. 2:5	Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ
Chapitre 3. Formalités de publicité	
Section 1 ^{re} . Personnes morales belges	
Sous-section 1 ^{re} . Le dossier de la personne morale	
Art. 2:7	Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ
Art. 2:8	Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ
Art. 2:12	Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ
Sous-section 2. Obligations de publication	
Art. 2:13	Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ
Art. 2:14	Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ
Sous-section 3. Opposabilité	
Art. 2:18	Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ
Art. 2:19	Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ
Sous-section 4. De certaines indications à faire dans les actes	
Art. 2:20	Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ
Art. 2:21	Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ
Art. 2:22	Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ
Section 2. Personnes morales étrangères disposant en Belgique d’une succursale	
Sous-section 1 ^{re} . Dossier de la personne morale étrangère disposant en Belgique d’une succursale	
Art. 2:23	Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ
Art. 2:24	Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ
Sous-section 2. Obligation de publication	
Art. 2:27	Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ

Sous-section 3. Opposabilité

Art. 2:28 Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ

Sous-section 4. De certaines indications à faire dans les actes émanant des succursales

Art. 2:29 Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ

Chapitre 5. De la langue

Art. 2:33 Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ

Titre 6. Administration

Chapitre 1^{er}. Administration et représentation

Art. 2:49 Hugues SIMON

Titre 8. De la dissolution et de la liquidation

Chapitre 1^{er}. Dissolution et liquidation des sociétés

Section 2. Liquidation des sociétés

Sous-section 7. Clôture de la liquidation

Art. 2:100 Simon VANLAETHEM

Art. 2:101 Simon VANLAETHEM

Art. 2:102 Simon VANLAETHEM

Art. 2:103 Simon VANLAETHEM

Section 3. Disposition pénale

Art. 2:108 Fabrice MOURLON BEERNAERT et Maximilien ARNOLDY

Titre 9. Actions et prescriptions

Art. 2:142 Dominique MOUGENOT

Art. 2:143 Dominique MOUGENOT

Art. 2:144 Dominique MOUGENOT

Art. 2:145 Dominique MOUGENOT

Livre 3. Les comptes annuels

Titre 1^{er}. Comptes annuels des sociétés dotées de la personnalité juridique

Chapitre 2. Les comptes consolidés, le rapport de gestion et les prescriptions en matière de publicité

Section 1^{re}. Champ d'application

Art. 3:21 Yvan STEMPIERWSKY

Section 2. Généralités : l'obligation de consolidation

Art. 3:22	Yvan STEMPNIERWSKY
Art. 3:23	Yvan STEMPNIERWSKY
Art. 3:24	Yvan STEMPNIERWSKY
Art. 3:25	Yvan STEMPNIERWSKY
Art. 3:26	Yvan STEMPNIERWSKY
Art. 3:27	Yvan STEMPNIERWSKY
Art. 3:28	Yvan STEMPNIERWSKY

Section 3. Périmètre de consolidation et comptes consolidés

Art. 3:29	Yvan STEMPNIERWSKY
Art. 3:30	Yvan STEMPNIERWSKY
Art. 3:31	Yvan STEMPNIERWSKY

Section 6. Prescriptions en matière de publicité

Art. 3:35	Yvan STEMPNIERWSKY
Art. 3:36	Yvan STEMPNIERWSKY

Titre 4. Le contrôle légal des comptes annuels et des comptes consolidés des sociétés dotées de la personnalité juridique

Chapitre 5. Dispositions pénales

Art. 3:96	Fabrice MOURLON BEERNAERT et Maximilien ARNOLDY
Art. 3:97	Fabrice MOURLON BEERNAERT et Maximilien ARNOLDY

Livre 5. La société à responsabilité limitée**Titre 1^{er}. Nature et qualification**

Art. 5:2	Marc FYON et Viktor POKORNY
----------	-----------------------------

Titre 2. ConstitutionChapitre 1^{er}. Capitaux propres de départ

Art. 5:3	Henri CULOT et Joanne DEFER
Art. 5:4	Henri CULOT et Joanne DEFER

Chapitre 2. Souscription des actions

Section 1^{re}. Souscription intégrale

Art. 5:5	Henri CULOT et Joanne DEFER
Art. 5:6	Henri CULOT et Joanne DEFER

Section 2. Apport en nature

Art. 5:7 Henri CULOT, Joanne DEFER et Pascale
HAINAUT-HAMENDE

Chapitre 3. Libération des apports

Art. 5:8 Henri CULOT, Joanne DEFER et Pascale
HAINAUT-HAMENDE

Art. 5:9 Henri CULOT, Joanne DEFER et Pascale HAINAUT-HAMENDE

Art. 5:10 Henri CULOT et Joanne DEFER

Chapitre 4. Formalités de constitution

Art. 5:11 Henri CULOT et Joanne DEFER

Art. 5:12 Henri CULOT, Joanne DEFER et Pascale HAINAUT-HAMENDE

Chapitre 5. Nullité

Art. 5:13 Henri CULOT et Joanne DEFER

Art. 5:14 Henri CULOT et Joanne DEFER

Chapitre 6. Garantie et responsabilités

Art. 5:15 Henri CULOT, Joanne DEFER et Pascale HAINAUT-HAMENDE

Art. 5:16 Henri CULOT, Joanne DEFER et Pascale HAINAUT-HAMENDE

Art. 5:17 Henri CULOT, Joanne DEFER et Pascale
HAINAUT-HAMENDE

Titre 3. Des titres et de leur transfert

Chapitre 2. De la forme des titres

Section 1^{re}. Titres nominatifs

Art. 5:23 Pierre DE PAUW et Léopold BELLEMANS

Art. 5:24 Pierre DE PAUW et Léopold BELLEMANS

Art. 5:25 Pierre DE PAUW et Léopold BELLEMANS

Art. 5:26 Pierre DE PAUW et Léopold BELLEMANS

Art. 5:27 Pierre DE PAUW et Léopold BELLEMANS

Art. 5:28 Pierre DE PAUW et Léopold BELLEMANS

Art. 5:29 Pierre DE PAUW et Léopold BELLEMANS

Chapitre 3. Des différentes catégories de titres

Section 2. Des classes d'actions

Art. 5:48 Thomas SION

Section 3. Certificats

Art. 5:49

Valérie DEMEUR

Section 4. Offre de reprise

Art. 5:69

Valérie DEMEUR

Titre 4. Organes de la société et assemblée générale des obligataires

Introduction

Chapitre 1^{er}. Administration*Section 1^{re}. Composition*

Art. 5:70

Louis-François DU CASTILLON

Art. 5:71

Louis-François DU CASTILLON

Section 2. Rémunération

Art. 5:72

Louis-François DU CASTILLON

Section 3. Pouvoirs et fonctionnement

Art. 5:73

Louis-François DU CASTILLON

Art. 5:74

Louis-François DU CASTILLON

Art. 5:75

Louis-François DU CASTILLON

Art. 5:76

Louis-François DU CASTILLON

Art. 5:77

Louis-François DU CASTILLON

Art. 5:78

Louis-François DU CASTILLON

Chapitre 2. Assemblée générale des actionnaires

*Section 1^{re}. Dispositions communes**Sous-section 1^{re}. Égalité de traitement*

Art. 5:80

Gauthier DAVIGNON et Adrien FINK

Sous-section 2. Pouvoirs

Art. 5:81

Gauthier DAVIGNON et Adrien FINK

Art. 5:82

Gauthier DAVIGNON et Adrien FINK

Sous-section 3. Convocation de l'assemblée générale

Art. 5:83

Gauthier DAVIGNON et Adrien FINK

Art. 5:84

Gauthier DAVIGNON et Adrien FINK

Sous-section 4. Assemblée générale écrite

Art. 5:85

Gauthier DAVIGNON et Adrien FINK

Sous-section 5. Participation à l'assemblée générale

Art. 5:86

Gauthier DAVIGNON et Adrien FINK

Art. 5:87

Gauthier DAVIGNON et Adrien FINK

Art. 5:88

Gauthier DAVIGNON et Adrien FINK

Art. 5:89

Gauthier DAVIGNON et Adrien FINK

Sous-section 6. Tenue de l'assemblée générale

Art. 5:90	Gauthier DAVIGNON et Adrien FINK
Art. 5:91	Gauthier DAVIGNON et Adrien FINK
Art. 5:92	Gauthier DAVIGNON et Adrien FINK
Art. 5:93	Gauthier DAVIGNON et Adrien FINK
Art. 5:94	Gauthier DAVIGNON et Adrien FINK

Sous-section 7. Modalités de l'exercice du droit de vote

Art. 5:95	Gauthier DAVIGNON et Adrien FINK
-----------	----------------------------------

Section 2. Assemblée générale ordinaire

Art. 5:96	Gauthier DAVIGNON et Adrien FINK
Art. 5:97	Gauthier DAVIGNON et Adrien FINK
Art. 5:98	Gauthier DAVIGNON et Adrien FINK
Art. 5:99	Gauthier DAVIGNON et Adrien FINK

Section 3. Assemblée générale extraordinaire

Sous-section 1^{re}. Modification des statuts en général

Art. 5:100	Victoria LIÉGEOIS
------------	-------------------

Sous-section 2. Modification de l'objet et des buts

Art. 5:101	Victoria LIÉGEOIS
------------	-------------------

Sous-section 3. Modification des droits attachés aux classes d'actions

Art 5:102	Victoria LIÉGEOIS
-----------	-------------------

Chapitre 3. De l'action sociale et de l'action minoritaire

Section 3. Experts

Art. 5:106	Thomas SION
------------	-------------

Classeur 2 (nouveau classeur)

Titre 5. Du patrimoine de la société

Chapitre 1^{er}. Apports supplémentaires et émission de nouvelles actions, d'obligations convertibles et de droits de souscription

Section 1^{re}. Dispositions communes

Art 5:120	Gabriela DE PIERPONT
Art 5:121	Gabriela DE PIERPONT
Art 5:122	Louis-François DU CASTILLON et Dorothee VANDERHOFSTADT
Art 5:123	Gabriela DE PIERPONT
Art 5:124	Gabriela DE PIERPONT
Art 5:125	Gabriela DE PIERPONT
Art 5:126 et 5:127	Gabriela DE PIERPONT

*Section 2. Apports en numéraire**Sous-section 1^{re}. Droit de préférence*

Art 5:128 et 5:129 Gabriela DE PIERPONT

Sous-section 2. Limitation et suppression du droit de préférence

Art 5:130 Gabriela DE PIERPONT

Art 5:131 Gabriela DE PIERPONT

Sous-section 3. Libération des apports en numéraire

Art 5:132 Gabriela DE PIERPONT

Section 3. Apport en nature

Art 5:133 Gabriela DE PIERPONT

*Section 4. Délégation de pouvoirs à l'organe d'administration**Sous-section 1^{re}. Principes*

Art. 5:134 Gabriela DE PIERPONT

Sous-section 2. Limitations

Art. 5:135 et 5:136 Gabriela DE PIERPONT

Sous-section 3. Emission d'actions, d'obligations convertibles et de droits de souscription par l'organe d'administration

Art. 5:137 Gabriela DE PIERPONT

Section 5. Garantie et responsabilité

Art. 5:138 Henri CULOT, Joanne DEFER et Pascale HAINAUT-HAMENDE

Art. 5:139 Henri CULOT, Joanne DEFER et Pascale HAINAUT-HAMENDE

Art. 5:140 Henri CULOT, Joanne DEFER et Pascale HAINAUT-HAMENDE

Chapitre 2. Maintien du patrimoine de la société

Section 1^{re}. Des distributions aux actionnaires et tantièmes

Art. 5:141 – 5:144 Simon FLAMENT et Jean-Marc GOLLIER

Art. 5:153 Simon FLAMENT et Jean-Marc GOLLIER

Titre 8. Dispositions pénales

Art. 5:158 Fabrice MOURLON BEERNAERT

Livre 6. La société coopérative**Titre 3. Des titres et de leur transfert**

Chapitre 3. Des différentes catégories de titres

Section 2. Des classes d'actions

Art. 6:46 Thomas SION

Titre 4. Organes de la société et assemblée générale des obligataires

Chapitre 3. De l'action sociale et de l'acton minoritaire

Section 3. Experts

Art 6:91

Thomas SION

Titre 8. Dispositions pénales

Art 6:128

Fabrice MOURLON BEERNAERT et Maximilien ARNOLDY

Livre 7. La société anonyme

Titre 2. Constitution

Chapitre 1^{er}. Montant du capital

Art. 7:2 – 7:3

Pascale HAMENDE

Chapitre 2. Souscription du capital

Section 1^{re}. Intégralité de la souscription

Art. 7:4 – 7:5

Pascale HAMENDE

Section 2. Apport en nature

Art. 7:6 – 7:7

Pascale HAMENDE

Section 3. Quasi-apport

Art. 7:8 – 7:10

Pascale HAMENDE

Chapitre 3. Libération du capital

Art. 7:11 – 7:12

Pascale HAMENDE

Chapitre 4. Formalités de constitution

Section 1^{re}. Procédés de constitution

Art. 7:13

Pascale HAMENDE

Section 2. Mentions de l'acte constitutif

Art. 7:14

Pascale HAMENDE

Chapitre 5. Nullités

Art. 7:15 – 7:16

Pascale HAMENDE

Chapitre 6. Garantie et responsabilités

Art. 7:17 – 7:21

Pascale HAMENDE

Titre 3. Des titres et de leur transfert

Chapitre 2. De la forme des titres

Section 1^{re}. Titres nominatifs

Art. 7:27	Pierre DE PAUW et Léopold BELLEMANS
Art. 7:28	Pierre DE PAUW et Léopold BELLEMANS
Art. 7:29	Pierre DE PAUW et Léopold BELLEMANS
Art. 7:30	Pierre DE PAUW et Léopold BELLEMANS
Art. 7:31	Pierre DE PAUW et Léopold BELLEMANS
Art. 7:32	Pierre DE PAUW et Léopold BELLEMANS
Art. 7:33	Pierre DE PAUW et Léopold BELLEMANS
Art. 7:34	Pierre DE PAUW et Léopold BELLEMANS

Chapitre 3. Des différentes catégories de titres

Section 1^{re}. Des actions

Sous-section 1^{re}. Dispositions générales

Art. 7:45	Victoria LIÉGEOIS
Art. 7:46	Victoria LIÉGEOIS

Section 3. Des classes d'actions ou de parts bénéficiaires

Art. 7:60	Thomas SION
-----------	-------------

Section 4. Des certificats

Art. 7:61	Valérie DEMEUR et Laurent ROBERT
-----------	----------------------------------

Chapitre 4. Du transfert de titres

Section 1^{re}. Dispositions générales

Art. 7:73	Denis PHILIPPE
Art. 7:74	Denis PHILIPPE
Art. 7:75	Denis PHILIPPE
Art. 7:76	Denis PHILIPPE
Art. 7:77	Denis PHILIPPE

Section 2. Restrictions à la cessibilité des titres

Art. 7:78	Denis PHILIPPE
Art. 7:79	Denis PHILIPPE
Art. 7:80	Denis PHILIPPE

Section 3. L'offre de reprise

Art. 7:82	Valérie DEMEUR et Laurent ROBERT
-----------	----------------------------------

Section 4. Publicité des participations importantes

Art. 7:83	Sonja D'HOLLANDER
Art. 7:84	Sonja D'HOLLANDER

Titre 4. Organes de la société et assemblée générale des obligataires

Chapitre 1^{er}. Administration

Section 1^{re}. Administration moniste

Sous-section 1^{re}. Composition

Art. 7:85 Francine MESSINNE

Art. 7:86 Francine MESSINNE

Sous-section 3. Pouvoirs et fonctionnement du conseil d'administration

Art. 7:93 Gérald STEVENS et Alexandra PARDOU

Art. 7:94 Gérald STEVENS et Alexandra PARDOU

Art. 7:95 Gérald STEVENS et Alexandra PARDOU

Sous-section 4. Comités au sein du conseil d'administration

Art 7:98 Jean-Marc GOLLIER

Art 7:99 Jean-Marc GOLLIER

Section 2. L'administrateur unique

Art. 7:101 Gilles COLLARD

Art. 7:102 Gilles COLLARD

Art. 7:103 Gilles COLLARD

Section 3. Administration duale

Sous-section 1^{re}. Organes et composition

Art. 7:104 Francine MESSINNE

Art. 7:105 Francine MESSINNE

Art. 7:106 Francine MESSINNE

Art. 7:107 Francine MESSINNE

Sous-section 4. Comités au sein du conseil de surveillance

Art 7:119 Jean-Marc GOLLIER

Chapitre 2. Assemblée générale des actionnaires

Section 1^{re}. Dispositions communes

Sous-section 1^{re}. Égalité de traitement

Art. 7:123 Gauthier DAVIGNON et Emmanuel LEROUX

Sous-section 2. Pouvoirs

Art. 7:124 Gauthier DAVIGNON et Emmanuel LEROUX

Art. 7:125 Gauthier DAVIGNON et Emmanuel LEROUX

Sous-section 3. Convocation de l'assemblée générale

Art. 7:126 Gauthier DAVIGNON et Emmanuel LEROUX

Art. 7:127 Gauthier DAVIGNON et Emmanuel LEROUX

Art. 7:128	Gauthier DAVIGNON et Emmanuel LEROUX
Art. 7:129	Gauthier DAVIGNON et Emmanuel LEROUX
Art. 7:130	Gauthier DAVIGNON et Emmanuel LEROUX
Art. 7:131	Gauthier DAVIGNON et Emmanuel LEROUX
Art. 7:132	Gauthier DAVIGNON et Emmanuel LEROUX
<i>Sous-section 4. Assemblée générale écrite</i>	
Art. 7:133	Gauthier DAVIGNON et Emmanuel LEROUX
<i>Sous-section 5. Participation à l'assemblée générale</i>	
Art. 7:134	Gauthier DAVIGNON et Emmanuel LEROUX
Art. 7:135	Gauthier DAVIGNON et Emmanuel LEROUX
Art. 7:136	Gauthier DAVIGNON et Emmanuel LEROUX
Art. 7:137	Gauthier DAVIGNON et Emmanuel LEROUX
<i>Sous-section 6. Tenue de l'assemblée générale</i>	
Art. 7:138	Gauthier DAVIGNON et Emmanuel LEROUX
Art. 7:139	Gauthier DAVIGNON et Emmanuel LEROUX
Art. 7:140	Gauthier DAVIGNON et Emmanuel LEROUX
Art. 7:141	Gauthier DAVIGNON et Emmanuel LEROUX
<i>Sous-section 7. Modalités d'exercice du droit de vote</i>	
Art. 7:142	Gauthier DAVIGNON et Emmanuel LEROUX
Art. 7:143	Gauthier DAVIGNON et Emmanuel LEROUX
Art. 7:144	Gauthier DAVIGNON et Emmanuel LEROUX
Art. 7:145	Gauthier DAVIGNON et Emmanuel LEROUX
Art. 7:146	Gauthier DAVIGNON et Emmanuel LEROUX

Sous-section 8. Transparence des conseillers en vote

Art. 7:146/1 Gauthier DAVIGNON et Emmanuel LEROUX

Art. 7:146/2 Gauthier DAVIGNON et Emmanuel LEROUX

Section 2. Assemblée générale ordinaire

Art. 7:147 Gauthier DAVIGNON et Emmanuel LEROUX

Art. 7:148 Gauthier DAVIGNON et Emmanuel LEROUX

Art. 7:149 Gauthier DAVIGNON et Emmanuel LEROUX

Art. 7:150 Gauthier DAVIGNON et Emmanuel LEROUX

Section 4. Assemblée générale extraordinaire

Sous-section 3. Modification des droits attachés à des classes d'actions ou de parts bénéficiaires

Art. 7:155 Louis-François DU CASTILLON et
Dorothée VANDERHOFSTADT

Chapitre 3. De l'action sociale et de l'action minoritaire

Section 3. Experts

Art 7:160 Thomas SION

Classeur 3 (nouveau classeur)

Titre 5. Du capital

Chapitre 1^{er}. Augmentation du capital

Section 1^{re}. Dispositions communes

Art. 7:177 Laurent ROBERT et Valérie DEMEUR

Art. 7:178 Laurent ROBERT et Valérie DEMEUR

Art. 7:179 Laurent ROBERT et Valérie DEMEUR

Art. 7:180 Laurent ROBERT et Valérie DEMEUR

Art. 7:181 Laurent ROBERT et Valérie DEMEUR

Art. 7:182 Laurent ROBERT et Valérie DEMEUR

Art. 7:183 et 7:184 Laurent ROBERT et Valérie DEMEUR

Art. 7:185 et 7:186 Laurent ROBERT et Valérie DEMEUR

Art. 7:187 Laurent ROBERT et Valérie DEMEUR

Section 2. Augmentation de capital par apports en numéraire

Sous-section 1^{re}. Droit de préférence

Art. 7:188 Gabriela de PIERPONT

Art. 7:189 Gabriela de PIERPONT

Sous-section 2. Limitation du droit de préférence

Art. 7:190	Gabriela de PIERPONT
Art. 7:191	Gabriela de PIERPONT
Art. 7:192	Gabriela de PIERPONT
Art. 7:193	Gabriela de PIERPONT
Art. 7:194	Gabriela de PIERPONT

Sous-section 3. Libération des apports en numéraire

Art. 7:195	Pascale HAMENDE
------------	-----------------

Section 5. Augmentation de capital destinée au personnel

Art. 7:204	Valérie DEMEUR et Thomas LINARD de GUERTECHIN
------------	---

Section 6. Garantie et responsabilités

Art. 7:205	Pascale HAMENDE
Art. 7:206	Pascale HAMENDE
Art. 7:207	Pascale HAMENDE

Chapitre 2. Réduction du capital

Art. 7:208	Valérie DEMEUR et Laurent ROBERT
Art. 7:209	Valérie DEMEUR et Laurent ROBERT
Art. 7:210	Valérie DEMEUR et Laurent ROBERT

Chapitre 3. Maintien du capital*Section 2. De l'acquisition d'actions, de parts bénéficiaires ou de certificats propres**Sous-section 1^{re}. De l'acquisition d'actions, de parts bénéficiaires ou de certificats propres par la société elle-même*

Art. 7:215	Louis-François DU CASTILLON
Art. 7:216	Louis-François DU CASTILLON
Art. 7:217	Louis-François DU CASTILLON
Art. 7:218	Louis-François DU CASTILLON
Art. 7:219	Louis-François DU CASTILLON
Art. 7:220	Louis-François DU CASTILLON

Section 4. Procédure de sonnette d'alarme

Art. 7:228	Louis-François DU CASTILLON
Art. 7:229	Louis-François DU CASTILLON

Titre 7. Dispositions pénales

Art. 7:232	Fabrice MOURLON BEERNAERT
------------	---------------------------

Livre 9. ASBL

Titre 1^{er}. Dispositions générales

Chapitre 2. Membres et registre des membres

Art. 9:3

Denis DUFOUR & Daria LIKKATCHEVA

Titre 2. Organes

Chapitre 1^{er}. Administration

Section 1^{re}. Composition

Art. 9:5

Denis DUFOUR & Daria LIKKATCHEVA

Livre 16. La société coopérative européenne

Titre 9. Dispositions pénales

Art 16:32

Fabrice MOURLON BEERNAERT et Maximilien ARNOLDY

Tableau comparatif

Tableau comparatif SRL, SC et SA
dans le C.S.A.

Jean-Pierre VINCKE

Tables de concordance

Table de concordance Code des sociétés et des associations – Code des sociétés

Table de concordance Code des sociétés – Code des sociétés et des associations

Index

Index des sociétés

Jean-Pierre VINCKE

Chapitre 1^{er}. Dissolution et liquidation des sociétés

Section 2. Liquidation des sociétés

Sous-section 7. Clôture de la liquidation

2:100. Après la liquidation et au moins un mois avant l'assemblée générale, le liquidateur dépose au siège de la société un rapport chiffré sur la liquidation comportant les comptes de liquidation et pièces à l'appui. Le rapport contient, le cas échéant, les informations relatives à la restitution des apports et à la distribution d'un éventuel solde de liquidation aux actionnaires ou aux associés. Ces documents sont contrôlés par le commissaire. Lorsqu'il n'y a pas de commissaire, les associés ou les actionnaires disposent d'un droit individuel d'investigation, pour lequel ils peuvent se faire assister d'un réviseur d'entreprises ou d'un expert-comptable certifié. Il ne peut être renoncé au délai d'un mois qu'avec l'accord de tous les associés ou actionnaires et détenteurs de titres conférant le droit de vote, donné soit individuellement avant l'assemblée à laquelle la clôture sera décidée, soit ensemble à l'occasion de cette assemblée, préalablement à l'examen de tout autre point à l'ordre du jour.

Après avoir, le cas échéant, pris connaissance du rapport, l'assemblée générale se prononce sur l'approbation des comptes. Elle statue ensuite par un vote spécial sur la décharge des liquidateurs et, le cas échéant, du commissaire ainsi que sur la clôture de la liquidation.

Concordance : l'article 2:100 est une reformulation de l'article 194 C. soc.

Commentaire de l'article 2:100 du Code des sociétés et des associations

Auteur : Simon VANLAETHEM

Mise à jour : 30 mars 2024

DOCTRINE IMPORTANTE

ALDERS, A., « Afsluiting van de vereffening », in A. Alders et D. Pardo, *Praktische gids voor vereffenaars van vennootschappen*, Malines, Kluwer, 2013, p. 185-214.

AYDOGDU, R., « Le nouveau régime de dissolution et de liquidation des sociétés », in *Le nouveau droit des sociétés et des associations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 453-487.

AYDOGDU, R., « La survie 'passive' des sociétés après la clôture de leur liquidation : The Walking Dead », *R.D.C.-T.B.H.*, 2020/5, p. 655-685.

BAART, T. et ROEMERS, S., « Bedenkingen bij de sluiting van de vereffening van een (deficitaire) vereffening », *T.R.V.*, 2005/05, p. 285-296.

BERCKMANS, C., *De vereffeningprocedure*, Malines, Kluwer, 2014, 881 p.

BRAECKMANS, H. et HOUBEN, R., *Handboek Vennootschapsrecht*, Anvers, Intersentia, 2021, 2^e éd., p. 831-884.

CLOTTENS, C., « De (vroegtijdige) sluiting van de vereffening van vennootschappen met rechtspersoonlijkheid », in F. Buyssens *et al.*, *Vennootschapsrechtelijke Clausules voor het Notariaat. Liber Amicorum Prof. Dr. Luc Weyts*, Bruxelles, Groep De Boeck, 2011, p. 115-138.

DIEUX, X. *et al.*, « Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (deuxième partie) », *R.C.J.B.*, 2016/2, p. 261-378.

D'HOOGHE, D., « De voortijdige sluiting van de vereffening van handelsvennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid », *T.R.V.*, 1993, p. 424-426.

DE BIE, M., CORYNEN, M. et PIETTE, C., « Art. 194 W. Venn. », in *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, 2016, 48 p.

DU FAUX, H., « Liquidation des sociétés commerciales », *Rép. not.*, t. XII, Le droit commercial et économique, Livre 6, Bruxelles, Larcier, 2003, n° 132-159.

FREDERICQ, L., *Addendum au Manuel de droit commercial belge*, Bruxelles, Bruylant, 1970, p. 2102-2103.

GOL, D. et LEBEAU, J., « La dissolution et la liquidation des personnes morales », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/10, p. 1153-1180.

JEHASSE, P., *Manuel de la liquidation*, 2^e éd., Malines, Kluwer, 2007, 776 p.

LAMBRECHTS, J., « De vereffening van de BVBA en de NV », *Série Notariële Praktijkstudies*, Kluwer, 2012., p. 189-239.

LECLERCQ, D., « III - Le déroulement de la liquidation », in De Cordt, Y. et André-Dumont, A.-P. (dir.), *Droit des sociétés – Millésime 2011*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 506-533.

LEMAL, M., *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, Diegem, Kluwer, 2014, 644 p.

MARX, J.-M., *Manuel du liquidateur de sociétés anonymes*, Bruxelles, Larcier, 1931, p. 190-209.

MASIUS, J., « De la liquidation des sociétés commerciales », *B.J.*, 1984, p. 193-202.

MERCIER, S., « Chapitre 6 - La liquidation des sociétés commerciales », in *Droit des sociétés*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier Business, 2016, p. 313-360.

RENAULD, J.-G., « Effets de la clôture de la liquidation sur l'existence des sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1963, p. 45.

RESTEAU, C., *Les sociétés anonymes devant les Lois belges*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 1913, IV, n^o 1968, p. 124-148.

SIMONART, V. (coord.) *et al.*, *La dissolution et la liquidation des sociétés*, Limal, Anthemis, 2022, 325 p.

VAN EETVELDE, J., Ontbinding en vereffening van vennootschappen – een fundamentele analyse van het ontbindings en vereffeningskader in het vennootschapsrecht, UCL, 2022, 628 p.

VAN GERVEN, D., « § 20. - Ontbinding en vereffening », in *Handboek Vennootschappen - Algemeen deel*, 2^e ed., Bruxelles, Intersentia, 2020, p. 974-1113.

VAN GERVEN D. et CULOT, H., « Kroniek vennootschapsrecht 2018-2019 », *RPS-TRV*, 2019/6, n^o 22-26.

VAN OMMESLAGHE, P., « Les liquidations volontaires et les concordats », in *L'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2012, 78 p.

VAN RYN, J., *Principes de droit commercial*, Bruxelles, Bruylant, 1957, II, p. 138-143.

VAN RYN, J. et VAN OMMESLAGHE, J., « Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales (1954 à 1956) », *R.C.J.B.*, 1958, p. 86-93 et « Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales (1957 à 1960) », *R.C.J.B.*, 1962, p. 412-419.

VINCKE, J.-P., « Chapitre 4 - Dissolution et liquidation », in *Comptabilité des entreprises*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier Business, 2023, p. 811-823.

JURISPRUDENCE IMPORTANTE

Cass., 1^{er} décembre 1925, *Pas.*, 1926, I, 88.

Cass., 8 mai 1930, *Pas.*, 1930, I, 202.

Cass., 22 mars 1962, *Pas.*, 1962, I, 807.

Cass., 20 mars 2002, *Pas.*, 2002, 759.

Cass., 7 novembre 2019, *Pas.*, 2019, 654-655.

Cass., 14 février 2020, C.19.0108.F, *Pas.*, 2020, p. 1986-1989.

Cass., 26 novembre 2021, C.20.0572.F, *R.D.C.-T.B.H.*, 2022/9-10, p. 1219.

Cass., 25 novembre 2022, F.22.0022.N, C.F., 2023/1, p. 16-21.

COMMENTAIRE

Structure

- I. Introduction
- II. Nouveautés au titre de l'article 2:100 et champ d'application
- III. Qui constate la clôture de la liquidation et à quel moment la clôture peut-elle être demandée ?
 - A. Principe
 - B. Toutes les dettes doivent-elles être payées ?
 - C. Clôture immédiate de la liquidation
- IV. Les méthodes de clôture de la liquidation
 - A. Clôture en application de l'article 2:100 du CSA
 - B. Clôture implicite
 - C. Clôture par la reprise d'actif et de passif – Liquidation particulière
- V. Les conséquences de la clôture de la liquidation
 - A. Pour la société liquidée
 - 1. Fin de la personnalité juridique
 - 2. Survie passive
 - 3. Liquidation et faillite
 - B. Pour le liquidateur
 - C. Pour les créanciers
 - D. Pour les actionnaires ou associés
- VI. Sanctions pénales

I. Introduction

I La clôture de la liquidation, à la suite d'une dissolution volontaire, marque la fin de vie de la société, elle disparaît de l'espace juridique. C'est la dernière phase du processus des opérations de liquidation de la société après sa dissolution et cette décision marque définitivement la fin de la société comme sujet de droit.

L'article 2:100 du Code des sociétés et des associations (« CSA ») est le successeur de l'article 194 du Code des sociétés (« C. soc. »). Profitant du CSA, le législateur a clarifié la procédure relative à la liquidation, en uniformisant la procédure et mettant en exergue les différences entre les deux formes de liquidation. L'ancien article 194 du C. soc., portant sur la clôture de la liquidation volontaire et judiciaire, a ainsi été scindé en deux articles distincts, dont l'article 2:100 du CSA faisant l'objet du présent Commentaire, qui porte sur la clôture de la liquidation prononcée par décision de l'assemblée générale de la société.

Le législateur a uniformisé la procédure relative à la liquidation, la grande majorité de la procédure relative à la clôture étant identique entre les deux formes de clôture. Pour différencier la clôture de la liquidation judiciaire de la liquidation volontaire, l'article 2:101 du CSA débute par les termes suivant « [p]ar dérogation à l'article 2:100, en cas de dissolution judiciaire ». Partant, l'article 2:101 du CSA précise les éléments de différences entre la clôture de la liquidation par décision de l'assemblée générale ou par décision judiciaire. Ainsi, le CSA opère une claire distinction entre la liquidation volontaire et la liquidation judiciaire et, par conséquent, leur clôture respective (*1).

2 Le présent Commentaire mettra en exergue les nouveautés apportées par le CSA, qui doivent se lire avec les enseignements qui étaient applicables sous l'empire du Code des sociétés, lesquels sont transposables aux sociétés dans le cadre du CSA dans une certaine mesure. Comme il sera ainsi exposé, si certaines questions débattues sous l'empire du Code des sociétés sont désormais traitées par l'article 2:100 du CSA, d'autres questions demeurent ouvertes tandis que de nouvelles questions font leur apparition. Au fil de la contribution, le fait que le législateur a tantôt complété la procédure de clôture et l'a tantôt simplifiée sera mis en exergue, principalement lorsque la dissolution est qualifiée de bénéficiaire mais également lorsqu'elle est qualifiée de déficitaire uniquement dans le chef des associés ou actionnaires.

II. Nouveautés au titre de l'article 2:100 et champ d'application

3 À cet égard, les ajouts du législateur peuvent être synthétisés autour de deux éléments : (i) le liquidateur doit désormais déposer un « rapport chiffré » contenant les comptes de la liquidation accompagné par des pièces justificatives et (ii) les associés ou actionnaires peuvent renoncer au délai d'un mois prévu au premier alinéa visant la transmission du rapport chiffré de la liquidation.

Cette « nouvelle » obligation du liquidateur vise à effacer les disparités linguistiques entre les versions française et néerlandaise qui existaient sous l'empire du Code des sociétés. En effet, le législateur attend désormais du liquidateur qu'il « donne au moins un aperçu des opérations de réalisation des actifs, de la destination du produit de cette réalisation, et par conséquent de la mesure dans laquelle, et de la manière dont les créanciers sont payés. Les répartitions ou attributions d'actifs aux actionnaires doivent également être mentionnées » (*2). Sous l'empire du Code des sociétés et à la suite de la loi du 2 juin 2006, le plan de répartition de l'actif devait être soumis pour accord au tribunal de commerce. Désormais, lorsque la liquidation est bénéficiaire ou

(*1) D. GOL et J. LEBEAU, « La dissolution et la liquidation des personnes morales », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/10, p. 1166 ; R. AYDOGDU, « Le nouveau régime de la dissolution et de la liquidation », in *Le nouveau droit des sociétés et des associations*, Anthemis, 2019, p. 453-487.

(*2) Projet de loi du 4 juin 2018 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 94-95.

considérée comme déficitaire uniquement à l'encontre de ses actionnaires ou associés et que ceux-ci ont marqué leur accord sur la clôture, la décision de clôture ne fait plus l'objet d'un contrôle juridictionnel de la part du tribunal compétent. Cette modification résulte, entre autres, de la constatation de l'encombrement des juridictions de l'entreprise à travers le pays et permet ainsi de procéder à une liquidation de manière plus efficiente sans avoir besoin, sachant que tous les créanciers sont remboursés en l'espèce, d'une garantie supplémentaire étant le contrôle judiciaire.

À l'inverse, et s'il apparaît, lors du dépôt du rapport chiffré du liquidateur et des comptes de liquidation que « tous les créanciers ne pourront être remboursés intégralement, le liquidateur soumet, avant la clôture de la liquidation, par requête unilatérale conformément aux articles 1025 et suivants du Code judiciaire, le plan de répartition de l'actif entre les différentes catégories de créanciers pour accord au tribunal compétent », en application de l'article 2:97, § 2. En d'autres mots, lorsque la liquidation est considérée comme déficitaire, le contrôle juridictionnel est de nouveau d'application, même dans le cadre d'une liquidation volontaire.

4 L'article 2:100 du CSA a vocation à s'appliquer à toutes les sociétés dotées de la personnalité morale, la liquidation de la société simple étant régie par les règles de droit civil relatives au partage sous réserve de l'article 4:21 du CSA. Partant, l'article 2:100 trouve à s'appliquer à la société anonyme, la société à responsabilité limitée, la société coopérative, la société en commandite et la société en nom collectif, la société européenne et la société coopérative européenne.

III. Qui constate la clôture de la liquidation et à quel moment la clôture peut-elle être demandée ?

A. PRINCIPE

5 La décision de clôture, comme sous l'empire du Code des sociétés, appartient à l'assemblée générale des actionnaires ou associés qui constatent la clôture de la liquidation de la société. De plus, si la dissolution est volontaire et bénéficiaire ou, sous réserve de l'accord des actionnaires ou associés en cas de liquidation déficitaire, aucune intervention du tribunal compétent n'est requise ou obligatoire (*1).

6 La clôture intervient lorsqu'elle n'a plus « d'objet », la mission du liquidateur étant terminée, il propose alors de clôturer les opérations de liquidation à l'assemblée générale (*2). Pour intervenir, la clôture doit-elle ainsi répondre à une série de conditions

(*1) La clôture de la liquidation à la suite d'une dissolution judiciaire est visée à l'article 2:101 du CSA. Voir S. VANLAETHEM, Art. 2:101 C.S.A., dans X., *Commentaire systématique du Code des sociétés*, C.S.A. Art. 2:101 – 1 - C.S.A. Art. 2:101 – 6 (6 p.).

(*2) M. LEMAL, *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, Diegem, Kluwer, 2014, p. 901.

objectives ou le liquidateur peut-il proposer discrétionnairement la résolution de clôture à l'assemblée générale ?

Aucune condition objective n'existe, il est communément admis que la liquidation est « sans objet » lorsque toutes les dettes (connues) de la société ont été remboursées intégralement ou au *pro rata* de l'actif en cas de dissolution déficitaire, que tous les actifs (connus) ont été réalisés et qu'un éventuel *boni* a été réparti entre les actionnaires ou associés de la société. Pour reprendre les termes de la Cour de cassation, « la liquidation tend, avant tout, au paiement des dettes sociales » (*1) ou, encore, « toute liquidation tend [...] au paiement des créanciers à l'aide de l'actif social, et au partage du reliquat, s'il y en a un, entre les associés » (*2).

Une interrogation apparue en doctrine et traitée par nos cours et tribunaux, le liquidateur peut-il procéder à la clôture de la liquidation sans obtenir de décision de l'assemblée générale de la société ? Suivant l'article 2:100 CSA, la décision de clôture de la liquidation appartient à l'assemblée générale de la société en liquidation, étant l'organe compétent à cet égard. Le CSA confirme la jurisprudence de longue date de la Cour de cassation qui, dans son arrêt de principe du 22 mars 1962 confirme que le liquidateur ne peut que proposer la clôture à l'assemblée générale et non la prononcer (*3).

7 Ne méconnaissant pas ce principe mais suivant une analyse plus contemporaine et réaliste des opérations de liquidation, il est communément admis à titre exceptionnel que, lorsque le liquidateur propose la clôture de la liquidation à l'assemblée générale, que les actionnaires ou associés ne sont pas présents, qu'il convoque à nouveau une assemblée générale mentionnant spécifiquement que la décision de clôture sera prise indépendamment de leur présence, certains auteurs en déduisent une acceptation tacite de la clôture de la liquidation. Cela bien entendu ne fait pas exception au liquidateur de soumettre le rapport chiffré en application de l'article 2:100 du CSA et de soumettre les comptes au contrôle d'un réviseur (*4).

8 Poursuivant dans l'analyse de l'article, celui-ci prévoit désormais qu'un délai d'un mois doit s'écouler entre le moment de l'établissement du rapport et celui de la décision de clôture par l'assemblée générale. Toujours dans une optique d'efficacité, le législateur a prévu la possibilité de renoncer à ce délai d'attente si tous les actionnaires ou associés marquent explicitement leur accord, celui-ci devant être mentionné dans le procès-verbal de l'assemblée générale.

(*1) Cass., 1^{er} décembre 1925, *Pas.*, 1926, I, p. 88.

(*2) Cass., 8 mai 1930, *Pas.*, 1930, I, p. 202.

(*3) Cass., 22 mars 1962, *Pas.*, 1962, I, p. 807 ; C. CLOTTENS, « Het lot van lopende gerechtelijke procedures na afsluiting van de vereffening van een vennootschap met rechtspersoonlijkheid », *T.R.V.*, 2010, p. 155 ; J. MALHERBE *et al.*, « Chapitre 9 - La nullité des décisions d'organes, des décisions de l'assemblée générale des obligataires et des votes », in *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, n° 682.

(*4) P. JEHASSE, *Manuel de la liquidation*, 2^e éd., Malines, Kluwer, 2007, p. 430 ; M. LEMAL, *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, Diegem, Kluwer, 2014, p. 902. Voir *infra* le paragraphe 17 pour de plus amples développements.

B. TOUTES LES DETTES DOIVENT-ELLES ÊTRE PAYÉES ?

9 En principe, la liquidation ne peut être clôturée que lorsque toutes les opérations de liquidation ont été menées à terme, c'est-à-dire lorsque l'entièreté du passif a été réglée et que l'actif a été réalisé. Or, comme rappelé par la Cour de cassation, la liquidation ne doit pas désintéresser tous les créanciers pour être clôturée. En effet, « la liquidation, pour être terminée, ne doit pas nécessairement aboutir au désintéressement complet de tous les créanciers [...] la liquidation peut légalement être clôturée avant que certaines dettes sociales aient été acquittées au moyen de l'actif attribué par cette clôture aux actionnaires [...] c'est la décision de l'assemblée générale qui emporte clôture et non la fin des opérations de répartition des actifs » (*1).

Pour fonder sa décision, la Cour de cassation interprétait l'article 198, § 1^{er}, troisième tiret, du C. soc., portant sur la prescription des créances cinq ans à compter de la publication de la décision de clôture de la liquidation. En effet, si pour clôturer une liquidation, toutes les dettes de la société devaient être payées, l'article 198, § 1^{er}, troisième tiret, du C. soc. n'aurait aucun intérêt car la société ne pourrait jamais opposer l'acquisition de la prescription après le dépassement du délai prévu par cet article. Il convient également à juste titre de rappeler la possibilité de consigner les fonds nécessaires pour les dettes impayées selon l'article 2:97, § 3, du CSA, permettant ainsi de garantir les droits des créanciers. Cette disposition n'aurait également aucun sens si toutes les dettes devaient être payées afin de pouvoir prononcer la clôture de la liquidation (*2).

Ainsi, il est généralement admis et cela ne fait plus l'objet de discussions que la liquidation d'une société peut être clôturée par une résolution de l'assemblée générale même si toutes les dettes de la société n'ont pas encore été payées (*3), étant la reconnaissance de la possibilité d'une liquidation déficitaire.

(*1) Cass., 22 mars 1962, *Pas.*, 1962, I, p. 806, concl. Av. gén. G. VAN DER MEERSCH et note J.-G. RENAULD, « Effets de la clôture de la liquidation sur l'existence des sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1963, p. 45.

(*2) C. CLOTTENS, « De (vroegtijdige) sluiting van de vereffening van vennootschappen met rechtspersoonlijkheid », in F. Buyssens et al., *Vennootschapsrechtelijke Clausules voor het Notariaat. Liber Amicorum Prof. Dr. Luc Weyts*, Bruxelles, Groep De Boeck, 2011, p. 121.

(*3) Cass., 1^{er} décembre 1925, *Pas.*, 1926, I, p. 88 ; F. T KINT, « Le concours des créanciers d'une société en liquidation », *Rev. prat. soc.*, 1977, p. 161-2 ; H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Anvers, Intersentia, 2012, p. 846, et la note de bas de page n° 3237 ; C. CLOTTENS, « De (vroegtijdige) sluiting van de vereffening van vennootschappen met rechtspersoonlijkheid », in F. Buyssens et al., *Vennootschapsrechtelijke Clausules voor het Notariaat. Liber Amicorum Prof. Dr. Luc Weyts*, Bruxelles, Groep De Boeck, 2011, p. 121 ; A. ALDERS, « Afsluiting van de vereffening », in A. Alders et D. Pardo, *Praktische gids voor vereffenaars van vennootschappen*, Malines, Kluwer, 2013, p. 187 ; Bruxelles, 29 avril 1993, *T.R.V.*, 1993, p. 419 ; C. BERCKMANS, *De vereffeningprocedure*, Malines, Kluwer, 2014, p. 675, n° 795 ; M. VANMEENEN, « Sobelair gekortwiekt : de keuze tussen faillissement en vereffening ? » (note sous Bruxelles, 4 novembre 2003, Comm. Dendermonde, 16 février 2004 et Comm. Bruxelles, 19 janvier 2004), *T.R.V.*, 2004, vol. 2, p. 178-180.

C. CLÔTURE IMMÉDIATE DE LA LIQUIDATION

10 Dans certains cas, il n'y rien à liquider à la suite de la dissolution. Par exemple, les actionnaires ou associés de la société ont procédé aux remboursements de toutes les dettes et ont seulement décidé de dissoudre la société après leur règlement, il n'y a donc plus lieu de suivre la procédure prévue par le CSA. À cet égard, nous renvoyons aux Commentaires relatifs aux articles 2:80 et 2:81 du CSA portant sur les conditions et implications relatives à la clôture immédiate de la liquidation.

IV. Les méthodes de clôture de la liquidation

A. CLÔTURE EN APPLICATION DE L'ARTICLE 2:100 DU CSA

11 La procédure prévue à l'article 2:100 du CSA est identique à celle qui était prévue par l'article 194 du C. soc dans sa première mouture, avant sa modification par la loi du 2 juin 2006. Une fois les opérations de liquidation effectuées, le liquidateur doit déposer, au moins un mois avant la tenue de l'assemblée générale qui sera invitée à se prononcer quant à la clôture de la liquidation, le rapport chiffré sur la liquidation qui comporte les comptes de liquidation ainsi que les différentes pièces appuyant le rapport et les comptes. Ces documents sont contrôlés par le commissaire ou par les actionnaires ou associés lorsque la société ne comporte pas de commissaire, chacun des actionnaires ou associés disposant d'un droit individuel d'investigation (*1). Suivant l'article 2:100 du CSA, les formalités à accomplir pour clôturer la liquidation peuvent ainsi être résumées comme suit, la rédaction et dépôt du rapport, l'éventuel contrôle par le commissaire ou les actionnaires (ou associés), ou détenteurs de titres, et enfin la décision de clôture par l'assemblée générale.

12 Contrairement à l'article 194 du C. soc., ce n'est plus un *rapport sur l'emploi des valeurs sociales* qui doit être préparé par le liquidateur mais un *rapport chiffré*, auquel est attaché les comptes de liquidation et pièces à l'appui. De même, le liquidateur ne doit plus soumettre ce rapport au tribunal compétent de l'arrondissement dans lequel la société a son siège. Enfin, les actionnaires ou associés, ainsi que les détenteurs de titres conférant le droit de vote, peuvent désormais renoncer au délai d'attente d'un mois, car cette obligation supplémentaire vise à les protéger.

Afin de pallier certains oublis sous l'empire du Code des sociétés et des difficultés illustrées par la pratique, le législateur explique, par le biais d'un amendement au premier projet de loi, que « le rapport contient les informations relatives à la restitution des apports et à la distribution d'un éventuel boni de liquidation aux actionnaires. Le

(*1) F. MAILLARD, « Chapitre 3 - Les rapports des réviseurs d'entreprises et experts-comptables externes dans le cadre de la dissolution et de la liquidation d'une ASBL », in M. DE WOLF et al. (dir.), *La dissolution et la liquidation des ASBL après le code des sociétés et des associations*, 1^{re} éd., Liège, Edi. pro, 2020, p. 32-44.

boni de liquidation comporte les sommes et valeurs distribuées, ainsi que les biens transférés en indivision [...]. Ces informations sont reprises dans le rapport précité en tenant compte de l'article 2:98, § 2, proposé. Il ne sera pas aisé pour les créanciers qui ont été oubliés de déterminer quelle est l'étendue de leur droit de créance à l'égard des actionnaires. Ce droit est en effet limité à la restitution des apports et à la distribution d'un éventuel boni de liquidation. Dans sa conception actuelle, le plan de répartition concerne uniquement le partage entre les créanciers. Il ne dit rien des actionnaires. L'ajout proposé vise à répondre à ce besoin d'informations. Le rapport sera repris dans le dossier de liquidation » (*1). Ainsi, le rapport chiffré doit désormais porter sur la restitution des apports et la distribution d'un éventuel boni de liquidation, afin de pouvoir répondre à une éventuelle action d'un créancier oublié lors des opérations de liquidation.

13 Comme indiqué au paragraphe précédent, le *rapport chiffré* du liquidateur doit comporter (i) les *comptes de liquidation* et (ii) les *pièces à l'appui*.

Les *comptes de liquidation* doivent notamment comporter les postes portant sur (i) les recettes, (ii) les charges de la liquidation, (iii) les dividendes distribués avant clôture, (iv) les fonds disponibles à la clôture.

Selon la Commission des Normes comptables, suivant en cela les travaux préparatoires du CSA, les comptes de liquidation doivent au minimum contenir « un aperçu des opérations de réalisation des actifs, de la destination du produit de cette réalisation et de la manière dont les créanciers sont payés, ainsi que de la manière dont les répartitions ou attributions d'actifs aux actionnaires ont été opérées » (*2), et ces comptes doivent également contenir « l'historique des paiements, ainsi que l'ordre donné aux paiements » (*3) (*4). Les comptes doivent comprendre notamment l'inventaire des actifs et des dettes de la société à l'ouverture de la liquidation, la manière dont les actifs ont été réalisés (en indiquant le montant du produit) et les frais auxquels la liquidation a donné lieu (p. ex., les honoraires du liquidateur). De même, en application des articles 3:1 et 2:99, al. 2, du CSA, les comptes de liquidation doivent inclure les comptes annuels portant sur les différents exercices pendant lesquels la liquidation s'est étalée, le liquidateur devant justifier auprès de l'assemblée générale la ou les raisons pour lesquelles la liquidation n'a pas pu être clôturée.

Les *pièces à l'appui* sont toutes les pièces nécessaires pour démontrer et justifier les opérations de liquidation. Nous pouvons notamment penser à une preuve de

(*1) Projet de loi du 4 juin 2018 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, amendements, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54-3119/008, p. 37-38.

(*2) Avis de la Commission des normes comptables relatif à la reddition de comptes en cas de dissolution et de liquidation d'une SRL, d'une SC, d'une SA, d'une SE ou d'une SCE, n° 2022/04, du 31 mars 2022.

(*3) Avis de la Commission des normes comptables relatif à la reddition de comptes en cas de dissolution et de liquidation d'une SRL, d'une SC, d'une SA, d'une SE ou d'une SCE, n° 2022/04, du 31 mars 2022.

(*4) La Commission des Normes comptables a indiqué dans son avis n° CNC 2022/04 du 31 mars 2022. Dans ce même Avis, la Commission des normes comptables a indiqué consacrer un avis distinct à la notion de *comptes de liquidation* au sens de l'article 2:100 du CSA, cet Avis n'a pas encore été publié à notre connaissance.

virement à un créancier ou à un acte notarié actant la vente de l'immeuble de la société liquidée. Par ailleurs, un parallèle peut être effectué avec le droit comptable et la notion de « pièces justificatives » au sens de l'article III.86 du Code de droit économique, qui rappelle que « toute écriture s'appuie sur une pièce justificative datée et porte un indice de référence à celle-ci ».

14 Suivant l'article 2:103, 5^o, du CSA, le rapport, comprenant les comptes de liquidations et les pièces à l'appui, doit être déposé au greffe et être versé au dossier de la société en application de l'article 2:7 (*1). Le rapport, une fois déposé au siège de la société, est contrôlé soit par le commissaire si la société est dans l'obligation d'en nommer un en application des articles 1:24 et 3:58 du CSA soit par l'actionnaire ou associé, assisté d'un réviseur d'entreprises ou d'un expert-comptable externe, suivant le droit d'investigation externe (*2). Il convient de rappeler que le rôle du commissaire est primordial et permet de garantir « la crédibilité des états financiers des sociétés contrôlées » (*3), étant le *rapport chiffré* en l'espèce, et de donner un avis sur la façon dont la société informe ses actionnaires et respecte les règles essentielles du droit des sociétés ainsi que des statuts » (*4).

Tout comme sous l'empire du Code des sociétés, le pouvoir d'investigation individuel octroyé par l'article 2:100 du CSA diffère et est moins étendu que les pouvoirs octroyés par l'article 3:101 du CSA qui prévoit que l'actionnaire ou l'associé se voit octroyé « les pouvoirs d'investigation et de contrôle d'un commissaire. Il peut se faire représenter ou se faire assister par un expert-comptable certifié ». En effet et contrairement à l'article 3:101, l'actionnaire ou associé ne peut que se faire assister et non représenter d'une part, et ne se voit pas attribuer un droit de contrôle d'autre part.

15 Une fois le rapport déposé et contrôlé, le liquidateur convoquera l'assemblée générale en vue de clôturer la liquidation de la société. Au moins un mois doit s'écouler entre le dépôt du rapport chiffré, comptes de liquidation et pièces à l'appui, et la tenue de l'assemblée générale de clôture. Nouveauté introduite par le CSA, les associés

(*1) Voir S. VANLAETHEM, Art. 2:103 C.S.A., dans X., *Commentaire systématique du Code des sociétés*, C.S.A. Art. 2:103 – 1 - C.S.A. Art. 2:103 – 4 (4 p.).

(*2) L'article 2:100 reprend les termes de l'article 3:101 qui prévoit les droits d'investigation et de contrôle individuel pour les actionnaires ou associés lorsqu'aucun commissaire n'est nommé. Voir à cet égard F. LEDAIN, « Le droit d'investigation et de contrôle dans les sociétés », *Sem. Fisc.*, 2022/28, n° 530 ; M. FYON, « III - Limites des droits subjectifs des actionnaires à l'obtention d'informations spécifiquement définies par le législateur », in *Preuve et information dans la vie des sociétés*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 259-262. Sur l'étendue en pratique de ce droit, voir notamment Comm. Liège, div. Liège (5^e ch.), A/15/571, 17 novembre 2015, *D.A.O.R.*, 2016/3, n° 119, p. 43-50 ; Comm. Liège, div. Liège, 17 novembre 2015, *RPS-TRV*, 2016/8, p. 1136-1149 ; Comm. Liège, div. Verviers (2^e ch.), 20 février 2018, *RPS-TRV*, 2020/2, p. 207-218.

(*3) P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, « La société anonyme. Première partie : Constitution et fonctionnement », *Rép. not.*, t. XII, Le droit commercial et économique, Livre 3/1, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 442.

(*4) H. OLIVIER, *Vade-mecum de l'administrateur de société anonyme*, *Ann. dr. Lg.*, 1985, n° 545 ; voir également D. SZAFRAN, « 5. - La responsabilité des réviseurs d'entreprises », in J. Henri (dir.), *La responsabilité des dirigeants de sociétés, associations et fondations*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2022, p. 178 ; P. COLLE et P. DE WOLF, « La protection financière des tiers moyens de contrôle et d'action », *Rev. prat. soc.*, 2015/3-4, p. 635-682.

ou actionnaires peuvent renoncer à ce délai d'un mois à l'unanimité, sachant que ce délai vise à protéger leur intérêt.

Le législateur n'a pas pris la peine de préciser les modalités concernant la façon dont le dépôt doit s'effectuer.

La première interprétation logique, serait que le législateur veuille laisser au moins un mois aux actionnaires ou associés pour contrôler les documents. Or, suivant les articles 7:127, § 1^{er} et 5:83, al. 3, du CSA, la convocation pour l'assemblée générale de clôture doit être faite au moins quinze jours avant la tenue de l'assemblée générale, le liquidateur respecterait ainsi le délai de convocation en ne convoquant les actionnaires ou associés que deux semaines après le dépôt des intéressés.

À l'inverse et suivant une seconde interprétation, le législateur voudrait laisser au commissaire éventuel la primeur du contrôle, lors des quinze premiers jours après dépôt. Toutefois, dans le cas où la société n'a pas désigné de commissaire et que les associés ou actionnaires ont donc un droit d'investigation individuel, la question est de savoir comment ces associés ou actionnaires apprennent un mois avant l'assemblée de clôture que les documents sont disponibles au siège de la société. Les dispositions relatives à la manière dont certains documents doivent être mis à la disposition des associés (elles sont déterminées séparément pour chaque forme juridique) ne sont pas non plus d'un grand secours, car la disposition n'est prévue dans chaque cas qu'au moment de l'envoi de la lettre de convocation (ou de la publication de l'avis de convocation).

À partir de ce postulat, nous constatons que le législateur n'a pas profité de la re-fonte du Code des sociétés pour préciser la procédure de convocation visée à l'article 2:100 du CSA. C'est pourquoi, afin de respecter les droits des actionnaires ou associés selon la volonté du législateur, nous nous rallions à la doctrine affirmant que, pour permettre aux actionnaires ou associés de contrôler effectivement le rapport chiffré déposé par le liquidateur et ce pendant une durée d'un mois, le liquidateur devrait convoquer ces derniers non pas deux semaines avant l'assemblée générale devant décider de la clôture mais bien un mois avant (*1). Si la convocation n'a pas été faite un mois précédent la tenue de l'assemblée générale, le liquidateur produira un document attestant que le rapport a été mis effectivement à disposition des actionnaires ou associés.

(*1) C. BERCKMANS, *De vereffeningprocedure*, Malines, Kluwer, 2014, p. 701, n° 829 et H. BRAECKMANS, *Vereffening van vennootschappen buiten faillissement. Met bijzondere aandacht voor de Wet van 2 juni 2006*, Anvers et Oxford, Intersentia, 2008, p. 124, n° 214 ; E. DE BIE et al., « Art. 194 W. Venn. », in *Vennootschappen en verenigingen. Artikels-gewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, 2016, p. 12 ; F. MOURLON BEERNAERT et L. DONNAY DE CASTEAU, « Questions spécifiques de responsabilité et de fiscalité des sociétés en liquidation », in *Liquidation des sociétés sous l'angle du droit civil et du droit fiscal*, Anthemis, 2023, p. 275-311.

En outre et selon certains auteurs, le dépôt par le liquidateur des comptes de liquidation et pièces à l'appui est une obligation d'ordre public ou à tout le moins impérative (*1). Les résolutions de l'assemblée générale prises en méconnaissance de cette règle peuvent ainsi faire l'objet d'une nullité. C'est pourquoi, toute résolution portant sur la clôture qui serait prise en méconnaissance de l'article 2:100 pourrait ainsi être frappée de nullité en application de l'article 2:42, 1^o, du CSA (*2).

16 Les résolutions de l'assemblée générale viseront (i) l'approbation des comptes de clôture, (ii) la décharge du liquidateur et le cas échéant, celle du commissaire ainsi que, et bien entendu, (iii) la clôture de la liquidation. D'autres résolutions doivent également être prises par l'assemblée générale étant (i) le lieu où « les livres et documents sociaux sont déposés et seront conservés pendant cinq ans au moins » en application de l'article 2:102, § 1^{er}, 1^o et (ii) l'éventuelle consignation de sommes et valeurs pour les créanciers ou actionnaires (ou associés) qui n'ont pas pu être contactés.

17 Comme sous l'empire de l'article 194 du C. soc., l'article 2:100 du CSA prévoit que « l'assemblée générale se prononce sur l'approbation des comptes. Elle statue ensuite sur la décharge des liquidateurs et, le cas échéant, du commissaire ainsi que sur la clôture de la liquidation ». Nous rejoignons en cela nos précédents commentateurs qui soulignaient à juste titre que « *[h]et lijkt alsof de algemene vergadering slechts in voorkomend geval moet beslissen over de kwijting. Deze zinsnede heeft integendeel enkel betrekking op het bestaan van een verslag van de commissaris en niet op de beslissing over de kwijting. De regels van de lastgeving indachtig is het immers vanzelfsprekend dat de vereffenaar kwijting over zijn mandaat moet ontvang* » (*3). Par conséquent, il n'y aura logiquement décharge du commissaire que si un commissaire a contrôlé le rapport chiffré du liquidateur.

18 Contrairement à l'article 194 du C. soc., l'article 2:100 du CSA prévoit expressément que l'assemblée générale « statue ensuite par un *vote spécial* sur [...] la *clôture de la liquidation* » (nous soulignons). Autrement dit, la résolution portant sur la clôture doit-elle désormais faire l'objet d'un vote séparé et explicite ?

(*1) T. BAART et S. ROEMERS, « De rol van de aandeelhouders, de vereffenaar en de commissaris bij de sluiting van de (deficitaire) vereffening », *T.R.V.*, 2005, p. 287 ; E. DE BIE *et al.*, « Art. 194 W. Venn. », in *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, 2016, p. 11.

(*2) Sur la question des nullités des décisions des organes des sociétés voir H. CULOT et G. DE PIERPONT, *Les nullités en droit privé*, Limal, Anthemis, 2017, p. 171-172.

(*3) E. DE BIE *et al.*, « Art. 194 W. Venn. », in *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, 2016, p. 15. Traduction libre : « il semblerait que l'assemblée générale ne doive décider de la décharge que si celle-ci est appropriée. Au contraire, cette phrase ne se réfère qu'à l'existence d'un rapport du commissaire et non à la décision d'octroyer la décharge. En effet, compte tenu des règles régissant le mandat, il est évident que le liquidateur doit être déchargé de son mandat ».

Sous l'empire du Code des sociétés, certains auteurs estimaient que l'ancien article, ne contenant pas de dispositions identiques à celles prévues à l'article 554, § 2 (*1), du C. soc., il n'y avait pas lieu d'effectuer un vote séparé quant à la question de la clôture de la liquidation, le vote « portant sur la clôture » pouvant emporter également dans son sillage tant la clôture de la liquidation, que l'approbation des comptes de liquidation ainsi que les différentes décharges. Or, l'article 2:100 précise désormais que la décision de clôture de la liquidation doit faire l'objet d'un vote dit « spécial ». Cela veut dire qu'une des résolutions de l'assemblée générale de la société dissoute doit porter spécifiquement sur la décision de cette même assemblée de clôturer les opérations de liquidation (*2). La notion de vote spécial implique que le vote se doit d'être explicite, il ne peut se déduire (*3), il doit être clairement et distinctement prévu dans la convocation et dans le procès-verbal actant la décision de l'assemblée générale. Il est désormais clair et sans équivoque que le vote portant sur la clôture de la liquidation doit être explicite et distinct de tout autre. Dès lors, la résolution portant sur la clôture doit faire l'objet d'un vote séparé car cette résolution doit être explicite et distincte de tout autre.

Aucun quorum n'est spécifié à l'article 2:100 quant à l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la clôture. Ainsi, quelle que soit la fraction du capital présent lors de l'assemblée générale, les actionnaires ou associés présents seront suffisants pour décider de la clôture de la liquidation, voire il suffit qu'un seul actionnaire soit présent. Dans le cadre des liquidations déficitaires, non judiciaires, il arrive régulièrement que les actionnaires ou associés ne se présentent pas lors de l'assemblée générale sachant que tous les actifs reviennent aux créanciers. En pratique, il est commun que le liquidateur convoquant alors une nouvelle assemblée générale, précise que « l'absence des actionnaires vaudra approbation tacite de la clôture de la liquidation ». Or, comme développé ci-après, la *clôture implicite* n'est plus valable suivant l'article 2:100 du CSA (*4). A *contrario*, la liquidation *tacite* le serait-elle ? Dans la lignée de ce qui exposé au paragraphe précédent, et empruntant une interprétation pragmatique et téléologique du texte de l'article 2:100 du CSA, la clôture de la liquidation ne pourrait être retardée sur la seule cause que les actionnaires ou associés ne se présentent pas lors de la deuxième assemblée générale. Partant, si la première convocation mentionne effectivement dans l'ordre du jour de l'assemblée générale à venir la décision de clôturer de la liquidation, et que lors de la seconde convocation, le liquidateur mentionne spécialement

(*1) H. DU FAUX, « Liquidation des sociétés commerciales », *Rép. not.*, t. XII, Le droit commercial et économique, Livre 6, Bruxelles, Larcier, 2003, n° 138/139.

(*2) D. GOL et J. LEBEAU, « La dissolution et la liquidation des personnes morales », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/10, p. 1172 ; J.-P. VINCKE, « Chapitre 4 - Dissolution et liquidation », in *Comptabilité des entreprises*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier Business, 2023, p. 823. Sur la notion de vote spécial voir notamment : R. NIEUWDORP, S. DARCHEVILLE et M. VANDE-RHAEGHE, « IV. - Décisions prises par l'assemblée générale ordinaire », in *Vademecum Algemene Vergadering/Vademecum Assemblée générale*, 1^{re} éd., Bruxelles, Intersentia, 2015, p. 185-201.

(*3) M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *Rép. not.*, t. XII, Le droit commercial et économique, Livre 4, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 315-2.

(*4) Voir *infra* les par. 21 et s.

que « l'absence des actionnaires vaudra approbation tacite de la clôture de la liquidation », nous ne voyons pas ce qui fait obstacle à la clôture de la liquidation et qui viendrait méconnaître les intérêts des actionnaires (ou associés) ou des créanciers. Cette interprétation suit la volonté du législateur de procéder à la liquidation des sociétés inactives (*1).

Qu'en est-il de la majorité ? Sachant qu'aucune majorité spécifique n'est prévue par l'article 2:100 du CSA, la décision est emportée par la majorité absolue des voix, sauf disposition statutaire contraire et à l'exclusion des abstentions et des votes nuls ou blancs (*2). En ayant supprimé un certain nombre de formes de société, le législateur a effacé les disparités quant à la majorité nécessaire pour la clôture de la liquidation, la majorité absolue s'appliquant pour toutes les formes actuellement prévues par le CSA.

19 La décision de clôture ne doit pas prendre la forme d'un acte authentique, contrairement à la décision de dissolution et ce, quelle que soit la forme de société à liquider, sauf si la dissolution a été effectuée selon la procédure prévue à l'article 2:80 du CSA, étant la clôture immédiate de la liquidation. Une exception à ce constat, lors duquel un acte authentique serait nécessaire, serait celui où des biens immeubles doivent être liquidés. Effectivement, ces biens doivent soit être répartis entre les actionnaires (ou associés) ou ceux-ci leurs sont octroyés en indivision. Un enregistrement auprès du bureau des hypothèques sera également nécessaire concomitamment à la clôture, permettant de faciliter et d'éviter toute difficulté en cas de vente ou d'hypothèque ultérieure.

20 Une question subsiste toujours et n'a pas été traitée par le législateur lors de la réforme opérée en 2019, étant la possibilité de prévoir des réserves dans l'acte de clôture. Deux pans de la doctrine s'affrontent à ce sujet.

Certains auteurs estiment qu'il est impossible de prévoir de réserves dans l'acte de clôture car celle-ci ne serait alors que « temporaire et partielle » et nécessiterait à nouveau l'intervention de l'assemblée générale pour clôturer définitivement la liquidation (*3). Si les actionnaires ou associés incluaient une réserve, dans le cadre d'un procès en cours par exemple, cela empêcherait de clôturer la liquidation car les liquidateurs resteraient ainsi responsables et compétents pour les faits y visés, la décharge ne pouvant leur être totalement octroyée (*4).

(*1) S. VANLAETHEM, « La réouverture de la liquidation », in V. SIMONART (coord.) et al., *La dissolution et la liquidation des sociétés*, Limal, Anthemis, 2022, p. 174-175.

(*2) En application de l'article 2:41 du CSA, les règles ordinaires des assemblées délibérantes s'appliquent aux collèges et assemblées prévues par le présent code, sauf si celui-ci en dispose autrement. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, Bruxelles, Bruylant, 1957, II, p. 138, n° 1115. Contrairement à l'article 2:100, s'agissant de l'article 2:80, portant sur la clôture immédiate de la liquidation, requiert une majorité absolue selon plusieurs modalités, telles que définies en son 3°.

(*3) D. LECLERCQ, « III - Le déroulement de la liquidation », in De Cordt, Y. et André-Dumont, A.-P. (dir.), *Droit des sociétés – Millésime 2011*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 530 ; J. LAMBRECHTS, « De vereffening van de BVBA en de NV », *Série Notariële Praktijkstudies*, Kluwer, 2012, p. 203 ; C. CLOTTENS, « Het lot van lopende gerechtelijke procedures na afsluiting van de vereffening van een vennootschap met rechtspersoonlijkheid », *T.R.V.*, 2010, p. 158.

(*4) Ph. JEHASSE, *Manuel de la liquidation*, 2^e éd., Malines, Kluwer, 2007, p. 445, n° 862.

A contrario, certains auteurs et juridictions (*1) estiment que prévoir des réserves dans l'acte de clôture ne fait pas obstacle à l'objet même de la clôture. Il s'agit en effet d'une interprétation plus récente, qui rappelle que la clôture de la liquidation ne fait pas obstacle à la société de se défendre contre des actions dirigées à son encontre (*2). Ainsi, des réserves expresses et non équivoques pourraient être prévues dans l'acte de clôture (*3).

B. CLÔTURE IMPLICITE

21 Suivant le prescrit de l'article 2:100, la clôture de la liquidation doit faire l'objet d'une décision de l'assemblée générale, et ce par le biais d'un vote spécial, et doit ensuite être publiée conformément à l'article 2:102 du CSA pour acter définitivement la clôture.

22 Certains cas particuliers ont bénéficié de cette clôture *sui generis*. Notamment, lorsque le solde de liquidation était réparti entre les actionnaires ou associés, et ce sans effectuer d'assemblée générale, ou par la disparition des actifs de la société, au cours des opérations, lors desquelles, par exemple, une cession était opérée et dont la contrepartie était directement répartie entre les actionnaires ou associés de la société sans passer préalablement par le patrimoine de la société dissoute. Sous l'empire du Code des sociétés et par le biais d'une série d'arrêts (*4), la Cour de cassation avait notamment admis que la clôture puisse intervenir « implicitement » car « la cession, non arguée de fraude, de l'actif social, suffisait à [...] déclarer la liquidation clôturée ». Ainsi, dans l'arrêt précité du 8 mai 1930, la Cour de cassation soulignait que « la mesure de la publication, tend à faire courir le délai de prescription des actions à intenter aux liquidateurs, ès qualités, conformément à l'article 169 des lois précitées ; qu'elle tend à aviser les tiers de la disparition de l'être moral et de son actif ; mais que l'omission de la mesure ne peut avoir pour effet la persistance de l'être juridique que constituait la société, et le maintien d'un état de liquidation désormais sans objet ». Ces arrêts ont suscité un important débat en doctrine, la majorité de celle-ci estimant qu'une liquidation ne peut être clôturée implicitement (*5), car un tel postulat contreviendrait notamment aux

(*1) Mons, 1^{er} décembre 2008, *J.D.S.C.*, 2010, p. 213, note Ph. JEHASSE ; Gand, 25 novembre 1998, *J.D.S.C.*, 2000, p. 389, note M.-A. DELVAUX.

(*2) Cass. (1^{re} ch.), 14 février 2020, C.19.0108.F, *R.G.C.F.*, 2020/3, p. 213-214 ; Liège, 8 novembre 2016, *RPS-TRV*, 2018, p. 791, note C. CLOTTENS.

(*3) R. AYDOGDU, « La survie 'passive' des sociétés après la clôture de leur liquidation : The Walking Dead », *R.D.C.-T.B.H.*, 2020/5, p. 658.

(*4) Cass., 8 mai 1930, *Pas.*, 1930, I, p. 202, et, avec plus de nuances, Cass., 8 février 1955, *Pas.*, 1955, I, 617 et Cass., 26 avril 1966, *Pas.*, 1966, I, 1.077. Voir également Comm. Bruxelles, 17 juin 1955, *J.C.B.*, 1956, p. 58.

(*5) J. VAN RYN et P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales (1954 à 1956) », *R.C.J.B.*, 1958, p. 90 et 91, n° 39, et « Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales (1957 à 1960) », *R.C.J.B.*, 1962, p. 417, n° 59.

règles relatives à la publicité de la clôture de la liquidation (*1). D'autres auteurs estiment toutefois que l'absence de publication quant à la décision de clôture ne vicie pas la validité de la clôture, la publication n'ayant pas de valeur d'opposition à l'encontre des tiers mais comporte simplement le but de les aviser (*2).

Sachant que sous l'empire du Code des sociétés, la loi du 2 juin 2006 obligeait de soumettre le plan de répartition pour accord au tribunal de commerce et qu'en application de l'article 76, « les actes et indications dont la publication est prescrite, ne sont en principe opposables aux tiers qu'à partir du jour de leur publication par extraits ou par mention aux Annexes au Moniteur belge sauf si la société prouve que ces tiers en avaient antérieurement connaissance » (*3), la majorité de la doctrine estimait ainsi qu'une clôture ne pouvait intervenir implicitement.

Depuis l'entrée en vigueur du CSA et plus particulièrement de l'article 2:100, la question pourrait légitimement se poser à nouveau sachant que l'intervention du tribunal compétent n'est plus nécessaire. Ainsi, et contrairement à ce qui était imposé sous l'empire de la loi du 2 juin 2006 et suivant les arrêts de la Cour de cassation précités, une liquidation pourrait-elle être clôturée implicitement suivant l'article 2:100 du CSA ?

La réponse est négative. En effet, le législateur requiert désormais que la clôture fasse l'objet d'un *vote spécial* (*4). Dans le texte néerlandais, le législateur utilise le terme « *bij afzonderlijke stemming* », par un *vote séparé*, la doctrine francophone interprétant la notion de vote spécial comme étant un vote séparé (*5). S'il aurait été souhaitable que le même terme soit utilisé entre les deux versions linguistiques du CSA, cette légère différence ne laisse transparaître aucune difficulté, la clôture ne pouvant être opérée implicitement depuis l'introduction du CSA.

C. CLÔTURE PAR LA REPRISE D'ACTIF ET DE PASSIF – LIQUIDATION PARTICULIÈRE

23 Cette procédure, par laquelle l'actionnaire unique personne morale ou personne physique reprend la totalité de l'actif et du passif de la société à liquider, nécessite une distinction selon la qualité de l'actionnaire unique.

En effet, si l'actionnaire unique est une personne morale, l'opération s'identifie alors comme une fusion par absorption, l'opération s'effectuant sans liquidation, en

(*1) W. DERIJCKE et Fr. T'KINT, « La faillite », *Rép. not.*, t. XII, Le droit commercial et économique, Livre 12, Bruxelles, Larcier, 2006, n° 44.

(*2) V. SIMONART, « Groupements d'intérêt économique - G.I.E. et G.E.I.E. », *Rép. not.*, t. XII, Le droit commercial et économique, Livre 9, Bruxelles, Larcier, 2002, n° 514 ; J. LAMBRECHTS, *De vereffening van de BVBA en de NV*, Série Notariële Praktijkstudies, Kluwer, 2012, p. 210-211.

(*3) H. DU FAUX, « Liquidation des sociétés commerciales », *Rép. not.*, t. XII, Le droit commercial et économique, Livre 6, Bruxelles, Larcier, 2003, n° 158.

(*4) Voir *infra* notamment les développements repris au paragraphe 18.

(*5) D. GOL, « Le secteur non marchand et le Code des sociétés et associations », *J.T.*, 2021, n° 25, p. 49. Sur la question de l'utilisation des termes « vote spécial » et « vote séparé », nous vous renvoyons à M. ROELANTS, « Het juiste woord : De kwijting van bestuurders in het WVV bij de BV en NV - anders maar toch hetzelfde ? », *RPS-TRV*, 2023, n° 7, 538-544.

application de l'article 12:7 du CSA. Cette opération ayant comme conséquence que la société bénéficiaire, l'actionnaire unique, sera tenue à la totalité du passif de la société dissoute (*1).

Si dans le cas contraire, l'actionnaire unique est une personne physique, le CSA ne prévoit pas de cadre légal particulier. La principale conséquence étant la confusion entre le patrimoine de l'actionnaire unique et celui de la société dissoute. Cette confusion pouvant entraîner un risque tant pour les créanciers de l'actionnaire unique que ceux de la société dissoute, dépendant des actifs respectifs en cause. À cet égard, un arrêt de la Cour de cassation mérite d'être cité (*2). En effet, la Cour a dit pour droit « qu'il ne résulte pas de la dissolution de la société anonyme, [...] et, ensuite de la clôture de la liquidation, du transfert de l'avoir social dans son patrimoine, que ledit actionnaire puisse être considéré comme l'ayant-cause à titre universel de la société dissoute et, par conséquent, être tenu, sur ses biens personnels, au-delà de l'actif social par lui recueilli, des dettes non encore liquidées de la société dissoute ». En d'autres termes, l'actionnaire unique personne physique ne peut être tenu au-delà de l'actif social par lui recueilli, sauf clause contraire dans l'acte de clôture. Cet arrêt se retrouve renforcé par le nouvel article 2:104, § 1^{er}, du CSA, qualifiant les actionnaires ou associés comme des ayants cause à titre particulier (*3).

24 Afin de circonscrire les conséquences du transfert de l'actif et du passif, il convient pour l'actionnaire unique de prévoir des clauses dans l'acte de clôture afin de couvrir toutes les conséquences juridiques sachant qu'il n'est pas un ayant cause universel mais à titre particulier. Sa responsabilité vis-à-vis des créanciers sociaux, mais également de ses propres créanciers, dépendra du libellé des clauses insérées dans l'acte.

25 Également, un tel transfert entraîne l'application des dispositions relatives aux cessions de créances et dettes du Code civil (*4). Les créances peuvent être cédées en application de l'article 5.174 et suivants, du Code civil. Une telle cession n'est opposable au débiteur cédé qu'à partir du moment où elle a été notifiée au débiteur cédé ou reconnue par celui-ci suivant l'article 5.179, al. 2, du Code civil. Nous ne voyons ainsi

(*1) Cass., 9 février 2000, *Rev. prat. soc.*, 2000, p. 323.

(*2) Cass., 17 juin 1965, *Pas.*, 1965, I, 1134.

(*3) Cons. également F. MOURLON BEERNAERT et L. DONNAY DE CASTEAU, « Questions spécifiques de responsabilité et de fiscalité des sociétés en liquidation », in *Liquidation des sociétés sous l'angle du droit civil et du droit fiscal*, Anthemis, 2023, p. 275-311.

(*4) Voir notamment C. BIQUET-MATHIEU, « 17. - La transmission des obligations », in Th. DERVAL et al. (dir.), *La réforme du droit des obligations*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2023, p. 695-749 ; P.-D.-S. STIJN et D.-S. JANSEN, « Section 2 - La cession de dette en droit belge », in P. Jourdain et P. WÉRY, (dir.), *La transmission des obligations en droit français et en droit belge*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2019, p. 799-864 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Section 1 - La cession de créance de droit commun », in *Tome II – Les obligations*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1875-1914 ; F. GEORGE et al., « Chapitre 2 - La cession de dette », in *Manuel de droit des obligations*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2024, p. 813-830.

aucun obstacle juridique quant à la possible reprise par l'actionnaire unique des créances de la personne morale dissoute (*1).

S'agissant de la cession de dettes, nouveauté introduite par le nouveau Livre 5, l'article 5.187 du Code civil requiert que pour être opposable, le créancier doit donner son accord à ladite cession pour être qualifiée de *cession parfaite*. Dans le cas contraire, en application de l'article 5.191 du Code civil, la cession sera qualifiée d'*imparfaite*, si le créancier a refusé ou n'a pas donné son accord (si la cession ne lui a pas été notifiée par exemple), entraînant une obligation de solidarité entre le cédant et le cessionnaire. Suivant ce postulat, une telle cession pourrait-elle être effectuée sachant que le cédant, la société dissoute, disparaît (*2) ?

V. Les conséquences de la clôture de la liquidation

A. POUR LA SOCIÉTÉ LIQUIDÉE

1. Fin de la personnalité juridique

26 Le principal effet de la clôture est la fin de la personnalité juridique de la société, le concept de personne morale étant une construction de l'esprit non tangible, communément appelé fiction juridique, n'est dès lors plus personnifiée et n'existe plus dans l'espace juridique (*3). Pour reprendre les termes suivants, « la société n'a [...] à ce moment-là plus de patrimoine, plus d'organes, plus d'intérêt commun à plusieurs personnes, plus de siège social. Elle est dépourvue de tout ce qui caractérise une personne morale » (*4).

27 Les difficultés qui existaient après la clôture de la liquidation sous l'empire du Code des sociétés, étant (i) le sort des actifs non attribués et (ii) le non-paiement d'une créance, sont désormais expressément réglées par les articles 2:104 et 2:105 du CSA.

(*1) À titre d'exemple voir C. trav. Bruxelles, 20 octobre 2011, *J.T.T.*, 2012, p. 169. Le pourvoi contre cette décision a été rejeté par la Cour de cassation dans son arrêt du 15 juin 2015 (Cass., 15 juin 2015, *Pas.*, 2015, p. 1555-1559).

(*2) Sous l'empire du Code des sociétés, la Cour de cassation a rejeté le moyen de cassation et le pourvoi contre l'arrêt de la juridiction de fond qui avait refusé de reconnaître la validité d'une cession de dettes (novation) entre le cédant, l'entité dissoute et liquidée, et le cessionnaire, l'arrêt disant pour droit que (reprenant les termes de l'arrêt attaqué) : « il convient [...] de relever qu'une cession de dettes n'aurait pas été possible, celle-ci nécessitant nécessairement l'accord du créancier concerné et le recours, le cas échéant, à une novation par changement de débiteur (article 1271 de l'ancien Code civil) » et qu'« une telle cession aurait été contraire à l'article 1165 du Code civil, lequel [dispose que] les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 » (Cass., 21 janvier 2022, C.21.0284.F).

(*3) Sur la nature de « fiction juridique », voir not. les ouvrages suivants : B. SCHRAMM, *La fiction juridique et le juge*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2017, 387 p. ; C. BIQUET-MATHIEU, « Les fictions en droit », *R.F.D.L.*, 2013/1, p. 25-51 ; J. MALHERBE et al., *Précis de droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 20.

(*4) J. VAN RYN et P. VAN OMMEFLAGHE, « Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales (1954 à 1956) », *R.C.J.B.*, 1958, p. 92, n° 40.

28 La vie d'une société dans l'espace juridique belge peut ainsi être résumée selon trois étapes. Lors de la première étape de son existence, elle bénéficie de tous les droits octroyés aux personnes morales, pouvant agir tant activement que passivement, aux fins de son objet. Lorsque la société est dissoute et 'rentre' dans un état de liquidation, elle ne conserve que les droits nécessaires et utiles, tant activement que passivement, à sa liquidation. Enfin, une fois la liquidation clôturée, la société ne conserve qu'une existence *passive*, ne pouvant agir que dans des cas très limités, n'ayant désormais aucun pouvoir d'agir activement, n'existant donc plus comme sujet de droit à l'exception de cas précis, comme développé ci-dessous.

2. *Survie passive*

29 La disparition de sa personnalité juridique ne fait pas pour autant disparaître totalement la société. En effet, comme établi par la constante jurisprudence de la Cour de cassation depuis plus d'une cinquantaine d'années (*1), la société continue à survivre passivement après la clôture de sa liquidation et ce pour répondre à différents intérêts.

Après plusieurs décennies d'incertitudes, la Cour de cassation a ainsi consacré, dans son arrêt du 22 mars 1962 (*2), le principe de la survie passive d'une société liquidée à la suite de sa dissolution (*3), estimant que : « l'extinction de la société n'est pas absolue, puisqu'il résulte implicitement de l'article 194, alinéa 4 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales que la société continue d'exister pour répondre des actions que les créanciers sociaux peuvent exercer contre elle en la personne de ses liquidateurs, aussi longtemps que la prescription n'est pas acquise après l'écoulement de cinq années à partir de la publication de la clôture de la liquidation ». Cette théorie permet aux « créanciers qui estiment que la liquidation a été clôturée en fraude de leurs droits [de] demander en justice l'annulation de la clôture et même l'annulation des répartitions effectuées par les liquidateurs. Ils peuvent poursuivre la restitution des sommes

(*1) Cass., 22 mars 1962, *Pas.*, 1962, I, p. 807 ; Cass., 17 février 1966, *Pas.*, I, p. 793 ; Cass., 17 juin 1965, *Pas.*, I, p. 1134 ; Cass., 26 avril 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 787 ; Cass., 17 avril 2008, *Pas.*, 2008, p. 926 ; Cass., 7 novembre 2019, *R.D.C.-T.B.H.*, 2020/5, p. 654-655 ; Cass. (1^{re} ch.), 14 février 2020, n° C.19.0108.F, *Pas.*, 2020/13, p. 129 ; voir également R. AYDOGDU, « La survie 'passive' des sociétés après la clôture de leur liquidation : *The Walking Dead* », *R.D.C.-T.B.H.*, 2020/5, p. 655-658 ; V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 214-215, n° 257, et p. 275-276, n° 316 ; H. DU FAUX, *Rép. not.*, t. XII, Le droit commercial et économique, Livre 6, Bruxelles, Larcier, 2003, n° 154 ; Liège, 7 septembre 2020, *J.D.S.A.*, 2021, liv. 1, 388, note M. LEMAL.

(*2) Cass., 22 mars 1962, *Pas.*, 1962, I, p. 807. Voir également R. AYDOGDU, « La survie 'passive' des sociétés après la clôture de leur liquidation : *The Walking Dead* », *R.D.C.-T.B.H.*, 2020/5, p. 655-658 ; V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 214-215, n° 257, et p. 275-276, n° 316 ; H. DU FAUX, « Liquidation des sociétés commerciales », *Rép. not.*, t. XII, Le droit commercial et économique, Livre 6, Bruxelles, Larcier, 2003, n° 154.

(*3) Liège, 7 septembre 2020, *J.D.S.A.*, 2021, liv. 1, 388, note M. LEMAL.

indûment perçues, au nom de la société, par voie subrogatoire en cas d'inaction des liquidateurs » (*1).

Cette théorie a toutefois fait l'objet de décisions contraires (*2). Nous citerons notamment l'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 9 octobre 2006 en ce qu'elle avait considéré que « le fait de poursuivre une demande formée antérieurement après la clôture de la liquidation ne présenterait que peu d'utilité, étant donné que le patrimoine de la société a été liquidé et partagé par hypothèse et transféré du fait de la liquidation dans les patrimoines des ayants droit ». Cette motivation était surprenante car elle laissait sous-entendre que le boni de liquidation, ayant été transféré vers le patrimoine des anciens actionnaires ou associés, devenait en quelque sorte « intouchable ». Cette décision a logiquement fait l'objet d'un pourvoi, la Cour de cassation rappelant et confirmant, par son arrêt du 17 avril 2008, sa jurisprudence antérieure, à savoir que « la clôture de la liquidation d'une société conformément aux articles 194 et 195 du C. soc. met en principe fin à l'existence et à la personnalité juridique de cette société. La disparition de la personne juridique n'est toutefois pas absolue. Conformément à l'article 198, § 1^{er}, troisième tiret (*3), du C. soc., les actions en justice contre les liquidateurs en tant que tels, c'est-à-dire en tant qu'organes de la société, peuvent être intentées au plus tard cinq ans après la publication de la clôture de la liquidation. Il s'ensuit que la société liquidée est censée continuer à exister pour se défendre contre les actions intentées contre elle en temps utile par les créanciers » (*4). La Cour de cassation fonde sa motivation sur la responsabilité des liquidateurs, pour ainsi consolider la théorie de la survie passive d'une société dissoute et liquidée (*5).

Après l'entrée en vigueur du CSA, dans la perspective de délimiter les contours de la théorie de la survie passive, la Cour de cassation rappelle, à deux reprises, que « [...] *[d]e verdwijning van de rechtspersoon is evenwel niet absoluut. De vereffende vennootschap wordt geacht voort te bestaan om zich te verweren tegen vorderingen die de schuldeisers conform artikel 198, § 1, derde streepje Wetboek van Vennootschappen tijdig hebben ingesteld tegen de vennootschap, alsook ten aanzien van vorderingen die reeds voor de sluiting van de vereffening tegen de vennootschap werden ingesteld* » (*6) et qu'« [...] en vertu de l'article 198, § 1^{er}, du même code, sont

(*1) J. VAN RYN et P. VAN OMMESELAGHE, « Examen de jurisprudence (1966 à 1971) – Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1973, p. 564, n° 89. La Cour a confirmé cette position à plusieurs occasions, voir not. Cass., 17 février 1966, *Pas.*, I, p. 793 ; Cass., 17 juin 1965, *Pas.*, I, p. 1134 ; Cass., 26 avril 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 787.

(*2) Voir not. Liège, 3 mars 2011, *D.A.O.R.*, 2011, p. 516 ; Bruxelles, 4 mars 2010, *J.D.F.*, 2010, p. 209 ; Bruxelles, 14 mai 2009, *T.F.R.*, 2009, p. 889 ; C. trav. Anvers, 29 octobre 2007, *R.W.*, 2009-2010, p. 38.

(*3) L'article était libellé comme suit : « § 1^{er}. Sont prescrites par cinq ans : [...] toutes actions contre les liquidateurs, en cette qualité ou, à défaut, contre les personnes considérées comme liquidateurs en vertu de l'article 185, à partir de la publication prescrite par l'article 195. »

(*4) Cass., 17 avril 2008, *Pas.*, 2008, p. 926 ; Cass., 22 mars 1962, *Pas.*, 1962, I, p. 807.

(*5) Voir également l'abondante jurisprudence en ce sens, X. DIEUX *et al.*, « Examen de jurisprudence (2010-2013) – Les sociétés commerciales (deuxième partie) », *R.C.J.B.*, 2016/2, p. 359-365.

(*6) Cass., 7 novembre 2019, *R.D.C.-T.B.H.*, 2020/5, p. 654-655. Traduction libre : « la disparition de la personne morale n'est toutefois pas absolue. La société liquidée est réputée continuer à exister pour se défendre contre les actions intentées en temps utile contre elle par les créanciers, conformément à l'article 198, § 1, troisième alinéa du Code des sociétés, ainsi que pour les actions déjà intentées contre la société avant la clôture de la liquidation ».

prescrites par cinq ans toutes actions contre les liquidateurs, en cette qualité ou, à défaut, contre les personnes considérées comme liquidateurs, à partir de la publication de la clôture de la liquidation. Cette disposition, qui déroge au principe de l'extinction de l'être moral, vise à assurer la protection des créanciers [...] » (*1).

Désormais, la théorie passive est consacrée à l'article 2:143, § 1^{er}, cinquième tiret, anciennement l'article 198, § 1^{er}, troisième tiret, du C. soc. En effet, il ne s'agit pas d'actions visant à engager la responsabilité personnelle du liquidateur (celle-ci étant visée au quatrième tiret du même article) mais bien visant sa qualité de représentant légal de la société. Tout comme la société qui conserve une personnalité juridique passive, le liquidateur conserve un pouvoir passif de représentation après la clôture de la liquidation. Le raisonnement emprunté par le législateur, déjà sous l'empire du Code des sociétés est, sachant que l'on ne peut être valablement désigné représentant de quelque chose qui n'existe plus ou pas, que la société dissoute, et dont la liquidation est venue à son terme, conserve un pan de sa personnalité juridique pendant la période de cinq ans visée à l'article 2:143 du CSA. Ainsi, bien qu'aucune action ou même demande ne puisse plus être dirigée contre la société, le liquidateur ou la personne considérée comme telle, devient pendant cette durée de cinq ans le destinataire de toute action ou demande dirigée à l'encontre de la société.

30 Suivant cet axiome, il convient de déterminer quelles sont les actions pouvant être soit introduites ou poursuivies après la clôture de la liquidation par la société, dépendant de sa qualité, soit en tant que partie demanderesse ou en tant que partie défenderesse.

31 Dans le premier cas de figure, la société a la qualité de partie demanderesse :

Suivant une doctrine unanime, la société liquidée est dans l'impossibilité d'introduire de nouvelles demandes en justice ou d'accomplir un acte juridique après la clôture (*2), sachant qu'elle n'a plus de personnalité juridique ni de patrimoine. Une fois la clôture prononcée, la société n'a en conséquence plus de qualité à agir au sens de l'article 17 du Code judiciaire, étant « le pouvoir en vertu duquel une personne exerce l'action en justice » (*3) ainsi que la capacité juridique pour agir (*4).

32 Qu'en est-il les actions introduites préalablement à la clôture de la liquidation ? Comme rappelé par la Cour de cassation, « la société liquidée n'est réputée continuer à exister que pour se défendre contre les actions intentées en temps utile contre la

(*1) Cass. (1^{re} ch.), 14 février 2020, n° C.19.0108.F, *Pas.*, 2020/13, p. 129.

(*2) Bruxelles, 7 février 2000, *J.D.S.C.*, 2002, 337, note M. DELVAUX ; Civ. Namur, 28 juin 2007, *Rec. gén. enr. not.*, 2008, 185 ; Civ. Anvers, 15 janvier 2007, *R.W.*, 2007-08, p. 1084 ; Gand, 8 décembre 2008, *T.G.R./T.W.V.R.*, 2009, 123, note C. CLOTTENS ; Rechterbank van koophandel, Dendermonde, 3 octobre 2013, *R.W.*, 2014-2015, p. 435.

(*3) Cass., 20 mars 2002, *Pas.*, 2002, 759 ; Bruxelles, 29 mars 1999, *Rev. prat. soc.*, 1999, p. 326 ; Gand, 20 décembre 2002, *R.D.J.P.*, 2003, p. 385 ; R. TAS, « De rechtsbekwaamheid van een handelsvennootschap na de sluiting van haar vereffening », *T.R.V.*, 1995, n° 7, p. 601.

(*4) Cass., 4 janvier 2008, *Pas.*, 2008, 27.

société en liquidation et ne peut introduire des actions en justice ni en diligenter la poursuite » (*1). De même, les actionnaires ou associés ne peuvent reprendre l'action à leur nom, n'étant pas les ayants cause à titre universel de la société (*2), ni par les anciens mandataires, leur mandat prenant fin *ipso facto* par la décision de clôture (*3). Le point de départ est celui de la notification de la décision de clôture, en effet, avant une telle notification, les tiers ne peuvent avoir été touchés par un tel acte et la décision de clôture reste ainsi sans effet. La juridiction pourrait ainsi rendre sa décision et passer celle-ci en force de chose jugée. Le liquidateur ne pourrait toutefois exécuter une décision en faveur de la société, la société ayant perdu sa capacité juridique et ce dernier son mandat.

33 La société pourrait-elle signifier ou faire exécuter, postérieurement à la clôture, une décision obtenue antérieurement à la clôture et prononcée en sa faveur ? La réponse est négative (*4). En procédant à la clôture de sa liquidation, et comme rappelé précédemment, la société se retrouve dans l'impossibilité d'agir, n'ayant plus de personnalité juridique.

34 La société peut-elle interjeter un appel, ou tout autre forme de recours, contre une décision obtenue après la clôture de sa liquidation, en qualité d'appelant ou d'intimé ? La réponse est également négative (*5). En effet, le principe de la théorie passive est comme son nom l'indique, « passif », et donc « par effet de la clôture de sa liquidation, la société a perdu la possibilité d'encore agir en recouvrement de sa créance et, partant, de diligenter l'appel dirigé contre elle puisque, par ce biais, elle tente d'obtenir l'attribution définitive de cette créance » (*6).

Dans le second cas, la société est considérée comme défenderesse à l'action (même si elle formule des demandes et est, par exemple, demanderesse lors de la procédure d'appel) :

Sachant que le CSA instaure une survie passive ainsi qu'une responsabilité pendant une durée de cinq ans après la clôture de la liquidation, la société conserve intérêt et qualité pour agir en justice et peut, en la personne de son liquidateur, se défendre valablement contre les demandes à son encontre intentées après la clôture (*7).

(*1) Cass., 14 février 2012, *Pas.*, 2012, p. 335 ; DERIJCKE, W., « La liquidation du liquidateur était presque parfaite », *Rev. prat. soc.*, 2012/1, p. 87-89.

(*2) Cass., 17 juin 1965, *Pas.*, 1965, I, 1134 ; Cass., 20 septembre 2019, C.18.0448.F, *Pas.*, 2019/9, p. 1636-1639.

(*3) B. TILLEMANS, *Proceshandeling van en tegen vennootschappen*, Anvers, Maklu, 1997, n° 124, p. 73.

(*4) Anvers, 17 mai 2018, *N.J.W.*, 2019, liv. 411, p. 803, note J. WAELEKENS ; E. DE BIE et al., « Art. 194 W. Venn. », in *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, 2016, p. 32.

(*5) Gand, 17 mai 2017, *R.W.*, 2018-2019, p. 948 ; C. RESTEAU, *Les sociétés anonymes devant les lois belges*, Bruxelles, Bruylant, 1933, n° 2031 ; Gand, 28 avril 1995, *T.R.V.*, 1995, p. 599.

(*6) M. LEMAL, « Clôture de la liquidation et procédures en cours », *J.D.S.C.*, 2019, liv. 1, 230-232. Cons. également spécialement en matière fiscale, F. MOURLON BEERNAERT et L. DONNAY DE CASTEAU, « Questions spécifiques de responsabilité et de fiscalité des sociétés en liquidation », in *Liquidation des sociétés sous l'angle du droit civil et du droit fiscal*, Anthemis, 2023, p. 275-311.

(*7) Cass., 8 novembre 1960, *Pas.*, 1961, I, p. 252.

La société peut-elle introduire un appel, ou toute autre forme de recours, contre une décision obtenue après la clôture de sa liquidation, lorsqu'elle était défenderesse en première instance ? La Cour de cassation répond positivement à cette question, estimant que « *passief voortbestaan, dat de bescherming beoogt van de schuldeisers van de vennootschap, laat de vereffende vennootschap ook toe om een rechtsmiddel in te stellen tegen een veroordelende rechterlijke beslissing gewezen na de sluiting van de vereffening in een procedure die nog lopende was ten tijde van de vereffening* » (*1).

La Cour de cassation a également confirmé que la théorie de la survie passive permet à la société de se défendre tant contre les demandes introduites avant la clôture que contre les demandes introduites préalablement à la clôture de la liquidation, la décision n'emportant pas de renonciation dans le chef de la société (*2).

3. Liquidation et faillite

35 La clôture de la liquidation n'empêche pas l'introduction d'une action en déclaration de faillite et ce dans les six mois de la décision en application de l'article XX.99, alinéa 4, du Code de droit économique. Cet article vient consacrer la jurisprudence de la Cour de cassation qui estime la société dissoute « *de door haar statutair doel bepaalde hoedanigheid van handelaar niet verliest maar integendeel bewaart tot zij volledig is vereffend* » (*3), venant ainsi mettre un terme aux discussions quant au point de départ du délai (*4). Le délai de six mois ne prenant pas cours après l'expiration du délai de cinq ans contenu à l'article 2:143 du CSA.

B. POUR LE LIQUIDATEUR

36 Comme indiqué *supra* aux paragraphes 16 et suivants, les conséquences principales pour le liquidateur découlent de l'approbation du rapport chiffré par l'assemblée générale et notamment de la décharge donnée concomitamment lors de cette assemblée.

37 La forme de ce vote est désormais spécifiée par le législateur. En effet, et contrairement à l'article 194 du C. soc., l'article 2:100 du CSA prévoit expressément que l'assemblée générale « statue ensuite par un *vote spécial* sur la *décharge* des liquidateurs » (nous soulignons). Autrement dit, la résolution portant sur la décharge ainsi doit-elle faire l'objet d'un vote séparé, comme la résolution portant sur la clôture de la liquidation ? La réponse est positive. Comme pour la décision de clôture, la décharge

(*1) Cass., 7 novembre 2019, *R.D.C.-T.B.H.*, 2020/5, p. 654-655. Et ce déjà auparavant, voir notamment Cass., 8 novembre 1960, *Pas.*, I, p 252. Traduction libre : « la survie passive, qui vise à protéger les créanciers de la société, permet également à la société liquidée d'interjeter appel d'une décision judiciaire condamnatoire rendue après la clôture de la liquidation dans le cadre d'une procédure qui était en cours au moment de la liquidation ».

(*2) Cass., 17 avril 2008, *J.D.S.C.*, 2009, p. 283, note Ph. JEHASSE ; *T.R.V.*, 2010, p. 150, note C. CLOTTENS.

(*3) Cass., 17 juin 1994, *T.R.V.*, 1994, p. 598. Traduction libre : « ne perd pas la capacité de commerçant déterminée par son objet statutaire mais, au contraire, la conserve jusqu'à sa complète liquidation ».

(*4) Bruxelles, 11 janvier 1995, *Rev. prat. soc.*, 1995, p. 140.

doit fait l'objet « *bij afzonderlijke stemming* », dans la version néerlandaise du texte, donc doit être octroyée par un *vote séparé*. Ensuite et par analogie, la notion de *vote spécial* peut être valablement comprise étant un *vote séparé* (*1). Ainsi, le législateur a désormais aligné l'article 2:100 sur les articles 5:96, 6:38 et 7:109 du CSA relatifs aux décharges données à la suite de l'approbation des comptes annuels.

Toute décharge d'un organe requiert désormais un vote explicite (*2). Reprenant les termes de M. COIPEL, « cette décharge, bien que liée [aux opérations de liquidation] a une portée juridique qui se distingue nettement de la décision de [clôture de la liquidation] ; celle-ci ne peut donc valoir comme décharge implicite » (*3). Si la procédure portant sur la décharge du liquidateur est désormais identique au régime portant sur la décharge des administrateurs lors de l'approbation des comptes, une série de nouvelles questions pourrait intervenir (*4).

38 Pour sortir ses effets, la « la décision de procéder à la clôture de la liquidation [et à la décharge donnée concomitamment et séparément] est prise en connaissance de cause. À défaut, la responsabilité du liquidateur pourrait être invoquée. Celui-ci ne peut donc invoquer la décharge qui lui a été accordée étant donné que l'acte de décharge peut porter uniquement sur les données sur lesquelles les actionnaires ou associés ont pu se prononcer en connaissance de cause » (*5). En outre, la décharge ne conserve sa valeur que si la situation comptable a été dressée de manière régulière (*6) et si les opérations menées par le liquidateur ont respecté les statuts de la société et le CSA (*7).

39 À toute fin, la décharge du liquidateur n'intervient qu'au moment de la tenue de l'assemblée générale décidant de clôturer les opérations de liquidation et non à chaque

(*1) D. GOL, « Le secteur non marchand et le Code des sociétés et associations », *J.T.*, 2021, n° 25, p. 49. R. NIEUW-DORP *et al.*, « IV. - Décisions prises par l'assemblée générale ordinaire », in *Vademecum Algemene Vergadering/Vademecum Assemblée générale*, 1^{re} éd., Bruxelles, Intersentia, 2015, p. 196. Sur la question de l'utilisation des termes *vote spécial* et *vote séparé*, nous vous renvoyons à M. ROELANTS, « Het juiste woord : De kwijting van bestuurders in het WVV bij de BV en NV - anders maar toch hetzelfde ? », *RPS-TRV*, 2023, n° 7, 538-544.

(*2) Dans le cas de la décharge lors de l'approbation des comptes, M. COIPEL expliquait qu' : « avant la loi de 1913, l'adoption du bilan emportait par elle-même cette décharge ; la solution était dangereuse, car l'attention des actionnaires n'était pas toujours attirée sur la double signification du vote, et des administrateurs ou des commissaires habiles pouvaient ainsi se faire donner leur quitus subrepticement » (t. I, n° 629) ; J.-F. GOFFIN et E. VIATOUR, « L'assemblée générale des actionnaires ou associés dans les S.A., S.P.R.L. et S.C.R.L. », *GUJE*, 2^e éd., Bruxelles, Kluwer, janvier 2002, I. 21.1, n° 250.

(*3) M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *Rép. not.*, t. XII, Le droit commercial et économique, Livre 4, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 315-2 ; P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, « La société anonyme. Première partie : Constitution et fonctionnement », *Rép. not.*, t. XII, Le droit commercial et économique, Livre 3/1, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 531.

(*4) T. LOFFET, « 2. - Les éléments constitutifs, les contours et la prévention de la responsabilité des dirigeants d'entreprises », in J. Henri (dir.), *La responsabilité des dirigeants de sociétés, associations et fondations*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2022, p. 81. Nous pensons notamment aux deux questions suivantes : la décharge peut-elle intervenir avant le vote sur la clôture ou alors, est-il possible d'accorder une décharge partielle ?

(*5) S. MERCIER, « Chapitre 6 – La liquidation des sociétés commerciales », in *Droit des sociétés*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier Business, 2016, p. 313-360.

(*6) Mons (14^e ch.), 9 novembre 2021, *J.L.M.B.*, 2022, liv. 12, 537.

(*7) C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. III, Bruxelles, Polydore, 1932, p. 256.

assemblée générale annuelle, le rôle de cette assemblée étant limité à recevoir les comptes « provisoires », l'état des opérations de liquidation menées par le liquidateur.

40 Le régime de la décharge du liquidateur, ayant désormais été aligné au régime de la décharge prévu pour l'approbation des comptes annuels, nous permet de transposer les conséquences inhérentes à toute décharge. Ainsi, la société dissoute ne peut plus engager d'*actio mandati* à l'encontre du liquidateur sauf à démontrer que le rapport chiffré, contenant les comptes de la liquidation ainsi que les pièces justificatives, était faux ou incomplet, permettant aux actionnaires ou associés soit de demander la nullité de la décision de clôture, et de la décharge accordée, pour dol ou erreur (*1), et, ou, décider de mettre en cause la responsabilité personnelle du liquidateur, si ces derniers ont subi un préjudice du fait du dol ou de l'erreur (*2). Également, tout liquidateur gardera à l'esprit que la clôture de la liquidation ne fait pas obstacle aux actions en responsabilités engagées par les tiers (*3).

41 Enfin, la clôture de la liquidation met fin au mandat du liquidateur et celui cesse ainsi d'être considéré comme un organe de la société (*4), à l'exception d'éventuelles actions sous le bénéfice de la théorie passive telle que développée précédemment.

C. POUR LES CRÉANCIERS

42 La décision de clôturer la liquidation n'a, en principe, pas d'impact sur les droits des créanciers, étant considérés comme des tiers à la société en liquidation. La doctrine ancienne définissait comme suit cette situation : « Vis-à-vis des tiers, la clôture de la liquidation et la décharge donnée aux liquidateurs ne produisent qu'un seul effet :

(*1) J. MALHERBE *et al.*, « Chapitre 9 - La nullité des décisions d'organes, des décisions de l'assemblée générale des obligataires et des votes », in *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 379 ; B. TILLEMANS et K. DEWAELE, « Optreden in rechte van de rechtspersoon onder het Wetboek Vennootschappen en Verenigingen », in R. Jafferali *et al.* (ed.), *Entre tradition et pragmatisme*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 1401-1470 ; S. MERCIER, « Chapitre 6 - La liquidation des sociétés commerciales », in *Droit des sociétés*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier Business, 2016, p. 313-360.

(*2) X. DIEUX *et al.*, « Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (deuxième partie) », *R.C.J.B.*, 2016/2, p. 353 et s.

(*3) X. DIEUX *et al.*, « Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (deuxième partie) », *R.C.J.B.*, 2016/2, p. 353-356 ; D. VAN GERVEN et H. CULOT, « Kroniek vennootschapsrecht 2018-2019 », *RPS-TRV*, 2019/6, p. 657 ; Comm. Gand (div. Dendermonde), 23 septembre 2019, *T.G.R.*, 2019, 237 ; J. GOLLIER, « L'Amendement. Plaformner la responsabilité du liquidateur en fonction de l'actif à liquider », *RPS-TRV*, 2022/2, p. 121-124 ; M. LEMAL, La responsabilité du liquidateur à l'égard des associés, *J.D.S.A.*, 2021, liv. 1, p. 414-415 ; C. BERCKMANS, De aansprakelijkheid van de vereffenaar, dans X., *De BV in de praktijk*, p. 527-549 ; M. LEMAL, Responsabilité du liquidateur : la problématique du lien de causalité entre la faute et le dommage, *J.D.S.C.*, 2018, liv. 1, 233-234.

(*4) Cass., 26 novembre 2021, C.20.0572.F, *R.D.C.-T.B.H.*, 2022/9-10, p. 1219 ; voir le commentaire de cet arrêt par F. GEORGE et J. HUBIN, « Voyage aux frontières de la faillite et de la liquidation », *R.D.C.-T.B.H.*, 2022/9-10, p. 1219-1235 ; P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, « La société anonyme. Première partie : Constitution et fonctionnement », *Rép. not.*, t. XII, Le droit commercial et économique, Livre 3/1, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 394. Dans les travaux parlementaires et par le biais de l'amendement n° 190, le législateur en profite pour rappeler que le législateur est un organe de la société, et que les termes actuels de l'article expriment plus clairement cette qualité (Projet de loi du 4 juin 2018 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, amendements, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54-3119/008, p. 37-38).

faire courir la prescription quinquennale au profit des liquidateurs à partir de la publication de la clôture conformément à l'article 163 [du Code des sociétés]. À l'exception de cette conséquence, le vote de la clôture n'en produira pas d'autres ; il reste pour les tiers qui n'y ont point participé *res inter alios acta* » (*1). Ainsi, la disparition de la société de l'espace juridique, de l'effacement de sa personnalité juridique, vient éteindre *de facto* les droits des créanciers et « aboutit à priver les créanciers impayés des moyens de faire respecter effectivement (...) leurs droits » (*2).

Afin de pallier cet effet juridique, un certain nombre d'actions, sur pied de la théorie de la survie passive de la société liquidée telle que développée précédemment, s'offrent aux créanciers. Pour reprendre les termes de la Cour de cassation, « la société liquidée est censée continuer à exister pour se défendre contre les actions intentées contre elle en temps utile par les créanciers. La poursuite de cette existence passive, qui vise à assurer la protection des créanciers de la société, vaut non seulement à l'égard des actions intentées dans le délai de cinq ans après la publication de la clôture de la liquidation, mais également à l'égard des actions déjà formées contre la société avant la clôture de la liquidation [...] » (*3). Ainsi, une série d'actions, développées notamment par les praticiens dans le cadre de différentes hypothèses, s'offrent aux créanciers lorsque la clôture de la liquidation de la société a été effectuée : (i) l'action contre le liquidateur *qualitate qua*, (ii) l'action en annulation de la décision de clôture de la liquidation, (iii) l'action en responsabilité contre le liquidateur et (iv) l'action en restitution contre les anciens actionnaires ou associés.

43 L'action contre le liquidateur *qualitate qua* (« en cette qualité »), en application de l'article 2:143, § 1^{er}, du CSA, est en réalité une action dirigée contre la société, en la personne de son ou ses liquidateurs, et non contre la personne du ou des liquidateurs. En l'espèce, cette question porte sur la recevabilité de l'action. Une action dirigée personnellement contre le ou les liquidateurs serait irrecevable si l'objet n'est pas la mise en cause de la responsabilité personnelle de ces derniers, ceux-ci étant les représentants de la société (*4). Ainsi, il s'agit de la raison même de la théorie comme le rappelle la Cour de cassation, « l'extinction de la société n'est pas absolue, la société continuant d'exister pour répondre aux actions des créanciers impayés aussi longtemps que la prescription n'est pas acquise par l'écoulement de cinq années » (*5) ou en d'autres termes plus récents et précisant l'étendue de l'action « La clôture de la liquidation d'une société conformément aux articles 194 et 195 du C. soc. met en principe fin à l'existence et à la personnalité juridique de cette société. Mais la disparition de la personne juridique n'est toutefois pas absolue : la société liquidée est censée

(*1) C. RESTEAU, *Les sociétés anonymes devant les Lois belges*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 1913, IV, n° 1968, p. 134.

(*2) M. LEMAL, *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, Diegem, Kluwer, 2014, p. 37, n° 3080 ; voir également J. VAN EETVELDE, « Ontbinding en vereffening van vennootschappen – een fundamentele analyse van het ontbindings en vereffeningkader in het vennootschapsrecht », thèse de doctorat, UCL, 2022, p. 52.

(*3) Cass., 17 avril 2008, *Pas.*, 2008/4, p. 931-932.

(*4) Liège (20^e ch.), 3 mars 2011, 2010/R.G./26, disponible sur www.juridat.be.

(*5) Cass., 22 mars 1962, *R.C.J.B.*, 1964, p. 42, note J. G. RENAULD.

continuer à exister pour se défendre contre les actions intentées contre elle en temps utile par les créanciers. La poursuite de cette existence passive, qui vise à assurer la protection des créanciers de la société, vaut non seulement à l'égard des actions intentées dans le délai de cinq ans après la publication de la clôture de la liquidation, mais également à l'égard des actions déjà formées contre la société avant la clôture de la liquidation. La clôture de la liquidation n'a en effet pas pour conséquence d'empêcher la poursuite des procédures en cours contre la société en la personne de ses liquidateurs » (*1). Cette action peut être engagée dans un délai de cinq ans suivant la clôture de la liquidation (*2). Un certain nombre d'actions peuvent ainsi être introduites contre le liquidateur en cette qualité, nous pensons notamment aux actions suivantes portant sur :

- les créances détenues par les créanciers sociaux et fiscaux (*3) ;
- les créances en matière d'insolvabilité (*4) ;
- en droit du travail (*5) ;
- en matière de propriété intellectuelle (*6).

Il convient de rappeler que cette action « n'offre, en principe, aucune assiette d'exécution au créancier qui aurait obtenu la condamnation de la société. Celle-ci a en effet cessé d'exister et n'a plus de personnalité juridique ni, partant, de patrimoine, sous réserve des fonds qui auraient été consignés à la clôture de la liquidation » (*7). Pour le surplus, nous vous renvoyons au commentaire de l'article 2:143, § 1^{er}, cinquième tiret (*8).

44 Une autre action ouverte aux créanciers de la société liquidée est celle portant sur la nullité de la décision de clôture de la liquidation devant le tribunal compétent, action découlant de la pratique développée pour les actions portant sur les décisions des organes des sociétés. Les créanciers pourraient estimer que la liquidation a été menée en fraude de leurs droits et veulent ainsi réouvrir les opérations de liquidation (*9). Le simple fait qu'un actif, dette ou créance a été oublié ou même une absence d'actif ne

(*1) Cass. (1^{re} ch.), 17 avril 2008, C.07.0054.N, disponible sur www.juridat.be.

(*2) Cass., 25 novembre 2022, F.22.0022.N, C.F., 2023/1, p. 16-21 ; Anvers, 21 décembre 2021, C.F., 2022/2, p. 36-43.

(*3) Anvers (6^e ch.), 27 juin 2017, 2015/AR/2497, R.G.C.F., 2017/4, p. 379-383 ; C.C., 24 septembre 2020, arrêt n° 123/2020, *Ius & actores*, 2020/2-3, p. 693-701 ; Cass., 25 novembre 2022, F.22.0022.N, *Fisc. Koer.*, 2023/1, p. 16-21 ; Liège, 17 février 2021, 2018/RG/48, F.J.F., 2021/7, p. 262 ; Civ. Liège, 31 mai 2010, F.J.F., 2011/9, p. 933-938 ; Anvers, 27 juin 2017, T.F.R., 2018/1, n° 533, p. 46-49 ; Cass., 25 novembre 2022, F.22.0022.N, C.F., 2023/1, p. 16-21.

(*4) Liège, 21 mars 2013, inédit, R.G. n° F-20130321-8 ; Cass., 9 mars 2017, *Pas.*, 2017/03, p. 601-604, qui considère que le curateur, qui eut dû réaliser les actifs apparus après la clôture de la faillite s'il en avait eu connaissance avant cette clôture, est une personne intéressée qui a qualité pour demander la désignation d'un curateur *ad hoc*.

(*5) Trib. trav. Hainaut, div. Charleroi (3^e ch.), 23 mai 2022, 22/576/A, *Ius & actores*, 2022/2, p. 455-460 ; Trib. trav. Hainaut, div. Binche (10^e ch.), 10 septembre 2018, 17/264/A, *Ius & actores*, 2019/1-2, p. 253-255.

(*6) Trib., division Mons, 21 décembre 2021, *Ing.-Cons.*, 2022/1, p. 151-192.

(*7) X. DIEUX *et al.*, « Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (deuxième partie) », *R.C.J.B.*, 2016/2, p. 362.

(*8) Renvoi Commentaire article 2:143 CSA.

(*9) Voir Cass., 26 avril 1972, *Rev. prat. soc.*, 1973, p. 269 ; Liège, 11 octobre 1972, *Rev. prat. soc.*, 1974, p. 135 ; Comm. Gand, 19 juin 2008, T.R.V., 2010, p. 174. Question également abordée en droit français, voir à cet égard Aix-en-Provence, 8 avril 1975, *D.*, 1975, IV, p. 94 et Cass. fr., 30 mai 1978, *D.*, 1980, IV, p. 161.

peuvent fonder une telle action car (i) ces cas de figures faisant l'objet des nouveaux articles 2:104 et 2:105 du CSA et (ii) qu'une liquidation peut être clôturée même si toutes les dettes n'ont pas pu être payées, étant le principe même de la liquidation déficitaire (*1).

L'action dirigée contre le liquidateur *qualitate qua* ne permet pas de remettre la situation dans son *pristin état* avant la liquidation, c'est-à-dire de remettre dans le patrimoine de la société les éventuels actifs répartis entre les actionnaires ou associés de la société. À l'inverse, si l'action en annulation dirigée contre la décision de clôture de la liquidation est accueillie, cela permettra d'annuler « les répartitions faites par les liquidateurs ; ils peuvent poursuivre par voie d'action subrogatoire la restitution des sommes perçues par les associés ; cette annulation aura pour effet de faire revivre la société qui sera à nouveau réputée exister *erga omnes* pour les besoins de la liquidation » (*2).

Il sera question de fraude si le créancier démontre notamment que la comptabilité de la société a été falsifiée (*3) ou, pour reprendre en terme plus général, si « la liquidation est clôturée alors qu'il subsiste des dettes impayées, que la société dispose d'actifs permettant leur désintéressement, total ou partiel, qu'aucune consignation en vue de leur paiement n'a été effectuée et que la décision de l'assemblée générale a été prise en connaissance de cause » (*4) ou encore, « qu'un sort ait été réservée à toute les dettes connues » (*5).

45 En sus de la société même et de ses actifs, les créanciers peuvent décider d'introduire une action en responsabilité directement contre le liquidateur sur pied de l'article 2:143, § 1^{er}, quatrième tiret, du CSA. Cette action est souvent invoquée simultanément à celle portant sur l'annulation de la décision de clôture.

46 Enfin, et ce qui concerne uniquement les sociétés dont la responsabilité des actionnaires ou associés est limitée à leur apport, l'action en restitution ouverte contre les anciens actionnaires ou associés reste potentiellement une option pour tout créancier qui s'estimerait lésé par la décision de clôture.

(*1) Liège (20^e ch.), 3 mars 2011, *D.A.O.R.*, 2011, p. 516 à 518.

(*2) H. DU FAUX, « Liquidation des sociétés commerciales », *Rép. not.*, t. XII, Le droit commercial et économique, Livre 6, Bruxelles, Larcier, 2003, n° 157.

(*3) Comm. Gand, 19 juin 2008, *T.R.V.*, 2010, p. 174 et la note C. CLOTTENS.

(*4) M. LEMAL, *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, Diegem, Kluwer, 2014, p. 556 ; voir également dans le même sens V. SIMONART, « Groupements d'intérêt économique - G.I.E. et G.E.I.E. », *Rép. not.*, t. XII, Le droit commercial et économique, Livre 9, Bruxelles, Larcier, 2002, n° 515.

(*5) D. LECLERCQ, « III - Le déroulement de la liquidation », in De Cordt, Y. et André-Dumont, A.-P. (dir.), *Droit des sociétés – Millésime 2011*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 529.

Une telle action est débattue en doctrine et jurisprudence. Les opposants estimant qu'une telle action n'a pas de fondement valable sachant que les actionnaires ou associés ne sont pas des ayants droits à titre universel de la société liquidée (*1), tandis que les partisans estiment que les actionnaires ou associés seraient tenus personnellement à concurrence du *boni* de liquidation qui leur a été, indûment, octroyé (*2). Certains de ces auteurs estiment que, s'il est démontré *in specie* que les actionnaires ou associés devaient savoir ou ne pouvaient ignorer que les distributions qui leur ont été octroyées étaient irrégulières, une telle action pourrait être accueillie (*3). Les créanciers doivent ainsi démontrer la mauvaise foi des actionnaires ou associés, ce qui, en l'espèce, pourrait être compliqué. Également partisans de l'action en restitution, d'autres auteurs interprètent un arrêt de la Cour de cassation (*4) et fondent ainsi l'action sur base du caractère indu du paiement reçu par les actionnaires ou associés (*5). Si le caractère est ainsi démontré, il y aurait lieu à restitution. Pour une étude plus approfondie des deux positions, nous renvoyons aux écrits de M. LEMAL et E. DE BIE (*6).

47 À l'exception des actions prévues par l'article 2:143 du CSA, l'action en annulation et en restitution ont en commun le fait qu'elles ne sont pas propres à la liquidation et aux conséquences liées à la fin de la société, résultant ainsi en une démonstration compliquée pour les créanciers de voir les actionnaires ou associés tenus pour responsables pour une créance impayée lors de la clôture de la liquidation. La liquidation a

(*1) Cass., 17 juin 1965, *R.W.*, 1965-66, 940 ; Anvers, 9 juin 1997, *R.G.F.*, 1998, 191 ; Bruxelles, 29 avril 1993, *T.R.V.*, 1993, p. 419, note D. ; Liège, 20 mars 1991, *J.T.*, 1992, 16 ; A. ALDERS et D. PARDO, *Praktische gids voor vereffenaars van vennootschappen*, Malines, Kluwer, 2013, p. 212 ; H. BRAECKMANS, *Vereffening van vennootschappen buiten faillissement. Met bijzondere aandacht voor de Wet van 2 juni 2006*, Anvers et Oxford, Intersentia, 2008, n° 239 ; D. D'HOOGHE, « De voortijdige sluiting van de vereffening van handelsvennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid », *T.B.H.*, 1989, 346-347 ; C. RESTEAU, *Les sociétés anonymes devant les Lois belges*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 1913, IV, p. 1968 ; J. LAMBRECHTS, *De vereffening van de BVBA en de NV*, Série Notariële Praktijkstudies, Kluwer, 2012, p. 230-232 ; M. DE THEJE, « Verhaalbaarheid van interesten op batig saldo na faillissement van een vennootschap », *R.W.*, 2004-05, p. 1104 ; E. DE BIE et J. DE LEENHEER, *Liquidation des sociétés après la loi du 13 avril 1995. Aspects juridiques, comptables, fiscaux et modèles*, Diegem, Ced. Samsom, 1995, p. 202 ; J. HEENEN, « Nature des droits de l'associé sur l'actif d'une société commerciale avant et après la dissolution. Persistance de la personnalité morale après la dissolution », *R.C.J.B.*, 1953, p. 297 ; J. RONSE, « Overzicht van de rechtspraak (1964-1967). Vennootschappen », *T.P.R.*, 1967, p. 763.

(*2) J. MASIUS, « De la liquidation des sociétés commerciales », *B.J.*, 1894, col. 197, n° 6 ; P. JEHASSE, *Manuel de la liquidation*, 2^e éd., Malines, Kluwer, 2007, p. 448-449 ; B. ROLAND, *La liquidation, Traité pratique de droit commercial*, t. 4, 1^{re} éd., Kluwer, 1998, p. 1.151, n° 8 ; L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, Bruxelles, Bruylant, 1950, n° 8, p. 1086 ; G. BELTJENS, *Encyclopédie du droit commercial belge*, t. II, v8 *Liquidation*, Namur, 1894, n° 8 p. 4 ; F. MOURLON BEERNAERT et L. DONNAY DE CASTEAU, « Questions spécifiques de responsabilité et de fiscalité des sociétés en liquidation », in *Liquidation des sociétés sous l'angle du droit civil et du droit fiscal*, Anthemis, 2023, p. 275-311.

(*3) R. AYDOGDU, « Actualités en matière de liquidation (défictaire) », in *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation défictaire : actualités et pratique*, CUP, n° 8.120, Anthemis, Liège, 2010, p. 29 ; P. JEHASSE, *Manuel de la liquidation*, 2^e éd., Malines, Kluwer, 2007, p. 449 ; H. DU FAUX, « Liquidation des sociétés commerciales », *Rép. not.*, t. XII, Le droit commercial et économique, Livre 6, Bruxelles, Larcier, 2003, n° 121.

(*4) Cass., 17 juin 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 134.

(*5) P. JEHASSE, *Manuel de la liquidation*, 2^e éd., Malines, Kluwer, 2007, p. 449 ; L. FREDERICQ, *Addendum au Manuel de droit commercial belge*, Bruxelles, Bruylant, 1970, p. 2102-2103 ; Anvers, 8 juin 1978, *Rev. prat. soc.*, 1980, p. 186 ; Liège, 11 octobre 1972, *Rev. prat. soc.*, 1974, p. 135, note P. COPPENS.

(*6) M. LEMAL, *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, Diegem, Kluwer, 2014, p. 557-558 ; E. DE BIE, M. CORYNEN et C. PIETTE, « Art. 194 W. Venn. », in *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, 2016, p. 40-43.

été fortement modelée par des années de jurisprudence et de doctrine, le législateur profitant de la réforme du droit des sociétés et de l'entrée en vigueur du Code des sociétés et des associations pour régler certaines questions pour lesquelles, ces actions « dérivées » ne permettaient pas de répondre correctement à la question de la protection des tiers. Ainsi, tentant de mettre fin à ce débat le législateur a introduit les nouveaux articles 2:104 et 2:105 dans l'espace juridique belge, afin de répondre aux difficultés liées à la clôture de la liquidation pour les créanciers qui seraient impayés. À cet égard, nous renvoyons le lecteur aux commentaires de ces articles.

D. POUR LES ACTIONNAIRES OU ASSOCIÉS

48 La clôture de la liquidation marque la fin du projet commun entre les actionnaires ou associés, la fin de la mise en commun d'actifs sous l'égide d'une personnalité juridique distincte de chacune des personnalités juridiques des fondateurs et actionnaires ou associés de la société. La clôture opère ainsi le transfert des éventuels actifs restant, également appelé le *boni* de liquidation, au bénéfice des actionnaires ou associés de la société liquidée et dissoute.

49 Sous l'empire du Code des sociétés, subsistait la question (i) des actifs non distribués à la clôture ainsi que (ii) la question de la responsabilité des actionnaires ou associés pour les éventuelles dettes impayées. Ces questions faisaient l'objet d'importants débats sous l'empire du Code des sociétés (*1). Le CSA traite désormais le sujet par le biais de l'article 2:104 du CSA, qui règle tant la question de la propriété des actifs oubliés lors de la clôture de la liquidation, « les associés ou actionnaires deviennent, de plein droit chacun pour sa part, propriétaires indivis de tous les actifs de la société même si ceux-ci ne sont pas connus au moment de la clôture de la liquidation », que la question de la responsabilité, « les actionnaires d'une société à responsabilité limitée, d'une société coopérative et d'une société anonyme sont responsables, sans solidarité entre eux, des dettes de la société dissoute qui n'ont pas été payées au plus tard lors de la clôture de la liquidation et pour lesquelles il n'a pas été consigné, au plus tard à cette date, un montant suffisant pour couvrir ces dettes en principal et accessoires, s'ils en

(*1) E. DE BIE *et al.* « Art. 194 W. Venn. », in *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, 2016, p. 43-48 ; M. LEMAL, *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, Diegem, Kluwer, 2014, p. 562-565 ; C. BERCKMANS, *De vereffeningprocedure*, Malines, Kluwer, 2014, p. 740 ; J. LAMBRECHTS, « De vereffening van de BVBA en de NV », Série Notariële Praktijkstudies, Kluwer, 2012, p. 233-235 ; A. AYDOGDU, « Actualités en matière de liquidation (défictaire) », in N. Thirion (éd.), *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation, défictaire, actualités et pratique*, Liège, Anthemis, 2010, p. 17-18 ; E. DE BIE et J. DE LEENHEER, *Liquidation des sociétés après la loi du 13 avril 1995. Aspects juridiques, comptables, fiscaux et modèles*, Diegem, Ced. Samsom, 1995, p. 203 ; F. BOUCKAERT, « Wie is bevoegd om op de komen voor de rechten van vennootschap die werd vereffend ? », *T.R.V.*, 1993, p. 166 ; D. D'HOOGHE, « De gevolgen van de sluiting van de vereffening van handelsvennootschappen met volkomen Rechtspersoonlijkheid », *R.D.C.*, 1989, p. 333 ; J.-G. RENAULD, « Effets de la clôture de la liquidation sur l'existence des sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1963, p. 57 ; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1957, p. 143 ; L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, V, Gand, Fechey, 1950, p. 1056 ; Gand, 23 février 2009, *R.A.B.G.*, 2010, p. 158.

connaissaient l'existence ou ne pouvaient les ignorer compte tenu des circonstances. Cette responsabilité est, pour chaque actionnaire, limitée au montant égal à la somme de l'apport qui lui est remboursé et de sa part dans le solde de liquidation reçue avant ou lors de la clôture de la liquidation de la société. Il en va de même des actionnaires qui ont cédé leurs actions avant la clôture de la liquidation, à concurrence des acomptes qu'ils auraient perçus. [...] En cas d'application des articles 2:80 et 2:81, les actionnaires d'une société à responsabilité limitée, d'une société coopérative et d'une société anonyme sont, par dérogation au paragraphe 2 toujours responsables, sans solidarité entre eux, des dettes visées au paragraphe 2 indépendamment du fait qu'ils en aient ou non eu ou dû avoir connaissance compte tenu des circonstances. S'ils sont de bonne foi, ils peuvent exercer un recours contre les derniers membres de l'organe d'administration en fonction. La responsabilité à l'égard des actionnaires est, pour chaque actionnaire, limitée au montant égal à la somme de l'apport qui lui a été remboursé et de sa part dans le solde de liquidation reçue avant ou lors de la clôture de la liquidation de la société ». Nous vous renvoyons au Commentaire pertinent pour plus de détails.

VI. Sanctions pénales

50 Le non-respect des règles prévues à l'article 2:100 du CSA, c'est-à-dire l'absence de soumission des comptes annuels ou du rapport chiffré de la liquidation par les liquidateurs à l'assemblée générale est passible d'une amende de cinquante euros à dix mille euros en application de l'article 2:108, 2^o, du CSA (*1).

(*1) F. MOURLON BEERNAERT et M. ARNOLDY, « Art. 2:108 C.S.A », in X., *Commentaire systématique du Code des sociétés*, 1^{er} août 2023 ; A. BLAFFART, « Les sanctions pénales dans le Code des sociétés et des associations », in Jafferali, R. et al. (dir.), *Entre tradition et pragmatisme*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 948.

2:101. Par dérogation à l'article 2:100, en cas de dissolution judiciaire, le liquidateur fait rapport au tribunal, à l'issue de la liquidation, en lui soumettant le rapport chiffré visé à l'article 2:100, alinéa 1^{er}, sur la liquidation, et indique le cas échéant la destination qui est donnée aux actifs restants.

Le tribunal prononce la clôture de la liquidation.

Concordance : l'article 2:101 est une reformulation de l'article 194 C. soc.

Commentaire de l'article 2:101 du Code des sociétés et des associations

Auteur : Simon VANLAETHEM

Mise à jour : 30 mars 2024

DOCTRINE IMPORTANTE

AYDOGDU, R., « Le nouveau régime de dissolution et de liquidation des sociétés », in *Le nouveau droit des sociétés et des associations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 453-487.

BRAECKMANS, H. et HOUBEN, R., *Handboek Vennootschapsrecht*, Anvers, Intersentia, 2021, 2^e éd., p. 831-884.

DE BIE, M., CORYNEN, M. et PIETTE, C., « Art. 194 W. Venn. », in *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, 2016, 48 p.

GOL, D. et LEBEAU, J., « La dissolution et la liquidation des personnes morales », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/10, p. 1153-1180.

HOUET, A., « Cour d'appel de Bruxelles, 22 juin 2017 », *RPS-TRV*, 2018, n° 7, p. 788.

JEHASSE, P., *Manuel de la liquidation*, 2^e éd., Malines, Kluwer, 2007, 776 p.

LEMAL, M., *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, Diegem, Kluwer, 2014, 644 p.

SIMONART, V. (coord.) et al., *La dissolution et la liquidation des sociétés*, Limal, Anthemis, 2022, 325 p.

VAN GERVEN, D., « § 20. - Ontbinding en vereffening », in *Handboek Vennootschappen - Algemeen deel*, 2^e éd., Bruxelles, Intersentia, 2020, p. 974-1113.

VINCKE, J.-P., « Chapitre 4 - Dissolution et liquidation », in *Comptabilité des entreprises*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier Business, 2023, p. 811-823.

COMMENTAIRE

Structure

- I. Introduction
- II. Tribunal compétent
- III. Contrôle du rapport par le tribunal
- IV. Prononcé de la clôture

I. Introduction

I La clôture de la liquidation, à la suite d’une dissolution judiciaire, marque la fin de vie de la société, elle disparaît de l’espace juridique. C’est la dernière phase du processus des opérations de liquidation de la société après sa dissolution et cette décision marque définitivement la fin de la société comme sujet de droit.

L’article 2:101 du Code des sociétés et des associations (« CSA ») est le successeur de l’article 194 du Code des sociétés (« C. soc. »). Profitant du CSA, le législateur a clarifié la procédure relative à la liquidation ; uniformisant la procédure et mettant en exergue les différences entre les deux formes de liquidation. L’ancien article 194 C. soc., portant tant sur la clôture de la liquidation volontaire ou judiciaire, a ainsi été scindé en deux articles distincts, dont l’article 2:101 du CSA faisant l’objet du présent Commentaire, portant sur la clôture de la liquidation prononcée décision judiciaire.

Le législateur a uniformisé la procédure relative à la liquidation, la grande majorité de la procédure relative à la clôture étant identique entre les deux formes de clôture. Raison pour laquelle, l’article 2:101 du CSA débute par les termes suivants « [p]ar dérogation à l’article 2:100, en cas de dissolution judiciaire ». De même, l’article 2:101 du CSA précise les éléments de différence entre la clôture de la liquidation par décision de l’assemblée générale ou par décision judiciaire, qui font l’objet du présent Commentaire. Ainsi, le CSA opère une claire distinction entre les dissolutions volontaires et judiciaires et, par conséquence, une claire distinction entre la liquidation volontaire et la liquidation judiciaire et donc leur clôture respective (*1).

Sachant que le législateur a uniformisé la procédure de liquidation, à l’exception des quelques précisions apportées ci-après, les développements retenus dans le Commentaire

(*1) D. GOL et J. LEBEAU, « La dissolution et la liquidation des personnes morales », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/10, p. 1166 ; R. AYDOGDU, « Le nouveau régime de la dissolution et de la liquidation », in *Le nouveau droit des sociétés et des associations*, Anthemis, 2019, p. 453-487.

de l'article 2:100 du CSA (*1), sont également applicables à toute clôture de liquidation prononcée par décision judiciaire.

II. Tribunal compétent

2 Contrairement à l'article 2:100 du CSA, le liquidateur doit soumettre le rapport chiffré contenant toutes les pièces et justificatifs indiqués à l'article 2:100 du CSA, ainsi que la destination qui est donnée aux actifs restants, au tribunal compétent et non à l'assemblée générale. Le tribunal compétent visé par l'article 2:101 du CSA est le tribunal de l'entreprise de l'arrondissement du siège de la société, quel que soit le fondement de la demande en dissolution (*2).

III. Contrôle du rapport par le tribunal

3 La clôture est prononcée par le tribunal compétent. Avant cela, le tribunal opère un contrôle du rapport chiffré soumis par le liquidateur. Ce dernier forme et soumet classiquement trois demandes au tribunal compétent suivant la clôture en application de l'article 2:101 du CSA (*3), étant :

- la demande de taxation des honoraires du liquidateur ;
- la demande d'approbation du rapport chiffré ; et
- la demande de prononcer la clôture de la liquidation.

4 Le rapport chiffré comporte également les honoraires à taxer ainsi que la répartition des actifs restants. Si une contestation est soulevée à l'encontre d'une de ces demandes, le tribunal peut tout à fait statuer en plusieurs étapes afin d'épuiser les demandes au fur et à mesure pour enfin terminer par prononcer la clôture de la liquidation.

Le tribunal compétent « prend » le rôle de l'assemblée générale quant au contrôle du travail du liquidateur, la question de l'étendue de ce contrôle faisait déjà l'objet de discussion sous l'empire du Code des sociétés. Ainsi, la Cour d'appel de Bruxelles réformant la décision du Tribunal de Bruxelles (*4), estime que « le juge ne dispose que d'un pouvoir de contrôle et d'approbation du plan de répartition. Il doit vérifier le sort réservé aux actifs découverts lors de l'ouverture de la liquidation et le respect de l'ordre des privilèges des différents créanciers » (*5). R. AYDOGDU rappelle à cet égard que « ces dispositions (*6) trouvent leur origine dans une proposition de loi du 1^{er} juillet 2005 déposée dans la suite immédiate de la libéralisation de la liquidation

(*1) Voir S. VANLAETHEM, Art. 2:100 C.S.A., dans X., *Commentaire systématique du Code des sociétés*, C.S.A. Art. 2:100 – 1 - C.S.A. Art. 2:101 – 32 (32 p.).

(*2) D. GOL et J. LEBEAU, « La dissolution et la liquidation des personnes morales », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/10, p. 1156.

(*3) D. GOL et J. LEBEAU, « La dissolution et la liquidation des personnes morales », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/10, p. 1166.

(*4) Comm. (fr.) Bruxelles, 3 février 2017, *J.L.M.B.*, 2020, p. 1396.

(*5) Bruxelles (9^e ch.), 22 juin 2017, *RPS-TRV*, 2018/7, p. 782-790, note A. HOUET.

(*6) L'auteur cité comprend l'article 2:101 dans ces « dispositions », étant ce qu'il nomme le contrôle *a posteriori*.

déficitaire opérée par la Cour de cassation entre 2003 et 2005. L'exposé des motifs reflète la suspicion qui entoure la liquidation déficitaire, d'autant plus claire que, comme je viens de le mettre en évidence, le double contrôle d'office et a priori qui est instauré ne comble pas un vide légal mais vient s'ajouter aux droits d'action a posteriori dont disposent les créanciers, premiers intéressés » (*1). Contrairement à l'article 2:97 du CSA, pour lequel le tribunal possède un véritable pouvoir d'appréciation quant aux comptes et plan de répartition déposés (*2), le pouvoir qui lui est conféré par l'article 2:101 est ainsi plus limité et comporte deux facettes, la vérification (le contrôle a proprement dit) et l'approbation (*3).

Partant, le contrôle consiste pour le tribunal à « vérifier le sort réservé aux actifs découverts lors de l'ouverture de la liquidation et le respect de l'ordre des privilèges des différents créanciers » (*4). Il doit s'assurer que « la répartition entre les créanciers ne viole pas les règles relatives au concours entre créanciers, ou les dispositions légales relatives aux sûretés et privilèges [et que] la réalisation des actifs identifiés lors de l'ouverture de la liquidation et la destination donnée aux éléments d'actif et de passif restants ne l'ont pas été en fraude des droits des créanciers » (*5).

5 Certains auteurs estiment également que ce pouvoir de vérification permet au tribunal, non pas d'exercer un contrôle d'*appréciation* mais, disons, d'éclairer sa décision, à l'aide de différents moyens, dont ceux identifiés ci-après étant :

- de demander au liquidateur tous renseignements utiles (*6) ;
- de convoquer les créanciers (*7) ;
- de requérir l'intervention d'un expert afin d'éclairer sa prise de décision (*8).

Dans le cadre de ce contrôle, le tribunal peut refuser d'approuver le plan s'il constate notamment que le rapport contient des ambiguïtés ou des contradictions, ou s'il ne prévoit pas le règlement de tous les actifs et passifs identifiés (*9), le tribunal exerçant alors la seconde facette de son pouvoir de contrôle.

(*1) R. AYDOGDU, « La faillite des liquidations déficitaires : The Usual Suspects », *R.D.C.-T.B.H.*, 2021/5, p. 608.

(*2) Voir notamment à cet égard W. DAVID, « La faillite d'une société en liquidation : état de la question après l'arrêt de la Cour de cassation du 5 juin 2020 », *J.L.M.B.*, 2020/30, p. 1399-1404.

(*3) J.-P. LEBEAU et M. LEMAL, « La liquidation déficitaire des sociétés commerciales », *T.P.D.C.*, 2009, t. II, 2^e éd., n° 757, p. 667 ; P. NICAISE, « La liquidation des sociétés : évolutions récentes », *Le droit des sociétés aujourd'hui : principes, évolutions et perspectives*, éd. Jeune barreau de Bruxelles, 2008, p. 140.

(*4) Liège, 10 janvier 2011, *Rev. prat. soc.*, 2013, p. 518. Voir également Comm. Hasselt, 19 janvier 2007, *T.R.V.*, 2008, p. 208.

(*5) A. HOUET, « Cour d'appel de Bruxelles, 22 juin 2017 », *RPS-TRV*, 2018, n° 7, p. 788.

(*6) M. LEMAL, *Manuel de la liquidation*, Waterloo, Kluwer, 2014, n° 785, p. 535.

(*7) H. BRAECKMANS, « Vereffening (Vereffening van vennootschappen buiten faillissement) », in *Gerechtigd akkoord en Faillissement*, Kluwer, 2010, (f. mob.) n° 8 X – 32 ; H. BRAECKMANS, « Commentaar bij art. 190 W. Venn. », in *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, 2008.

(*8) A. HOUET, « Cour d'appel de Bruxelles, 22 juin 2017 », *RPS-TRV*, 2018, n° 7, p. 789.

(*9) D. VAN GERVEN, « § 20. - Ontbinding en vereffening », in *Handboek Vennootschappen - Algemeen deel*, 2^e éd., Bruxelles, Intersentia, 2020, p. 1069 ; M. LEMAL, Le contrôle et l'approbation du plan de répartition de l'actif soumis par le liquidateur en cas de liquidation déficitaire, *J.D.S.C.*, 2019, liv. 1, 216-217.

IV. Prononcé de la clôture

6 Concomitamment à l'approbation du plan, et s'il l'approuve, le tribunal prononce la clôture de la liquidation de la société. Suivant la jurisprudence de la Cour de cassation, la décision du tribunal est à considérer comme constitutive et non déclarative (*1). Tout comme la décision de l'assemblée générale, que la clôture soit prononcée par l'assemblée ou le tribunal, la décision vient mettre un terme à l'existence de la société dans l'espace juridique, le tribunal faisant plus que simplement se prononcer sur le rapport chiffré (*2).

7 Le législateur a précisé par le biais de l'article 2:75 du CSA que tout jugement prononçant la dissolution judiciaire peut faire l'objet d'appel, d'opposition ou de tierce opposition, ou d'un recours en cassation. Qu'en est-il de ces actions quant au prononcé de la clôture de la liquidation ?

Concernant l'opposition et l'appel, ceux-ci sont recevables dans le mois de la signification du jugement par le liquidateur ou de la notification par le greffe en cas de clôture immédiate (*3). Cependant, il convient à tout praticien de se rappeler que le législateur a introduit, par les articles 2:104 et 2:105 du CSA, de nouveaux principes et actions propres à la clôture de la liquidation.

S'agissant de la tierce opposition, en application de l'article 1128, 6^o, du Code judiciaire, elle n'est plus recevable après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la publication de la décision judiciaire faite conformément à l'article 2:14, 2:15, 2:16 ou 2:17 du Code des sociétés et des associations, la tierce opposition formée contre la clôture de la liquidation d'une personne morale prononcée en vertu des articles 2:74, 2:75, 2:81 et 2:101 du Code des sociétés et des associations (*4).

Enfin, un recours en cassation est également envisageable.

(*1) Cass., 22 mars 1962, *Pas.*, 1962, I, 807, *R.C.J.B.*, 1963, p. 42, note J. G. RENAULD ; C. CLOTTENS, « Het lot van lopende gerechtelijke procedures na afsluiting van de vereffening van een vennootschap met rechtspersoonlijkheid », *T.R.V.*, 2010, p. 15.

(*2) D. MOUGENOT, « Principes de droit judiciaire privé », *Rép. not.*, t. XIII, La procédure notariale, Livre 0, Bruxelles, Larcier, 2019, n° 317 ; J. MALHERBE *et al.*, « Chapitre 8 - Dissolution et liquidation de la société », in *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 363 ; D. LECLERCQ, « III - Le déroulement de la liquidation », in Y. De Cordt et A.-P. André-Dumont (dir.), *Droit des sociétés - Millésime 2011*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 526.

(*3) Voir S. UHLIG et P. DAMMAN, « L'opposition (articles 1047 à 1049 du Code judiciaire) », dans X., *Droit judiciaire. Commentaire pratique*, VII.2 - 1 - VII.2, p. 149-182 et P. DAMMAN, dans X., *Droit judiciaire. Commentaire pratique*, VII.3 — 1 VII.3, p. 51-64.

(*4) E. LEROY et P. DAMMAN, « La tierce opposition », dans X., *Droit judiciaire. Commentaire pratique*, VII.5 - 1 VII.5 - 60, p. 49-50.

2:102. § 1^{er}. La clôture de la liquidation est publiée conformément aux articles 2:7 et 2:13.

Cette publication contient en outre :

1^o l'indication de l'endroit désigné par l'assemblée générale, où les livres et documents sociaux sont déposés et seront conservés pendant cinq ans au moins ;

2^o l'indication des mesures prises en vue de la consignation des sommes et valeurs auprès de la Caisse des dépôts et consignations revenant aux créanciers ou aux associés et dont la remise n'aurait pu leur être faite.

§ 2. Dans le cas d'une clôture judiciaire de la liquidation de la société, l'extrait de la décision judiciaire passée en force de chose jugée ou exécutoire par provision prononçant la clôture judiciaire de la liquidation de la société, de même que l'extrait de la décision judiciaire réformant le jugement exécutoire par provision précité, est publié par le greffier conformément aux articles 2:7 et 2:13.

Cet extrait contient :

1^o la dénomination et le siège de la société ;

2^o la date de la décision et le juge qui l'a prononcée ;

3^o le cas échéant, les nom, prénom et domicile des liquidateurs ; au cas où le liquidateur est une personne morale, l'extrait contient la désignation ou la modification de la désignation de la personne physique qui la représente pour l'exercice des pouvoirs de liquidation ;

4^o l'indication de l'endroit où les livres et documents sociaux sont déposés et seront conservés, pendant cinq ans au moins et l'indication de la consignation des sommes et valeurs revenant aux créanciers ou aux associés et dont la remise n'aurait pu leur être faite.

Concordance : l'article 2:102 est une reformulation de l'article 195 C. soc.

Commentaire de l'article 2:102 du Code des sociétés et des associations

Auteur : Simon VANLAETHEM

Mise à jour : 30 mars 2024

DOCTRINE IMPORTANTE

BRAECKMANS, H. et HOUBEN, R., *Handboek Vennootschapsrecht*, Anvers, Intersentia, 2021, 2^e éd., p. 831-884.

DE BIE, M., CORYNEN, M. et PIETTE, C., « Art. 194 W. Venn. », in *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, 2016, 48 p.

JEHASSE, P., *Manuel de la liquidation*, 2^e éd., Malines, Kluwer, 2007, 776 p.

LEMAL, M., *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, Diegem, Kluwer, 2014, 644 p.

SIMONART, V. (coord.) *et al.*, *La dissolution et la liquidation des sociétés*, Limal, Anthemis, 2022, 325 p.

VAN GERVEN, D., « § 20. - Ontbinding en vereffening », in *Handboek Vennootschappen - Algemeen deel*, 2^e éd., Bruxelles, Intersentia, 2020, p. 974-1113.

VINCKE, J.-P., « Chapitre 4 - Dissolution et liquidation », in *Comptabilité des entreprises*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier Business, 2023, p. 811-823.

COMMENTAIRE

Structure

- I. Introduction
- II. Champ d'application – Quels documents ?
- III. Articles 2:104 et 2:105 du Code des sociétés et des associations

I. Introduction

1 Suivant l'article 2:102 du Code des sociétés et des associations (« CSA »), un extrait de la décision (de l'acte) de clôture de la liquidation doit être versé au dossier de la personne morale et valablement publié aux annexes du *Moniteur belge* en application de l'article 2:13 du CSA. En l'espèce, l'article 2:102 du CSA reprend les termes de l'article 195 du Code des sociétés (« C. soc. ») sans apporter de nouveautés à cet égard.

2 L'article 2:102 doit se lire avec l'article 2:103, ceux-ci visant les documents devant soit être versés au dossier de la personne morale, et dont la liquidation est venue à son terme, soit conservés pendant une certaine période après la clôture de la liquidation. En introduisant dans l'espace juridique les articles 2:104 et 2:105, le législateur a doté l'article 2:102, comme l'article 2:103, d'un écho particulier quant à son implication pour les faits juridiques pouvant apparaître après la clôture de la liquidation, le législateur faisant la somme des acquis jurisprudentiels et doctrinaux post-liquidation.

II. Champ d'application – Quels documents ?

3 L'article fait une claire distinction selon que la dissolution ait été volontaire ou judiciaire, cette distinction s'inscrit dans la volonté du législateur de clarifier et d'uniformiser la procédure de la liquidation.

4 Dans la première hypothèse, l'article 2:102, § 1^{er}, du CSA prévoit que doit être publié, donc mentionné dans l'acte de clôture de la liquidation, « l'endroit désigné par l'assemblée générale, où les livres et documents sociaux sont déposés et seront

conservés pendant cinq ans au moins ; [... et] l'indication de la consignation des sommes et valeurs revenant aux créanciers ou aux associés et dont la remise n'aurait pu leur être faite » (nous soulignons).

5 Dans la seconde hypothèse, l'article 2:102, § 2, du CSA prévoit que doit être publié « l'extrait de la décision judiciaire passée en force de chose jugée ou exécutoire par provision prononçant la clôture judiciaire de la liquidation de la société, de même que l'extrait de la décision judiciaire réformant le jugement exécutoire par provision précité ». Le second paragraphe précise également que l'extrait publié doit contenir la dénomination et le siège de la société, la date de la décision et le juge qui l'a prononcée, le cas échéant, les nom, prénom et domicile des liquidateurs ; au cas où le liquidateur est une personne morale, l'extrait contient la désignation ou la modification de la désignation de la personne physique qui la représente pour l'exercice des pouvoirs de liquidation. Le second paragraphe prévoit également, tout comme le premier paragraphe que l'extrait doit contenir « l'indication de *l'endroit où les livres et documents sociaux sont déposés* et seront conservés, pendant cinq ans au moins et l'indication de *la consignation des sommes et valeurs revenant aux créanciers ou aux associés* et dont la remise n'aurait pu leur être faite » (nous soulignons).

6 Si l'article ne traite pas, à proprement parler, des pièces devant être conservées après la clôture (*1), il précise le contenu de cette publication et, par conséquent, (i) le lieu où les livres et documents sociaux et (ii) la consignation des sommes et valeurs revenant aux créanciers ou aux associés (*2). Ainsi, le libellé de l'article pourrait laisser penser qu'il ne se limite qu'au contenu de la publication et non les documents faisant l'objet de la publication. Hors, et comparaison avec l'article 2:103 du CSA, le lecteur averti se rendra rapidement compte que l'article 2:103 porte uniquement sur les documents devant être déposés au greffe, étant les documents ayant dû être rédigés et produits par le liquidateur dans le cadre des opérations de liquidation, alors que l'article 2:102 traite des « livres et documents sociaux », donc les documents relatifs à la vie sociale de la société.

La notion de « livres et documents sociaux » n'est pas définie par le CSA ou par le législateur dans les travaux préparatoires. À cet égard, nous estimons qu'il convient de constituer le dossier le plus étoffé et, par conséquent, de déposer notamment les documents suivants pour leur conservation (*3) :

- livres comptables originaux : journal, livre centralisateur et registre d'inventaire.
- L'original papier ou électronique doit être conservé ;
- pièces justificatives (originaux ou copies) ;

(*1) Voir S. VANLAETHEM, Art. 2:103 C.S.A., dans X., *Commentaire systématique du Code des sociétés*, C.S.A. Art. 2:103 – 1 - C.S.A. Art. 2:103 – 4 (4 p.).

(*2) Ce point n'appelle pas de commentaires particuliers. Pour la procédure de dépôt des sommes et valeurs, nous renvoyons le lecteur à M. LEMAL, « Clôture de la liquidation », in *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, Diegem, Kluwer, 2014, p. 547-548.

(*3) Cette liste n'a pas vocation à être exhaustive.

- tous les livres et documents nécessaires à la détermination du revenu imposable ;
- les livres, factures et autres documents exigés par la TVA ;
- originaux des extraits de comptes des institutions financières, les décomptes fiscaux et quittances, le devis, l’inventaire, les factures détaillées et les bons de livraisons auxquels la facture fait référence ;
- le registre du personnel et les registres spéciaux du personnel ;
- les différents contrats de travail ;
- déclarations et documents ONSS ;
- tous les procès-verbaux des organes sociaux de la société ;
- les rapports des administrateurs et des commissaires ;
- les documents organiques de la société ; et
- les différents registres de titres émis par la société.

Le postulat est donc le suivant, l’article 2:102 impose une obligation de garde et prolonge de ce fait l’obligation de conservation des livres et documents sociaux prévue aux articles III.86 et suivants, du Code de droit économique, malgré la disparition de la personnalité juridique de la société (*1). En effet, la société venant d’être dissoute et la liquidation ayant été clôturée, le titre 3 du Code de droit économique ne s’applique plus à la société (*2).

7 L’article 2:102 prévoit également que la publication est effectuée conformément aux articles 2:7 et 2:13 du CSA. S’agissant de l’article 2:7, celui-ci précise que le dossier de la personne morale doit permettre « [...] à tout intéressé de mettre en cause la responsabilité des membres des organes chargés de l’administration, de la surveillance ou du contrôle des personnes morales ». Ce rappel portant sur la question de la responsabilité des liquidateurs notamment doit se lire en parallèle avec l’obligation de conservation prévue à l’article 2:102, qui prévoit que les livres et documents sociaux doivent être conservés *pendant cinq ans au moins*. En imposant ce délai de conservation minimum de cinq ans, le législateur fait ainsi coïncider le délai de conservation avec le délai prévu à l’article 2:143, § 3, du CSA portant sur l’action en réouverture de la liquidation ainsi que celui de l’article 2:143, § 1^{er}, portant sur la responsabilité du liquidateur (tant personnelle que *qualitate qua*). En résumé, par l’exercice combiné de ces articles, le législateur permet ainsi aux tiers intéressés de mettre notamment en cause la responsabilité du liquidateur.

Pareillement et dans le cadre d’un avis portant notamment sur le délai de conservation des documents sociaux, la Commission des Normes Comptables invite « [...] chaque entreprise de décider de conserver les pièces justificatives en question au-delà

(*1) Voir notamment l’Avis CNC 2011/21 portant sur la Conservation des documents sociaux après la clôture de la liquidation, 5 octobre 2011. Voir également l’Avis CNC 2016/22 portant sur la Conservation des livres et pièces justificatives en cas de tenue de comptabilité informatisée, 28 septembre 2016.

(*2) J.-P. VINCKE, « Chapitre 4 - Dissolution et liquidation », in *Comptabilité des entreprises*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier Business, 2023, p. 823.

du délai légal de conservation, compte tenu de leur importance particulière en cas de litige ou d'autres procédures » (*1). De fait, le législateur a imposé un délai minimum en précisant que les livres et documents sociaux seront conservés pendant *au moins* cinq ans, tout liquidateur prudent et diligent devra donc estimer si les éléments de la cause nécessitent de conserver ces pièces pour une durée plus importante.

Quant à l'article 2:13 du CSA, il s'agit d'un délai accélérateur assurant que la publication apparaîtra dans les Annexes du *Moniteur belge* dans les dix jours suivant le dépôt auprès du greffe.

8 Cet article comporte ainsi une importance quant à la possible mise en cause de la responsabilité du liquidateur notamment par le truchement, en partie, de l'article 2:102 du CSA. En effet, tout tiers intéressé va pouvoir requérir l'obtention des livres et documents sociaux, celui-ci pouvant aisément savoir où ces livres et documents sont conservés, pour fonder ou étayer sa demande à l'encontre de tout liquidateur. À l'inverse, tout liquidateur pourra quant à lui rendre compte des opérations de liquidation sur pied des livres et documents sociaux déposés au dossier de la personne morale.

9 En ce qui concerne la consignation des sommes et valeurs revenant aux créanciers ou aux associés dont la remise n'a pas pu être effectuée, le texte de l'article 2:102 est explicite et n'appelle pas de commentaires (*2).

III. Articles 2:104 et 2:105 du Code des sociétés et des associations

10 En introduisant les nouveaux articles 2:104 et 2:105, le législateur souligne l'importance de l'article 2:102, rappelant les conséquences juridiques pouvant apparaître après la clôture de la liquidation. En effet, que ce soit dans le cadre de l'apparition d'un actif postérieurement à la clôture suivant l'article 2:104 du CSA ou de l'introduction d'une action en réouverture sur pied de l'article 2:105 du CSA, les informations portant sur la vie sociale de la société, en l'occurrence les livres et documents sociaux comme développés au paragraphe 6 ci-dessus, feront partie des premières informations que toute personne intéressée voudra se procurer.

De fait, dans le cadre de l'apparition d'un actif à la suite de la clôture de la liquidation, il pourrait être utile aux anciens actionnaires d'identifier les raisons de l'oubli ou de déterminer le degré de responsabilité entre les anciens actionnaires, sachant que la responsabilité de chacun des actionnaires est « égal[e] à la somme de l'apport qui lui

(*1) Avis CNC 2011/21 portant sur la Conservation des documents sociaux après la clôture de la liquidation, 5 octobre 2011.

(*2) Loi du 11 juillet 2018 sur la Caisse des Dépôts et Consignations, *M.B.*, 20 juillet 2017. Nous renvoyons pour le surplus à M. LEMAL, « Clôture de la liquidation », in *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, Diegem, Kluwer, 2014, p. 547-548.

est remboursé et de sa part dans le solde de liquidation reçue avant ou lors de la clôture de la liquidation de la société ».

Tout autant, dans le cadre de l'opération en réouverture de la liquidation, il est dans l'intérêt de la personne intéressée introduisant l'action de savoir que toutes les informations sur la société sont valablement conservées à un endroit bien défini et que tous les documents pertinents de la société sont ainsi conservés pendant un délai de cinq ans suivant la décision de clôture par l'assemblée générale ou par le tribunal compétent. Il incombera ainsi à la personne intéressée de demander l'accès à ces informations dans le cadre de l'action en réouverture, si cela est nécessaire.

2:103. Pour chaque liquidation, les pièces suivantes sont déposées au greffe dans le dossier visé à l'article 2:7 :

- 1° la copie des rapports visés à l'article 2:71, § 2 ;
 - 2° une copie des états de liquidation visés à l'article 2:96 ;
 - 3° les extraits des publications prévues aux articles 2:8, § 1^{er}, 5°, et 2:102 ;
 - 4° le plan de répartition de l'actif approuvé et visé à l'article 2:97, § 2 ;
 - 5° le rapport visé à l'article 2:100, alinéa 1^{er}, le cas échéant avec des informations relatives à la restitution des apports et à la distribution d'un solde de liquidation aux actionnaires ou associés ;
 - 6° le cas échéant, la liste des homologations et des confirmations.
- Tout intéressé peut prendre gratuitement connaissance du dossier et en obtenir copie moyennant le paiement des frais de greffe.
- L'article 2:14, 4°, ne s'applique pas à ce dépôt.

Concordance : l'article 2:103 est une reformulation de l'article 195bis C. soc.

Commentaire de l'article 2:103 du Code des sociétés et des associations

Auteur : Simon VANLAETHEM

Mise à jour : 30 mars 2024

DOCTRINE IMPORTANTE

BRAECKMANS, H. et HOUBEN, R., *Handboek Vennootschapsrecht*, Anvers, Intersentia, 2021, 2^e éd., p. 831-884.

DE BIE, M., CORYNEN, M. et PIETTE, C., « Art. 194 W. Venn. », in *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, 2016, 48 p.

JEHASSE, P., *Manuel de la liquidation*, 2^e éd., Malines, Kluwer, 2007, 776 p.

LEMAL, M., *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, Diegem, Kluwer, 2014, 644 p.

SIMONART, V. (coord.) et al., *La dissolution et la liquidation des sociétés*, Limal, Anthemis, 2022, 325 p.

VAN GERVEN, D., « § 20. - Ontbinding en vereffening », in *Handboek Vennootschappen - Algemeen deel*, 2^e éd., Bruxelles, Intersentia, 2020, p. 974-1113.

VINCKE, J.-P., « Chapitre 4 - Dissolution et liquidation », in *Comptabilité des entreprises*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier Business, 2023, p. 811-823.

COMMENTAIRE

Structure

- I. Introduction
- II. Pièces à déposer
- III. Articles 2:104 et 2:105 du Code des sociétés et des associations

I. Introduction

1 L'article 2:103 du Code des sociétés et des associations (« CSA ») mentionne les différentes pièces qui doivent se trouver dans le dossier de la personne morale suivant à l'article 2:7 du CSA au plus tard au moment de la clôture. L'article reprend les termes de l'ancien article 195*bis* du Code des sociétés sans apporter de nouveautés à cet égard.

2 L'article 2:103 doit se lire avec l'article 2:102, ceux-ci visant les documents devant soit être versés au dossier de la personne morale, et dont la liquidation est venue à son terme, soit conservés pendant une certaine période après la clôture de la liquidation. En introduisant dans l'espace juridique les articles 2:104 et 2:105, le législateur a doté l'article 2:103, comme l'article 2:102, d'un écho particulier quant à son implication pour les faits juridiques pouvant apparaître après la clôture de la liquidation, le législateur faisant la somme des acquis jurisprudentiels et doctrinaux post-liquidation.

II. Pièces à déposer

3 *L'article commenté précise les pièces devant être déposées au dossier de la personne morale au greffe. Chacune de ces pièces a été distinguée en six points, rassemblant les différents documents constitués dans le cadre de la liquidation.*

Les premières pièces sont les rapports visés à l'article 2:71, § 2, du CSA étant (i) le rapport de l'organe d'administration et (ii) le rapport du commissaire ou, lorsqu'il n'y a pas de commissaire, un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable certifié désigné par l'organe d'administration, rapports qui sont établis dans le cadre de la dissolution volontaire. Sachant que l'état « résumant la situation active et passive de la société » doit être produit suivant l'article 2:71, § 2, et qu'il constitue à cet égard une annexe au rapport, il convient également de joindre cet état au dépôt.

Les secondes pièces consistent dans la copie des états de liquidation établis en application de l'article 2:96 du CSA par le liquidateur pendant la période de liquidation. Ces états visent notamment l'indication des recettes, des dépenses, des répartitions, ainsi que de ce qu'il reste à liquider.

Les troisièmes pièces sont les extraits de publication requis en vertu des articles 2:8, § 1^{er}, 5^o, et 2:102 du CSA, étant respectivement l'extrait des actes relatifs à la nomination et à la cessation des fonctions des personnes autorisées à administrer et à représenter la société, des commissaires, des liquidateurs, des administrateurs provisoires, des membres du conseil de surveillance, et la décision de clôture de la liquidation (*1).

La quatrième pièce vise le plan de répartition de l'actif approuvé par le tribunal à l'article 2:97, § 2, du CSA dans le cas où la liquidation s'avérerait être déficitaire. Bien entendu, aucun plan ne sera versé au dossier de la personne morale si les créanciers non intégralement remboursés sont des actionnaires ou associés de la société et qu'ils renoncent à soumettre le plan conformément à l'article 2:97, § 2, du CSA.

La cinquième pièce est le rapport chiffré visé à l'article 2:100 du CSA comportant les comptes de liquidation et les pièces attachées à l'appui (*2).

Enfin, la dernière pièce devant se trouver dans le dossier de la personne morale est la liste des homologations et des confirmations des liquidateurs. S'agissant des homologations celles-ci devront toujours se trouver dans le dossier, à l'inverse des confirmations qui ne devront apparaître que s'il apparaît, à l'examen de l'état résumant la situation active et passive de la société, que tous les créanciers de la société ne pourront pas être remboursés intégralement.

4 Contrairement à l'article 2:102, l'article 2:103 précise que tous ces documents ne doivent pas être publiés mais simplement versés au dossier de la personne morale, faisant ainsi exception à l'article 2:14, 4^o, du CSA.

III. Articles 2:104 et 2:105 du Code des sociétés et des associations

5 En introduisant les nouveaux articles 2:104 et 2:105, le législateur dote l'article 2:102 d'un nouvel intérêt particulier, mettant en exergue les conséquences juridiques pouvant apparaître après la clôture de la liquidation. En effet, que ce soit dans le cadre de l'apparition d'un actif postérieurement à la clôture suivant l'article 2:104 du CSA ou de l'introduction d'une action en réouverture sur pied de l'article 2:105 du CSA, les informations détaillant les opérations de liquidation seront les premières informations que toute personne intéressée voudra se procurer.

(*1) Renvoi au Commentaire de l'article 2:8 et voir S. VANLAETHEM, Art. 2:102 C.S.A., dans X., *Commentaire systématique du Code des sociétés*, C.S.A. Art. 2:102 – 1 - C.S.A. Art. 2:102 – 6 (6 p.).

(*2) Voir S. VANLAETHEM, Art. 2:100 C.S.A., dans X., *Commentaire systématique du Code des sociétés*, C.S.A. Art. 2:100 – 1 - C.S.A. Art. 2:101 – 32 (32 p.).

Il convient également de rappeler que l'article prévoit expressément en son avant-dernier alinéa que « tout intéressé peut prendre gratuitement connaissance du dossier et en obtenir copie moyennant le paiement des frais de greffe ».

De fait, dans le cadre de l'apparition d'un actif à la suite de la clôture de la liquidation, il pourrait être utile aux anciens actionnaires d'identifier les raisons de l'oubli ou de déterminer le degré de responsabilité entre les anciens actionnaires, sachant que la responsabilité de chacun des actionnaires est « égal[e] à la somme de l'apport qui lui est remboursé et de sa part dans le solde de liquidation reçue avant ou lors de la clôture de la liquidation de la société ».

Tout autant, dans le cadre de l'opération en réouverture de la liquidation, il est dans l'intérêt de la personne intéressée introduisant l'action de savoir que toutes les informations sur la société sont valablement conservées à un endroit bien défini et que tous les documents pertinents de la société sont ainsi conservés pendant un délai de cinq ans suivant la décision de clôture par l'assemblée générale ou par le tribunal compétent. Il incombera ainsi à la personne intéressée de demander l'accès à ces informations dans le cadre de l'action en réouverture, si cela est nécessaire.

Section 3. Disposition pénale

2:108. Seront punis d'une amende de cinquante euros à dix mille euros :

1° les liquidateurs qui contreviennent à l'une des obligations des articles 2:23, 2:24, 2:29, 2:33, 3:5 et 3:6 ;

2° les liquidateurs qui négligent de soumettre à l'assemblée générale les comptes annuels ou les résultats de la liquidation, conformément aux articles 2:99 et 2:100 ;

3° les liquidateurs qui négligent de transmettre au greffe du tribunal de l'entreprise de l'arrondissement dans lequel se trouve le siège de la société, l'état détaillé de la situation de la liquidation, conformément à l'article 2:96.

Si la violation des dispositions visées à l'alinéa 1^{er}, 1° à lieu dans un but frauduleux, ils peuvent en outre être punis d'un emprisonnement d'un mois à un an ou de ces peines cumulées.

Concordance : l'article 2:108 est une reformulation de l'article 196 C. soc.

Commentaire de l'article 2:108 du Code des sociétés et des associations

Auteur : Fabrice MOURLON BEERNAERT et Maximilien ARNOLDY

Mise à jour : 1^{er} août 2023

DOCTRINE IMPORTANTE

BRAECKMANS, H. et HOUBEN, R., *Handboek vennootschapsrecht*, Intersentia, Anvers, 2020, nr. 1696-1698, 831-883.

BRAECKMANS, H., *Vereffening van vennootschappen buiten faillissement. Met bijzondere aandacht voor de Wet van 2 juni 2006*, Intersentia, Anvers, 2008, nr. 191, 182 p.

DE CALUWE, B., « Jaarrekening. Opstelling en goedkeuring bij ontbinding, vereffening en sluiting van de vereffening van een vennootschap », *N.J.W.*, 2006, 59-61.

DE FORMANOIR, E., « Les sociétés en liquidation : infractions comptables et fiscales », *Dr. pén. entr.*, 2011, 47-59.

JEHASSE, P., « Le régime de responsabilité du liquidateur », in *Manuel de liquidation*, Kluwer, Malines, 2007, 502-513.

LAMBRECHTS, J., *De vereffening van de BVBA en de NV*, Kluwer, Malines, 2007, 272 p.

LOSSY, S., « Commentaar bij artikel 2:108 WV », *Comm. V. en V.*, 2021, 14 p.

VAN HAUTE, S. et JANSEN, H., « Bijkantoren van buitenlandse vennootschappen », in X, *De BV in de praktijk*, WVV-I.7.1 – WVV-I.7.35.

WAETERINCKX, P., *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon en zijn leidinggevend*, Intersentia, Anvers, 2015, 250 p.

COMMENTAIRE

Structure

- I. Introduction
- II. Article 2:108, al. 1^{er}, 1^o
- III. Article 2:108, al. 1^{er}, 2^o
- IV. Article 2:108, al. 1^{er}, 3^o
- V. Disposition transitoire

I. Introduction

I L'article 2:108, qui est le successeur de l'article 196 du Code des sociétés (ci-après « C. soc. ») (*1), se situe dans la troisième section, du premier chapitre « Dissolution et liquidation des sociétés », du huitième titre « De la dissolution et de la liquidation », du deuxième livre « Dispositions communes aux personnes morales régies par le présent code », de la première partie « Dispositions générales » du Code des sociétés et des associations (ci-après « CSA »).

Cette disposition s'applique donc uniquement dans le cadre de la dissolution et de la liquidation des *sociétés dotées de la personnalité juridique*. En effet, bien que la disposition commentée se situe dans le chapitre « Dissolution et liquidation des sociétés », ce chapitre se trouve dans le livre intitulé « Dispositions communes aux personnes morales régies par le présent code ». L'article 2:1 CSA dispose à cet égard que les dispositions du présent livre, c'est-à-dire le deuxième livre, s'appliquent à toutes les *personnes morales* régies par le présent code, pour autant qu'il n'y soit pas dérogé par les livres qui suivent.

(*1) Voir F. MOURLON BEERNAERT, « Commentaire de l'art. 196 C. soc. », *Commentaire systématique du Code des sociétés*, 2001.

5:10. En cas de décès, d'incapacité ou de toute autre cause étrangère rendant définitivement impossible l'exécution de ses obligations par le débiteur d'un apport en industrie, les actions qui lui ont été attribuées en rémunération de son apport sont frappées de caducité. Elles ne donneront droit à un éventuel dividende relatif à l'exercice en cours que *prorata temporis*.

Lorsqu'en raison d'une cause étrangère, le débiteur d'un apport en industrie est dans l'impossibilité temporaire d'exécuter ses obligations pour une période de plus de trois mois, les droits sociaux attachés aux actions qui lui ont été attribuées en rémunération de son apport sont suspendus pour toute la durée de cette impossibilité qui dépasse cette période de trois mois.

Les statuts peuvent déroger au présent article.

Commentaire de l'article 5:10 du Code des sociétés et des associations

Auteurs : Henri CULOT et Joanne DEFER

Mise à jour : 1^{er} mars 2024

DOCTRINE IMPORTANTE

BRAECKMANS, H. et HOUBEN, R., *Handboek Venootschapsrecht*, 2^e éd., Intersentia, 2020, p. 149-150 et 527-528.

BRULOOT, D. et NELISSEN GRADE, J.-M., « Schuldeisersbescherming in de BV na de afschaffing van het kapitaalconcept », in H. De Wulf et M. Wyckaert (éd.), *Het WVV doorgelicht*, Intersentia, 2021, p. 52-53.

CULOT, H., « La suppression du capital dans la société à responsabilité limitée », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/9, p. 971-972.

CULOT, H., « La société à responsabilité limitée : les principales nouveautés », in E.-J. Navez (dir.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 53.

CULOT, H. et al., *Société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 54.

DE WOLF, M., « Le régime des titres en droit belge des sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée à la suite du Code des sociétés et des associations », in I. Corbisier et A. Prüm (dir.), *La réforme du droit belge des sociétés, un exemple à suivre pour le Luxembourg ?*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 283-286.

DE WOLF, P., « 2 – La SRL, une société sans capital mais dotée de règles (strictes) de protection des tiers », in A.-P. André-Dumont et T. Tilquin (dir.), *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 51-52.

DE WOLF, P. et DIEUX, X., « Le nouveau Code des sociétés (et des associations) : Capita Selecta », *J.T.*, 2019, n° 6779, p. 5.

MALHERBE, J., DE CORDT, Y., LAMBRECHT, P., MALHERBE, P. et CULOT, H., *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 794.

NAVEZ, E.-J. et NAVEZ, A., « Le maniement du Code des sociétés et des associations dans la pratique notariale – Aperçu de quelques réflexes à oublier et habitudes à prendre », in E.-J. Navez (dir.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 27-28.

COMMENTAIRE

Structure

- I. Régime général de l'apport en industrie
- II. Impossibilité définitive d'exécution des obligations de l'apporteur
- III. Impossibilité temporaire d'exécution des obligations de l'apporteur
- IV. Caractère supplétif

I. Régime général de l'apport en industrie

1 L'article 5:10 vise à préciser le régime juridique de l'apport en industrie, lorsqu'il est fait à une SRL. Cet article traite surtout des conséquences de l'inexécution de l'engagement de l'apport en raison d'une cause étrangère, et distingue selon que cette cause étrangère rend l'exécution impossible de manière définitive (*infra*, point II) ou seulement temporaire (*infra*, point III).

L'article 5:10 s'applique cumulativement avec l'article 1:9, § 2, 3°, selon lequel « le débiteur d'un apport en industrie doit rendre compte à la société de tous les profits liés directement ou indirectement à l'activité qu'il a apportée. Il ne peut faire directement ou indirectement concurrence à la société pendant toute la durée de son apport, ni développer aucune activité qui serait de nature à nuire à la société ou à réduire la valeur de son apport. »

2 Les deux dispositions prises ensemble restent cependant loin de régler tous les aspects de l'apport en industrie. Les questions non évoquées dans le Code des sociétés et des associations doivent être résolues sur la base du droit commun des obligations

et des contrats, en considérant que l'apport en industrie est un engagement de fournir des services analogues à un contrat d'entreprise, régi par l'ancien Code civil.

Les questions qui ne font pas l'objet d'une disposition spécifique sont, notamment, les suivantes.

- L'inexécution totale ou partielle, ou la mauvaise exécution, des obligations découlant de l'apport en raison d'une faute de l'apporteur. Dans ce cas, une exécution forcée en nature ou par équivalent, voire une résolution, est possible sur la base du droit commun (*1).
- L'inexécution des obligations de l'apport en raison d'une impossibilité pour le créancier de recevoir les services promis, par exemple en cas de faillite ou de liquidation de la société sans poursuite des activités. Cette situation est d'autant plus difficile à appréhender qu'il est possible qu'elle survienne sans faute de l'apporteur mais aussi, dans d'autres cas, qu'elle soit causée par une faute de l'apporteur commise en sa qualité de dirigeant de la société, alors même qu'il n'y a pas de faute dans la manière dont il a exécuté l'obligation résultant de l'apport. On voit bien ici que, pour les créanciers confrontés à l'insolvabilité de la société, un apport en industrie n'a pas la même utilité qu'un apport en numéraire ou que l'apport d'un bien.
- L'existence d'éventuelles obligations à charge de la société pour rendre possible la fourniture des services faisant l'objet de l'apport (accès aux locaux, mise à disposition de matériel, etc.).
- Le caractère généralement *intuitu personae* de l'engagement et, en lien avec ceci, l'incidence d'une cession des actions obtenues en contrepartie de l'apport en industrie avant que les prestations promises aient été totalement réalisées (voir aussi l'article 5:66, selon lequel le cédant et les cessionnaires successifs des actions sont tenus solidairement de la libération). Selon l'exposé des motifs du projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations, l'apport en industrie est en principe une opération *intuitu personae* (*2) ; l'auteur du projet conseille dès lors aux parties de prévoir un régime pour la cession des actions obtenues en contrepartie (*3). On risque en effet de se trouver dans une situation où le cédant ne fournira plus les services avec la même motivation, alors que le cessionnaire n'a pas nécessairement les capacités ou les connaissances requises pour exécuter l'engagement (*4).

(*1) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, DOC 54 3119/001, p. 132 ; E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, « Le maniement du Code des sociétés et des associations dans la pratique notariale – Aperçu de quelques réflexes à oublier et habitudes à prendre », in E.-J. Navez (dir.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 28.

(*2) Voir aussi H. CULOT, « La suppression du capital dans la société à responsabilité limitée », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/9, p. 971.

(*3) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, DOC 54 3119/001, p. 132.

(*4) H. CULOT, « La suppression du capital dans la société à responsabilité limitée », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/9, p. 972.

II. Impossibilité définitive d'exécution des obligations de l'apporteur

3 Lorsque la cause étrangère rend définitivement impossible l'exécution des obligations de l'apporteur en industrie, les actions qu'il a reçues en contrepartie de son apport sont caduques. Ces actions cessent donc d'exister, ce qui nécessite une mise à jour des statuts.

Le texte ne semble pas tenir compte du fait qu'une partie des services promis peut avoir été fournie conformément à l'engagement de l'apporteur avant la survenance de la cause étrangère. Dans ce cas, il semblerait raisonnable que seule une partie proportionnelle des actions soit caduque.

4 Le texte de loi ajoute que les actions caduques ne donnent droit au dividende relatif à l'exercice en cours que *prorata temporis*. Cette disposition semble découler de la conception ancienne selon laquelle les dividendes sont des fruits civils censés s'acquérir jour par jour au cours d'un exercice.

Comme l'a fait remarquer la Section de législation du Conseil d'Etat, une telle conception n'est guère cohérente avec la règle – au demeurant consacrée par la Cour de cassation (*1) – selon laquelle le dividende n'est pas juridiquement lié à un exercice comptable. La conception traditionnelle est d'ailleurs contestée depuis longtemps déjà (*2). L'assemblée générale peut décider d'une distribution à n'importe quel moment de l'exercice et peut, à cette occasion, distribuer non seulement les bénéfices du dernier exercice clôturé, mais également les bénéfices réservés ou reportés des exercices antérieurs, et même les apports des actionnaires. Dans un tel contexte, il n'est certes pas matériellement impossible de réduire *prorata temporis* le dividende attribué aux actions caduques, mais cela n'a guère de sens sur le plan économique, sauf dans le cas où la société distribue chaque année, lors de l'assemblée générale ordinaire, un dividende prélevé sur le bénéfice du dernier exercice clôturé (*3).

III. Impossibilité temporaire d'exécution des obligations de l'apporteur

5 Si l'apporteur n'est que temporairement dans l'impossibilité d'exécuter son obligation, les droits sociaux attachés aux actions reçues en contrepartie sont suspendus

(*1) Cass., 23 janvier 2003, C.01.0536.F, *Arr. Cass.*, 2003, p. 201 ; *D.A.O.R.*, 2002, p. 366 ; *J.T.*, 2004, p. 155, note A. BERTRAND ; *J.L.M.B.*, 2003, p. 1252 ; *N.J.W.*, 2004, liv. 56, p. 52 ; *Pas.*, 2003, p. 173 ; *J.D.S.C.*, 2004, p. 145 ; *R.C.J.B.*, 2003, p. 557, note D. WILLERMAIN ; *Rev. prat. soc.*, 2003, p. 379, note M. DE WOLF ; *R.D.C.*, 2003, p. 836, note D. HEENEN ; *T.R.V.*, 2003, p. 541, note R. TAS.

(*2) J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1954, p. 474, n° 783 et les références citées à l'appui de sa position.

(*3) C.E., avis n° 63.906/2/V du 13 septembre 2018, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, DOC 54 3119/007, p. 12-14 ; H. CULOT, « La suppression du capital dans la société à responsabilité limitée », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/9, p. 972.

pendant la période d'impossibilité qui dépasse trois mois. La loi distingue ainsi deux périodes : pendant les trois premiers mois, l'apporteur n'exécute plus son obligation mais continue à exercer les droits que lui confèrent les actions qu'il a reçues en contrepartie de son apport. Si la cause étrangère se prolonge au-delà de trois mois – tout en restant temporaire – les droits sociaux attachés aux actions sont suspendus à partir du début du quatrième mois.

6 La manière dont le législateur règle le cas de l'impossibilité temporaire d'exécution pour cause étrangère appelle des observations analogues à celles concernant l'impossibilité définitive.

La suspension semble viser la totalité des droits sociaux, même si la société a reçu une partie des prestations promises avant l'impossibilité d'exécution.

La suspension des droits sociaux a par ailleurs des effets très différents selon que les actionnaires sont, ou non, appelés à faire usage de ces droits pendant la période de suspension. Il peut en effet s'écouler plusieurs mois pendant lesquels aucune assemblée générale n'est convoquée et aucune opération n'est réalisée qui suppose l'exercice de droits sociaux par les actionnaires. A l'inverse, il se peut que la période de suspension commence juste avant l'assemblée générale ordinaire appelée à approuver les comptes du dernier exercice et, peut-être, à distribuer le bénéfice réalisé lors de cet exercice, au cours duquel l'apporteur a exécuté son engagement avant, par exemple, de tomber malade.

IV. Caractère supplétif

7 L'article 5:10, alinéa 3 précise que les statuts peuvent déroger aux dispositions des alinéas qui précèdent. L'article 1:9, § 2, 3^o est tout aussi supplétif. La dérogation pourrait aussi se trouver dans une convention extrastatutaire.

Les difficultés qu'entraîne le régime légal, telles qu'exposées ci-dessus, rendent particulièrement opportune l'élaboration d'un régime sur mesure, contenant une solution économiquement adaptée pour les cas de figure les plus probables.

Au-delà d'une dérogation aux dispositions légales, il est surtout utile que les statuts ou la convention d'apport complètent le régime de l'apport en industrie, en particulier en prévoyant des règles précises et adaptées pour les cas que le Code des sociétés et des associations ne règle pas.

Chapitre 4. Formalités de constitution

5:11. La société est constituée par acte authentique auquel comparaissent tous les actionnaires en personne, ou par porteurs de mandats authentiques ou privés.

Les comparants à l'acte constitutif sont considérés comme fondateurs de la société. Toutefois, si l'acte désigne comme fondateurs un ou plusieurs actionnaires détenant ensemble au moins un tiers des actions, les autres comparants, qui se bornent à souscrire des actions contre un apport en numéraire, sans bénéficié, directement ou indirectement, d'un quelconque avantage particulier, sont tenus pour simples souscripteurs.

Concordance : article 123, al. 1^{er}, des LCSC ; art. 225 C. soc. ; art. 450 C. soc.

Commentaire de l'article 5:11 du Code des sociétés et des associations

Auteurs : Henri CULOT et Joanne DEFER

Mise à jour : 1^{er} mars 2024

DOCTRINE IMPORTANTE

BRAECKMANS, H. et HOUBEN, R., *Handboek Vennootschapsrecht*, 2^e éd., Intersentia, 2020, p. 556 et 557.

BRULOOT, D. et CULOT, H., « De kapitaallose BV - La SRL sans capital », in *Le projet de Code des sociétés et associations – Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 93-117.

CALLENS, G., CAUTAERTS, A., CULOT, H., DE CORDT, Y., DE PIERPONT, G., FLAMENT, T., FOSSEPREZ, E., GOLLIER, J.-M., HANNOUILLE, A. et TISSOT, N., *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 85.

CAPRASSE, O., « La responsabilité des fondateurs en cas de capital insuffisant », in *La constitution de sociétés et la phase de démarrage d'entreprises*, Bruxelles, la Charte, 2003, p. 579, n^{os} 9 et s.

COIBION, A., « L'insuffisance manifeste du capital à la lumière du plan financier et la responsabilité encourue par les fondateurs et le notaire instrumentant » (note sous Mons, 25 octobre 2001), *R.D.C.*, 2002, pp. 715-724.

CULOT, H., DE CORDT, Y., DE PIERPONT, G., FLAMENT, T., LEYS, D., MARESCHAL, O. et ROULLEAUX, L., *Société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 63-66 et 73.

DE WOLF, P., « La SRL, une société sans capital mais dotée de règles (strictes) de protection des tiers », in A.-P. André-Dumont et Th. Tilquin (dir.), *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 52.

GOFFIN, J.-F., *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 32, n° 19.

HAINAUT-HAMENDE, P. et RAUCQ, G., « Les sociétés anonymes. Constitution et fonctionnement », *Rép. not.*, t. XII, Le droit commercial et économique, Livre 3/1, Bruxelles, Larcier, 2005, n°s 18 ; 70 et 75 s.

JANSEN, A. et DAVID, W., « Le nouveau droit des SRL et de la faillite : quelles (inter)actions ? », *RPS-TRV*, 2020, p. 453.

NAVEZ, E. et NAVEZ, A., « Le droit des sociétés après l'entrée en vigueur du CSA. Quelles innovations dans la pratique notariale ? », *Rev. not.*, 2020/2, n° 3147, p. 92-236.

RESTEAU, C., *Traité des sociétés anonymes*, t. I, Bruxelles, Swinnen, 1981, pp. 149 et s., pp. 275 et s.

TISSOT, N. et DOULEY, B., « La responsabilité des promoteurs d'une personne morale en formation, des fondateurs et des actionnaires », in J. Henri (dir.), *La responsabilité des dirigeants de sociétés, associations et fondations*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 9-39.

VAN RYN, J., *Principes de droit commercial*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1954, pp. 329 et s.

WAUWERMANS, P., *Manuel pratique des sociétés anonymes*, Bruxelles, Bruylant, 1921, pp. 62 et s.

WILLERMAIN, D., « La société à responsabilité limitée : au-delà de la suppression du capital », in E. Pottier (dir.), *Het Wetboek van vennootschappen en verenigingen : (r)evolutie ?/Le Code des sociétés et associations : (r)évolution ?*, Bruxelles, Intersentia, 2019, pp. 99-147.

JURISPRUDENCE IMPORTANTE

Cass., 20 mai 1897, *Pas.*, I, p. 194.

Liège, 14 novembre 2000, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1341 et s., note O. CAPRASSE, « Comparant mais pas fondateur ».

COMMENTAIRE

Structure

- I. L'exigence d'un acte authentique
- II. Comparution en personne ou par porteur d'un mandat
- III. Principe : les comparants sont considérés comme fondateurs
- IV. Exception : la possibilité d'être tenu comme simple souscripteur

I. L'exigence d'un acte authentique

1 L'article 5:11, alinéa 1^{er}, CSA réitère le principe posé par l'article 2:5, § 1^{er}, al. 2, CSA selon lequel la constitution d'une société à responsabilité limitée est constatée par acte authentique.

Cette exigence est prévue à peine de nullité (art. 2:5, § 1^{er}, al. 2, CSA et art. 5:13 CSA ; voir les commentaires relatifs à ces articles).

Ainsi, à défaut d'acte authentique, la nullité de la société peut être demandée en justice (voir le commentaire de l'article 2:34 CSA).

II. Comparution en personne ou par porteur d'un mandat

2 Les actionnaires peuvent comparaître à l'acte constitutif en personne ou y être représentés en vertu d'une procuration.

Cette procuration peut être établie :

- i) sous la forme authentique, ce qui donne une garantie quant à la capacité du signataire en raison des vérifications préalables effectuées par le notaire (*1) ; ou
- ii) sous signature privée ; dans ce cas, le notaire doit vérifier l'objet du mandat afin de s'assurer que le mandataire dispose du pouvoir de comparaître à l'acte constitutif concerné (*2).

La doctrine et la jurisprudence considèrent qu'un mandat donné oralement ne suffit pas (*3).

3 Si l'un des actionnaires est une société, celle-ci est valablement représentée par son organe statutaire sans qu'une procuration soit requise.

(*1) P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, « La société anonyme. Première partie : Constitution et fonctionnement », *Rép. not.*, t. XII, Le droit commercial et économique, Livre 3/1, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 70.

(*2) P. WERY, « Mandat », *Rép. not.*, t. IX, Contrats divers, Livre 7, Bruxelles, Larcier, 2019, n° 26.

(*3) Cass., 20 mai 1897, *Pas.*, I, p. 194 ; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE et H. CULOT, « Société à responsabilité limitée et société coopérative », in *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 518.

4 Voir les commentaires des articles 5:12 CSA et 5:17 CSA.

III. Principe : les comparants sont considérés comme fondateurs

5 En principe, les comparants à l'acte constitutif sont considérés comme fondateurs de la société. Ceci implique qu'ils sont soumis au régime de la responsabilité des fondateurs, tel que notamment prévu par les dispositions suivantes :

- L'article 5:15 CSA qui prévoit que les fondateurs sont solidairement tenus envers les intéressés : (i) des actions qui ne seraient pas valablement souscrites conformément à l'article 5:5 CSA, ils en sont de plein droit réputés souscripteurs ; (ii) de la libération effective des actions dont ils sont réputés souscripteurs en vertu du (i) ; et (iii) de la libération des actions souscrites, directement ou au moyen de certificats, en violation de l'article 5:6 CSA (voir le commentaire de l'article 5:15 CSA).
- L'article 5:16 CSA qui prévoit que les fondateurs sont solidairement tenus envers les intéressés : (i) du préjudice qui est la suite immédiate et directe, soit de la nullité de la société prononcée par application de l'article 5:13 CSA, soit de l'absence ou de la fausseté des mentions prescrites par l'article 5:12 CSA, soit de la surévaluation manifeste des apports en nature ; et (ii) des engagements de la société, dans la proportion fixée par le juge, en cas de faillite prononcée dans les trois ans de l'acquisition de la personnalité juridique, si les capitaux propres de départ étaient, lors de la constitution, manifestement insuffisants pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins (voir le commentaire de l'article 5:16 CSA).
- L'article 5:17 CSA qui prévoit que les fondateurs sont solidairement tenus de l'exécution des obligations de ceux qui se sont engagés pour des tiers et qui sont réputés personnellement obligés dès lors que le nom des mandants n'a pas été mentionné dans l'acte ou que le mandat produit n'est pas valable (voir le commentaire de l'article 5:17 CSA).

IV. Exception : la possibilité d'être tenu comme simple souscripteur

6 Sous l'ancien Code des sociétés, la possibilité d'échapper à la responsabilité des fondateurs n'était prévue que pour des comparants à l'acte constitutif d'une SA (voir l'article 450 de l'ancien Code des sociétés).

Le CSA prévoit désormais cette dérogation pour certains comparants à l'acte constitutif d'une SRL.

7 Dans ce cas, l'acte constitutif doit désigner les personnes qui ont la qualité de fondateur et celles qui sont tenues comme simples souscripteurs (*1).

A cet égard, il relève de la responsabilité du notaire d'informer les comparants de la possibilité de comparaître à l'acte constitutif en qualité de simple souscripteur (*2).

8 Pour être tenu comme simple souscripteur, trois conditions doivent être réunies :

- i) ces comparants ne bénéficient, directement ou indirectement, d'aucun avantage particulier. A propos de la SA, la notion d'avantage particulier était définie par la doctrine comme « tout droit et toute allocation ou rétribution ayant pour effet de rompre l'égalité entre les associés » (*3). Il peut s'agir de primes ou de commissions, de l'attribution de parts de fondateur, ou encore de la promesse d'être nommé administrateur. Dans une société sans capital où les droits des actionnaires sont librement définis par les statuts, il n'est pas toujours facile de comprendre ce qui constituerait un « avantage particulier ». Par rapport à quoi, en effet, doit-on apprécier l'existence d'un avantage et le considérer comme particulier ? Dans le silence du texte légal, on peut supposer qu'il existe généralement un tel avantage particulier lorsque les statuts dérogent aux règles supplétives du Code des sociétés et des associations qui prévoient que chaque action donne droit à une voix (art. 5:42, al. 1^{er}) et « à une part égale du bénéfice et du solde de la liquidation » (art. 5:41, al. 1^{er}), à tout le moins si toutes les actions ont été souscrites moyennant un apport équivalent ;
- ii) ces comparants souscrivent des actions contre des apports en numéraire uniquement ; et
- iii) l'acte constitutif désigne comme fondateur un ou plusieurs actionnaires détenant ensemble au moins un tiers des actions.

Cette disposition permet de limiter les risques pour les personnes qui souhaitent participer à la création d'une SRL sans y jouer un rôle significatif (notamment dans la rédaction du plan financier ou dans sa gestion).

9 Par un arrêt du 14 novembre 2000, la Cour d'appel de Liège a rappelé que s'il n'est pas fait recours à cette dérogation, l'ensemble des fondateurs sont tenus en ce qui concerne l'obligation à la dette, y compris « *les fondateurs qui ont effectué une souscription par simple complaisance sans prendre véritablement part à l'élaboration du plan financier* » (*4).

(*1) A. NAVEZ et E.-J. NAVEZ, « Le droit des sociétés après l'entrée en vigueur du CSA : quelles innovations dans la pratique notariale ? », *Rev. not.*, 2020, p. 146, n° 110.

(*2) A. JANSEN et W. DAVID, « Le nouveau droit des SRL et de la faillite : quelles (inter)actions ? », *RPS-TRV*, 2020, p. 470.

(*3) P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, « Les sociétés anonymes. Constitution et fonctionnement », *Rép. not.*, t. XII, Le droit commercial et économique, Livre 3/1, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 18.

(*4) Liège, 14 novembre 2000, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1341 et s., note O. CAPRASSE, « Comparant mais pas fondateur ».

Sur le plan de la contribution à la dette, le juge peut néanmoins décider d'atténuer la rigueur de cette règle en répartissant la charge de la condamnation de manière inégale, en tenant compte de l'implication et des compétences de chacun.

5:12. Outre les données comprises dans l'extrait destiné à la publication en vertu de l'article 2:8, § 2, l'acte constitutif mentionne les données suivantes :

- 1° le respect des conditions visées aux articles 5:3, 5:5 et 5:8 ;
 - 2° l'organisme dépositaire des apports à libérer en numéraire conformément à l'article 5:9 ;
 - 3° les règles, dans la mesure où elles ne résultent pas de la loi, qui déterminent le nombre et le mode de désignation des membres des organes chargés de l'administration ou, le cas échéant, de la gestion journalière, de la représentation à l'égard des tiers ainsi que la répartition des compétences entre ces organes ;
 - 4° le nombre des actions, ainsi que, le cas échéant, les restrictions en matière de cession et, s'il existe différentes classes d'actions, les mêmes données et les droits par classe ;
 - 5° l'indication de chaque apport en nature, le nom de l'apporteur, le nombre d'actions émises en contrepartie de chaque apport, le cas échéant, le nom du réviseur d'entreprises et les conclusions de son rapport ainsi que, le cas échéant, les conditions auxquelles l'apport est fait ;
 - 6° la nature et consistance des avantages particuliers attribués à chacun des fondateurs, ou à toute personne qui a participé directement ou indirectement à la constitution de la société ;
 - 7° le montant total, au moins approximatif, de tous les frais, dépenses et rémunérations ou charges, sous quelque forme que ce soit, qui incombent à la société ou qui sont mis à sa charge à raison de sa constitution ;
 - 8° les charges hypothécaires ou les nantissements grevant les biens apportés.
- Les données visées aux 3° et 4° figurent dans la partie de l'acte qui contient les statuts.
- Les procurations doivent reproduire les énonciations prévues par l'article 2:8, § 2, 1°, 2°, 3° et 12°.

Concordance : art. 121 et art. 120 *in fine* LCSC ; art. 226 C. soc.

Commentaire de l'article 5:12 du Code des sociétés et des associations

Auteurs : Henri CULOT et Joanne DEFER (mise à jour du texte de Pascale HAINAUT-HAMENDE)

Mise à jour : 29 décembre 2023

DOCTRINE IMPORTANTE

BOUCKAERT, F., *Notarieel Vennootschapsrecht – NV en BVBA*, Anvers, Kluwer, 2000, p. 70.

BRAECKMANS, H. et HOUBEN, R., *Het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen*, Bruxelles, Intersentia, 2019, p. 45 et s.

COIPEL, M., *Les SPRL, Rép. not.*, t. XII, L. II/1, Bruxelles, Larcier, 1982.

CULOT, H. et DE PIERPONT, G., « La nullité en droit des sociétés », in C. DEL-FORGE et J. VAN MEERBEECK (dir.), *Les nullités en droit privé. États des lieux et perspectives*, Limal, Anthemis, 2017, p. 163 à 195.

CULOT, H., DE CORDT, Y., DE PIERPONT, G., FLAMENT, T., LEYS, D., MARESCHAL, O. et ROULLEAUX, L., *Société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 63 à 67.

HAINAUT-HAMENDE, P. et RAUCQ, G., *Les sociétés anonymes. Constitution et fonctionnement*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 99 et s.

MALHERBE, J., DE CORDT, Y., LAMBRECHT, P., MALHERBE, P. et CULOT, H., *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 516 à 518.

SIMONART, V., « L'ordre public et le droit des sociétés », *L'ordre public, concept et application*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 81.

SIMONT, L., « Les règles relatives à la publicité, aux nullités et aux actes accomplis au nom d'une société en formation », *Les sociétés commerciales*, Bruxelles, éd. du Jeune Barreau, 1985, p. 97.

TISSOT, N. et DOULEY, B., « La responsabilité des promoteurs d'une personne morale en formation, des fondateurs et des actionnaires », in J. HENRI (dir.), *La responsabilité des dirigeants de sociétés, associations et fondations*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 9-39.

COMMENTAIRE

Structure

- I. Présentation de l'article – Acte constitutif
- II. Types de mentions devant figurer dans les actes
- III. Mentions à faire figurer dans l'extrait à publier
- IV. Mentions spécifiques à la SRL devant figurer dans l'acte constitutif, mais non nécessairement dans l'extrait
- V. Procurations

Section 2. L'administrateur unique

7:101. § 1^{er}. Les statuts peuvent prévoir que la société est administrée par un administrateur unique, qui peut être nommé dans les statuts.

Dans une société cotée ou lorsqu'une disposition légale impose une administration collégiale, l'administrateur unique doit être une société anonyme administrée par un organe collégial.

Si l'administrateur unique est une société anonyme avec une administration moniste, les articles 7:89, 7:89/1, 7:90, 7:91, 7:92, alinéas 1^{er}, 2 et 3, 7:93 et 7:94 s'appliquent par analogie à l'administrateur unique. La section 1^{re} s'applique à son organe d'administration et à ses membres, à l'exception de l'article 7:96.

Si l'administrateur unique est une société anonyme avec une administration duale, les articles 7:89, 7:89/1, 7:90, 7:91, 7:92, alinéas 1^{er}, 2 et 3, 7:93 et 7:94 s'appliquent par analogie à l'administrateur unique. La section 3 s'applique à son conseil de surveillance et à son conseil de direction ainsi qu'à leurs membres, à l'exception de l'article 7:115.

Les statuts peuvent nommer un successeur de l'administrateur unique.

§ 2. Les statuts peuvent prévoir que l'administrateur unique est solidairement et indéfiniment responsable des obligations de la société. Dans ce cas, l'administrateur ne peut être personnellement condamné en raison des obligations de la société tant que cette dernière n'a pas été elle-même condamnée.

§ 3. Les statuts peuvent prévoir que le consentement de l'administrateur unique est exigé pour toute modification de statuts, toute distribution aux actionnaires ou pour sa révocation.

§ 4. Le décès, l'interdiction, la déconfiture, la faillite et la liquidation de l'administrateur unique et toute autre cause mentionnée dans les statuts emportent de plein droit la cessation de ses fonctions.

Même si le consentement de l'administrateur unique est nécessaire à sa révocation en vertu d'une disposition statutaire, l'assemblée générale peut mettre fin à son mandat sans son consentement, aux conditions de quorum et de majorité requises pour la modification des statuts, pour de justes motifs.

Les titulaires d'actions avec droit de vote qui représentent au moins 10 % ou, pour une société cotée, 3 % du capital peuvent néanmoins désigner à l'unanimité un mandataire spécial, actionnaire ou non, chargé d'introduire une demande de révocation de l'administrateur unique pour de justes motifs. Cette demande est portée devant le président du tribunal de l'entreprise du siège de la société siégeant comme en référé. L'exploit introductif d'instance mentionne l'identité du mandataire spécial chez qui il est fait élection de domicile.

La société doit être citée en déclaration de jugement commun.

A défaut, le président remet la cause à une date rapprochée à laquelle la société sera citée. Les frais de procédure sont à charge de la société, à moins que le juge en décide expressément autrement.

Commentaire de l'article 7:101 du Code des sociétés et des associations

Auteur : Gilles COLLARD

Mise à jour : 18 mars 2024

DOCTRINE IMPORTANTE

BOTS, A. et SEBBARH, Y., « Commentaar bij art. 7:101, 7:102 en 7:103 WVV », OVV, supplément n° 57 (21 septembre 2020), pp. 339 et s.

WILLERMAIN, D., MESSINE, F. et COLLARD, G., « La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions », *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, p. 222 et s.

COMMENTAIRE

Structure

- I. Nomination de l'administrateur unique et statut
- II. Application (partielle) des règles relatives au conseil d'administration
- III. Fin de mandat – Révocation
- IV. Conflits d'intérêts
- V. Responsabilité solidaire et indéfinie (facultative) de l'administrateur unique
- VI. Droits de veto (facultatif) de l'administrateur unique sur les décisions de l'assemblée générale
- VII. Principales différences entre la SA à administrateur unique et l'ancienne SCA

I. Nomination de l'administrateur unique et statut

I La possibilité de nommer un administrateur unique (art. 7:101, § 1^{er}, CSA) constitue une innovation majeure du CSA en ce qui concerne la gouvernance des SA. La justification repose principalement sur l'intégration voulue par le législateur de la SCA dans le régime de la SA (*1) et la suppression de cette forme de société dans le CSA. Cette forme d'administration se justifie également par le fait qu'il est désormais possible pour une SA de n'avoir qu'un seul actionnaire (*2). Plus généralement, elle permet la mise en place d'une structure de gestion simplifiée, à l'instar de ce qui est permis dans d'autres formes de société, comme la SRL ou la société simple.

(*1) Voir en ce sens travaux préparatoires : « Aujourd'hui, la société en commandite par actions est surtout utilisée à des fins d'ancrage par le biais des droits spéciaux qui reviennent à l'associé commandité, par exemple dans des structures familiales ou dans des sociétés immobilières réglementées (SIR). Dans ce cadre, la responsabilité illimitée de l'associé commandité prend un caractère plutôt symbolique étant donné qu'il peut lui-même être une personne morale. Dans ce cas, il doit naturellement être représenté en permanence, mais la responsabilité du représentant permanent qui en découle (article 2:54) n'a expressément pas la valeur de la coresponsabilité de l'associé commandité concernant les engagements de la société administrée. L'on peut aisément aboutir au même résultat par l'option de l'administrateur unique dans la société anonyme. Dans la mise en œuvre de cette option, un certain nombre de choix clairs ont été opérés qui sont déjà couramment appliqués aujourd'hui dans la pratique, mais qui ne sont pas toujours ancrés dans la loi » (exposé des motifs du projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, pp. 233-234).

(*2) Y. DE CORDT et H. CULOT, « La réforme de la société anonyme », in *Le Code des sociétés et des associations, Introduction à la réforme du droit des sociétés*, coll. CUP, vol. 186, Limal, Anthemis, 2018, p. 57.

2 Les statuts d'une société anonyme peuvent donc prévoir que la société est administrée par un administrateur unique, nommé statutairement ou par simple décision de l'assemblée générale (administrateur « non statutaire »). L'administrateur unique peut être une personne physique ou une personne morale. Dans une société cotée ou lorsqu'une disposition légale impose une administration collégiale (*1), l'administrateur unique devra toutefois être une société anonyme administrée par un organe collégial.

3 Dans le cas de l'administrateur personne morale, les dispositions relatives à l'administration moniste collégiale s'appliqueront « *par analogie* » tant à l'administrateur unique qu'à son organe d'administration et aux membres de celui-ci (art. 7:101, al. 3) (*2).

4 L'administrateur unique peut être nommé dans les statuts, de même que son successeur peut également y être immédiatement nommé, en cas de décès, d'incapacité, de démission ou de révocation de l'administrateur par exemple. Il peut également être nommé en cours de vie sociale par modification statutaire.

5 Comme cela était déjà admis en matière de SCA (*3), rien dans le CSA n'empêche selon nous de nommer également dans les statuts le suppléant de l'administrateur unique, au cas où ce dernier serait empêché ou viendrait à cesser temporairement ses fonctions. En vertu des règles de publicité en matière de nomination et de cessation du mandat d'administrateur de la personne morale, l'entrée en fonction du suppléant devra faire l'objet d'une publication au *Moniteur belge* en vue d'assurer l'opposabilité aux tiers de sa nomination (*4).

6 L'administrateur personne morale doit désigner un représentant permanent qui encourt solidairement avec elle les mêmes responsabilités civiles et pénales, comme s'il avait exercé ce mandat en son nom et pour son compte (art. 2:55, al. 1^{er}).

(*1) Voir par exemple la réglementation sur les sociétés immobilières réglementées publiques.

(*2) On songe par exemple aux exigences légales en matière de diversité dans la composition du conseil d'administration d'une société cotée ou celles applicables aux administrateurs indépendants, les règles en matière de rémunération, etc.

(*3) Voir notamment V. SIMONART, *Société en nom collectif, société en commandite, SNC, SCS et SCA*, coll. R.P.D.B., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 160, n° 211 et les références citées respectivement sur la possibilité de nommer un suppléant dans les SA et les SCA. V. SIMONART soulignait qu'il était toutefois dangereux de recourir à ce type de nomination, car elle impliquait que le suppléant accepte par avance d'être solidairement et indéfiniment responsable des engagements de la société. Cette conséquence sera également d'application dans le cadre du CSA, si les statuts prévoient la responsabilité solidaire et indéfinie de l'administrateur unique (sans aménager cette solidarité pour le suppléant).

(*4) Ces règles s'appliquent également en cas de modification du représentant permanent de l'administrateur personne morale, y compris en cas d'entrée en fonction de son suppléant. En vertu de la nouveauté introduite par le CSA en matière de représentant permanent visée à l'article 2:44, alinéa 4, à défaut d'autres administrateurs au sein de la personne morale administrée outre la personne morale administrateur, celle-ci peut désigner, en plus du représentant permanent, un représentant permanent suppléant agissant en cas d'empêchement du représentant permanent. Les dispositions de l'article 2:44 sont également d'application à ce représentant permanent suppléant.

7 En vertu de l'article 2:55, alinéa 3, le représentant permanent d'une personne morale qui est l'administrateur unique d'une société anonyme dont les statuts prévoient que l'administrateur est solidairement et indéfiniment responsable des obligations de la société, ne contracte aucune responsabilité personnelle relative aux engagements de la personne morale (*1).

8 Le représentant permanent est chargé de l'exécution de la mission d'administrateur unique au nom et pour le compte de la personne morale administrateur, en ce compris les pouvoirs de représentation (ce ne sont donc pas les administrateurs ou le délégué à la gestion journalière de la société administrateur qui exercent ce pouvoir).

9 Enfin, si l'administrateur unique est une société anonyme avec une administration duale, les dispositions relatives à l'administration duale seront quant à elles d'application par analogie tant à l'administrateur unique qu'à son conseil de surveillance et à son conseil de direction et à leurs membres (art. 7:101, § 1^{er}, 3^e al.).

II. Application (partielle) des règles relatives au conseil d'administration

10 L'exposé des motifs indique que l'administrateur unique est soumis à la Section 1 du titre 4 relative au conseil d'administration, « *pour autant que ce soit pertinent* » (*2).

11 Il est regrettable que le législateur n'ait pas procédé formellement à un renvoi dans le texte de la Section 2 à la Section 1 pour l'administrateur personne physique (il ne fait ce renvoi spécifique que lorsque l'administrateur unique est une société anonyme avec une administration moniste). Ce renvoi fait par les travaux préparatoires vise principalement les dispositions relatives au statut d'indépendant de l'administrateur unique, à sa rémunération, aux modalités de sa démission et de sa révocation « *ad nutum* » s'il n'est pas statutaire, à ses pouvoirs de gestion et aux règles en matière de spécialité statutaire (engagement de la société vis-à-vis des tiers pour des actes accomplis en violation de l'objet statutaire) et en matière de représentation de la société (inopposabilité de principe des clauses qui limiteraient/aménageraient le pouvoir de représentation général de l'administrateur unique, par exemple une clause qui imposerait une double signature de l'administrateur unique avec le délégué à la gestion journalière ou qui soumettrait certains engagements à l'approbation préalable de l'assemblée générale).

(*1) Correction apportée par l'article 57 de la loi du 28 avril 2020 transposant la Directive (UE) n° 2017/828 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 modifiant la Directive n° 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, et portant des dispositions diverses en matière de sociétés et d'associations.

(*2) Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 234 : « Dans d'autres sociétés anonymes, l'administrateur unique peut être une personne physique, soumise également à l'application de la section 1^{re}, pour autant que ce soit pertinent. Ainsi, les actes de l'administrateur unique qui dépassent les limites de l'objet engagent la société ».

12 Si l'administrateur unique est une société anonyme avec une administration moniste, le législateur prévoit que les articles 7:89, 7:89/1, 7:90, 7:91, 7:92, alinéas 1^{er}, 2 et 3, 7:93 et 7:94 s'appliqueront *par analogie* à l'administrateur unique. La Section 1 s'appliquera à son organe d'administration et à ses membres, à l'exception de l'article 7:96.

13 Si l'administrateur unique est une société anonyme avec une administration duale, les articles 7:89, 7:89/1, 7:90, 7:91, 7:92, alinéas 1^{er}, 2 et 3, 7:93 et 7:94 s'appliqueront également par analogie à l'administrateur unique. La Section 3 s'applique à son conseil de surveillance et à son conseil de direction ainsi qu'à leurs membres, à l'exception de l'article 7:115.

Nous n'aborderons, dans la suite du texte, que les spécificités de l'administrateur unique par rapport au conseil d'administration.

III. Fin de mandat – Révocation

14 Les fonctions de l'administrateur unique prennent fin par le décès, l'interdiction, la déconfiture, la faillite et la liquidation de l'administrateur unique et toute autre cause mentionnée dans les statuts emportent de plein droit la cessation de ses fonctions (art. 7:101, § 4), outre par l'expiration du terme de son mandat, par la démission (*1) ou par la survenance de certaines circonstances dans le chef de la société administrée (fusion ou scission par exemple).

15 Il peut également être mis fin à son mandat par une décision de révocation prise par l'assemblée générale. Il y a lieu à cet égard de distinguer selon que l'administrateur unique est « statutaire » ou « non statutaire ».

16 S'il est statutaire, la révocation requiert une modification des statuts. Même si le consentement de l'administrateur unique est nécessaire à sa révocation en vertu d'une disposition statutaire (cf. droit de veto ci-après VI), l'assemblée générale peut mettre fin à son mandat sans son consentement, aux conditions de quorum et de majorité requises pour la modification des statuts, pour de justes motifs (art. 7:101, § 4, al. 2). Les statuts

(*1) Les règles relatives au maintien en fonction prévues à l'article 7:85, § 4, trouveront également à s'appliquer en cas de démission de l'administrateur unique (« À la demande de la société, il reste en fonction jusqu'à ce que la société puisse raisonnablement pourvoir à son remplacement »). Même si cette obligation n'est prévue qu'en cas de démission, elle vaut également dans l'hypothèse de la révocation ou des fonctions prenant fin par l'échéance du terme.

ne peuvent donc pas supprimer ce droit des actionnaires de révoquer l'administrateur statutaire pour justes motifs, ni renforcer les conditions de majorité et de quorum (en exigeant une unanimité par exemple) pour la révocation pour justes motifs (*1). Il est par contre possible que les statuts prévoient d'autres motifs de révocation.

17 Si l'administrateur n'est pas statutaire, et même si le consentement de l'administrateur unique est nécessaire à sa révocation en vertu d'une disposition statutaire (cf. droit de veto ci-après VI), l'assemblée générale peut mettre fin à son mandat sans son consentement, pour justes motifs, moyennant une décision adoptée à la majorité simple des voix, sans condition de quorum (art. 7:85, § 3, al. 3). La révocation par l'assemblée générale sans préavis ni indemnité reste donc en tout état de cause possible si un juste motif peut être imputé à l'administrateur non statutaire. Comme nous l'avons vu, le système paraît impliquer également pour l'administrateur « non statutaire » que les statuts ne pourraient prévoir une majorité renforcée. Il est aussi par contre possible que les statuts prévoient d'autres motifs de révocation.

18 Autrement dit, la révocation « *ad nutum* » sans indemnité ni préavis pour justes motifs s'applique aussi bien pour l'administrateur unique « statutaire » ou « non statutaire », mais les modalités de la révocation sont différentes : dans le cas de l'administrateur statutaire, il ne pourra être révoqué qu'aux conditions de majorité et de quorum requises par le CSA pour une modification statutaire, alors que dans le cas de l'administrateur « non statutaire », il pourra être révoqué à la majorité simple des voix, sans condition de quorum.

19 La notion de juste motif s'appréciera de la même manière qu'en ce qui concerne la révocation pour justes motifs d'un membre du conseil d'administration (*2). L'administrateur

(*1) Comparer avec l'article 5:70, § 3, al. 1^{er} en ce qui concerne l'administrateur statutaire d'une SRL. Selon cet article, « la révocation d'un administrateur nommé dans les statuts requiert une modification de ceux-ci ». L'alinéa 3 de cet article prévoit toutefois que « L'assemblée générale peut en toute hypothèse mettre fin au mandat d'un administrateur, nommé ou non dans les statuts, pour de justes motifs, sans préavis ni indemnité ». Selon les travaux préparatoires à propos de cet article, « L'assemblée générale peut dans tous les cas, à la majorité simple, révoquer l'administrateur pour juste motif alors même qu'il serait désigné par les statuts » (op. cit., p. 156).

(*2) Voir notamment D. WILLERMAIN, F. MESSINE et G. COLLARD, « La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions », *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthemis, 2019, p. 215 et s. Les travaux préparatoires citent, comme exemple de justes motifs, les cas d'infraction pénale grave commise par un administrateur dans l'exercice de ses activités professionnelles ou d'une fraude fiscale (Exposé des motifs, n° 54-3119/001, p. 254). Malgré que les travaux préparatoires citent des cas de fautes, ce juste motif ne doit pas nécessairement être constitutif de faute, de la même manière qu'en matière de retrait ou d'exclusion. Même si cela n'a pas été expressément repris dans le texte, les travaux préparatoires précisent que la révocation doit se fonder sur un motif légitime « imputable à l'administrateur ». La jurisprudence déterminera au cas par cas les justes motifs. Seront sans doute considérés comme des justes motifs les cas flagrants de fautes pénales commises dans le cadre des activités professionnelles, de manquement grave aux obligations légales ou statutaires, de faute de gestion ou de manque de loyauté ou de diligence, de manquement au devoir de « compétence », par exemple. Plus généralement, les justes motifs pourraient viser tout autre fait imputable à un administrateur justifiant la légitimité de sa révocation (on peut penser à des problèmes de santé, la perte de la confiance du management ou des actionnaires suite à son comportement, l'absence délibérée de communication avec les actionnaires, etc.). Un motif lié à l'intérêt social ou au fonctionnement de la société, ou à la divergence de vue avec l'actionnaire majoritaire pourrait ainsi constituer un juste motif, à condition qu'il soit imputable à l'administrateur concerné.

unique pourra également contester devant le tribunal les justes motifs retenus par l'assemblée générale en agissant en annulation de la décision (ou en référé pour obtenir sa suspension), qui pourra le cas échéant décider de maintenir l'administrateur dans ses fonctions ou de l'indemniser pour sa révocation abusive (*1).

20 En outre, le législateur a mis en place un mécanisme, inspiré de l'action minoritaire, réservé aux actionnaires titulaires d'actions avec droit de vote qui représentent au moins 10 % ou, pour une société cotée, 3 % du capital, leur permettant d'obtenir la désignation à l'unanimité d'un mandataire *ad hoc*, actionnaire ou non, qui sera chargé d'introduire une demande de révocation de l'administrateur unique, statutaire ou non, pour de justes motifs, dans une procédure comme en référé organisée devant le président du tribunal de l'entreprise du siège de la société (art. 7:101, § 4, al. 3).

21 Cette « *action en révocation minoritaire* » constitue une innovation importante qui vise selon le législateur à réaliser « *un équilibre entre l'ancrage et l'autocontrôle* ». Or elle n'est pas à l'abri de toute critique, tant sur le fond que sur ses modalités et la procédure. Cette action en révocation minoritaire exposera en effet l'administrateur (statutaire ou non) à une menace permanente (source d'instabilité) de voir des actionnaires minoritaires mécontents de sa gestion tenter de remettre en cause son mandat dans le cadre de procédures « *comme en référé* », ce qui n'était pas possible dans les SCA.

22 En ce qui concerne les modalités, le législateur s'est attaché à fixer un seuil en fonction du pourcentage de titres par rapport au capital et non des voix attachées aux titres comme c'est le cas en matière d'action sociale minoritaire (*2). Cela implique qu'un actionnaire détenant, grâce à des droits de votes multiples, plus de 10 % des voix attachées aux titres, mais moins de 10 % du capital, ne pourrait initier cette action en révocation. On s'interroge sur les raisons qui justifieraient légitimement une telle différence avec l'action minoritaire dont il s'est inspiré. Les travaux préparatoires sont muets à cet égard.

23 Plus généralement, on peut également faire observer que, si la procédure s'inspire de l'action minoritaire, elle n'en reprend malheureusement pas toutes les modalités des articles 7:157 et suivants qui encadrent très précisément ce type de procédure avec des actionnaires minoritaires.

24 Sur le plan de la procédure, on peut s'interroger sur le choix d'une procédure comme en référé organisée devant le président du tribunal de l'entreprise du siège de

(*1) Le législateur n'ayant pas prévu une procédure spéciale devant président du tribunal, siégeant comme en référé, c'est le tribunal de l'entreprise du siège de la société qui sera compétent, en vertu de sa compétence générale.

(*2) L'art. 7:157 relatif à l'action minoritaire vise en effet les actionnaires possédant des titres qui représentent au moins 1 % des voix attachées à l'ensemble des titres existant.

la société au lieu de la procédure de droit commun devant le tribunal de l'entreprise, comme c'est le cas en matière d'action sociale minoritaire ou en matière de contestation de la révocation pour justes motifs par l'administrateur unique, par exemple. Cette procédure a en tout cas le mérite de ne pas laisser planer une incertitude trop longue sur la légitimité de l'administrateur unique en cas d'intentement d'une action minoritaire en révocation.

25 On remarque également que, selon l'article 7:101, § 4, alinéa 3, la société doit être citée en déclaration de jugement commun et que les frais de procédure sont à charge de la société, à moins que le juge en décide expressément autrement. Il s'agit donc d'une dérogation au droit commun du Code judiciaire, dont on se demande les motivations. Le législateur n'a pas réglé la question selon laquelle la rémunération et les frais du mandataire commun doivent être considérés par le président du tribunal comme des frais de procédure. A défaut, ils resteront à charge des actionnaires minoritaires (*1).

26 Enfin, on peut regretter sans doute que cette disposition, à laquelle il ne peut être dérogé statutairement, s'appliquera aux anciennes SCA transformées en SA qui se trouveront ainsi confrontées à une nouvelle procédure remettant potentiellement en cause l'équilibre entre les anciens commandités et commanditaires, à laquelle elles ne sont pas forcément préparées.

Il peut être recommandé de procéder à la nomination du successeur de l'administrateur unique dans les statuts en vue de garantir la continuité de la gouvernance de la société (*2).

IV. Conflits d'intérêts (*3)

27 La procédure de conflit d'intérêts est applicable pour une décision ou une opération dans le cadre de laquelle l'administrateur unique a un intérêt opposé. Si l'administrateur

(*1) Le législateur n'a pas prévu comme en matière d'action minoritaire que si l'action devait aboutir, les frais seraient automatiquement remboursés. En vertu de l'article 7:159 en effet, « *Si la demande minoritaire est rejetée, les demandeurs peuvent être condamnés personnellement aux dépens et, s'il y a lieu, aux dommages-intérêts envers les défendeurs. Si la demande est accueillie, la société rembourse les sommes dont les demandeurs ont fait l'avance et qui ne sont point comprises dans les dépens mis à charge des défendeurs* ».

(*2) Il est intéressant de relever que l'article 660 C. soc. (qui n'a pas été repris dans le CSA) prévoyait en matière de SCA que « En cas de décès, d'incapacité légale ou d'empêchement du gérant, le président du tribunal de commerce peut, s'il n'y est autrement prévu par les statuts, désigner, à la requête de tout intéressé, un administrateur, associé ou non, qui fera les actes urgents et de simple administration, jusqu'à la réunion de l'assemblée générale ». A défaut de successeur nommé dans les statuts, on pourrait envisager d'insérer une clause statutaire prévoyant la nomination d'un administrateur provisoire par le président du tribunal de l'entreprise, le temps que l'assemblée procède au remplacement de l'administrateur empêché ou révoqué.

(*3) Nous n'aborderons pas ici les dispositions spécifiques relatives aux conflits d'intérêts entre une société et son actionnaire de contrôle dans la mesure où elles ne concernent que les sociétés cotées (article 7: 97 clarifiant et simplifiant l'ancien article 524 C. soc.).

unique est une personne morale, elle s'applique lorsqu'un membre de l'organe d'administration de l'administrateur unique personne morale a un intérêt opposé (art. 7:102). Les règles en matière de conflit d'intérêts applicables aux membres de l'organe d'administration s'appliqueront également au représentant permanent (art. 2:55).

28 La procédure est menée au niveau de l'organe d'administration de l'administrateur unique et l'article 7:96 en cas d'administration moniste ou l'article 7:117 en cas d'administration duale sont d'application. Si l'administrateur est une personne physique ou si tous les membres de l'organe d'administration de l'administrateur unique personne morale ont un intérêt opposé (*1), l'administrateur unique doit soumettre la décision ou l'opération à l'assemblée générale de la société administrée (art. 7:102, § 1^{er}, al. 2) (*2). En cas d'approbation de la décision ou de l'opération par l'assemblée générale de la société administrée, l'organe d'administration, ou, en cas d'administration duale, le conseil de direction, peut l'exécuter. Si l'administrateur unique est également l'actionnaire unique, il peut prendre la décision ou réaliser l'opération lui-même (art. 7:102, § 1^{er}, al. 2).

29 Selon le cas, l'assemblée générale, les autres membres de l'organe d'administration, ou l'administrateur unique qui est également l'actionnaire unique décrivent, dans le procès-verbal ou dans un rapport spécial (uniquement pour le cas de l'actionnaire unique), la nature de la décision ou de l'opération, ainsi que les conséquences patrimoniales de celle-ci pour la société et justifient la décision qui a été prise (art. 7:103, § 1^{er}). Lorsque l'administrateur unique est également l'actionnaire unique, il inscrit également dans son rapport spécial les contrats conclus entre lui et la société. Cette partie du procès-verbal ou ce rapport sont reproduits intégralement dans le rapport de gestion ou dans une pièce qui est déposée en même temps que les comptes annuels si la société n'est pas tenue de rédiger un rapport de gestion.

30 Si la société a nommé un commissaire, le procès-verbal ou le rapport lui est communiqué et le commissaire évalue dans une section séparée de son rapport annuel les conséquences patrimoniales pour la société des décisions de l'assemblée générale ou de l'administrateur unique ou, telles que décrites dans le procès-verbal ou le rapport et pour lesquelles il existe un intérêt opposé.

31 Comme en ce qui concerne l'administration moniste avec conseil d'administration, l'action en nullité et en suspension d'une décision prise par un administrateur

(*1) La situation dans laquelle un seul administrateur ne serait pas en situation de conflit (ici dans l'organe de gestion collégial de l'administrateur unique personne morale) et le fait que celui-ci pourrait donc prendre la décision seul paraît peu compatible avec le caractère collégial et l'absence de « représentativité » de l'organe amené à prendre la décision pour réaliser l'opération. Une solution serait de prévoir statutairement dans ces cas précis que la décision relève de l'assemblée générale. Voir également L. VERHAERT, « Les conflits d'intérêts au sein du conseil d'administration, l'interdiction de vote et la problématique du quorum : retour vers le futur ? », *RPS-TRV*, 2022/6, pp. 465 et suiv.

(*2) Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 235.

unique en méconnaissance de la procédure – qui était jusqu’à présent réservée à la société agissant par son organe d’administration ou le curateur, si l’autre partie à ces décisions ou opérations avait ou devait avoir connaissance de cette violation – est désormais ouverte à toute « *personne qui a un intérêt au respect de la règle de droit méconnue* » (art. 7:96, § 2). Les administrateurs sont en outre également susceptibles de voir leur responsabilité engagée.

V. Responsabilité solidaire et indéfinie (facultative) de l’administrateur unique

32 Les statuts peuvent prévoir que l’administrateur unique est solidairement et indéfiniment responsable des engagements de la société (*1). A défaut de disposition statutaire réglant cette question, l’administrateur unique n’est pas tenu des dettes sociales (*2).

33 Le législateur a expressément prévu, comme c’était le cas pour la SCA, qu’en cas de solidarité, l’administrateur ne peut être personnellement condamné en raison des obligations de la société tant que cette dernière n’a pas été elle-même condamnée (art. 7:101, § 2).

34 Comme vu ci-dessus au point 1, le représentant permanent d’une personne morale qui est l’administrateur unique d’une société anonyme dont les statuts prévoient que l’administrateur est solidairement et indéfiniment responsable des obligations de la société, ne contracte par contre aucune responsabilité personnelle relative aux engagements de la personne morale.

VI. Droits de veto (facultatif) de l’administrateur unique sur les décisions de l’assemblée générale

35 L’administrateur unique peut se voir conférer des droits de veto statutaires concernant (i) les modifications des statuts, (ii) les décisions relatives à la distribution des bénéfices et (iii) sa propre révocation (art. 7:101, § 3).

36 Ces droits de veto existaient en matière de SCA (art. 659, al. 1^{er}, du C. soc.). Ils se justifiaient essentiellement par le fait que le gérant était responsable solidairement et indéfiniment des engagements de la société : il était par conséquent normal qu’il

(*1) Comparer avec l’ancien régime du gérant statutaire d’une SCA qui adoptait la forme d’une SPRL dotée d’un capital minimum : dans ce cas, la responsabilité illimitée propre à l’associé commandité revenait en pratique à une quasi-immunité, sauf à concurrence des apports de la SPRL, même si le C. soc. interdisait de déroger à la règle de la responsabilité indéfinie.

(*2) En vue de donner plein effet à une clause statutaire imposant à l’administrateur unique une responsabilité solidaire et indéfinie des engagements de la société, les statuts pourraient prévoir que l’administrateur doit être une personne physique ou une personne morale à responsabilité illimitée.

puisse s'opposer à des décisions qui pouvaient impacter sa propre responsabilité (*1). Dans le CSA, les droits de veto de l'administrateur unique ne sont toutefois plus liés à la responsabilité solidaire de l'administrateur. Sous l'empire du C. soc., les statuts pouvaient déjà supprimer tout ou partie de ces droits de veto. Dans le cadre du CSA, les statuts peuvent également « moduler » l'étendue des droits de veto statutaires (par exemple en fonction de la hauteur de la responsabilité de l'administrateur unique par rapport aux engagements de la société (*2)).

37 Ces droits de veto s'exerceront sous réserve d'un éventuel abus de droit ou d'abus ou détournement de pouvoir de la part de l'administrateur unique (cf. art. 2:42), que le tribunal peut sanctionner par la nullité (ou par la suspension en référé).

VII. Principales différences entre la SA à administrateur unique et l'ancienne SCA

38 La SA avec administrateur statutaire unique a remplacé l'ancienne SCA. Cette forme est en réalité beaucoup plus flexible et pallie un certain nombre d'inconvénients que présentait la SCA. Parmi les différences entre la SA à administrateur (statutaire) unique et l'ancienne SCA, on relèvera que :

1. L'administrateur statutaire unique ne doit pas être actionnaire de la SA, à l'inverse de l'associé commandité de la SCA qui devait au moins avoir une action (sans parler des « parts de commandites » ou « parts d'intérêts » qui étaient attribuées aux gérants en contrepartie de leur engagement illimité (*3)). La SA peut par ailleurs être constituée par un actionnaire unique, ce qui n'était pas le cas de la SCA.
2. L'administrateur unique n'est pas solidairement tenu aux dettes sociales, sauf si les statuts le prévoient. Les statuts de la SA peuvent en outre modaliser la responsabilité solidaire et indéfinie de l'administrateur unique (en la plafonnant par exemple), alors qu'on ne pouvait pas déroger à cette règle dans les SCA.
3. La SA permet à l'administrateur unique de bénéficier d'un droit de veto sur les décisions de l'assemblée générale (modification des statuts, distribution de bénéfices, révocation) sans nécessairement être tenu des dettes sociales, ce qui n'était pas possible pour les SCA.
4. La CSA ne fait pas de distinction entre ses actionnaires, alors que le C. soc. distinguait les commandités des commanditaires pour les SCA en prévoyant une série de dispositions propres aux uns et aux autres (cf. p. ex. l'art. 659 C. soc.). La SA ne

(*1) Voir notamment V. SIMONART, *Société en nom collectif, société en commandite, SNC, SCS et SCA*, op. cit., p. 161, n° 213.

(*2) On songe par exemple au droit de veto sur la distribution des bénéfices ou sur le rachat d'actions propres qui diminuent le patrimoine de la société, qui pourraient se justifier en fonction des engagements de la société dont l'administrateur est responsable solidairement (le cas échéant avec un plafond prévu statutairement).

(*3) Voir notamment V. SIMONART, *Société en nom collectif, société en commandite, SNC, SCS et SCA*, op. cit., p. 158, n° 206 et les références citées.

comporte pas les risques qui existaient dans les SCA pour les associés commanditaires d'être déclarés responsables solidairement des engagements de la société s'ils s'immisçaient dans la gestion de la société (cf. art. 656 C. soc.).

5. La SCA était en principe dissoute par la volonté (démission), le décès, la déconfiture, l'interdiction ou la faillite de l'associé (gérant) commandité, sauf stipulation contraire des statuts (art. 660, al. 1^{er}, C. soc.).
6. Les règles en matière de révocation de l'associé-gérant impliquaient de passer par un jugement si les statuts étaient muets sur la possibilité de le révoquer (il fallait se baser sur une « cause légitime » au sens de l'article 33 C. soc.). Si le gérant statutaire s'opposait à sa révocation (dans l'hypothèse où la révocation était prévue par les statuts et que les statuts ne supprimaient pas ce droit de veto), les associés devaient s'adresser au juge pour contester ce veto. Dans la SA, c'est à l'administrateur statutaire de contester sa révocation pour justes motifs devant le juge.
7. Dans la SA, les actionnaires minoritaires peuvent, aux conditions vues *supra*, initier eux-mêmes une procédure de révocation de l'administrateur unique devant le tribunal, via un mandataire spécial. Dans la SCA, les actionnaires minoritaires n'avaient aucun droit de ce type.

39 En vertu de l'article 41, § 4, de la loi introduisant le CSA, en cas de transformation d'une SCA en SA, les associés commandités restent tenus solidairement et indéfiniment à l'égard des tiers des engagements de la société antérieurs à l'opposabilité aux tiers de l'acte de transformation. Les statuts d'une SA en laquelle une SCA est transformée ne peuvent limiter les droits de veto dont le gérant statutaire disposait avant la transformation aux termes de l'article 659 C. soc. ou sur la base des statuts que dans le cas où le gérant statutaire a consenti à cette limitation (*1).

(*1) Sur les dispositions transitoires et notamment la transformation de plein droit de la SCA à défaut d'adaptation des statuts, voir notamment : V. SIMONART, « Code des sociétés et des associations – Droit transitoire », in X. Dieux, O. Caprasse et H. Culot, *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Anthémis, Limal, 2019, 519-554 ; J. VANANROYE, « Respecteert het overgangsrecht van het WVV de rechtmatige verwachtingen ? », in F. Mourlon Beernaert, G. Collard, D. Szafran et D. Willemain, *Liber Amicorum Xavier Dieux – Volume 1*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 647-660 ; J.-M. NELISSEN GRADE, « Het overgangsrecht », in H. De Wulf et M. Wyckaert (éd.), *Het WVV doorgelicht*, Bruxelles, Intersentia, 2021, p. 769-786 ; R. HOUBEN et B. LAFORCE, « Het verdwijnen van de commanditaire vennootschap op aandelen en de intrede van de NV met enige bestuurder – een kwestie van (gebrek aan) genderdiversiteit ? », in R. Houben, N. Goossens et C.-A. Leunen (éd.), *Liber amicorum Jean-Pierre Blumberg*, Bruxelles, Lefebvre Sarut Belgium, 2021, p. 351-374 ; R. HOUBEN, A. DE GEZELLE, P. VERMEULEN, X. GEERTS, J. SCHUERMAN et J. VANHAECKE, *Drie jaar wetboek van vennootschappen en verenigingen*, Bruxelles, Lefebvre Sarut Belgium, 2022, p. 23-28.

7:102. § 1^{er}. Lorsque l'administrateur unique est appelé à prendre une décision ou à se prononcer sur une opération relevant de sa compétence à propos de laquelle il a un intérêt direct ou indirect de nature patrimoniale qui est opposé à celui de la société, il soumet cette décision ou cette opération à l'assemblée générale ; en cas d'approbation de la décision ou de l'opération par celle-ci, l'organe d'administration peut l'exécuter.

Lorsque l'administrateur unique, personne morale, est doté d'un organe d'administration collégial et est appelé à prendre une décision ou se prononcer sur une opération à propos de laquelle un membre de cet organe d'administration a un intérêt direct ou indirect de nature patrimoniale qui est opposé à l'intérêt de la société, l'article 7:96 en cas d'administration moniste ou l'article 7:117 en cas d'administration duale sont d'application. Lorsque tous les membres de l'organe d'administration de l'administrateur unique appelé à statuer sur le conflit d'intérêts ont un intérêt opposé, la décision ou l'opération est soumise à l'assemblée générale ; en cas d'approbation de la décision ou de l'opération par l'assemblée générale de la société administrée, l'organe d'administration, ou, en cas d'administration duale, le conseil de direction, peut l'exécuter.

Si l'administrateur unique est également l'actionnaire unique, il peut prendre la décision ou réaliser l'opération lui-même.

§ 2. A moins que l'administrateur unique soit également l'actionnaire unique, le paragraphe 1^{er} n'est pas applicable lorsque les décisions ou opérations visées ci-dessus ont été conclues entre sociétés dont l'une détient directement ou indirectement 95 % au moins des voix attachées à l'ensemble des titres émis par l'autre ou entre sociétés dont 95 % au moins des voix attachées à l'ensemble des titres émis par chacune d'elles sont détenus par une autre société.

En outre, le paragraphe 1^{er} n'est pas applicable lorsque les décisions de l'administrateur unique concernent des opérations habituelles conclues dans des conditions et sous les garanties normales du marché pour des opérations de même nature.

Commentaire de l'article 7:102 du Code des sociétés et des associations

Auteur : Gilles COLLARD

Mise à jour : 22 mars 2024

Voir Commentaire de l'article 7:100 CSA.

7:103. § 1^{er}. Selon le cas, l'assemblée générale, les autres membres de l'organe d'administration, ou l'administrateur unique qui est également l'actionnaire unique décrivent, dans le procès-verbal ou dans un rapport spécial, la nature de la décision ou de l'opération visée à l'article 7:102, § 1^{er}, ainsi que les conséquences patrimoniales de celle-ci pour la société et justifient la décision qui a été prise. Lorsque l'administrateur unique est également l'actionnaire unique, il inscrit également dans son rapport spécial les contrats conclus entre lui et la société.

Cette partie du procès-verbal ou ce rapport figure dans son intégralité dans le rapport de gestion ou dans une pièce qui est déposée en même temps que les comptes annuels.

Si la société a nommé un commissaire, le procès-verbal ou le rapport lui est communiqué. Dans son rapport visé à l'article 3:74, le commissaire évalue dans une section séparée les conséquences patrimoniales pour la société des décisions de l'assemblée générale ou de l'administrateur unique ou, telles que décrites dans le procès-verbal ou le rapport, pour lesquelles il existe un intérêt opposé tel que visé à l'article 7:102.

§ 2. Sans préjudice du droit des personnes mentionnées aux articles 2:44 et 2:46 de demander la nullité ou la suspension de la décision de l'organe d'administration, la société peut demander la nullité des décisions prises ou des opérations accomplies en violation de l'article 7:102 ou du présent article si l'autre partie à ces décisions ou opérations avait ou devait avoir connaissance de cette violation.

Commentaire de l'article 7:103 du Code des sociétés et des associations

Auteur : Gilles COLLARD

Mise à jour : 18 mars 2024

Voir Commentaire de l'article 7:101 CSA.

Section 2. Augmentation de capital par apports en numéraire

Sous-section 1^{re}. Droit de préférence

7:188. Les actions à souscrire en numéraire, les obligations convertibles et les droits de souscription doivent être offerts par préférence aux actionnaires existants proportionnellement à la partie du capital représentée par leurs actions.

S'il y a plusieurs classes d'actions, le droit de préférence revient tout d'abord aux titulaires d'actions de la classe à émettre. L'émission a lieu dans le respect de l'article 7:155, à moins que l'émission ne se fasse dans chaque classe proportionnellement au nombre d'actions détenues par les actionnaires dans chaque classe. Un droit de préférence ne revient aux titulaires d'actions d'une autre classe d'actions que celle des actions à émettre que dans la mesure où les titulaires d'actions de la classe dans laquelle de nouvelles actions sont émises n'en ont pas fait usage.

Le droit de préférence visé à l'alinéa 1^{er} s'applique sans restriction lors de l'émission d'actions d'une nouvelle classe, qu'il existe différentes classes d'actions ou non.

Commentaire de l'article 7:188 du Code des sociétés et des associations

Auteur : Gabriela DE PIERPONT

Mise à jour : 15 mars 2024

DOCTRINE IMPORTANTE

BALLEGEER, D. et PEETERS, I., « De nieuwe regels omtrent obligaties », in DE WULF, H. et WYCKAERT, M. (coord.), *Het WVV doorgelicht*, Anvers, Intersentia, 2021, pp. 323-332.

BOHETS, J., « The Convertible Menagerie : Down Round Financing and Anti-Dilution Provisions from a Belgian Perspective », *J.I.B.L.R.*, 2004, liv. 6, p. 224.

BOUCKAERT, F., « Het voorkeurrecht bij kapitaalverhoging door storting in geld: de moeilijke bepaling van artikel 34bis van de Venn. W. », in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Gand, Story, 1986, 169-194.

BRAECKMANS, H. et HOUBEN, R., *Het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen*, Bruxelles, Intersentia, 2019, p. 45 et s.

BRULOOT, D., « Artikel 592 W. Venn. », *Vennootschappen en verenigingen. Artikels-gewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, f. mob., 2006, 13 p.

BYTTEBIER, K. et FRANÇOIS, A., « Voorkeurrecht in geval van inbreng in natura en de tweede richtlijn », note sous C.J.C.E., 19 novembre 1996, *V. & F.*, 1997, pp. 32-45.

DE CORDT, Y. (coord.), *Société anonyme*, coll. Répertoire pratique du droit belge, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 605 et s.

DE CORDT, Y., *L'égalité des actionnaires*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

DE WILDE, H., « De gewijzigde tweede Richtlijn - nieuwe opportuniteiten voor het Belgische vennootschapsrecht », *Notariaat*, 2008, liv. 6, pp. 1-8.

DE WULF, H., « Uitgifte en overdracht van aandelen bij BV en NV », in *Le projet de nouveau Code des sociétés et associations/Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 190-197.

DE WULF, H. et WYCKAERT, M., « Effecten bij BV, NV en CV : categorieën, soorten, overdracht, uitgifte en inkoop », in *Het WVV doorgelicht*, Anvers, Intersentia, 2021, pp. 77-174.

DELLA FAILLE, P., *Fusions, acquisitions, et évaluations d'entreprises – Une approche juridique, économique et financière*, Bruxelles, Larcier, 2001, pp. 296-317.

DIEUX, X. et DE WOLF, P., « Le nouveau Code des sociétés (et des associations) : Capita Selecta », *J.T.*, 2019, pp. 513 et s.

HAINAUT-HAMENDE, P. et RAUCQ, G., « Les sociétés anonymes. Opérations sur le capital. Emissions publiques. Transformation. Fusion-Scission », *Rép. not.*, t. XII, liv. 3/2, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 89-92 et 136-153, n^{os} 616 et 631-643.

HIRTE, H. et EHLERS, B., « Les obligations convertibles en actions et les obligations avec bons de souscription en Europe », *Bulletin Joly Sociétés*, janvier 2001, pp. 5-15.

LAMBRECHT, P. et DE PIERPONT, G., « Les modifications du capital dans les S.A. », in *Guide juridique de l'entreprise - Traité théorique et pratique*, 2^e éd., Kluwer, Waterloo, 2012, liv. 46.3, pp. 11-35.

MALHERBE, J., DE CORDT, Y., LAMBRECHT, P., MALHERBE, P. et CULOT, H., *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 605 et s.

POTTIER, E., L'HOMME, Th., TU, L. et VISEUR, G., « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », *R.D.C./T.B.H.*, 2018/9, pp. 1030 et s.

WILLERMAIN, D., « Les actions et le capital dans la société anonyme : réexamen de thèmes classiques à la lumière du CSA », *RPS-TRV*, 2020/2, pp. 125-169.

COMMENTAIRE

Structure

- I. Présentation de l'article
- II. Principe
- III. Champ d'application
 - A. Opérations visées
 - B. Titres visés
 - 1. Actions, obligations convertibles et droits de souscription
 - 2. Émissions en cas d'existence de classes d'actions

I. Présentation de l'article

1 Le chapitre relatif aux augmentations de capital dans les SA contient une section 2, consacrée aux augmentations de capital par apport en numéraire. Y sont inscrites les règles relatives au droit de préférence (sous-section 1) et à la limitation, voire la suppression de celui-ci (sous-section 2), ainsi que les conditions de libération des fonds apportés (sous-section 3).

Le droit de préférence a été formellement introduit en droit belge par la loi du 5 décembre 1984 transposant la deuxième directive européenne en matière de capital (*1). Cette technique, qui vise à éviter une dilution des droits des anciens actionnaires, existait déjà dans la pratique, en particulier en ce qui concerne les sociétés cotées, pour lesquelles la Commission bancaire et financière (devenue, depuis lors, l'Autorité des services et marchés financiers, la FSMA) recommandait le respect d'un droit de préférence (*2). Un droit de souscription préférentiel était, par ailleurs, reconnu, dès 1962, par l'article 101*quater* des L.C.S.C. aux détenteurs d'obligations convertibles ou de droits de souscription (*warrants*) (*3).

2 L'article 7:188 du Code des sociétés et des associations reprend, en l'adaptant suite à l'introduction du droit de vote multiple, le texte de l'article 592 du Code des sociétés. Ce dernier combinait les deux premiers alinéas de l'article 34*bis*, § 1^{er}, des L.C.S.C., tel qu'il avait été inséré par l'article 11 de la loi du 5 décembre 1984 précitée, et modifié par l'article 3 de la loi du 18 juillet 1991 (*4) et l'alinéa premier, de l'article 101*quater*, des L.C.S.C., tel qu'il avait été inséré par l'article 1^{er} de la loi du

(*1) *M.B.*, 12 décembre 1984.

(*2) Voir, à ce sujet, J.-L. DUPLAT et Ph. LAMBRECHT, « La Commission bancaire et financière et l'évolution du droit des sociétés », *Principes et exigences du droit des sociétés en Europe*, XIV^e journées d'études juridiques Jean Dabin des 19 et 20 novembre 1992, p. 6 ; J. LE BRUN, *La protection de l'épargne publique et de la Commission bancaire*, Bruxelles 1979, n° 751, pp. 313 et s.

(*3) Loi du 23 juillet 1962, *M.B.*, 10 août 1962, art. 1^{er}.

(*4) *M.B.*, 26 juillet 1991.

23 juillet 1962 et modifié par les articles 37 et 41 respectivement des lois du 5 décembre 1984 et du 18 juillet 1991 précitées.

II. Principe

3 Selon l'article 7:188, alinéa 1^{er}, du Code, les actions à souscrire en numéraire (*1), les obligations convertibles et les droits de souscription doivent être offerts par préférence aux actionnaires, proportionnellement à la partie du capital que représentent leurs actions (*2) (*3). Cette disposition, qui découle de la transposition de l'article 29 de la Deuxième directive relative aux sociétés, a été édictée dans l'objectif de préserver les droits, tant politiques que patrimoniaux (*4), des actionnaires anciens de la société du risque de dilution lié à une augmentation de capital par apports en numéraire (*5).

Le droit de préférence accordé aux anciens actionnaires revêt en effet un double intérêt :

« D'une part, l'introduction du droit de préférence permet d'éviter que les rapports au niveau du pouvoir de décision ne se trouvent modifiés à la suite d'une augmentation du capital. D'autre part, on évite ainsi que les anciens actionnaires ne subissent une perte de capital parce qu'il est difficile de calculer avec précision la prime sur les actions émises auprès de tiers » (*6).

Autrement dit, dans le but d'éviter que la participation dans le capital de la société des anciens actionnaires se voie diluée suite à l'augmentation de ce capital, le législateur leur octroie le droit de souscrire, avant toute autre personne, aux actions nouvellement émises en contrepartie d'un apport en numéraire, et ce, en proportion de leur participation dans le capital de la société avant l'augmentation de capital (*7).

(*1) La loi n'impose pas le respect du droit de préférence pour les augmentations de capital à réaliser par des apports en nature. Le droit européen ne s'oppose toutefois pas à ce qu'un droit de préférence soit reconnu dans ce cas ; C.J.C.E., 19 novembre 1996, (Siemens AG c. Henry Nold.) C-42/95, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-06017 et *V. & F.*, 1997, p. 30, note K. BYTTEBIER et A. FRANÇOIS, « Voorkeurrecht in geval van inbreng in natura en tweede richtlijn » ; Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, coll. Répertoire pratique du droit belge, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 626.

(*2) Les parts non représentatives du capital ne confèrent donc aucun droit de préférence.

(*3) Voir, e.a., D. BALLEGEER et I. PEETERS, « De nieuwe regels omtrent obligaties », in H. DE WULF et M. WYCKAERT (dir.), *Het WVV doorgelicht*, Anvers, Intersentia, 2021, pp. 323-332 ; D. MATRAY, C. DUVIEUSART, G., MATRAY et A. NOKERMAN, « L'émission et la cession de titres dans la société anonyme et dans la société à responsabilité limitée », in *Le nouveau droit des sociétés et des associations*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 314-317.

(*4) A ce sujet, voir R. COPPENS et F. JORENS, « Anti-dilutiebescherming in venture capital : zin en onzin », *RPS-TRV*, 2018, pp. 155-175.

(*5) J. RONSE, « Overzicht van rechtspraak - 1966-1967 », *T.R.V.*, 1967, n° 4, p. 718.

(*6) Projet de loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, Rapport fait au nom de la commission spéciale chargée notamment de l'examen du projet de loi modifiant les lois coordonnées sur les sociétés commerciales par M. Verhaegen, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1981-82, n° 210/9, p. 31.

(*7) Voir, not., K. BYTTEBIER et A. FRANÇOIS, « Voorkeurrecht in geval van inbreng in natura en de tweede richtlijn », note sous Cour de justice, 19 novembre 1996, *V. & F.*, 1997, p. 33, note 7.

4 Ce régime, adapté en 1991 suite à l'introduction des actions sans droit de vote (*1), a été élargi dans le CSA pour tenir compte de l'introduction du droit de vote multiple (*2).

Désormais, s'il existe plusieurs classes d'actions, le droit de préférence revient tout d'abord aux titulaires d'actions de la classe à émettre. Dans ce cas, l'émission a lieu dans le respect de l'article 7:155, à moins que l'émission ne se fasse dans chaque classe proportionnellement au nombre d'actions détenues par les actionnaires dans chaque classe. L'article 7:188, alinéa 1^{er}, du CSA précise que les titulaires d'actions d'une autre classe d'actions que celle des actions à émettre n'auront un droit de préférence que dans la mesure où les titulaires d'actions de la classe dans laquelle de nouvelles actions sont émises n'en ont pas fait usage.

Enfin, lors de l'émission d'actions d'une nouvelle classe, le droit de préférence s'applique sans restriction, qu'il existe différentes classes d'actions ou non.

5 Ce droit de préférence ne peut être ni limité, ni supprimé par les statuts, mais nous verrons qu'il n'est nullement absolu ; le champ d'application de la disposition est relativement limité, et le législateur prévoit la possibilité d'y déroger à certaines conditions (voir à ce sujet, le commentaire des art. 7:190 et s. du CSA).

Notons, enfin, que le droit de préférence ne permet pas d'éviter toute dilution non désirée du pouvoir. Dans certaines situations (notamment en cas de cession volontaire d'actions), les actionnaires existants peuvent être confrontés à un changement de la structure actionnariale, en dehors de toute augmentation de capital, sans bénéficier d'une protection spécifique (*3).

III. Champ d'application

A. OPÉRATIONS VISÉES

6 Bien que l'article 7:188 du CSA ne vise que les augmentations de capital décidées par l'assemblée générale, les dispositions relatives au droit de préférence s'appliquent

(*1) Voir, not., M. MASSAGÉ, « Capital social et opérations financières », in « La modification du droit des sociétés anonymes », *T.B.H.* (num. spécial), Anvers, Kluwer, 1984, p. 63 ; Y. MERCHERS, « De oprichting en de kapitaalverhoging bij de naamloze vennootschap », in E. WYMEERSCH et H. BRAECKMANS (éd.), *Het nieuwe vennootschapsrecht na de Wet van 5 december 1984*, Anvers, Kluwer, 1985, p. 26 ; J. TYTECA, « Aandelen zonder stemrecht en winstbewijzen – converteerbare obligaties en warrants », in X (éd.), *Rechtspersonen - en vennootschapsrecht na de wet van 18 juli 1991*, Kalmthout, Biblo, 1992, p. 119 ; D. BRULOOT, *op. cit.*, p. 6.

(*2) Projet de loi du 4 juin 2018 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, pp. 258-259.

(*3) A l'exception des règles de protection des minoritaires prévues en cas d'offre publique d'acquisition. M. WYCKAERT, *Kapitaal in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 1995, p. 421 ; D. BRULOOT, « Artikel 592 W. Venn. », *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, f. mob., 2006, p. 4.

également aux augmentations de capital réalisées par l'organe d'administration, dans le cadre du capital autorisé. Le troisième alinéa de l'article 7:200 du CSA renvoie en effet expressément aux articles 7:188 et suivants du Code.

L'article 7:188 du Code prévoit un droit de préférence sur les actions « à souscrire en numéraire ». Cela implique que ce droit ne s'applique pas aux augmentations de capital par apport en nature. « La reconnaissance de ce droit ne se justifie pas en cas d'augmentation du capital devant s'opérer par apports en nature » (*1). De la même manière, sont exclues les augmentations de capital sans apports nouveaux, c'est-à-dire celles qui consistent en un jeu d'écritures comptables, par l'incorporation de réserves au poste « capital » (*2). Le risque de dilution n'existe pas dans ce cas, compte tenu de l'absence d'apports nouveaux.

7 Qu'advient-il du droit de préférence en cas d'augmentation de capital mixte, c'est-à-dire celle réalisée en partie par des apports en numéraire et en partie par des apports en nature ? Bien que ni la deuxième directive, ni le droit belge ne règlent cette situation, la doctrine est, depuis longtemps, unanime : les règles régissant le droit de préférence s'appliqueront uniquement aux actions liées aux apports en numéraire, et non à celles liées aux apports en nature (*3).

B. TITRES VISÉS

1. Actions, obligations convertibles et droits de souscription

8 « Les actions à souscrire en numéraire, les obligations convertibles et les droits de souscription doivent être offerts par préférence aux actionnaires existants *proportionnellement à la partie du capital représentée par leurs actions* » (*4). La disposition implique que le droit de préférence est réservé aux titres représentatifs du capital (*5). Les détenteurs de parts bénéficiaires ne pourraient s'en prévaloir. Les statuts ne

(*1) Projet de loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, Rapport fait au nom de la commission spéciale chargée notamment de l'examen du projet de loi modifiant les lois coordonnées sur les sociétés commerciales par M. Verhaegen, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1981-82, n° 210/9, p. 61, qui ajoute que : « La conversion d'obligations en actions ne doit pas être considérée en tant que telle comme un apport en nature, mais comme la réalisation d'une augmentation du capital assortie de conditions qu'impliquait l'émission de ces titres ».

(*2) Ou une plus-value de réévaluation, une prime d'émission ou du bénéfice reporté.

(*3) A. RAUCQ et G. RAUCQ, « Sociétés anonymes », *Rép. not.*, t. XII, Bruxelles, Larcier, 1981, p. 445 ; B. VAN BRUYSTEGEM, *op. cit.*, 39 ; D. BRULOOT, *op. cit.*, p. 3.

(*4) Nous soulignons.

(*5) Voir, e.a., D. BALLEGEER et I. PEETERS, « De nieuwe regels omtrent obligaties », in H. DE WULF et M. WYCKAERT (dir.), *Her WVV doorgelicht*, Anvers, Intersentia, 2021, pp. 323-332 ; D. MATRAY, C. DUVIEUSART, G., MATRAY et A. NOKERMAN, « L'émission et la cession de titres dans la société anonyme et dans la société à responsabilité limitée », in *Le nouveau droit des sociétés et des associations*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 314-317.

pourraient déroger à cette règle, et accorder un droit de préférence à des titres non représentatifs du capital (*1).

9 Est avant tout ainsi visée l'émission de nouvelles *actions*. Les titres émis doivent remplir les caractéristiques qu'imposent les articles 7:45 et suivants aux actions, à savoir (i) représenter une part du capital, (ii) participer au bénéfice ou au solde de la liquidation, et (iii) éventuellement avoir le droit de vote, à défaut de quoi ils ne donnent en principe pas lieu à un droit de préférence (*2).

L'article 7:188 du CSA prévoit par ailleurs que l'émission d'*obligations convertibles* ou de *droits de souscription* donne également lieu à un droit de préférence (*3). Cette extension se justifie par le fait que l'émission de ces titres donne un droit, différé et conditionnel à des actions nouvelles, qui devient effectif au moment de la conversion ou de la souscription (*4). Le laps de temps qui peut s'écouler entre l'émission de ces titres et la conversion ou la souscription peut parfois permettre d'acquérir des titres en dessous de leur valeur intrinsèque et par conséquent augmente d'autant le risque de dilution de la participation des actionnaires existants (*5).

2. Émissions en cas d'existence de classes d'actions

10 Le Code prévoit que le droit de préférence des actionnaires existants doit s'exercer par catégorie de titres et par classe d'actions. Se conformant à l'article 29, § 2, b), de la Deuxième Directive (*6), il distingue, lorsque la société comprend des

(*1) Dans ce sens, voir M. MASSAGÉ, *L'adaptation du droit des sociétés aux deuxième et quatrième directives européennes (Loi du 5 décembre 1984)*, Bruxelles, Swinnen, 1985, p. 78 ; A contr., D. BRULOOT, *op. cit.*, p. 4 ; Projet de loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, Rapport fait au nom de la commission spéciale chargée notamment de l'examen du projet de loi modifiant les lois coordonnées sur les sociétés commerciales par M. Verhaegen, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1981-82, n° 210/9, p. 33.

(*2) Pour la SRL, voir D. BRULOOT, « Art. 5:128 WVV », in X., *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Anvers, Kluwer, 2021, p. 96.

(*3) B. VAN BRUYSTEGEM, « Kapitaalverhoging – kapitaalvermindering – aflossing », *Not. Fisc. Maand.*, 1996, liv. 2, p. 46. En ce qui concerne la question de l'éventuel droit de préférence des détenteurs d'obligations convertibles ou de droit de souscription, voir, e.a., H. SEELDRAYERS, « De wettelijke converteerbaarheid van converteerbare obligaties en de wettelijke uitoefenbaarheid van warrants bij kapitaalverhoging met beperking (i.p.v. opheffing) van voorkeurrecht of met recht van voorrang », *T.R.V.*, 2005, pp. 297-316 ; D. VAN GERVEN et M. DOCHY, « La surprotection des titulaires de warrants », *Bank fin.*, 2000, pp. 467-471 ; D. BRULOOT, *op. cit.*, p. 5.

(*4) D. BALLEGEER et I. PEETERS, « De nieuwe regels omtrent obligaties », in *Het WVV doorgelicht*, Anvers, Intersentia, 2021, p. 328, n° 59 ; D. BRULOOT et K. MARESCAU (éd.), *De obligatielening*, Anvers, Intersentia, 2017, p. 27.

(*5) B. VAN BRUYSTEGEM, « Kapitaalverhoging – kapitaalvermindering – aflossing », *Not. Fisc. Maand.*, 1996, 2, p. 46 ; D. BRULOOT, « Art. 5:128 WVV », in X., *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Anvers, Kluwer, 2021, p. 97.

(*6) Art. 29, 2., b), de la deuxième Directive n° 77/91/CEE du Conseil du 13 décembre 1976 tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les Etats membres des sociétés au sens de l'art. 58, al. 2, du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital.

classes d'actions (*1), selon que l'émission concerne une classe existante ou des actions d'une nouvelle classe. Un droit de préférence en second rang est ainsi octroyé aux titulaires d'actions d'une classe différente de celle des actions à émettre. Par ailleurs, lors de l'émission d'une nouvelle classe d'actions, un droit de préférence est accordé sans distinction à tous les titulaires d'actions du capital, en proportion de la part de capital représentée par leurs actions (*2).

11 S'il existe des classes d'actions dans la société, le droit de préférence ne revient, en premier lieu, qu'aux titulaires d'actions de la classe à émettre. Il convient dans ce cas de respecter l'article 7:155 du CSA, à moins que l'émission ne se fasse dans chaque classe proportionnellement au nombre d'actions déjà détenues par les actionnaires dans chaque classe.

En second lieu, dans le cas où les titulaires d'actions de la classe dans laquelle de nouvelles actions sont émises n'ont pas fait usage de leur droit de préférence, un tel droit est octroyé aux les titulaires d'actions d'une autre classe d'actions que celle des actions à émettre (*3).

En cas d'émission d'actions d'une nouvelle classe, tous les actionnaires existants disposent d'un droit de préférence sur les actions de celle-ci.

Pour illustrer : lorsqu'une société dispose de plusieurs classes d'actions – par exemple des actions A donnant droit à un droit de vote et des actions B donnant droit à deux droits de vote – et que l'émission ne porte que sur des actions A, le droit de préférence s'exerce par classe, ce qui signifie que seuls les actionnaires de classe A pourront exercer leur droit de préférence. Puisque l'émission d'actions supplémentaires d'une classe déterminée implique une modification des droits respectifs de l'ensemble des classes, l'article 7:155 s'applique.

Dans un deuxième temps, dans le cas où certains actionnaires de classe A n'ont pas exercé leur droit de préférence, les titulaires d'actions B auront un droit de préférence sur les actions restantes (*4).

(*1) Sur cette notion, voir, e.a., H. DE WULF et M. WYCKAERT, « Effecten bij BV, NV en CV : categorieën, soorten, overdracht, uitgifte en inkoop », *Het WVV doorgelicht*, Anvers, Intersentia, 2021, pp. 112 et s., n°66 et s. ; D. WILLERMAIN, « Les actions et le capital dans la société anonyme : réexamen de thèmes classiques à la lumière du CSA », *RPS-TRV*, 2020, pp. 133 et s.

(*2) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54-3119/001, pp. 258-259.

(*3) En vertu de la deuxième directive, ce droit en second rang ne s'impose en effet que si une ou plusieurs classes d'actions ne sont pas concernées par l'émission des nouvelles actions. Dans le cas d'une émission proportionnelle par classe (où toutes les classes d'actions sont concernées), les droits de préférence non exercés dans une classe ne reviennent pas aux actionnaires des autres classes, à moins que les statuts de la société ne le prévoient.

(*4) Voir, au sujet des nouvelles règles, e.a. H. DE WULF, « Uitgifte en overdracht van aandelen bij BV en NV », *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen - Le Projet de Code des sociétés et des associations*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 191 et s.

La règle a également vocation à s'appliquer si l'émission s'effectue proportionnellement dans chaque classe : dans ce cas, chaque classe bénéficie d'un droit de préférence de premier rang sur les actions de « sa classe » et si ce droit n'est pas (totalement) exercé, les autres classes bénéficient du droit de préférence de second rang (*1).

Si, par contre, il n'existe pas encore de classes dans la société (par exemple toutes les actions donnent le même droit au dividende), et que celle-ci émet des actions A (avec dividende privilégié), les titulaires de l'ensemble des actions existantes disposent d'un droit de préférence sur les actions A proportionnellement au nombre d'actions qu'ils détiennent (*2).

Tout ceci n'empêche évidemment pas que la société réserve la nouvelle classe d'actions à un tiers ou à certains seulement des actionnaires existants, pour autant qu'elle respecte la procédure de dérogation au droit de préférence (*3).

(*1) D. WILLERMAIN, « Les actions et le capital dans la société anonyme : réexamen de thèmes classiques à la lumière du CSA », *RPS-TRV*, 2020, p. 146.

(*2) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 173.

(*3) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 174.

7:189. Le droit de préférence peut être exercé pendant un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours à dater de l'ouverture de la souscription. Ce délai est fixé par l'assemblée générale ou, lorsque l'augmentation est décidée dans le cadre du capital autorisé, par l'organe d'administration.

L'ouverture de la souscription ainsi que son délai d'exercice sont annoncés par un avis publié huit jours au moins avant cette ouverture, aux Annexes du Moniteur belge, dans un organe de presse de diffusion nationale, papier ou électronique, ainsi que, lorsque la société dispose d'un site internet visé à l'article 2:31, sur le site internet de la société. Lorsque l'ensemble des actions, des obligations convertibles, des droits de souscription et des certificats émis avec la collaboration de la société est nominatif, la société peut se limiter à la communication de cet avis à tous les actionnaires conformément à l'article 2:32.

La publication de cet avis ou la communication de son contenu aux actionnaires en nom ne constituent pas, par elles-mêmes, une offre publique.

Le droit de préférence est négociable pendant toute la durée de la souscription, sans qu'il puisse être apporté à cette négociabilité d'autres restrictions que celles applicables au titre auquel le droit est attaché. Si le droit de préférence est admis aux négociations sur un marché réglementé au sens de l'article 3, 7°, de la loi du 21 novembre 2017 relative aux infrastructures des marchés d'instruments financiers et portant transposition de la directive 2014/65/UE, la négociabilité des droits de préférence peut toutefois être restreinte pour autant que cela soit nécessaire afin d'éviter que, tenant compte des standards de marché internationaux pour le règlement des opérations sur titres, des personnes acquièrent des droits de préférence à un moment où elles ne pourront raisonnablement plus les exercer en temps utile.

Commentaire de l'article 7:189 du Code des sociétés et des associations

Auteur : Gabriela DE PIERPONT

Mise à jour : 15 mars 2024

DOCTRINE IMPORTANTE

BOUCKAERT, F., « Kapitaalverhoging – toegestane kapitaal – voorkeurrecht – recht van voorrang », in *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, dans la série *Rechts-personen- en vennootschapsrecht*, Kalmthout, Biblo, 1992, pp. 20-25.

BRULOOT, D., « Artikel 593 W. Venn. », *Vennootschappen en verenigingen. Artikels-gewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, f. mob., 2006, 5 p.

DE WULF, H. et WYCKAERT, M., « Effecten bij BV, NV en CV : categorieën, soorten, overdracht, uitgifte en inkoop », *Het WVV doorgelicht*, Anvers, Intersentia, 2021, pp. 112 et s.

HAINAUT-HAMENDE, P. et RAUCQ, G., « Les sociétés anonymes. Opérations sur le capital. Emissions publiques. Transformation. Fusion-Scission », *Rép. not.*, t. XII, liv. 3/2, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 89-92 et 136-141, n^{os} 616 et 631-633.

LAMBRECHT, P. et DE PIERPONT, G., « Les modifications du capital dans les S.A. », in *Guide juridique de l'entreprise - Traité théorique et pratique*, 2^e éd., Kluwer, Waterloo, 2012, pp. 32 et s.

VAN GERVEN, D., « De regels voor vennootschappen die een publiek beroep op het spaarwezen doen of hebben gedaan », *R.W.*, 1994-95, pp. 65-90.

X, « Het voorkeurrecht bij kapitaalverhoging », *De Venn.*, avril 2004, pp. 8-9.

COMMENTAIRE

Structure

- I. Présentation de l'article
- II. Conditions d'exercice du droit de préférence
 - A. Délai d'exercice
 - B. Négociabilité
- III. Formalités de publicité

I. Présentation de l'article

1 L'article 7:189 du Code des sociétés et des associations reprend le texte de l'article 593 du Code des sociétés, en y ajoutant une phrase *in fine*, afin de tenir compte des standards de marché définis par la Banque centrale européenne (*1). Ce dernier était une combinaison de l'article 34*bis*, § 1^{er}, alinéas 3 à 7, des L.C.S.C., tel qu'il a été inséré par l'article 11 de la loi du 5 décembre 1984 (*2), et modifié par l'article 3 de la loi du 18 juillet 1991 (*3), et de l'article 101*quater*, alinéa 1^{er}, des L.C.S.C., tel qu'il a été inséré par l'article 1^{er} de la loi du 23 juillet 1962 (*4), et modifié par l'article 37 de la loi du 5 décembre 1984 et par l'article 41 de la loi du 18 juillet 1991 précitées.

2 L'article 7:189 du CSA fixe le délai et les modalités d'exercice du droit de préférence, ainsi que les formalités de publicité qui y sont attachées.

(*1) Projet de loi du 4 juin 2018 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2017-2018, n^o 54-3119/001, p. 259.

(*2) *M.B.*, 12 décembre 1984.

(*3) *M.B.*, 26 juillet 1991.

(*4) *M.B.*, 10 août 1962.

II. Conditions d'exercice du droit de préférence

A. DÉLAI D'EXERCICE

3 En vertu de l'article 7:189 du CSA, le droit de préférence peut être exercé pendant un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours à dater de l'ouverture de la souscription (*1). Ce « délai relativement court » a été fixé « [a]fin de limiter le plus possible les exceptions au droit de préférence » (*2). Le délai est fixé par l'assemblée générale ou, lorsque celui-ci agit dans le cadre du capital autorisé, par l'organe d'administration. Le libellé de la disposition implique que cet organe a la faculté de décider d'un délai plus long, mais non de l'écourter.

Avant son insertion dans le Code des sociétés, l'alinéa premier de l'article 34*bis*, § 4 permettait de prévoir un délai plus court pour l'exercice du droit de préférence. Cette possibilité, critiquée par la doctrine, a été supprimée en raison de sa non-conformité avec le prescrit de l'article 29 de la deuxième directive (*3).

La doctrine considère qu'il est cependant possible de réduire le délai dans deux cas, à savoir (i) dans le respect des dispositions concernant la limitation ou la suppression du droit de préférence (*4), ou (ii) lorsque l'augmentation de capital est décidée à l'unanimité et que tous les actionnaires présents ou représentés exercent leur droit de préférence (*5). Le délai n'a pas lieu d'être dans ce cas (*6).

B. NÉGOCIABILITÉ

4 Le quatrième alinéa de l'article 7:189 prévoit que « [l]e droit de préférence est négociable pendant toute la durée de la souscription ». Cette négociabilité ne peut être

(*1) Voir, ci-après, le commentaire de l'art. 7:191 du CSA.

(*2) Projet de loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, Rapport fait au nom de la commission spéciale chargée notamment de l'examen du projet de loi modifiant les lois coordonnées sur les sociétés commerciales par M. Verhaegen, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1981-82, n° 210/9, p. 32.

(*3) Voir, à ce sujet, not., J. WOUTERS, « Kapitaalverhogingen bij ondernemingen in moeilijkheden : de tweede richtlijn waakt ! », note sous C.J.C.E., 24 mars 1992, *T.R.V.*, 1992, p. 322, n° 17 ; F. HELLEMANS, « Terminologische en inhoudelijke vernieuwingen ingevolge het Wetboek van vennootschappen », in *Nieuw vennootschaps- en financieel recht*, Kalmthout, Biblo, 1999, p. 338, n° 51 ; F. HELLEMANS, « Het Wetboek van vennootschappen », *De NV in de praktijk, bespreking nieuwe wetgeving*, liv. 83, décembre 2000, p. 60, n° 92 ; K. GEENS e.a., *Het Wetboek van vennootschappen en zijn uitvoeringsbesluit*, Kalmthout, Biblo, 2002, p. 313.

(*4) Voir, ci-après, le commentaire de l'art. 7:191 du CSA, en vertu duquel un délai plus court peut être décidé, dans l'intérêt social, par l'assemblée générale appelée à délibérer et à statuer sur l'augmentation de capital, aux conditions de quorum et de majorité prévues pour la modification des statuts. La proposition de déroger au délai de 15 jours doit être spécialement annoncée dans la convocation à l'assemblée générale ; J. WOUTERS, « Kapitaalverhoging bij ondernemingen in moeilijkheden : de Tweede Richtlijn waakt ! », note sous C.J.C.E., 24 mars 1992, *T.R.V.*, 1992, p. 322 ; Y. DE CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 505, note 1441 ; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. MALHERBE, Ph. LAMBRECHT et H. CULOT, *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 865, n° 1245 ; Ph. LAMBRECHT et G. DE PIERPONT, « Les modifications du capital dans la SA », *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., Waterloo, Kluwer, 2012, liv. 46.3, p. 32, n° 440.

(*5) Cette possibilité est désormais prévue expressément par le CSA (art. 7:192 du CSA).

(*6) F. BOUCKAERT, « Het voorkeurrecht bij kapitaalverhoging door storting in geld : de moeilijke bepaling van artikel 34*bis* Venn. W. », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Gand, Story, 1986, p. 175 ; D. BRULOOT, *op. cit.*, p. 3.

limitée par d'autres restrictions « que celles applicables au titre auquel le droit est attaché ».

Cette règle est à mettre en lien avec l'« irréductibilité » de la souscription. Le principe est que chaque actionnaire existant a le droit de souscrire, sans courir le risque de voir sa souscription réduite, le nombre d'actions nouvelles étant fixé par le rapport d'émission. Celui-ci s'obtient en divisant le nombre d'actions représentant le capital existant par le nombre d'actions nouvelles. Ainsi, s'il existe 1000 actions et que l'augmentation de capital porte sur 100 actions nouvelles, il faudra 10 actions anciennes pour pouvoir souscrire une action nouvelle (*1).

Comme le rapport d'émission ne permet généralement pas à l'actionnaire d'utiliser tous ses droits de préférence, la loi prévoit la négociabilité du droit de préférence pendant toute la durée de la souscription, sans qu'il puisse être apporté à cette négociabilité – sous réserve de ce qui est exposé ci-dessous – d'autres restrictions que celles applicables au titre auquel le droit est attaché.

Cette négociabilité permet aux actionnaires anciens soit d'acquérir le complément de droits de préférence nécessaire pour leur permettre de souscrire une action nouvelle, soit de vendre leurs droits afin de se dédommager de la dilution qu'entraînera l'augmentation de capital dans leur chef (*2).

5 Innovant par rapport au Code des sociétés, le CSA prévoit désormais une exception à interdiction générale de restreindre la négociabilité du droit de préférence, « afin de tenir compte des standards de marché définis par la Banque centrale européenne », lesquels sont incompatibles avec une telle interdiction (*3).

L'article 7:189, alinéa 4 *in fine* précise en effet que, dans le cas où le droit de préférence est admis aux négociations sur un marché réglementé (*4), la négociabilité des droits de préférence peut être restreinte « pour autant que cela soit nécessaire afin d'éviter que, tenant compte des standards de marché internationaux pour le règlement des opérations sur titres, des personnes acquièrent des droits de préférence à un moment où elles ne pourront raisonnablement plus les exercer en temps utile ».

(*1) Ph. LAMBRECHT et G. DE PIERPONT, *op. cit.*, p. 31, n° 430.

(*2) Ph. LAMBRECHT et G. DE PIERPONT, *op. cit.*, p. 31, n° 430.

(*3) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 259.

(*4) Au sens de l'article 3, 7°, de la loi du 21 novembre 2017 relative aux infrastructures des marchés d'instruments financiers et portant transposition de la Directive n° 2014/65/UE.

6 À l'expiration du délai de souscription, il est fréquent que tous les droits de préférence n'aient pas été exercés par leurs titulaires.

Dans les *sociétés non cotées*, les statuts peuvent désormais librement déterminer le sort des droits qui n'ont pas été exercés (*1).

Dans les *sociétés cotées*, le législateur préconise la pratique établie et recommandée par la FSMA : la société vend, sur le marché ou dans un placement privé, des « scripts », qui représentent les droits de préférence non exercés. Le bénéfice de cette vente est attribué, après déduction des frais, aux titulaires de droits de préférence non exercés (*2) (*3).

Dans ces sociétés, les augmentations de capital avec droit de préférence se déroulent donc généralement en deux phases. Durant une première période de souscription, l'augmentation de capital est réservée aux actionnaires existants. Les droits de préférence non exercés sont ensuite mis en vente sous la forme de scripts. Suit alors une seconde période de souscription durant laquelle les acheteurs des scripts peuvent souscrire à l'augmentation de capital (*4).

III. Formalités de publicité

7 Les règles en matière de publicité contenues dans l'article 7:189 s'inspirent de celles prévues par les articles 7:127 et suivants du CSA en ce qui concerne la convocation de l'assemblée générale.

Les actionnaires doivent être informés de l'ouverture de la souscription ainsi que son délai d'exercice, huit jours au moins avant le premier jour de souscription, par un avis publié aux annexes du *Moniteur belge*, ainsi que dans un journal de diffusion nationale, papier ou électronique. Cet avis doit également être publié sur le site internet de la société, lorsque la société en dispose d'un. Ces formalités ne sont pas requises lorsque tous les titres sont nominatifs : le contenu de l'avis peut alors être communiqué à tous les actionnaires conformément à l'article 2:32, c'est-à-dire par courrier électronique ou courrier ordinaire.

(*1) Les dispositions supplétives de l'art. 594 du Code des sociétés, qui réglaient le sort des droits de préférence non exercés à l'issue de la période d'exercice dans ce type de sociétés, n'ont pas été reprises dans le CSA ; Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 259.

(*2) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 259.

(*3) Pour un examen général du droit de préférence, voir M. AERTSEN *et al.*, *Dé gids voor vennootschappen*, Malines, Wolters Kluwer, 2021, pp. 639-646.

(*4) Voir cependant Commission bancaire, financière et des assurances, *Rapport du comité de direction 2007*, p. 55.

Enfin, notons que, conformément au droit commun, le délai commence à courir le lendemain de la publication de l'avis.

8 Le troisième alinéa de l'article 7:189 du CSA prévoit que la publication de l'avis et la communication de son contenu aux actionnaires en nom ne constituent pas, par elles-mêmes, une offre publique. A défaut, l'opération aurait pu être considérée comme publique par application de l'article 4 de la loi du 11 juillet 2018 relative aux offres au public d'instruments de placement et aux admissions d'instruments de placement à la négociation sur des marchés réglementés (*1). Cette précision est donc utile en ce qu'elle permet d'éviter l'application des règles liées aux offres publiques.

(*1) Loi du 11 juillet 2018 relative aux offres au public d'instruments de placement et aux admissions d'instruments de placement à la négociation sur des marchés réglementés, *M.B.*, 20 juillet 2018, p. 58312.

Sous-section 2. Limitation du droit de préférence

7:190. Les statuts ne peuvent ni limiter ni supprimer le droit de préférence.

7:191. L'assemblée générale appelée à délibérer et à statuer sur l'augmentation du capital, sur l'émission d'obligations convertibles ou sur l'émission de droits de souscription peut, dans l'intérêt social, dans le respect des conditions de quorum et de majorité requises pour la modification des statuts, limiter ou supprimer le droit de préférence. Cette proposition doit être spécialement annoncée dans la convocation.

Dans ce cas l'organe d'administration justifie dans le rapport rédigé conformément à l'article 7:179, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, ou à l'article 7:180, alinéa 1^{er}, explicitement les raisons de la limitation ou de la suppression du droit de préférence et indique quelles en sont les conséquences pour les droits patrimoniaux et les droits sociaux des actionnaires.

Le commissaire évalue dans le rapport visé à l'article 7:179, § 1^{er}, alinéa 2, ou à l'article 7:180, alinéa 2, si les données financières et comptables contenues dans le rapport que l'organe d'administration a établi conformément à l'alinéa 2 sont fidèles et suffisantes dans tous leurs aspects significatifs pour éclairer l'assemblée générale appelée à voter sur cette proposition. Lorsqu'il n'y a pas de commissaire, cette évaluation est faite par un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable certifié désigné par l'organe d'administration.

En l'absence de la justification prévue à l'alinéa 2, ou de l'évaluation prévue à l'alinéa 3, la décision de l'assemblée générale est nulle.

La décision de l'assemblée générale de limiter ou de supprimer le droit de préférence doit être déposée et publiée conformément aux articles 2:8 et 2:14, 4^o.

Commentaire des articles 7:190 et 7:191 du Code des sociétés et des associations

Auteur : Gabriela DE PIERPONT

Mise à jour : 15 mars 2024

DOCTRINE IMPORTANTE

BRAECKMANS, H. et HOUBEN, R., *Het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen*, Bruxelles, Intersentia, 2019, pp. 45 et s.

DE WULF, H. et WYCKAERT, M., « Effecten bij BV, NV en CV : categorieën, soorten, overdracht, uitgifte en inkoop », in *Het WVV doorgelicht*, Anvers, Intersentia, 2021, pp. 77-174.

DU FAUX, H., « Sociétés anonymes - Renonciation au droit de souscription préférentielle prévu par l'article 34bis des lois coordonnées », *Rev. not. belge*, 1985, pp. 532-537.

HAINAUT-HAMENDE, P. et RAUCQ, G., « Les sociétés anonymes. Opérations sur le capital. Emissions publiques. Transformation. Fusion-Scission », *Rép. not.*, t. XII, liv. 3/2, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 89-92 et 136-153, n^{os} 616 et 631-643.

LAVEYT, K., « De gelijke behandeling van aandeelhouders », *R.W.*, 2002-03, pp. 1493-1503.

LEGEIN, L., « Quelques questions spéciales de droit des sociétés en rapport avec les opérations d'appel au marché des capitaux », *Dr. banc.fin.*, 2008, liv. 5, pp. 247-274.

MALHERBE, J., DE CORDT, Y., LAMBRECHT, P., MALHERBE, P. et CULOT, H., *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 628 et s.

SEELDRAYERS, H., « La convertibilité légale des obligations convertibles et l'exercice légal de warrants lors d'une augmentation de capital avec limitation du droit de préférence (ou lieu d'exclusion) ou avec droit de priorité », *T.R.V.*, 2005, pp. 297-316.

VOS, T., « Aandeelhoudersbescherming bij kapitaalverhoging : een rechtsvergelijkende en rechtseconomische benadering », *R.W.*, 2022-23, p. 122.

WILLERMAIN, D., « Les actions et le capital dans la société anonyme : réexamen de thèmes classiques à la lumière du CSA », *RPS-TRV*, 2020, pp. 125-169.

COMMENTAIRE

Structure

- I. Présentation des articles
- II. Principe
- III. Procédure en cas de limitation ou de suppression du droit de préférence
 - A. Augmentation du capital ou émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription décidée par l'assemblée générale
 - B. Augmentation du capital ou émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription dans le cadre du capital autorisé
 - 1. Principe
 - 2. Limitation ou suppression en faveur d'une ou plusieurs personnes déterminées, autres que les membres du personnel
 - 3. Conditions

I. Présentation des articles

I L'article 7:190 du CSA reprend l'article 595 du Code des sociétés, qui était une reprise de l'article 34*bis*, § 3, alinéa 1^{er}, des L.C.S.C., tel qu'il avait été inséré par l'article 11 de la loi du 5 décembre 1984 (*1), et modifié par l'article 3 de la loi du 18 juillet 1991 (*2).

(*1) *M.B.*, 12 décembre 1984.

(*2) *M.B.*, 26 juillet 1991.

L'article 7:191 du CSA reprend l'article 596 du Code des sociétés qui, quant à lui, était inspiré par (i) l'article 34*bis*, § 4, alinéas 1^{er}, 3 et 4, des L.C.S.C., tel qu'il avait été inséré par l'article 11 de la loi du 5 décembre 1984 et modifié par l'article 3 de la loi du 18 juillet 1991 précitées, (ii) l'article 101*quater*, alinéa 1^{er}, des L.C.S.C., tel qu'il avait été inséré par l'article 1^{er} de la loi du 23 juillet 1962 (*1) et modifié par l'article 37 de la loi du 5 décembre 1984 et l'article 41 de la loi du 18 juillet 1991 précitées, et (iii) l'article 190*bis*, § 1^{er}, 5^o, des L.C.S.C.

L'article 596, alinéa 2, du Code des sociétés, en renvoyant à l'article 535 du même Code, reprenait le troisième alinéa de l'article 34*bis*, § 4, L.C.S.C., dont le texte correspondait en partie à l'article 535 du Code des sociétés.

2 Dans les travaux préparatoires, il est précisé que les rapports visés à l'article 7:191 constituent un seul instrumentum avec les rapports visés aux articles 7:179 et 7:180 (*2). Enfin, depuis son insertion dans le CSA, l'article 7:190 a fait l'objet d'une modification en ce qui concerne la mention d'un « expert-comptable certifié » pour l'établissement de la déclaration requise (*3).

II. Principe

3 Il peut arriver que le respect du droit de préférence ne soit pas opportun. Tel pourrait être le cas, par exemple, lorsqu'une société souhaite élargir son actionnariat en recourant au marché international des capitaux, ou encore lorsqu'une société souhaite voir entrer un tiers déterminé dans son actionnariat, en raison des synergies existant entre ce tiers et la société.

Or, en vertu de l'article 7:190 du CSA, le droit de préférence ne peut être ni supprimé, ni limité par les statuts, que ce soit au moment de la constitution ou ultérieurement.

Il faut donc, chaque fois que la société souhaite procéder à une augmentation de capital en espèces avec limitation ou suppression du droit de préférence, recourir à la procédure spéciale prévue par le Code. A ce propos, il convient d'établir une distinction entre l'usage qui est fait de cette faculté, d'une part, lorsque la décision émane de l'assemblée générale – article 7:190 du CSA – (A.) et, d'autre part, lorsque celle-ci est prise dans le cadre du capital autorisé (B.).

(*1) *M.B.*, 10 août 1962.

(*2) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 259.

(*3) Tel que modifié par l'art. 84 de la loi du 25 mai 2023 modifiant le Code des sociétés et des associations, la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé et le Code judiciaire, notamment à la suite de la transposition de la Directive (UE) n° 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la Directive (UE) n° 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *M.B.*, 6 juin 2023.

4 Enfin, notons que l'hypothèse de la renonciation individuelle au droit de préférence est désormais prévue formellement par le CSA (*1). L'article 7:192, alinéa 2 écarte en effet les règles applicables en cas de suppression ou de limitation du droit de préférence lorsque tous les actionnaires existants, présents, ou représentés, renoncent à leur droit de préférence lors de l'assemblée générale (*2). « Dans ce cas, point n'est besoin de protéger spécialement les actionnaires existants, en particulier les actionnaires minoritaires, puisque la totalité des actionnaires marque son accord » (*3). Cette possibilité est également admise lorsque la renonciation a lieu en faveur d'une ou de plusieurs personnes déterminées (voir le commentaire de l'art. 7:192 du CSA) (*4).

III. Procédure en cas de limitation ou de suppression du droit de préférence

A. AUGMENTATION DU CAPITAL OU ÉMISSION D'OBLIGATIONS CONVERTIBLES OU DE DROITS DE SOUSCRIPTION DÉCIDÉE PAR L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

5 L'article 7:191 du CSA prévoit la possibilité pour l'assemblée générale, lors d'une augmentation du capital, de l'émission d'obligations convertibles ou de l'émission de droits de souscription de limiter, voire de supprimer, le droit de préférence afférent

(*1) Voir, quant à l'acceptation de la pratique avant l'entrée en vigueur du CSA, CH. RESTEAU, t. III, 3^e éd. par A. BENOIT-MOURY et A. GRÉGOIRE, n° 1408^{sexies} ; H. MICHEL et H. DU FAUX, « Les procédures d'augmentation de capital des S.A. par apports en numéraire », *Notarius*, 1985, p. 74 ; Y. DECHAMPS, « La réforme du droit des sociétés - Renonciation au droit de souscription préférentielle - Nouvelle proposition de 3^e voie », *Rev. not.*, 1985, p. 435 ; H. DU FAUX, « Sociétés anonymes - Renonciation au droit de souscription préférentielle prévu par l'article 34bis des lois coordonnées sur les sociétés commerciales », *Rev. not.*, 1985, p. 532 ; F. BOUCKAERT, « Individuële afstand van het voorkeurrecht : een valkuil », *T.R.V.*, 1992, p. 426 ; M. WYCKAERT, *Kapitaal in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 1995, p. 441 ; F. BOUCKAERT, « Het voorkeurrecht bij kapitaalverhoging door storting in geld : de moeilijke bepaling van art. 34bis Venn. W. », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Story-Scientia, 1986, p. 169 ; P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, « Les sociétés anonymes. Opérations sur le capital. Emissions publiques. Transformation. Fusion-Scission », *Rép. not.*, t. XII, liv. 3/2, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 151-152, n° 642.

(*2) L'article 7:198 du CSA exclut l'application de l'article 7:192, alinéa 2, en cas d'émission d'actions dans le cadre du capital autorisé, les travaux préparatoires confirmant que cette disposition « *exclut la possibilité de renoncer au droit de préférence pour des augmentations de capital dans le cadre du capital autorisé* » (Projet de loi introduisant le CSA, *op. cit.*, p. 260). Bien que critiquée par certains, cette position a été réaffirmée par le législateur dans la disposition équivalente pour les SRL. L'article 5:137, § 1^{er}, qui prévoyait, dans sa version initiale, l'application de l'article 5:130 (y compris le § 2 relatif à la renonciation au droit de préférence) en cas d'émission déléguée à l'organe d'administration, a été modifié pour exclure désormais une telle possibilité (loi du 28 avril 2020 transposant la Directive (UE) n° 2017/828 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 modifiant la Directive n° 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, et portant des dispositions diverses en matière de sociétés et d'associations, *M.B.*, 6 mai 2020, art. 107).

(*3) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 259.

(*4) En ce qui concerne les mécanismes de protection des actionnaires lors des augmentations de capital, voir, not., T. VOS, « Aandeelhoudersbescherming bij kapitaalverhoging : een rechtsvergelijkende en rechtseconomische benadering », *R.W.*, 2022-23, p. 122.

aux actions de capital si l'intérêt social le requiert (*1). Cette décision doit respecter les conditions de quorum et de majorité prévues pour la modification des statuts.

La proposition de déroger au droit de préférence doit être spécialement annoncée dans la convocation à l'assemblée. Elle doit faire l'objet de deux rapports préalables.

6 Dans le premier rapport, l'organe d'administration est tenu de justifier devant l'assemblée générale sa proposition de supprimer ou de limiter le droit de préférence, et ce, de manière détaillée. Il doit indiquer notamment le prix d'émission et les conséquences financières de l'opération pour les actionnaires (*2). L'organe d'administration doit justifier *explicitement* les raisons de la limitation ou de la suppression du droit de préférence et indiquer quelles en sont « les conséquences pour les droits patrimoniaux et les droits sociaux des actionnaires ».

Un second rapport est établi par le commissaire, ou à défaut, par un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable certifié (*3) désigné par l'organe d'administration. Ce rapport doit déclarer que les données financières et comptables contenues dans le rapport de l'organe d'administration sont « fidèles et suffisantes dans tous leurs aspects significatifs pour éclairer l'assemblée générale appelée à voter sur cette proposition ». La vérification par un réviseur est justifiée, « étant donné qu'une telle décision peut causer un préjudice sérieux aux intérêts financiers des actionnaires » (*4).

Récemment, dans une affaire où une augmentation de capital avec renonciation au droit de préférence avait été réalisée par une société alors que les actions de l'actionnaire majoritaire faisaient l'objet d'une saisie, et avait eu pour effet de diluer la participation de l'actionnaire saisi, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre l'arrêt

(*1) Les termes « dans l'intérêt social » « doivent être interprétés de manière suffisamment large », « il n'y a pas lieu de recourir à une formulation plus explicite » ; Projet de loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, Rapport fait au nom de la commission spéciale chargée notamment de l'examen du projet de loi modifiant les lois coordonnées sur les sociétés commerciales par M. Verhaegen, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1981-82, n° 210/9, p. 33 ; voir au sujet de cette notion, not., P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, *op. cit.*, pp. 142-143, n° 636 ; Cass., 28 novembre 2013, *R.D.C.*, 2014/9, p. 854 et note D. WILLERMAIN, « L'intérêt social selon la Cour de cassation : 'The Social Responsibility of Business is to Increase Profits' ? », p. 865 ; *Rev. prat. soc.*, 2014, p. 41 et observations J.-M. GOLLIER, « L'intérêt social », p. 46.

(*2) Répondant à une remarque du Conseil d'État, le législateur souligne que « le prix d'émission est toujours justifié sur la base de l'article 7:179 » ; Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 259.

(*3) Dans sa version initiale, le CSA visait « l'expert-comptable externe ». La terminologie a été modifiée par l'art. 84 de la loi du 25 mai 2023 modifiant le Code des sociétés et des associations, la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé et le Code judiciaire, notamment à la suite de la transposition de la Directive (UE) n° 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la Directive (UE) n° 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *M.B.*, 6 juin 2023, les termes étant remplacés par « expert-comptable certifié » dans tout le CSA.

(*4) Projet de loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, Rapport fait au nom de la commission spéciale chargée notamment de l'examen du projet de loi modifiant les lois coordonnées sur les sociétés commerciales par M. Verhaegen, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1981-82, n° 210/9, p. 34.

d'appel « qui, dans les circonstances de fait qu'il retient, considère que l'augmentation de capital est un acte normal non constitutif de fraude aux droits du créancier » (*1).

7 Le rapport de l'organe d'administration et celui du commissaire ou du réviseur ou expert-comptable certifié doivent être déposés au greffe du tribunal de l'entreprise. Ils sont annoncés dans l'ordre du jour et une copie en est communiquée aux actionnaires en même temps que la convocation. Ils sont également transmis, sans délai et gratuitement, aux autres personnes convoquées qui en font la demande, de la même manière (à l'adresse électronique communiquée, ou à défaut, par courrier ordinaire, conformément à l'article 2:32 du CSA).

Le Code prévoit que l'absence de la justification par l'organe d'administration, ou de l'évaluation par le commissaire ou le réviseur d'entreprises entraîne la nullité de la décision de l'assemblée générale (art. 7:191, al. 4, du CSA).

8 Lorsque la décision de supprimer ou de limiter le droit de préférence a été prise, elle doit faire l'objet d'un dépôt au greffe du tribunal de l'entreprise et publiée aux *Annexes* du *Moniteur belge* conformément aux articles 2:8 et 2:14, 4^o (art. 7:191, al. 5, du CSA).

B. AUGMENTATION DU CAPITAL OU ÉMISSION D'OBLIGATIONS CONVERTIBLES OU DE DROITS DE SOUSCRIPTION DÉCIDÉE DANS LE CADRE DU CAPITAL AUTORISÉ

1. Principe

9 L'article 7:200, 1^o, du CSA prévoit qu'à condition que les statuts l'y autorisent expressément, l'organe d'administration peut également limiter ou supprimer le droit de préférence.

Cette autorisation à l'organe d'administration à déroger au droit de préférence peut avoir été prévue soit lors de la constitution, soit ultérieurement, « en vertu d'une décision de l'assemblée générale de modifier les statuts initiaux afin de prévoir un capital autorisé, auquel cas l'assemblée générale doit, par une décision spéciale prise dans les conditions de quorum et de majorité prévues pour la modification des statuts, statuer sur l'autorisation qui doit habiliter l'organe d'administration à supprimer ou à limiter ce droit de souscription préférentielle » (*2).

(*1) Cass., 10 juin 2022, *RPS-TRV*, 2023, p. 178, note Ch.-E. LAMBERT, « La fraude paulienne dans les actes normaux et anormaux en droit des sociétés » ; H. CULOT et D. VAN GERVEN, « Chronique - Droit des sociétés 2022-2023 », *RPS-TRV*, 2023, p. 467.

(*2) Projet de loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, Rapport fait au nom de la commission spéciale chargée notamment de l'examen du projet de loi modifiant les lois coordonnées sur les sociétés commerciales par M. Verhaegen, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1981-82, n^o 210/9, p. 34.

2. *Limitation ou suppression en faveur d'une ou plusieurs personnes déterminées, autres que les membres du personnel*

10 Dans le cas où la dérogation au droit de préférence est envisagée en faveur d'une ou de plusieurs personnes déterminées, autres que les membres du personnel, elle ne peut être accomplie par l'organe d'administration que si les statuts ont expressément prévu cette possibilité (art. 7:200, 2^o, du CSA). Des règles particulières sont d'application dans ce cas. A ce sujet, nous renvoyons au commentaire de l'article 7:193 du CSA.

3. *Conditions*

11 A l'instar de l'assemblée générale, l'organe d'administration (selon le cas, le conseil d'administration, l'administrateur unique ou le conseil de surveillance) ne pourra déroger au droit de préférence que dans l'intérêt social. L'article 7:198, alinéa 3, du CSA renvoie à l'article 7:191 du CSA.

Les mêmes rapports sont requis que lorsque la décision est prise par l'assemblée générale (cf. *supra*), et ils reçoivent la même publicité. L'approche selon laquelle « le réviseur n'a pas à apprécier si les informations fournies par les administrateurs étaient suffisantes pour éclairer l'assemblée générale, étant donné que cette dernière n'intervient pas » (*1) n'a pas été maintenue. Comme la compétence de l'organe d'administration d'augmenter le capital en dérogeant au droit de préférence est une compétence déléguée, elle doit être exercée dans l'esprit de son titulaire initial, l'assemblée générale (*2).

12 Enfin, une fois l'augmentation de capital ou l'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription réalisée, le rapport de gestion doit comporter un exposé relatif à l'opération à propos de laquelle le droit de préférence des actionnaires a été limité ou supprimé, ainsi qu'un commentaire approprié portant sur les conditions et les conséquences effectives de l'opération, conformément à l'article 7:203 du CSA. Cette obligation de rapport *a posteriori* n'est pas applicable aux petites sociétés (*3).

(*1) Projet de loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, Rapport fait au nom de la commission spéciale chargée notamment de l'examen du projet de loi modifiant les lois coordonnées sur les sociétés commerciales par M. Verhaegen, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1981-82, n° 210/9, p. 34.

(*2) K. GEENS et H. LAGA, « Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen (1986-1991) », *T.P.R.*, 1993, p. 933, n° 236 ; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. MALHERBE, Ph. LAMBRECHT et H. CULOT, *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 868, n° 1249.

(*3) Les petites sociétés sont définies à l'art. 1:24, § 1^{er}, du CSA.

7:192. Il n'y a pas suppression ou limitation du droit de préférence lorsque, selon la décision relative à l'augmentation du capital, les actions sont souscrites par des banques ou d'autres établissements financiers en vue d'être offertes aux actionnaires conformément aux articles 7:188 et 7:189.

Il n'y a pas non plus suppression ou limitation du droit de préférence lorsque chaque actionnaire renonce à son droit de préférence lors de la décision de l'assemblée générale d'augmenter le capital. L'ensemble des actionnaires de la société doit être présent ou représenté à cette assemblée et renoncer au droit de préférence. Pour les actionnaires représentés, la renonciation doit être faite dans la procuration. La renonciation au droit de préférence de chaque actionnaire est actée dans l'acte authentique relatif à la décision d'augmentation du capital.

Commentaire de l'article 7:192 du Code des sociétés et des associations

Auteur : Gabriela DE PIERPONT

Mise à jour : 15 mars 2024

DOCTRINE IMPORTANTE

GRÉGOIRE, M., « Les devoirs d'information et responsabilités sous MiFID II », in *MiFID II & MiFIR : Capita Selecta*, Limal, Anthemis, 2018, pp. 167-174.

HAINAUT-HAMENDE, P. et RAUCQ, G., « Les sociétés anonymes. Opérations sur le capital. Emissions publiques. Transformation. Fusion-Scission », *Rép. not.*, t. XII, liv. 3/2, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 141, n° 634.

MALHERBE, J., DE CORDT, Y., LAMBRECHT, P., MALHERBE, P. et CULOT, H., *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 628 et s.

MICHEL, H., « Une nouvelle réforme du droit des S.A. et des S.P.R.L. (loi du 18 juillet 1991) », *Rev. not. belge*, 1991, pp. 618-641.

TYTECA, J., « Tussenkomst van financiële instellingen bij de plaatsing van effecten », in A. BENOIT-MOURY et K. GEENS (dir.), *De samenwerking tussen ondernemingen*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 51-269.

VAN DE VEN, W., Openbaar aanbieden of toelaten tot de verhandeling van effecten in België : nieuw en komend recht, *T. Fin. R.*, 2005, p. 936.

WYMEERSCH, E., « De nieuwe reglementering van de openbare uitgifte van effecten en de financiële informatie », in WYMEERSCH E. (dir.), *Financiële herregulering in België*, Anvers, Kluwer, 1991, 713 p.

COMMENTAIRE

Structure

- I. Présentation de l'article
- II. Prise ferme par un établissement financier
 - A. Principe
 - B. Champ d'application
 - 1. « Banques ou autres établissements financiers »
 - 2. Autre preneur ferme
 - C. Prise ferme et offre publique d'acquisition obligatoire
- III. Renonciation individuelle au droit de préférence

I. Présentation de l'article

1 L'article 7:192 du CSA reprend l'article 597 du Code des sociétés. Ce dernier était une combinaison de l'article 34*bis*, § 5, des L.C.S.C., tel qu'inséré par l'article 11 de la loi du 5 décembre 1984 (*1), et de l'article 101*quater*, alinéa 1^{er}, des L.C.S.C., tel qu'inséré par l'article 1^{er} de la loi du 23 juillet 1962 (*2), et modifié par l'article 37 de la loi du 5 décembre 1984 précitée et par l'article 41 de la loi du 18 juillet 1991 (*3). Notons que le deuxième alinéa de l'article 597 du Code des sociétés avait par ailleurs été remplacé par l'article 2-43^o de la loi du 23 janvier 2001 (*4).

2 La disposition contient la règle applicable à l'hypothèse de la « prise ferme » par des établissements financiers ; est ici reproduit le texte de l'article 29, 7, de la deuxième directive (*5).

Par rapport à l'article 597 du Code des sociétés, le CSA ajoute, par ailleurs, un alinéa permettant d'écarter les règles des articles 7:191 et 7:193 en cas de renonciation par chaque actionnaire existant à son droit de préférence lors d'une augmentation de capital décidée par l'assemblée générale (*6).

II. Prise ferme par un établissement financier

A. PRINCIPE

3 Les sociétés cotées recourent fréquemment à un syndicat financier, qui prend ferme l'augmentation de capital afin de la rétrocéder ensuite au public. En vertu du

(*1) *M.B.*, 12 décembre 1984.

(*2) *M.B.*, 10 août 1962.

(*3) *M.B.*, 26 juillet 1991.

(*4) *M.B.*, 6 février 2001, éd. 1^{re}.

(*5) Avec la nuance que le mot « offertes » a été remplacé par le mot « souscrites » dans la version française et le mot « uitgegeven » par le mot « geplaatst » dans la version néerlandaise du texte.

(*6) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54-3119/001, pp. 259-260.

contrat de prise ferme, la banque chef de file s'engage à souscrire en son nom et pour son compte les titres émis par la société en vue de leur revente auprès du public. La prise ferme permet donc à la société de disposer directement des fonds, sans avoir à attendre la fin de l'opération ; elle ne court pas le risque d'un échec de son émission (*1).

Lors de cette opération, l'augmentation de capital est souscrite intégralement par le preneur ferme, à charge pour lui de revendre ultérieurement les actions ainsi acquises aux actionnaires et au public. La société dispose ainsi immédiatement de l'ensemble des fonds.

Lors de la première phase de l'opération, la souscription privée par le preneur ferme, le droit de préférence des actionnaires anciens est nécessairement écarté. L'article 7:192 du CSA prévoit qu'il n'y a pas exclusion du droit de préférence lorsque, selon la décision relative à l'augmentation de capital, les actions sont souscrites par des banques ou d'autres établissements financiers en vue d'être offertes aux actionnaires en respectant le droit de préférence. Il ne faudra dès lors pas respecter la procédure de dérogation au droit de préférence, étant entendu que celui-ci sera respecté lors de la rétrocession.

4 La procédure relative à la dérogation du droit de préférence devra cependant être respectée si le preneur ferme n'est pas une banque ou un autre établissement financier qui s'est engagé à respecter le droit de préférence dans la seconde phase de l'opération, c'est-à-dire lors de la rétrocession. Notons, par ailleurs, que l'opération de rétrocession est considérée comme une offre publique (*2).

B. CHAMP D'APPLICATION

1. « Banques ou autres établissements financiers »

5 Les notions de « banques ou autres établissements financiers » ne sont pas définies dans le Code.

Par « banques », il y a lieu d'entendre les établissements de crédit régis par la loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit (*3). L'article 1^{er}, § 3, de la loi définit comme établissement de crédit, « les entreprises

(*1) J. TYTECA, « Tussenkost van financiële instellingen bij de plaatsing van effecten », in A. BENOIT-MOURY et K. GEENS (dir.), *De samenwerking tussen ondernemingen*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 51-269 ; cette opération peut s'analyser juridiquement comme une convention de portage ; J.-F. PRAT, « Conventions de portage et droit boursier », *Revue de droit bancaire et de la bourse*, n° 26, 199, pp. 126-128 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. 3, Bruxelles, Bruylant, 1981, n° 167 ; *contra* : D. VAN GERVEN, « Des conventions de portage de titres. Une analyse adaptée au droit belge », *Rev. prat. soc.*, 2000, p. 205.

(*2) Voir, à ce sujet, G. T. JONCK, « Het Koninklijk besluit van 7 juli 1999 over het openbaar karakter van financiële verrichingen : oude wijn in nieuwe vaten ? », Jan Ronse Instituut, *Nieuw vennootschaps- en financieel recht*, Kalmthout, Biblio, 2000, pp. 445-510 ; Ph. LAMBRECHT et G. DE PIERPONT, « Les modifications du capital dans la SA », *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., Waterloo, Kluwer, 2012, liv. 46.3, pp. 39-40, n° 580.

(*3) Loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, *M.B.*, 7 mai 2014.

belges ou étrangères dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts d'argent ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour leur propre compte » et « les entreprises belges ou étrangères dont l'activité consiste à exercer des services d'investissement consistant dans la négociation pour compte propre ou la prise ferme d'instruments financiers et/ou le placement d'instruments financiers avec engagement ferme », qui remplissent les conditions fixées dans la disposition.

En ce qui concerne les « autres établissements financiers », dès lors que la prise ferme est un service d'investissement au sens de la Directive n° 2014/65/UE concernant les marchés d'instruments financiers (MiFID II) (*1), l'expression vise, à notre sens, toute entreprise d'investissement autorisée à opérer sur les marchés financiers dans le cadre de l'agrément qui lui a été accordé par son autorité de contrôle.

6 Par exception au principe de l'interdiction pour les filiales de souscrire des titres de leur société mère, l'article 7:182, § 2, du Code permet, par ailleurs, aux sociétés de bourse ou aux établissements de crédit de prendre ferme une augmentation de capital de leur société mère lorsqu'ils agissent en leur qualité d'opérateur professionnel sur titres.

2. Autre preneur ferme

7 Si le preneur ferme n'est pas une banque ou un autre établissement financier, par exemple si l'émission est souscrite ferme par un actionnaire ou un tiers qui envisage de la revendre dans le public, il conviendra de respecter la procédure prévue en cas de dérogation au droit de préférence en faveur d'une ou plusieurs personnes déterminées (*2). Cette obligation s'impose même dans le cas où un engagement de rétrocession est prévu (*3).

C. PRISE FERME ET OFFRE PUBLIQUE D'ACQUISITION OBLIGATOIRE

8 L'article 52 de l'arrêté royal du 27 avril 2007 relatif aux offres publiques d'acquisition (arrêté OPA) (*4), prévoit une dérogation à l'obligation de lancer une offre dans le cas notamment où « l'acquéreur n'a pas, par hypothèse, l'intention de continuer à exercer le contrôle de la société visée » (*5). Sont ainsi exemptées les acquisitions réalisées dans le cadre de la prise ferme de titres par un intermédiaire financier, « pour autant que la quotité excédentaire de la participation soit aliénée dans un délai de douze mois et que les personnes concernées n'exercent pas les droits de vote liés à la quotité excédentaire de la participation » (art. 52, § 1^{er}, 11^o).

(*1) Directive n° 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la Directive n° 2002/92/CE et la Directive n° 2011/61/UE, *J.O.*, L 173 du 12 juin 2014 ; version consolidée, 02014L0065, du 9 janvier 2024, disponible sur eur-lex.eu.

(*2) Voir, ci-dessous, le commentaire de l'article 7:193 du CSA ; voir également P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, *op. cit.*, p. 141, n° 634.

(*3) P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, *op. cit.*, p. 147, n° 640.

(*4) Arrêté royal du 27 avril 2007 relatif aux offres publiques d'acquisition, *M.B.*, 23 mai 2007.

(*5) Rapport au Roi, Arrêté royal du 27 avril 2007, *M.B.*, 23 mai 2007, p. 27748.

D'autre part, l'article 52, § 1^{er}, 5^o, de l'arrêté OPA prévoit une dérogation à l'obligation de lancer une offre lorsque l'acquisition qui fait franchir un seuil légal de contrôle est réalisée dans le cadre de la souscription à une augmentation de capital, avec droit de préférence, d'une société, décidée par l'assemblée générale.

Selon la FSMA, ces deux dérogations obéissent à des *ratio legis* différentes qui s'excluraient mutuellement (*1). « Tandis que la dérogation établie à l'article 52, § 1^{er}, 5^o de l'arrêté OPA vise des personnes agissant en leur qualité d'actionnaire existant ou futur, le point 11^o vise l'intervention de personnes agissant en tant qu'intermédiaire financier prestant un service d'investissement. Dans ce dernier cas, les droits de vote liés aux actions ne peuvent en effet être exercés et les actions acquises par l'intermédiaire financier doivent en principe être aliénées dans un délai de douze mois, faute de quoi une offre obligatoire doit être lancée par l'acquéreur des actions ».

La FSMA considère que l'exemption invoquée doit être celle qui correspond le mieux au cas d'espèce. « Alors que l'exemption offerte par l'article 52, § 1^{er}, 5^o de l'arrêté OPA présente un caractère général (franchissement du seuil de 30 % à l'occasion d'une augmentation de capital avec droit de préférence et décidée par l'assemblée générale), l'exemption du 11^o est beaucoup plus spécifique, en ce qu'elle vise le cas particulier de l'intermédiaire financier souscrivant des actions dans le cadre d'une prise ferme ».

C'est pourquoi « un intermédiaire financier ne peut indifféremment se prévaloir, pour la même opération, de la dérogation de l'article 52, § 1^{er}, 5^o de l'arrêté OPA et de celle de l'article 52, § 1^{er}, 11^o du même arrêté. Une interprétation contraire aboutirait à priver cette dernière disposition d'une grande partie de son effet » (*2).

III. Renonciation individuelle au droit de préférence

9 Les règles applicables en cas de suppression (ou de limitation) du droit de préférence des actionnaires existants, à l'occasion d'une augmentation de capital par apport en numéraire font l'objet d'une deuxième exception.

L'article 7:192, alinéa 2, du CSA prévoit désormais expressément que ces règles sont écartées lorsque chaque actionnaire existant renonce à son droit de préférence lors d'une augmentation de capital décidée par l'assemblée générale. « Dans ce cas, point n'est besoin de protéger spécialement les actionnaires existants, en particulier les actionnaires minoritaires, puisque la totalité des actionnaires marque son accord » (*3).

(*1) CBFA, *Rapport du comité de direction 2009-2010*, p. 74.

(*2) CBFA, *Rapport du comité de direction 2009-2010*, p. 74.

(*3) Projet de loi du 4 juin 2018 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 260.

En cas de renonciation par chaque actionnaire, les dispositions relatives à la suppression du droit de préférence n'ont pas vocation à s'appliquer, car il n'y a pas de « suppression » (ni de limitation) du droit de préférence. La disposition vise à dissiper tout doute à cet égard (*1). Il n'est fait aucune distinction selon que la suppression du droit de préférence intervient ou non au profit d'une ou plusieurs personnes déterminées.

10 Pour que la renonciation soit valable, l'ensemble des actionnaires doit être présent ou représenté à l'assemblée générale et renoncer au droit de préférence. Pour les actionnaires représentés, la renonciation doit être faite dans la procuration. Cette renonciation est actée dans l'acte authentique relatif à la décision d'augmentation du capital (art. 7:192, al. 2 *in fine*, du CSA).

En pratique, cette possibilité intéresse principalement les sociétés qui ne sont pas cotées. Dans une société cotée, en effet, la renonciation individuelle de tous les actionnaires est, en général, difficile à obtenir (*2).

11 Cette faculté de renonciation individuelle au droit de préférence n'est prévue que dans le cas d'une augmentation de capital, d'une émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription décidée *par l'assemblée générale*. L'article 7:198 du CSA exclut en effet la possibilité de renoncer au droit de préférence pour les augmentations du capital décidées dans le cadre du capital autorisé (*3). Bien que critiquée par certains (*4), cette position a été confirmée par le législateur dans la disposition équivalente pour les SRL. L'article 5:137, § 1^{er}, qui prévoyait, dans sa version initiale, l'application de l'article 5:130 (y compris le § 2 relatif à la renonciation au droit de préférence) en cas d'émission déléguée à l'organe d'administration, a été modifié pour exclure désormais expressément une telle option (*5).

(*1) *Ibid.*

(*2) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54-3119/001, pp. 259-260.

(*3) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 260.

(*4) Voir D. WILLERMAIN, « Les actions et le capital dans la société anonyme : réexamen de thèmes classiques à la lumière du CSA », *RPS-TRV*, 2020, p. 146.

(*5) Loi du 28 avril 2020 transposant la Directive (UE) n° 2017/828 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 modifiant la Directive n° 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, et portant des dispositions diverses en matière de sociétés et d'associations, *M.B.*, 6 mai 2020, art. 107.

7:193. § 1^{er}. Quand le droit de préférence est limité ou supprimé en faveur d'une ou plusieurs personnes déterminées qui ne sont pas membres du personnel, l'identité du ou des bénéficiaire(s) de la limitation ou de la suppression du droit de préférence doit être mentionnée dans le rapport établi par l'organe d'administration ainsi que dans la convocation.

Le rapport établi par l'organe d'administration conformément à l'article 7:191, alinéa 2, justifie en détail l'opération et le prix d'émission au regard de l'intérêt social, en tenant compte en particulier de la situation financière de la société, de l'identité des bénéficiaires, de la nature et de l'importance de leur apport.

Le commissaire donne dans le rapport visé à l'article 7:191, alinéa 3, une évaluation circonstanciée de la justification du prix d'émission. Lorsqu'il n'y a pas de commissaire, cette évaluation est faite par un réviseur d'entreprises ou un [1 expert-comptable certifié]1 désigné par l'organe d'administration.

En l'absence de la justification visée à l'alinéa 2, ou de l'évaluation visée à l'alinéa 3, la décision de l'assemblée générale est nulle.

Si un bénéficiaire détient des titres de la société auxquels sont attachés plus de 10 % des droits de vote, il ne peut participer au vote lors de l'assemblée générale qui se prononce sur l'opération.

Aux titres détenus par cet actionnaire, sont ajoutés les titres détenus :

- 1° par un tiers agissant en son nom propre, mais pour le compte de l'actionnaire visé ;
- 2° par une personne physique ou morale liée à l'actionnaire visé ;
- 3° par un tiers agissant en son nom propre, mais pour le compte d'une personne physique ou morale liée à l'actionnaire visé ;
- 4° par des personnes agissant de concert.

Par personnes agissant de concert, il faut entendre :

a) les personnes physiques ou morales qui, dans le cadre d'une offre publique d'acquisition, coopèrent avec l'offrant, avec la société visée ou avec d'autres personnes, sur la base d'un accord, formel ou tacite, oral ou écrit, visant à obtenir le contrôle de la société visée, à faire échouer une offre ou à maintenir le contrôle de la société visée ;

b) les personnes physiques ou morales qui ont conclu un accord portant sur l'exercice concerté de leurs droits de vote, en vue de mener une politique commune durable vis-à-vis de la société concernée.

Les détenteurs des titres visés à l'alinéa 6 ne peuvent davantage participer au vote. Le quorum de présence et la majorité se calculent après déduction des voix attachées aux titres que possèdent le bénéficiaire et les personnes visées à l'alinéa 6.

§ 2. Lorsque le droit de préférence est limité ou supprimé en faveur d'une ou plusieurs personnes déterminées qui ne sont pas membres du personnel lors d'une émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription par des sociétés cotées, l'organe d'administration communique une copie des rapports visés au paragraphe 1^{er} à l'Autorité des services et marchés financiers quinze jours avant la convocation de l'assemblée générale ou, selon le cas, de l'organe d'administration, appelées à délibérer sur l'émission. A ces rapports est joint un dossier établi conformément aux prescriptions de l'Autorité des services et marchés financiers.

Le Roi détermine la rémunération à percevoir par l'Autorité des services et marchés financiers pour l'examen du dossier.

Lorsque l'Autorité des services et marchés financiers estime que ce rapport éclaire insuffisamment les actionnaires ou qu'il est de nature à les induire en erreur, elle informe immédiatement la société et chacun des membres de l'organe d'administration. S'il n'est pas tenu compte des observations formulées, l'Autorité des services et marchés financiers peut, par décision motivée et notifiée à la société par lettre recommandée, suspendre la convocation, la délibération ou l'émission projetée, pendant trois mois au plus. Ce délai

court à partir du jour de la notification par lettre recommandée de la décision de l'Autorité des services et marchés financiers. L'Autorité peut rendre sa décision publique.

Aucune mention de l'intervention de l'Autorité des services et marchés financiers ne peut être faite sous quelque forme que ce soit dans la publicité ou les documents relatifs aux opérations visées à l'alinéa 1^{er}.

Commentaire de l'article 7:193 du Code des sociétés et des associations

Auteur : Gabriela DE PIERPONT

Mise à jour : 15 mars 2024

DOCTRINE IMPORTANTE

BLUMBERG, J.-P. et VAN SANTVLIET, C., « Clause-type : capital autorisé. Droit de préférence. Droit de priorité », *M.N.F.*, 1992/5, pp. 114 et s.

BOSSART, Ph., *CSA - Examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 570 et s.

DE CORDT, Y. (coord.), *Société anonyme*, coll. Répertoire pratique du droit belge, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 605 et s.

DE WILDE, H., « De gewijzigde tweede Richtlijn - nieuwe opportuniteiten voor het Belgische vennootschappenrecht », *Notariaat*, 2008, liv. 6, 1-8.

DE WULF, H., « Uitgifte en overdracht van aandelen bij BV en NV », in *Le projet de Code des sociétés et associations/Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 183-210.

GEENS, K., « Verwerving van eigen aandelen en personeelsaandelen », *N.V. en B.V. B.A. na de Wet van 18 juli 1991*, Louvain, Jan Ronse Instituut, Kalmthout, Biblio, 1992, p. 45, n° 26.

HAINAUT-HAMENDE, P. et RAUCQ, G., « Les sociétés anonymes. Opérations sur le capital. Emissions publiques. Transformation. Fusion-Scission », *Rép. not.*, t. XII, liv. 3/2, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 148-149, n° 640.

MALHERBE, J., DE CORDT, Y., LAMBRECHT, P., MALHERBE, P. et CULOT, H., *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 628 et s., n° 752 et s.

POTTIER, E., L'HOMME, Th., TU, L. et VISEUR, G., « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », *R.D.C./T.B.H.*, 2018/9, pp. 1032 et s.

TOSENS, J.-F., « Les actions sans droit de vote, les obligations convertibles et les droits de souscription, le droit de préférence et le droit de priorité », in *Le nouveau droit belge des sociétés*, Louvain-la-Neuve, Centre Jean Renauld, 1991, p. 7.

WYCKAERT, M., *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, Jan Ronse Instituut, Kalmthout, Biblo, 1995.

WYMEERSCH, E., « Inleiding, Algemene begrippen, Kapitaalvorming », *Het Gewijzigde Vennootschapsrecht 1991*, Anvers-Apeldoorn, Maklu, 1992, pp. 131-134, n^{os} 169-172.

X, *La participation des travailleurs au capital et aux bénéfices des sociétés, Commentaires de la loi du 22 mai 2001*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

COMMENTAIRE

Structure

- I. Présentation de l'article
- II. Champ d'application *ratione personae*
- III. Conditions liées à la décision de dérogation au droit de préférence
 - A. Une obligation d'information renforcée
 - B. Limitation ou suppression du droit de préférence en faveur d'un actionnaire significatif
 - C. Obligation d'information pour les sociétés cotées
- IV. Interdiction de vote lors d'une émission par l'organe d'administration

I. Présentation de l'article

I L'article 7:193 du CSA reprend en grande partie l'article 598 du Code des sociétés, qui trouve son origine dans la loi du 18 juillet 1991 (*1). L'article 598 du Code des sociétés était une combinaison de l'article 34*bis*, § 4*bis*, des L.C.S.C., tel qu'il avait été inséré par l'article 3 de la loi du 18 juillet 1991 et modifié par l'article 72 de la loi du 10 mars 1999 (*2) et de l'article 101*quater*, alinéa 1^{er}, des L.C.S.C., tel qu'il avait été inséré par l'article 1^{er} de la loi du 23 juillet 1962 (*3) et modifié par l'article 37 de la loi du 5 décembre 1984 (*4) et par l'article 41 de la loi du 18 juillet 1991 précitée. Par ailleurs, l'alinéa 2, de l'article 598 avait été modifié par une loi du 20 décembre 2010 (*5).

(*1) *M.B.*, 26 juillet 1991.

(*2) *M.B.*, 14 avril 1999.

(*3) *M.B.*, 10 août 1962.

(*4) *M.B.*, 12 décembre 1984.

(*5) Loi du 20 décembre 2010 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées, *M.B.*, 18 avril 2011.

Enfin, depuis son insertion dans le CSA, l'article 7:193 a fait l'objet d'une modification en ce qui concerne la mention d'un « expert-comptable certifié » pour l'établissement de l'évaluation requise (*1).

2 L'article 7:193 du CSA modifie partiellement et renforce le régime de protection prévu par l'article 598 du Code des sociétés dans le cas où l'organe d'administration souhaite limiter ou supprimer le droit de préférence en faveur de certaines personnes déterminées qui ne sont pas membres du personnel, que ce soit dans le cadre d'une augmentation de capital, d'une émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription décidée par l'assemblée générale ou, à condition que les statuts le permettent expressément, d'une augmentation de capital ou d'une émission d'obligations convertibles décidée par l'organe d'administration dans le cadre du capital autorisé.

L'opération est soumise à des conditions contraignantes, qui s'ajoutent aux formalités prévues en cas de dérogation du droit de préférence (III.). Ces règles ne sont applicables que si la dérogation au droit de préférence est décidée en faveur de certaines personnes déterminées qui ne sont pas membres du personnel (II.). Ses règles particulières d'abstention sont, par ailleurs, prévues lorsqu'une telle dérogation au droit de préférence est décidée par l'organe d'administration, moyennant une autorisation statutaire expresse, dans le cadre du capital autorisé (art. 7:200, 2^o, du CSA) (IV.).

II. Champ d'application *ratione personae*

3 Pour que les conditions de l'article 7:193 du CSA s'appliquent, la dérogation au droit de préférence, décidée conformément à l'article 7:191 du CSA, doit avoir lieu *en faveur d'une ou plusieurs personnes déterminées qui ne sont pas membres du personnel*.

Le CSA ne définit pas la notion de « *personnes déterminées* ». Les travaux préparatoires de la loi du 18 juillet 1991, qui a introduit cette notion, les entendaient comme « des personnes que l'on peut désigner nommément, ou que le conseil ou le preneur ferme se réserve le droit de choisir » (*2). Concrètement, le ou les bénéficiaire(s) de la limitation ou de la suppression du droit de préférence doit(ven)t donc pouvoir être nommément identifié(s) au moment de la décision d'augmenter le capital avec dérogation du droit de préférence (*3).

(*1) Tel que modifié par l'article 84 de la loi du 25 mai 2023 modifiant le Code des sociétés et des associations, la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé et le Code judiciaire, notamment à la suite de la transposition de la Directive (UE) n° 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la Directive (UE) n° 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *M.B.*, 6 juin 2023.

(*2) *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1990-1991, n° 1107/3, pp. 46-47 ; voir également M. VAN DER HAEGEN et J.-M. GOLLIER, « Les sociétés commerciales. Loi du 18 juillet 1991 », *J.T.*, 1992, p. 191, n° 12 et jurisprudence française L.V.M.H. citée.

(*3) En ce sens, L. LEGEIN, « Quelques questions spéciales de droit des sociétés en rapport avec les opérations d'appel au marché des capitaux », *Dr. banc. fin.*, 2008, p. 263, n° 45 et s. ; D. WILLERMAIN, « Les actions et le capital dans la société anonyme : réexamen de thèmes classiques à la lumière du CSA », *RPS-TRV*, 2020, p. 147.

A contrario, il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 7:193 du CSA lorsque la dérogation s'adresse à des *personnes indéterminées*, par exemple, lorsqu'elle concerne des catégories d'investisseurs dans le cadre d'une émission à caractère international (*1). Les conditions ne sont pas davantage à respecter lorsque la dérogation est envisagée en faveur de personnes déterminées qui sont *membres du personnel*.

La notion de « *personnel* » est désormais définie dans le CSA, ce qui a mis fin, notamment, à la controverse concernant le statut des administrateurs pour l'application de la disposition (*2). En vertu de l'article 1:27, du CSA, sont considérés comme « *personnel* » :

- 1° toute personne physique engagée dans les liens d'un contrat de travail, d'un contrat de management ou d'un contrat similaire avec la société ou sa/ses filiale(s) ;
- 2° toute personne morale engagée dans les liens d'un contrat de management ou d'un contrat similaire avec la société ou sa/ses filiale(s), en vertu duquel cette personne morale n'est représentée que par une seule personne physique qui en est également l'associé ou l'actionnaire de contrôle ;
- 3° les membres de l'organe d'administration de la société ou de sa/ses filiale(s), en ce compris les personnes morales dont le représentant permanent est également l'associé ou l'actionnaire de contrôle.

III. Conditions liées à la décision de dérogation au droit de préférence

A. UNE OBLIGATION D'INFORMATION RENFORCÉE

4 L'article 7:193 du CSA subordonne la possibilité de limiter le droit de préférence en faveur d'une ou plusieurs personnes déterminées autres que les membres du personnel à trois obligations supplémentaires par rapport aux formalités prévues par

(*1) J.-F. TOSSENS, « Les actions sans droit de vote, les obligations convertibles et les droits de souscription, le droit de préférence et le droit de priorité », in *Le nouveau droit belge des sociétés*, Louvain-la-Neuve, Centre Jean Renauld, 1991, p. 7 ; J.-P. BLUMBERG et C. VAN SANTVLIET, « Clause-type : capital autorisé. Droit de préférence. Droit de priorité », *M.N.F.*, 1992/5, p. 114 ; P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, « Les sociétés anonymes. Opérations sur le capital. Emissions publiques. Transformation. Fusion-Scission », *Rép. not.*, t. XII, liv. 3/2, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 148, n° 640 ; Ph. LAMBRECHT et G. DE PIERPONT, « Les modifications du capital dans la SA », *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., Waterloo, Kluwer, 2012, liv. 46.3, p. 34, n° 460.

(*2) E. WYMEERSCH, « Inleidende, Algemene begrippen, Kapitaalvorming », *Het Gewijzigde Venootschapsrecht 1991*, Anvers-Apeldoorn, Maklu, 1992, p. 130, n° 169 ; M. VAN DER HAEGEN et J.-M. GOLLIER, « Les sociétés commerciales. Loi du 18 juillet 1991 », *J.T.*, 1992, p. 217, n° 60 ; M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, Jan Ronse Instituut, Kalmthout, Biblo, 1995, p. 447 ; Ph. LAMBRECHT et G. DE PIERPONT, « Les modifications du capital dans la SA », *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., Waterloo, Kluwer, 2012, p. 34, n° 460 ; P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, « Les sociétés anonymes. Opérations sur le capital. Emissions publiques. Transformation. Fusion-Scission », *Rép. not.*, t. XII, liv. 3/2, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 148-149, n° 640 ; *contra*, K. GEENS, « Verwerving van eigen aandelen en personeelsaandelen », *N.V. en B.V.B.A. na de Wet van 18 juli 1991*, Louvain, Jan Ronse Instituut, Kalmthout, Biblo, 1992, p. 45, n° 26.

l'article 7:191 du Code lorsqu'il est dérogé au droit de préférence (*1). Ces conditions additionnelles sont les suivantes :

Premièrement, les actionnaires doivent être informés de l'*identité* de ceux qui vont bénéficier de la limitation ou de la suppression du droit de préférence si l'assemblée autorise cette opération. Le Code impose, dans un but évident de transparence (*2), que l'identité du ou des bénéficiaires de la limitation ou de la suppression du droit de préférence soit mentionnée dans le rapport établi par l'organe d'administration ainsi que dans la convocation.

Deuxièmement, l'opération et le *prix d'émission* des nouvelles actions émises doivent être justifiés, dans le rapport établi par l'organe d'administration, « au regard de l'intérêt social, en tenant compte en particulier de la situation financière de la société, de l'identité des bénéficiaires et de la nature et l'ampleur de leur apport ». Concernant le prix d'émission, le législateur a décidé de ne pas maintenir les règles de l'ancien article 598 du Code des sociétés, qui fixait un prix d'émission minimum, ce dernier étant déterminé différemment selon que la société était ou non cotée. Pour les sociétés cotées, le prix d'émission ne pouvait être inférieur à la moyenne des cours des trente jours (*3) précédant le jour du début de l'émission. Dans le cas d'un titre non coté, le prix d'émission devait être au moins égal à la valeur intrinsèque (*4) du titre fixée, sauf accord unanime des actionnaires, sur base d'un rapport établi, soit par le commissaire, soit par un réviseur ou un expert-comptable externe. Comme évoqué, cette exigence de prix minimum – considérée comme inutilement lourde – a été abandonnée (*5).

Troisièmement, l'article 7:193, § 1^{er}, du CSA prévoit une protection renforcée des actionnaires existants, qui se traduit dans une *obligation d'information renforcée* dans les rapports que l'organe d'administration et le commissaire, ou un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable certifié, doivent établir conformément à l'article 7:191 du

(*1) L'article 598 du Code des sociétés prescrivait trois mesures de protection pour les actionnaires existants : la mention de l'identité des bénéficiaires de la limitation ou de la suppression du droit de préférence, un prix minimum d'émission fixé par la loi et une obligation d'information dans les rapports du conseil d'administration et du commissaire, d'un réviseur d'entreprises ou d'un expert-comptable. La deuxième mesure, jugée « inutilement lourde » et « n'a[yant] pas atteint en pratique l'objectif visé », n'a pas été maintenue dans le CSA. Celui-ci prévoit, par contre, deux mesures renforcées de protection des actionnaires ; Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, pp. 260-261.

(*2) Projet de loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935 dans le cadre de l'organisation transparente du marché des entreprises et des offres publiques d'acquisition, Rapport fait au nom de la Commission, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1990-1991, n° 1107-1, p. 20.

(*3) Voir E. WYMEERSCH, « Inleiding, Algemene begrippen, Kapitaalvorming », *Het Gewijzigde Venootschapsrecht 1991*, Anvers-Apeldoorn, Maklu, 1992, p. 132, n° 171.

(*4) La valeur intrinsèque consistait en l'actif net rectifié, c'est-à-dire le total des postes d'actif éventuellement rectifiés pour éliminer certains actifs fictifs ou moins-values latentes ou pour incorporer certaines plus-values latentes, dont on déduit les dettes (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1990-1991, n° 1107/3, pp. 77-78).

(*5) Projet de loi du 4 juin 2018 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 260.

CSA lorsqu'il est dérogé au droit de préférence. D'une part, l'organe d'administration doit justifier *en détail* l'opération et le prix d'émission au regard de l'intérêt social, en tenant compte en particulier de la situation financière de la société, de l'identité des bénéficiaires, de la nature et de l'importance de leur apport. D'autre part, le commissaire doit émettre une « évaluation circonstanciée de la justification du prix d'émission ». Lorsqu'il n'y a pas de commissaire, cette évaluation est faite par un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable certifié désigné par l'organe d'administration.

5 L'absence de justification de l'organe d'administration, ou de l'évaluation du commissaire (ou du réviseur d'entreprises ou de l'expert-comptable certifié), entraîne la nullité de la décision de l'assemblée générale (art. 7:193, § 1^{er}, al. 4).

B. LIMITATION OU SUPPRESSION DU DROIT DE PRÉFÉRENCE EN FAVEUR D'UN ACTIONNAIRE SIGNIFICATIF

6 Le renforcement de la protection des actionnaires se manifeste également dans l'interdiction du bénéficiaire de la limitation ou de la suppression du droit de préférence de participer au vote de l'assemblée générale qui se prononce sur l'opération lorsque ce dernier est un actionnaire significatif existant (art. 7:193, § 1^{er}, al. 5, du CSA).

Cette nouvelle mesure s'inspire du droit français (*1). Selon les travaux préparatoires du CSA, « [il est] fait exception à la règle selon laquelle il n'y a pas d'interdiction d'exercer le droit de vote à l'assemblée générale pour les actionnaires qui auraient un conflit d'intérêts, et [cette mesure] ne constitue donc pas une application d'un principe général » (*2).

7 L'article 7:193, § 1^{er}, al. 5, du CSA prévoit que si un bénéficiaire de la limitation ou de la suppression du droit de préférence détient des titres de la société auxquels sont attachés plus de 10 % des droits de vote, il ne peut participer au vote lors de l'assemblée générale qui se prononce sur l'opération.

A ces titres s'ajoutent, pour le calcul de l'importance de la participation, les titres détenus :

- 1° par un tiers agissant en son nom propre, mais pour le compte de l'actionnaire visé ;
- 2° par une personne physique ou morale liée à l'actionnaire visé ;
- 3° par un tiers agissant en son nom propre, mais pour le compte d'une personne physique ou morale liée à l'actionnaire visé ;
- 4° par des personnes agissant de concert.

(*1) Projet de loi du 4 juin 2018 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 261.

(*2) Projet de loi du 4 juin 2018 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 261.

La disposition précise que, par *personnes agissant de concert*, il faut entendre :

- « a) les personnes physiques ou morales qui, dans le cadre d'une offre publique d'acquisition, coopèrent avec l'offrant, avec la société visée ou avec d'autres personnes, sur la base d'un accord, formel ou tacite, oral ou écrit, visant à obtenir le contrôle de la société visée, à faire échouer une offre ou à maintenir le contrôle de la société visée ;
- b) les personnes physiques ou morales qui ont conclu un accord portant sur l'exercice concerté de leurs droits de vote, en vue de mener une politique commune durable vis-à-vis de la société concernée ».

L'interdiction de participer au vote est étendue aux personnes liées au bénéficiaire. Le quorum de présence et la majorité se calculent après déduction des voix attachées aux titres que possèdent le bénéficiaire et les personnes liées visées à l'article 7:193, § 1^{er}, al. 6 (art. 7:193, § 1^{er}, al. 8). Leur droit de vote est donc neutralisé et la décision revient aux autres actionnaires.

Cette disposition suscite des débats en pratique eu égard à la difficulté d'application concrète de l'obligation d'abstention qui s'impose aux bénéficiaires de la limitation ou de la suppression du droit de préférence et à l'acception large de la notion de « personnes agissant de concert » (*1).

C. OBLIGATION D'INFORMATION POUR LES SOCIÉTÉS COTÉES

6 Lorsque la société est cotée, le Code prévoit, en outre, une obligation de communiquer ces rapports à l'Autorité des services et marchés financiers (FSMA). Ce type d'opération requiert en effet, selon le législateur, une vigilance particulière (*2).

L'article 7:193, § 2 prévoit ainsi que, si la société décide de limiter ou supprimer le droit de préférence en faveur d'une ou plusieurs personnes déterminées qui ne sont pas membres du personnel lors d'une émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription, l'organe d'administration doit communiquer une copie des rapports de l'organe d'administration et du commissaire (ou du réviseur d'entreprises ou de l'expert-comptable certifié) à la FSMA quinze jours avant la convocation de l'assemblée générale ou, selon le cas, de l'organe d'administration, appelées à délibérer sur l'émission. A ces rapports est joint un dossier établi conformément aux prescriptions de la FSMA (*3).

(*1) Voir, à ce sujet, X. DIEUX et D. WILLERMAIN, *Offres publiques*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 178, n^{os} 154 et s. ; P.-A. FORIERS, S. HIRSCH et V. MARQUETTE, *Les offres publiques d'acquisition - 10 ans d'application de la réglementation*, Bruxelles, Larcier, 2018, n^o 15, p. 28 ; D. WILLERMAIN, *op. cit.*, p. 148.

(*2) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n^o 54-3119/001, p. 257.

(*3) A ce sujet, voir la circulaire FSMA_2012_01 (mise à jour du 24 janvier 2023) « Obligations incombant aux émetteurs cotés sur un marché réglementé », disponible sur le site www.fsma.be.

Lorsque la FSMA estime que ce rapport éclaire insuffisamment les actionnaires ou qu'il est de nature à les induire en erreur, elle doit informer immédiatement la société et chacun des membres de l'organe d'administration. Si la société ne tient pas compte des observations qu'elle a formulées, la FSMA peut, par décision motivée et notifiée à la société par lettre recommandée, suspendre la convocation, la délibération ou l'émission projetée, pendant trois mois au plus (*1). Elle peut rendre sa décision publique.

Enfin, l'article 7:193, § 2 *in fine* prévoit qu'aucune mention de l'intervention de la FSMA ne peut être faite sous quelque forme que ce soit dans la publicité ou les documents relatifs à l'opération.

IV. Interdiction de vote lors d'une émission par l'organe d'administration

7 Le CSA complète l'ancien article 605 du Code des sociétés par une nouvelle règle d'abstention lorsque la décision de limiter ou supprimer le droit de préférence en faveur d'une ou plusieurs personnes déterminées est prise par l'organe d'administration dans le cadre du capital autorisé (pour autant les statuts le permettent expressément). Dans ce cas, l'article 7:200, 2^o prévoit que l'interdiction de participer au vote découlant de la réglementation des conflits d'intérêts au sein de l'organe d'administration (*2) est étendue aux *administrateurs qui représentent en fait* le bénéficiaire de l'exclusion du droit de préférence, ou les personnes liées à ce bénéficiaire (au sens de l'article 7:193, § 1^{er}, alinéa 6) (*3). Ceux-ci doivent donc s'abstenir de voter.

Notons que l'interdiction de participer au vote concerne les augmentations de capital ou les émissions d'obligations convertibles à l'occasion desquelles le droit de préférence des actionnaires est limité ou supprimé en faveur d'une ou plusieurs personnes déterminées, autres que les membres du personnel. Dans sa version initiale, l'article 7:200, 2^o s'appliquait également aux émissions de droits de souscription. Le texte

(*1) Ce délai court à partir du jour de la notification par lettre recommandée de la décision de FSMA.

(*2) Il ne s'agit ici pas à proprement parler d'un « conflit d'intérêts » telle que la notion est entendue au niveau de l'organe d'administration en cas de conflit d'intérêts dans le chef des administrateurs : V. SIMONART, « Le nouveau régime des conflits d'intérêts », *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 164-165 ; Ph. BOSSART, *CSA - Examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 570 et s.

(*3) La notion est inspirée de l'article 28, § 2, de l'arrêté royal du 27 avril 2007 relatif aux offres publiques d'acquisition (et non de l'arrêté royal relatif aux offres publiques de reprise, comme le mentionnent les travaux préparatoires) ; Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 263. Elle vise à « appréhender la situation de fait, où l'on constate que les administrateurs sont souvent l'émanation (d'un groupe déterminé) de la majorité des détenteurs de titres avec droit de vote, sans même que ces actionnaires disposent formellement d'un droit de proposition des administrateurs » ; Arrêté royal du 27 avril 2007 relatif aux offres publiques d'acquisition, Rapport au Roi, *M.B.*, 23 mai 2007, p. 27743 ; à ce sujet, voir également, T. L'HOMME, E. POTTIER, L.-Y. TU et G. VISEUR, « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », *R.D.C.*, 2018/9, p. 1035 ; B. FERON et A. PASDERMADJIAN, « L'Amendement - L'interdiction de vote dans le cadre de la suppression du droit de préférence », *RPS-TRV*, 2020, pp. 219-224, spéc. p. 224.

a été corrigé depuis (*1). Le capital autorisé ne peut en effet être utilisé pour l'émission de droits de souscription réservée à une ou plusieurs personnes déterminées (art. 7:201, 1^o, du CSA) (*2).

(*1) Loi du 28 avril 2020 transposant la Directive (UE) n^o 2017/828 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 modifiant la Directive n^o 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, et portant des dispositions diverses en matière de sociétés et d'associations, *M.B.*, 6 mai 2020, art. 169.

(*2) Proposition de loi portant transposition de la Directive (UE) n^o 2017/828 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 modifiant la Directive n^o 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, et portant des dispositions en matière de société et d'association ; Amendements, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2019-2020, n^o 55-0553/004, p. 90.

7:194. En cas de limitation ou de suppression du droit de préférence, l'assemblée générale peut prévoir qu'une priorité sera donnée aux anciens actionnaires lors de l'attribution des nouveaux titres. Dans ce cas, la période de souscription doit avoir une durée de dix jours.

Commentaire de l'article 7:194 du Code des sociétés et des associations

Auteur : Gabriela DE PIERPONT

Mise à jour : 15 mars 2024

DOCTRINE IMPORTANTE

BLUMBERG, J.-P. et VAN SANTVLIET, C., « Modelclausule toegestaan kapitaal – Voorkeurrecht – Recht van voorrang », *Not. Fisc. Maand.*, 1992, liv. 4, pp. 81-91.

BLUMBERG, J.-P. et VAN SANTVLIET, C., « Clause-type : capital autorisé. Droit de préférence. Droit de priorité », *M.N.F.*, 1992/5, pp. 114 et s.

BOUCKAERT, F., « Kapitaalverhoging – toegestane kapitaal – voorkeurrecht – recht van Voorrang », in *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, série *Rechtspersonen- en vennootschapsrecht*, Kalmthout, Biblo, 1992, pp. 20-25.

DE WILDE, H., « De gewijzigde tweede Richtlijn – nieuwe opportuniteiten voor het Belgische vennootschapsrecht », *Notariaat*, 2008, liv. 6, 1-8.

DE WULF, H., « Uitgifte en overdracht van aandelen bij BV en NV », in *Le projet de Code des sociétés et associations/Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 183-210.

DELLA FAILLE, P., *Fusions, acquisitions, et évaluations d'entreprises – Une approche juridique, économique et financière*, Bruxelles, Larcier, 2001, pp. 296-317.

HAINAUT-HAMENDE, P. et RAUCQ, G., « Les sociétés anonymes. Opérations sur le capital. Emissions publiques. Transformation. Fusion-Scission », *Rép. not.*, t. XII, liv. 3/2, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 146-147, n° 639.

LAVEYT, K., « De gelijke behandeling van aandeelhouders », *R.W.*, 2002-03, pp. 1493-1503.

LUTTER, M. (éd.), *Legal Capital in Europe*, Berlin, De Gruyter, 2006.

MALHERBE, J., DE CORDT, Y., LAMBRECHT, P., MALHERBE, P. et CULOT, H., *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 632 et s.

MATRAY, D., DUVIEUSART, C., MATRAY, G. et NOKERMAN, A., « L'émission et la cession de titres dans la société anonyme et dans la société à responsabilité limitée », in *Le nouveau droit des sociétés et des associations*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 297-326.

RONSE, J., « Vennootschappen, overzicht van rechtspraak (1978-1985) », *T.P.R.*, 1986, p. 1378, n° 388.

TOSSENS, J.-F., « Les actions sans droit de vote, les obligations convertibles et les droits de souscription, le droit de préférence et le droit de priorité », in *Le nouveau droit belge des sociétés*, Louvain-la-Neuve, Centre Jean Renauld, 1991, p. 7.

WYCKAERT, M., *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, Jan Ronse Instituut, Kalmthout, Biblo, 1995.

COMMENTAIRE

Structure

- I. Présentation de l'article
- II. Origine et mécanisme
- III. Modalités
 - A. Organe compétent
 - B. Caractéristiques
 - C. Délai

I. Présentation de l'article

1 L'article 7:194 du CSA est une reprise de l'article 599 du Code des sociétés, qui, lui, est une combinaison de l'article 34*bis*, § 4, alinéa 2, des L.C.S.C., tel qu'il a été remplacé par l'article 3 de la loi du 18 juillet 1991 (*1) et de l'art. 101*quater*, alinéa 1^{er}, des L.C.S.C., tel qu'il a été inséré par l'article 1^{er} de la loi du 23 juillet 1962 (*2) et modifié par l'art. 37 de la loi du 5 décembre 1984 (*3) et par l'article 41 de la loi du 18 juillet 1991 précitée.

2 L'article 7:194 du CSA du Code des sociétés permet de prévoir, en cas de dérogation au droit de préférence, un droit de priorité aux anciens actionnaires. Cette priorité diffère de celle attribuée dans le cas du droit de préférence, comme nous le verrons ci-dessous, en ce qu'elle est accordée lors de l'attribution des actions nouvelles, et non lors de la souscription.

(*1) *M.B.*, 26 juillet 1991.

(*2) *M.B.*, 10 août 1962.

(*3) *M.B.*, 12 décembre 1984.

II. Origine et mécanisme

3 L'entrée en vigueur de la loi du 5 décembre 1984, qui a inséré le droit de préférence dans les lois coordonnées sur les sociétés commerciales, a entraîné le développement, dans la pratique, de techniques de substitut, dans le but de contourner les exigences légales. C'est ainsi qu'est né le *droit de priorité*, qui permet aux actionnaires de « passer avant » les tiers, pendant un délai inférieur au délai de quinze jours imposés par la loi, après qu'il ait été dérogé au droit de préférence (*1).

Le droit de priorité, s'il vise aussi à protéger les actionnaires existants, n'a pas la même nature ni la même étendue que le droit de préférence. Il permet aux actionnaires de souscrire prioritairement pendant une brève période, à l'issue de laquelle leur droit « disparaît, et les titres peuvent être acquis, au prix fixé, par tout intéressé, sans production d'un droit de priorité ou d'un droit de souscription » (*2). « Le droit ne confère pas aux actionnaires un droit exclusif, mais leur offre seulement la possibilité de souscrire par préférence aux autres souscripteurs » (*3), pendant un délai déterminé. Il ne joue que lors de l'attribution des titres offerts, lorsque la demande excède l'offre des actions nouvelles : les souscriptions appuyées par un droit de priorité seront servies prioritairement (*4). Passé ce délai, les actionnaires perdent leur priorité, et les titres peuvent être acquis par tout souscripteur intéressé, sans devoir justifier de la possession de titres (*5).

La licéité de cette pratique a été constatée par la Commission bancaire et financière (*6). Elle a été insérée dans le droit positif par la loi du 18 juillet 1991, qui a modifié l'article 34*bis* des L.C.S.C. (*7). La règle, inscrite à l'article 599 du Code des sociétés, est désormais reprise à l'article 7:194 du CSA.

(*1) P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, « Les sociétés anonymes. Opérations sur le capital. Emissions publiques. Transformation. Fusion-Scission », *Rép. not.*, t. XII, liv. 3/2, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 146, n° 639.

(*2) Commission bancaire et financière, *Rapport annuel 1986-1987*, p. 111.

(*3) P. VAN OMMEFLAGHE et X. DIEUX, « Les sociétés commerciales. Examen de jurisprudence (1979 à 1990) », *R.C.J.B.*, 1993, p. 670, n° 78.

(*4) Commission bancaire et financière, *Rapport annuel 1989-1990*, pp. 107-108.

(*5) P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, « Les sociétés anonymes. Opérations sur le capital. Emissions publiques. Transformation. Fusion-Scission », *Rép. not.*, t. XII, liv. 3/2, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 146, n° 639.

(*6) Commission bancaire et financière, *Rapport annuel 1986-1987*, p. 109.

(*7) L'intervention législative a été justifiée par « le développement de la pratique des émissions au cours ou à un prix proche du cours de Bourse des actions anciennes ». Or, si « on maintient le droit de préférence au sens classique, les risques d'échec sont considérables, vu que les tiers ne pourront pas souscrire et que le prix d'acquisition pour les acquéreurs tiers dépassera rapidement le cours des actions anciennes compte tenu des frais d'acquisition des droits de souscription » ; *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1990-1991, n° 1107/1, p. 48 ; M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, Jan Ronse Instituut, Kalmthout, Biblo, 1995, p. 453 ; F. BOUCKAERT, « Kapitaalverhoging – toegestane kapitaal – voorkeurrecht – recht van voorrang », in *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, dans la série *Rechtspersonen- en vennootschapsrecht*, Kalmthout, Biblo, 1992, pp. 20-25 ; P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, *op. cit.*, p. 147.

III. Modalités

4 En vertu de l'article 7:194 du CSA, dans le cas où le droit de préférence est limité ou supprimé, les anciens actionnaires peuvent se voir octroyer un droit de priorité lors de l'attribution de nouveaux titres.

A. ORGANE COMPÉTENT

5 Bien que l'article 7:194 ne vise que l'assemblée générale, il est admis que la possibilité d'accorder un droit de priorité est laissée à la discrétion de l'organe décidant de l'augmentation de capital ou de l'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription (*1). Sont donc compétents pour prendre une telle décision (i) l'assemblée générale, moyennant le respect des conditions de forme requises pour la modification des statuts (*2), (ii) l'organe d'administration, agissant dans le cadre du capital autorisé, étant entendu qu'une habilitation statutaire expresse est requise par l'article 7:200, 1^o, du CSA (*3). La procédure prévue à l'article 7:191 du CSA, en cas de dérogation au droit de préférence, doit avoir été respectée au préalable. Les formalités de publicité seront réalisées en même temps.

B. CARACTÉRISTIQUES

6 La technique du droit de priorité permet aux actionnaires existants, dans le cadre d'une augmentation de capital faite hors droit de préférence, de se voir attribuer prioritairement les actions. S'il y a sursouscription, les actionnaires anciens passeront avant les tiers au moment de la distribution des actions, et ce proportionnellement au nombre d'actions auxquelles ils ont souscrit (*4). Ainsi, une priorité sera donnée aux anciens actionnaires lors de l'*attribution* des nouveaux titres et non lors de la *souscription*, comme dans le cas du droit de préférence (*5).

En principe, le droit de priorité n'a pas de valeur économique. Il n'est par conséquent pas négociable. Il peut toutefois le devenir si le cours des actions existantes vient à

(*1) J.-P. BLUMBERG et C. VAN SANTVLIET, « Clause-type : capital autorisé. Droit de préférence. Droit de priorité », *M.N.F.*, 1992/5, p. 115.

(*2) P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, *op. cit.*, p. 147.

(*3) Voir le commentaire de l'article 7:191 du CSA.

(*4) Pour un exemple chiffré, voir M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, Jan Ronse Instituut, Kalmthout, Biblio, 1995, p. 453.

(*5) M. VAN DER HAEGEN et J.-M. GOLLIER, « Les sociétés commerciales. Loi du 18 juillet 1991 », *J.T.*, 1992, p. 192, n^o 13 ; P. VAN OMMEFLAGHE et X. DIEUX, « Les sociétés commerciales. Examen de jurisprudence (1979 à 1990) », *R.C.J.B.*, 1993, p. 669, n^o 78 ; A. BENOIT-MOURY, « Dix ans de jurisprudence en matière de sociétés », *Act. dr.*, 1991, p. 148, n^o 64 ; J.-L. DUPLAT et Ph. LAMBRECHT, « La Commission bancaire et financière et l'évolution du droit des sociétés », *Principes et exigences du droit des sociétés en Europe*, XIV^e journées d'études juridiques Jean Dabin des 19 et 20 novembre 1992, p. 9 ; Ph. LAMBRECHT et G. DE PIERPONT, « Les modifications du capital dans la SA », *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., Waterloo, Kluwer, 2012, liv. 46.3, p. 35, n^o 470.

dépasser le prix d'émission. Dans ce cas, il pourrait être coté et négocié sur un marché réglementé (*1).

7 Le système du droit de priorité s'avère moins contraignant que celui du droit de préférence. En effet, la durée de souscription est limitée par l'article 7:194 du CSA à dix jours, et le Code n'impose pas de procédure spécifique en ce qui concerne les droits de priorité non exercés à l'expiration de la période de souscription. En particulier, pour les sociétés cotées, les droits de priorité non exercés ne devront pas faire l'objet de la procédure des « scripts » recommandée par la FSMA (*2).

8 Le droit de priorité constitue, selon la FSMA (CBF à l'époque), « un substitut adéquat au droit de préférence lorsque le contexte dans lequel s'inscrit l'émission de titres nouveaux commande de supprimer ce droit, compte tenu des prescriptions légales qui y sont attachées et qui risquent de faire échouer l'opération » (*3). Dans ce cas, le droit de priorité permet en effet de sauvegarder les droits des actionnaires anciens » (*4). Le droit de priorité permet donc aux actionnaires existants, auxquels une préférence ne serait pas *a priori* reconnue afin de diversifier et d'élargir l'actionnariat, de se voir attribuer les titres prioritairement dans le cadre d'une augmentation de capital.

C. DÉLAI

9 Le CSA impose une période de souscription de dix jours. Cela permet de réduire le délai de quinze jours prévus en cas de droit de préférence, sans que le délai ne puisse être inférieur à dix jours.

Notons que la FSMA (CBF à l'époque), a admis, dans le cadre d'une procédure de *Bookbuilding*, que la période de souscription soit inférieure à dix jours considérant, « qu'en l'espèce, la protection des actionnaires n'était pas amoindrie du fait d'une période de souscription inférieure à dix jours. Les intermédiaires s'étaient en effet engagés à mettre le prospectus à disposition du public pendant une période précédant l'ouverture de la souscription sensiblement plus longue que ce qu'exige la réglementation en la matière » (*5).

(*1) *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1990-1991, n° 1107/1, p. 49 ; Commission bancaire et financière, *Rapport annuel 1988-1989*, p. 109 ; A. BENOIT-MOURY, « Dix ans de jurisprudence en matière de sociétés : 1981-1990 », *Act. dr. Liège*, 1991, p. 148 ; J.-F. TOSSENS, « Les titres », in *Le nouveau droit des sociétés*, Journées d'études, Louvain-la-Neuve, 3 décembre 1991 ; P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, *op. cit.*, p. 147.

(*2) Voir le commentaire de l'article 7:191 du CSA ; voir, également, P. DELLA FAILLE, *Fusions, acquisitions, et évaluations d'entreprises – Une approche juridique, économique et financière*, Bruxelles, Larcier, 2001, pp. 308-309, n° 639.

(*3) Est visé le cas où les titres nouveaux sont émis à un prix supérieur ou égal à la valeur des titres anciens. La valeur des droits de préférence est théoriquement nulle, voire négative si l'on considère les frais liés à l'opération. Les actionnaires n'ont aucun intérêt à exercer ou à vendre leur droit de préférence dans ce cas, ce qui peut compromettre la réussite de l'opération ; voir *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1990-1991, n° 1107/1, p. 45 ; P. DELLA FAILLE, *op. cit.*, pp. 307-308, n° 637.

(*4) Commission bancaire et financière, *Rapport annuel 1989-1990*, pp. 107-108.

(*5) Commission bancaire et financière, *Rapport annuel 1998-1999*, p. 111.

10 En pratique, le délai de dix jours est cependant, dans certains cas, difficilement conciliable avec les besoins de rapidité et de souplesse auxquels doivent faire face les sociétés (*1). C'est la raison pour laquelle l'on a assisté au développement d'un substitut du droit de priorité légal, le droit « d'allocation prioritaire ». La technique consiste à accorder la priorité aux anciens actionnaires pour souscrire une tranche d'actions dite « prioritaire », selon une allocation déterminée, tandis qu'une autre tranche d'actions dite « libre », est ouverte à tous les souscripteurs, selon des règles en cas de sursouscription à définir, les actions non souscrites de la première tranche étant ajoutées à celles de la tranche libre. Cette pratique se situe hors du cadre du droit de priorité et répond au besoin de clôture rapide des opérations une fois réalisées (*2).

11 Cette technique est entrée dans le droit positif. A titre exemple, la réglementation des augmentations de capital et des émissions de titres par des sicafi, modifiée par l'arrêté sicafi (*3), permet d'effectuer des augmentations de capital en numéraire avec suppression ou limitation du droit de préférence, à condition qu'un *droit d'allocation prioritaire irréductible* soit accordé à ses actionnaires existants lors de l'attribution des nouveaux titres (*4). « Ce droit vise à répliquer l'effet économique du droit de préférence, sans en présenter les inconvénients (longue période de souscription etc). Il présente la caractéristique qu'à la différence du droit de préférence prévu par l'article 592 du Code des sociétés, il s'exerce au moment de l'allocation des actions (et non au moment de la souscription). Seuls les actionnaires ayant souscrit en bénéficieront donc ». Il se distingue également, « par son caractère et ses modalités obligatoires, du droit de priorité facultatif [...] prévu à l'article 599 du Code des sociétés » (*5).

(*1) Le maintien d'un tel délai dans le Code fait l'objet de critiques, vu son inadéquation en pratique ; D. WILLERMAIN, « Les actions et le capital dans la société anonyme : réexamen de thèmes classiques à la lumière du CSA », *RPS-TRV*, 2020, p. 145.

(*2) Commission bancaire et financière, *Rapport annuel 1998-1999*, p. 110 ; P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, *op. cit.*, p. 147, citant L. LEIGEN, « Quelques questions spéciales de droit des sociétés en rapport avec les opérations d'appel au marché des capitaux », *Dr. banc. fin.*, 2008, p. 258.

(*3) Arrêté royal du 7 décembre 2010 relatif aux sicafi, *M.B.*, 28 décembre 2010, art. 13.

(*4) FSMA, *Rapport annuel 2011*, p. 81.

(*5) Arrêté royal du 7 décembre 2010 relatif aux sicafi, *Rapport au Roi, M.B.*, 28 décembre 2010, p. 82416.

Sous-section 3. Libération des apports en numéraire

7:195. En cas d'apports en numéraire à libérer lors de la réception de l'acte constatant l'augmentation de capital, les fonds sont préalablement déposés par versement ou virement sur un compte spécial ouvert au nom de la société auprès d'un établissement de crédit établi dans l'Espace économique européen au sens de l'article 4, paragraphe 1er, point 1), du règlement (UE) nr. 575/2013. Une preuve de ce dépôt est remise au notaire instrumentant.

Le compte spécial est à la disposition exclusive de la société. Il ne peut en être disposé que par les personnes habilitées à engager la société et après que le notaire instrumentant eût informé l'établissement de la passation de l'acte.

Si l'augmentation n'est pas réalisée dans le mois de l'ouverture du compte spécial, les fonds sont restitués à leur demande, à ceux qui les ont déposés

Voir aussi : art. 7:12

Commentaire de l'article 7:195 du Code des sociétés et des associations

Auteur : Pascale HAMENDE

Mise à jour : 15 août 2021

DOCTRINE IMPORTANTE

BOUCKAERT, F. et VERSTAPPEN, J., « Enkele voor de notariële praktijk belangrijke gevolgen van de uitgestelde verwerving van de rechtspersoonlijkheid door vennootschappen », *T. Not.*, 1996, p. 456.

BOUCKAERT, F. et VERSTAPPEN, J., « Sociétés – Acquisition de la personnalité juridique – Questions parlementaires », *Not.*, 1998/9-10, p. 412.

COIPEL, M., *Les SPRL*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 217.

CULOT, H., « La libération du capital : examen de quelques difficultés pratiques », in *Droit des affaires et sociétés. Actualités et nouveaux enjeux ?*, Limal, Anthemis, 2013., p. 287.

DU CASTILLON, L., « L'augmentation de capital par apport en numéraire en pratique », *Cah. jur.*, 2016, liv. 2, p. 32.

GILCART, S., « Apport en numéraire et souscription fictive », note sous Liège, 25 juin 1999, *J.D.S.C.*, 2002, p. 34.

GILCART, S. et BROCAL, C. « Les règles de constitution des SA, SPRL et SCRL », *Guide jur. entr.*, Bruxelles, Kluwer, livre 14.3, n° 620.

HAINAUT-HAMENDE, P., *La Société Anonyme, Opérations sur le capital – Emission publique, Transformation – Fusion et Scission, Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 616, p. 89.

HAINAUT-HAMENDE, P. et RAUCQ, G., *Les Sociétés anonymes – Constitution et Fonctionnement*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 15, p. 192.

JEGHERS, J.L., « Quelques réflexions à propos des formalités récentes les plus courantes liées à l'acte de constitution d'une société commerciale », *Le droit des sociétés, Aspects pratiques et conseils des notaires*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

NAVEZ, E.J. et NAVEZ, A., *Le Code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 111.

SIMONT, L., « La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales », *Rev. prat. soc.* 1974, p. 1.

TILQUIN, T. et SIMONART, V., *Traité des sociétés*, T. III, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 400 et s.

WEYTS, L., « Problemen i.v.m. inbrengen in geld volgens het nieuwe art. 29bis al. 2 en 3 venn. W. », *T. Not.*, 1975, p. 97.

WYCKAERT, M., *Kapitaal in N.V. et B.V.B.A.*, Kalmthout, Biblo, 1994, n° 426-430, p. 303.

COMMENTAIRE

Structure

- I. Présentation de l'article
- II. Sommes visées : libération lors de l'acte
- III. Libération postérieure à l'acte
- IV. Ouverture d'un compte spécial

Chapitre 3. Maintien du capital

Section 2. De l'acquisition d'actions, de parts bénéficiaires ou de certificats propres

Sous-section 1^{re}. De l'acquisition d'actions, de parts bénéficiaires ou de certificats propres par la société elle-même

7:215. § 1^{er}. La société ne peut acquérir ses propres actions, parts bénéficiaires ou certificats s'y rapportant, par voie d'achat ou d'échange, directement ou par personne agissant en son nom propre mais pour le compte de la société, ainsi que souscrire à des certificats postérieurement à l'émission des actions ou parts bénéficiaires, que sous les conditions suivantes :

1° l'acquisition est autorisée par une décision préalable de l'assemblée générale, prise dans le respect des conditions de quorum et de majorité requises pour la modification des statuts ;

2° les sommes affectées à cette acquisition sont susceptibles d'être distribuées conformément à l'article 7:212 ;

3° l'opération porte sur des actions entièrement libérées ou sur des certificats s'y rapportant ;

4° l'offre d'acquisition est faite aux mêmes conditions à tous les actionnaires, et, le cas échéant, à tous les titulaires de parts bénéficiaires ou titulaires de certificats aux mêmes conditions par classe ou par catégorie, sauf si une assemblée générale à laquelle tous les actionnaires, et les cas échéant, les titulaires de parts bénéficiaires ou de certificats, étaient présents ou représentés décide de l'acquisition à l'unanimité ; de même, les sociétés cotées et les sociétés dont les actions, les parts bénéficiaires ou les certificats se rapportant à ces actions sont admis aux négociations sur une MTF visée à l'article 3, 10°, de la loi du 21 novembre 2017 relative aux infrastructures des marchés d'instruments financiers et portant transposition de la directive 2014/65/UE, dans la mesure où cette MTF fonctionne sur la base d'une négociation quotidienne au minimum et d'un carnet d'ordres central, peuvent acheter leurs propres actions, parts bénéficiaires ou certificats, sans qu'une offre d'acquisition doive être faite aux actionnaires, titulaires de parts bénéficiaires ou titulaires de certificats, à condition qu'elles garantissent l'égalité de traitement des actionnaires, titulaires de parts bénéficiaires ou titulaires de certificats qui se trouvent dans les mêmes conditions, moyennant l'équivalence du prix offert.

L'assemblée générale ou les statuts fixent notamment le nombre maximum d'actions, de parts bénéficiaires ou de certificats à acquérir, la durée pour laquelle l'autorisation d'acquérir est accordée et qui ne peut excéder cinq ans à dater de la publication de l'acte constitutif, de la modification des statuts ou de l'autorisation de l'assemblée générale, ainsi que les contre-valeurs minimales et maximales.

La décision de l'assemblée générale visée à l'alinéa 1^{er}, 1°, n'est pas requise lorsque la société ou une personne agissant en son nom propre mais pour le compte de la société acquiert ses actions, parts bénéficiaires ou certificats afin de les distribuer à son personnel ou au personnel des sociétés liées à celle-ci ; ces titres doivent être transférés au personnel dans un délai de douze mois à compter de leur acquisition.

Les statuts peuvent prévoir que la décision de l'assemblée générale n'est pas requise lorsque l'acquisition est nécessaire pour éviter à la société un dommage grave et imminent.

Cette faculté n'est valable que pour une période de trois ans à dater de la publication de l'acte constitutif ou de l'acte d'autorisation ; elle est prorogeable pour des termes identiques par l'assemblée générale statuant dans le respect des conditions de quorum et de majorité requises pour une modification des statuts. L'organe d'administration communique à la première assemblée générale qui suit l'acquisition les raisons et les buts des acquisitions effectuées, le nombre et, le cas échéant, la valeur nominale, ou, à défaut de valeur nominale, le pair comptable des titres acquis, la fraction du capital souscrit qu'ils représentent, et la contrepartie payée.

Les décisions de l'assemblée générale prises sur la base de l'alinéa 1^{er}, 1^o, de l'alinéa 2 et de l'alinéa 4, sont publiées et déposées conformément aux articles 2:8 et 2:14, 1^o.

§ 2. Les sociétés cotées et les sociétés dont les actions, les parts bénéficiaires ou les certificats se rapportant à ces actions sont admis aux négociations sur un MTF visé à l'article 3, 10^o, de la loi du 21 novembre 2017 relative aux infrastructures des marchés d'instruments financiers et portant transposition de la directive 2014/65/UE, dans la mesure où cette MTF fonctionne sur la base d'une négociation quotidienne au minimum et d'un carnet d'ordres central, doivent déclarer à l'Autorité des services et marchés financiers les opérations qu'elles envisagent d'effectuer en application du paragraphe 1^{er}.

L'Autorité des services et marchés financiers vérifie la conformité des opérations de rachat avec la décision de l'assemblée générale ou, le cas échéant, de l'organe d'administration ; elle rend son avis public si elle estime que ces opérations n'y sont pas conformes.

Le Roi détermine les modalités de la procédure prescrite au présent paragraphe, et les obligations incombant aux sociétés visées au présent paragraphe en matière d'information du public relative aux opérations de rachat.

Le Roi définit les règles selon lesquelles l'Autorité des services et marchés financiers exerce le contrôle du respect des obligations en matière d'information au public arrêtées en application de l'alinéa 3, et notamment les conditions dans lesquelles, en cas de manquement des sociétés visées au présent paragraphe, l'Autorité des services et marchés financiers peut :

1^o elle-même procéder, aux frais de la société visée, à la publication de certaines informations ;

2^o elle-même rendre public que la société visée ne remplit pas ses obligations.

§ 3. Le Roi détermine les modalités visant à garantir l'égalité de traitement moyennant l'équivalence du prix offert, telle que visée au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4^o.

Commentaire de l'article 7:215 du Code des sociétés et des associations

Auteur : Louis-François DU CASTILLON

Mise à jour : 30 avril 2024

LÉGISLATION

Législation européenne

Directive (UE) n° 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, *J.O.U.E.*, L 169/46L, 30 juin 2017.

Législation et réglementation nationale

- Loi du 5 décembre 1984, *M.B.*, du 12 décembre 1984, p. 15.612 et suiv.
- Loi du 18 juillet 1991, *M.B.*, du 26 juillet 1991, p. 16.516 et suiv.
- Loi du 13 avril 1995, *M.B.*, du 17 juin 1995, p. 17.492 et suiv.
- Loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *M.B.*, du 4 avril 2019, p. 33.239 et suiv.
- Arrêté Royal du 8 octobre 2008, *M.B.*, du 30 octobre 2008, p. 57484.
- Circulaire FSMA_2019_26 du 11 septembre 2019 relative à l’acquisition et aliénation de titres propres conformément au Code des sociétés et des associations.
- Arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés et des associations, art. 205 à 208.

DOCTRINE IMPORTANTE

BRULOOT, D. et MARESCHEAU, K., « De inkoop van eigen aandelen : naar een nieuw juridisch kader », *T.R.V.*, 2007, p. 359 et suiv.

COIBION, A. et DE PIERPONT, G., « Assistance financière, rachat d’actions propres et apports en nature : assouplissement nécessaire ou coup d’épée dans l’eau ? », *Droit des sociétés - Millésime 2011*, Bruxelles, Editions Larcier, 2011.

COIBION, A. et DE SELYS LONGCHAMPS, A., *Acquisition de titres propres et participations croisées*, Bruxelles, Larcier, 2016.

COIBION, A., « Rachat d’actions propres et participations croisées : le renforcement de l’actionnaire de référence par l’autocontrôle », Séminaire Vanham & Vanham, 13 octobre 2005.

CULOT, H. et THOUMSIN, P.Y., « Contrôle et maintien du capital : une réforme sans audace », *J.T.*, 2009, p. 93 et suiv.

CULOT, H. et VAN BUGGENHOUT, M., « Droit européen des sociétés, vers une réforme du capital ? », *J.T. – dr. eur.*, 2007, pp. 193 à 200.

DE CORDT, Y., et ANDRÉ-DUMONT, A.-P., « Rachat d’actions propres », *Droit des sociétés – Millésime 2011*, Bruxelles, Editions Larcier, 2011, p. 62-77.

DE PIERPONT, G., « L’importance du capital. Évolutions récentes du Code des sociétés », *Rev. prat. soc.*, 2010, p. 343 à 382.

EVERS, C., FERON, B., MALVAUX, B., PARTSCH, T., TAEVERNIER, B. et TYTGAT, P., *Le rachat d'actions propres. Aspects financiers, juridiques, comptables et fiscaux*, Kluwer, 2001, Bruxelles.

FYON, M. et POKORNY, V., « La société cotée dans le CSA », *L'impact du nouveau droit des sociétés sur la gouvernance des institutions financières et sur les transactions financières. De impact van het nieuwe vennootschapsrecht op de governance van financiële instellingen en op financiële transacties*, S. Declercq et al. (dir.) Bruxelles, Larcier, 2020, p. 291 à 355.

GEENS, K., « Articles 52bis à 52sexies des LCSC », in « Le projet de loi modifiant les sociétés commerciales », *Journée d'études C.D.V.A, Rev. prat. soc.*, n° spécial, p. 51.

GOLLIER, J.-M. et MALHERBE, P., « Les sociétés commerciales : Des lois coordonnées au Code des sociétés », *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, 33, 2^e éd. par P. Malherbe, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 262.

GOLLIER, J.-M. et MALHERBE, P., « Les sociétés commerciales : Lois des 7 et 13 avril 1995 », *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, 10, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 84 et suiv.

HORSMANS, G., « La société coopérative », *T.P.D.C.*, t. IV. Vol. I, Kluwer, Bruxelles, 2012, p. 355

L'HOMME, T., POTTIER, E., TU, L.-Y. et VISEUR, G., « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », *R.D.C.*, 2018/9, p. 1013 à 1066.

MASSAGE, M., *L'adaptation du droit des sociétés anonymes aux deuxième et quatrième directives européennes (loi du 5 décembre 1984)*, Bruxelles, Swinnen, 1985.

MUYLDERMANS, J. et CHALOT, M., « Précompte immobilier sur liquidations et rachats d'actions propres », *R.G.F.*, 2003, p. 12 à 18.

NELISSEN GRADE, J.-M. et COIBION, A., « Acquisition de titres propres et participations croisées. Quelques considérations pratiques », in *10 ans du Séminaire Vanham & Vanham. Actualités en droit des affaires*, Editions TTB, 2003.

NELISSEN GRADE, J.-M. et COIBION, A., *Le rachat d'actions propres*, Séminaire Vanham & Vanham du jeudi 8 mars 2001.

POTTIER, E. et CULOT, L., « Nouveautés dans le capital : rachat d'actions propres, assistance financières, apport en nature », *Le point sur le droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 301-355.

POTTIER, E., L'HOMME, T., TU, L.-Y. et VISEUR, G., « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », *Le Code des sociétés et associations : (r)évolution ? Analyse des principales modifications. Het Wetboek van vennootschappen en verenigingen : (r)evolutie ? Analyse van de belangrijkste wijzigingen*, E. Pottier (dir.), Bruxelles, Larcier, 2019, p. 149 à 241.

SIMONART, V., « Une société anonyme belge peut-elle acquérir plus de dix pour cent de ses propres actions en vue de leur destruction immédiate », *Mélanges offerts à P. Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 669 à 688.

TAS, R., « Wijzigingen inzake de bijeenbrenging en instandhouding van het maatschappelijke kapitaal : de afgeslankte tweede richtlijn », *T.R.V.*, 2006, pp. 615 à 630.

VAN DER HAEGHEN, M. et GOLLIER, J.-M., « Les sociétés commerciales (loi du 18 juillet 1991) », *J.T.*, 1991, p. 198 à 200.

WILLERMAIN, D., « Les actions et le capital dans la société anonyme : réexamen de thèmes classiques à la lumière du CSA », *Rev. prat. soc.*, 2020/2, p. 125 à 169.

WYCKAERT M., « De bepaling van de fractie-waarde van aandelen zonder nominale waarde in de NV en de aan deze aandelen verbonden rechten », *T.R.V.*, 1991, p. 389

COMMENTAIRES

Structure

- I. Introduction
 - A. Origines
 - B. Justifications
 - C. Nature de l'opération
- II. Champ d'application
- III. Procédure d'acquisition des actions propres
 - A. Habilitation préalable de l'assemblée générale
 - B. Conditions
 - 1. Nombre maximum d'actions
 - 2. Prix des actions
 - 3. Durée de l'habilitation
 - D. Exercice de l'habilitation – Décision du rachat des titres propres
 - E. Publicité de l'habilitation de procéder à un rachat d'actions propres
- IV. Conditions de fond
 - A. L'opération ne peut porter que sur des actions entièrement libérées
 - B. L'offre doit être faite, en principe, aux mêmes conditions à tous les actionnaires
 - 1. Principes
 - 2. Première exception : unanimité
 - 3. Seconde exception : rachats de titres propres par des sociétés cotées ou des sociétés dont les titres sont admis sur un « *Multilateral Trading Facilities* »
- V. Le régime des actions propres de sociétés cotées sur un marché réglementé ou sur un MTF
 - A. Définitions et principes
 - B. Les obligations de transparence et d'informations
 - C. Le contrôle par la FSMA
- VI. Les exceptions à l'habilitation préalable par l'assemblée générale
 - A. Autorisation statutaire conférer pour éviter à la société un dommage grave et imminent
 - B. Opérations effectuées en vue de distribuer les titres à son personnel

I. Introduction

A. ORIGINES

1 Le régime applicable aux rachats d'actions propres est issu de la Directive n° 77/91/CEE du Conseil du 13 décembre 1976 tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 58, deuxième alinéa, du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital – dite « *Deuxième Directive droit des sociétés* » –, qui est à l'origine de l'article 52*bis* des anciennes lois coordonnées sur les sociétés commerciales. Il fut introduit par la loi du 5 décembre 1984, aujourd'hui coordonnée au sein de la Directive (UE) n° 2017/1132 du parlement européen et du conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, *J.O.U.E.*, L 169/46L, 30 juin 2017.

Le régime a été assoupli en 1991 (*1), puis a fait l'objet d'une loi de « réparation » en 1995.

Le régime a ensuite été à nouveau assoupli par l'arrêté royal du 8 octobre 2008 visant à transposer les modifications apportées à la Deuxième Directive droit des sociétés et enfin par la loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, qui a principalement réduit de 4/5 à 3/4 le quorum de vote et a également supprimé la limite des 20 % maximum d'actions pouvant devant être acquise (sous l'angle du droit des sociétés), sans toutefois que cette dernière limitation n'ait été assouplie sous l'angle fiscal.

Le Code des sociétés et des associations a par ailleurs supprimé l'obligation de recueillir l'approbation préalable de l'assemblée générale des actionnaires afin d'aliéner (revendre) les actions de la société, laissant toutefois en place les conditions strictes prévues par l'article 7:218 du Code des sociétés et des associations.

B. JUSTIFICATIONS

- 2 Différentes raisons peuvent inciter une société à racheter ses propres actions :
- pour les sociétés cotées, un rachat d'actions propres, ou même seulement l'annonce de celui-ci, peut exercer une influence favorable sur le cours de l'action ;
 - l'opération peut avoir, le cas échéant compte tenu de l'annulation des actions propres, un effet relutif pour les autres actionnaires ;

(*1) M. VAN DER HAEGHEN et J.-M. GOLLIER, « Les sociétés commerciales (loi du 18 juillet 1991) », *J.T.*, 1991, p. 198.

- l'opération peut également aboutir à modifier la structure de l'actionnariat de la société voire éventuellement à constituer une mesure de défense « anti-opa » (« *green-mail* ») ;
- l'opération peut permettre d'alimenter un programme d'option sur actions (stock-option) en faveur du personnel ou des cadres de l'entreprise ;
- la volonté d'ajuster la structure financière de la société, car l'opération aboutira en principe à une diminution des fonds propres, combinée à une augmentation des dettes financières et/ou une diminution de sa trésorerie, selon le mode de financement choisi.

C. NATURE DE L'OPÉRATION

3 Les rachats d'actions propres font l'objet de circonspection de la part du législateur et les motifs suivants sont généralement avancés :

- la part du capital représentée par les actions rachetées se voit réduite, faussant en quelque sorte la substance du capital social.
- l'opération comporte un risque de rupture de l'égalité entre les actionnaires, s'ils ne se voient pas tous offrir les mêmes conditions ;
- une acquisition d'actions propres peut perturber les rapports de force au sein de l'assemblée générale des actionnaires.

4 Le législateur n'a dès lors autorisé ces opérations qu'en les entourant de conditions contraignantes.

En règle générale (sous réserve des dérogations examinées ci-après), les rachats d'actions propres sont soumis à l'autorisation préalable de l'assemblée générale des actionnaires statuant à la majorité qualifiée des 3/4 (et non plus des 4/5^e, comme c'était le cas avant l'entrée en vigueur du Code des sociétés et des associations), à qui il appartient de définir les conditions, notamment financières, auxquels les rachats peuvent être effectués.

Le Code des sociétés et des associations définit également les strictes conditions applicables à la détention, à l'aliénation ainsi qu'à l'annulation éventuelle des actions propres, ainsi qu'aux sanctions pouvant découler du non-respect de ces règles.

5 Il n'entre pas dans l'objet de cette contribution de s'attacher au traitement fiscal des opérations de rachat d'actions propres. Il s'agit toutefois d'un volet important de ce type d'opérations.

Relevons toutefois que le législateur fiscal a maintenu le plafond des 20 % (art. 186 C.I.R. 92), au-delà duquel l'opération sera imposée, alors que cette limite a été supprimée du Code des sociétés et des associations.

Nous nous limiterons à mentionner dans le cadre de ce commentaire que le « *boni d'acquisition* », c'est-à-dire la différence que représente l'excédent entre la quote-part de la valeur du capital libéré représenté par les actions rachetées et la valeur réelle de ces actions, peut être considérée dans le chef de l'actionnaire comme une distribution de dividende, et sera soumis aux règles ordinaires de taxation, soit en principe une retenue à la source (précompte) susceptible, le cas échéant, de subir un taux ordinaire de 30 % (à la date des présentes). Dans le chef de la société, l'opération devrait être neutre si et dans la mesure où le prix de rachat est prélevé exclusivement des bénéfices déjà taxés. Une analyse fiscale pertinente, applicable aux parties en cause doit donc être réalisée afin de déterminer la taxation applicable (par exemple entre sociétés bénéficiant de la directive mère-fille).

Nous renvoyons aux commentaires fiscaux à ce sujet (*1).

II. Champ d'application

6 Le régime des articles 7:215 et suivants du Code des sociétés et associations s'applique aux acquisitions effectuées directement par la société elle-même « *ou par [toute] personne agissant en son nom propre, mais pour le compte de la société* ».

Cette formulation englobe les cas où une convention a été conclue entre la société elle-même et une autre personne agissant pour son compte (mandat, commission, portage, prête-nom, etc.) de sorte « *que les risques de l'opération soient entièrement assumés par la société elle-même* (*2). »

Afin de tomber dans le champ d'application de l'article 7:215 du Code des sociétés et des associations, en cas d'acquisition en nom propre mais pour le compte de la société, il faudrait dès lors établir l'existence d'une convention en vertu de laquelle les acquisitions d'actions propres ont lieu conformément aux instructions de la société et à son profit.

Tel sera alors notamment le cas de mandats confiés à des établissements de crédit ou des intermédiaires afin de racheter les actions de la société, par exemple.

A l'inverse, tel ne serait *pas* le cas d'acquisitions réalisées par les filiales directes et indirectes, pour lesquelles un régime spécifique est applicable (art. 7:221 à 7:223 du Code des sociétés et des associations). La question de l'applicabilité se pose toutefois si ladite filiale agit pour le compte de sa mère.

(*1) L. HERVE et I. RICHELLE, Incidences fiscales de la réforme du droit des sociétés, Larcier, Bruxelles, 2019, p. 114.

(*2) C. EVERS, B. FERON, B. MALVAUX, T. PARTSCH, B. TAEVERNIER et P. TYTGAT, Le rachat d'actions propres. Aspects financiers, juridiques, comptables et fiscaux, Kluwer, 2001, Bruxelles, p. 56.

7 L'article 7:215 du Code des sociétés et des associations régit les acquisitions (i) d'actions propres, avec ou sans droit de vote (*1), (ii) de parts bénéficiaires propres (*2), que celles-ci disposent ou non du droit de vote (*3), ainsi, sous certaines conditions spécifiques, (iii) qu'aux certificats s'y rapportant. Dans le cadre de ce commentaire, nous nous référerons alors fréquemment aux « titres propres » pour se référer à ces différentes catégories de titres.

Notons à cet égard que l'inclusion des parts bénéficiaires dans le régime démontre que la réglementation ne vise pas uniquement à protéger la consistance du capital, les parts bénéficiaires n'étant pas *forcément* représentatives d'un apport, mais également à limiter les désagréments pouvant résulter de l'autocontrôle.

Le régime n'est, par contre, pas applicable aux acquisitions d'obligations (convertibles ou non), de droits de souscription (warrants) ou d'options, étant toutefois entendu que si ces droits sont exercés, la société devra le cas échéant respecter les dispositions applicables à la détention des actions propres si l'exercice de ces droits aboutit à ce que la société détienne des actions propres.

8 L'article 7:215 du Code des sociétés et des associations vise les « acquisitions par voie d'achat ou d'échange », c'est-à-dire les acquisitions à titre onéreux.

Conformément à l'article 7:216, 2^o, du Code des sociétés et des associations, ne sont pas visées les transmissions universelles ou à titre universel (apports ou cessions de branche, fusions, scissions). Ainsi, si une société « A » absorbe une société « B », qui est titulaire d'actions de la société « A », la société A ne devra pas suivre la procédure prévue pour l'acquisition d'actions propres. En revanche, le régime applicable à la détention et à l'aliénation d'actions propres devra être appliqué (cf. *infra* art. 7:217 du CSA).

Quant aux acquisitions à titre gratuit, elles sont interdites et frappées de nullité en vertu de l'article 7:219, § 2 du Code des sociétés et des associations.

Le régime d'acquisition d'actions d'une société par une de ses filiales fait par ailleurs l'objet d'un régime distinct (art. 7:221 et 7:222 du CSA).

(*1) Id., p. 58 ; K. GEENS, *Verwerving van eigen aandelen en personeelsaandelen*, in Jan Ronse instituut (éd.) N.V en B.V.B.A. na de Wet van 18 Juli 1991, Kalmthout, Biblo, 1992, p. 37.

(*2) Mais les parts bénéficiaires ne représentant pas le capital social, elles pourraient être acquises par la société sans égard à la limite des 20 %.

(*3) Pour une critique de l'application du régime des articles 620 et suivants aux parts bénéficiaires : D. ROELENIS et S. STEVENS, « Winstbewijzen praktisch bekeken », *T.R.V.*, 2010/4, p. 301.

III. Procédure d'acquisition des actions propres

A. HABILITATION PRÉALABLE DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

9 L'article 7:215, § 1, 1^o, du Code des sociétés et des associations soumet en principe tout rachat d'actions propres à une décision préalable de l'assemblée générale statuant aux conditions de quorum et de majorité requis pour la modification des statuts (art. 7:153 du CSA).

10 Il en résulte qu'une première assemblée générale ne pourra valablement statuer sur l'habilitation de la société à procéder à des rachats d'actions propres que si les titulaires de titres auxquels sont attachés des voix représentant la moitié du capital social sont présents.

Si tel n'est pas le cas, une seconde assemblée pourra être convoquée afin de statuer aux 3/4 des voix, dans ce cas, sans égard au quorum de présence.

Les titres dont les droits de vote sont suspendus, en ce compris les titres que la société a déjà rachetés, ne sont pas pris en compte (7:217, § 1 du CSA).

Contrairement à la décision de modifier les statuts de la société, qui implique une modification des statuts de la société, il n'est pas nécessaire que la décision soit passée en la forme authentique, sauf bien entendu si l'habilitation résulte d'une clause statutaire, auquel cas toutes les règles relatives à la modification des statuts devront également être suivies (assemblée tenue devant notaire, dépôts au greffe, coordination des statuts).

11 La décision de l'assemblée générale constitue une « habilitation-cadre » en faveur du conseil d'administration. L'habilitation ne doit pas être réitérée lors de chaque acquisition par le conseil d'administration, elle demeure valable pour toute sa durée, sauf décision de l'assemblée générale de retirer ou de la modifier.

B. CONDITIONS

12 L'article 7:215, § 1^{er}, 4^o, du Code des sociétés et des associations prévoit que « *L'assemblée générale ou les statuts fixent notamment le nombre maximum d'actions, de parts bénéficiaires ou de certificats à acquérir, la durée pour laquelle l'autorisation est accordée et qui ne peut excéder cinq ans, ainsi que les contre-valeurs minimales et maximales* ».

1. Nombre maximum d'actions

13 Le Code des sociétés et des associations impose à l'assemblée générale des actionnaires de limiter le nombre de titres propres que le conseil d'administration peut acquérir dans le cadre de son habilitation (et qui ne doit d'ailleurs pas être confondu avec le seuil de 20 % du capital qui était auparavant prévu à l'ancien article 620, § 1^{er}, 2^o, du Code des sociétés (*1)). L'habilitation mentionnera, comme l'article 7:215 du Code des sociétés et des associations le prévoit expressément, un nombre d'actions et non pas, par exemple, un pourcentage du nombre d'actions existantes.

2. Prix des actions

14 La décision de l'assemblée doit fixer le prix minimal et maximal auquel les titres propres peuvent être rachetés.

Il s'agit notamment d'éviter que la société n'acquière des titres propres à un prix trop élevé, ce qui la préjudicierait au profit des actionnaires vendeurs.

3. Durée de l'habilitation

15 Quant à la durée de l'habilitation, les actionnaires peuvent fixer la durée maximale de l'autorisation à cinq ans, qui était la durée maximale déjà prévue par la deuxième directive droit des sociétés.

Il est admis que le point de départ de l'habilitation est la date de l'assemblée générale ayant donné l'autorisation (et non pas la date de publication de l'habilitation), sauf bien entendu si les actionnaires ont fixé le point de départ à une date postérieure. Dans ce cas, certains considèrent que le report du point de départ ne peut aboutir à octroyer une habilitation au-delà de cinq ans après la date de l'assemblée générale. Il n'est en revanche pas possible de donner une autorisation rétroactive au conseil d'administration, l'autorisation devant nécessairement être préalable.

D. EXERCICE DE L'HABILITATION – DÉCISION DU RACHAT DES TITRES PROPRES

16 L'opération d'achat d'actions propres, une fois valablement autorisée par l'assemblée générale des actionnaires, requiert une décision de l'organe d'administration

(*1) J.-M. NELISSEN GRADE et A. COIBION, Le rachat d'actions propres, Séminaire Vanham & Vanham du jeudi 8 mars 2001, p. 5.

(administrateur unique, conseil d'administration ou conseil de surveillance) afin de décider effectivement du rachat des titres propres (*1).

Il en résulte que,

- L'organe d'administration compétent ne pourrait déléguer, dans le cadre d'un mandat spécial, le pouvoir de décider de racheter des actions propres au nom de la société dans la mesure où un organe ne peut jamais déléguer les pouvoirs qui lui sont réservés par la loi, (ceci sans préjudice de la délégation des mesures d'exécution de ladite décision, le cas échéant).
- Suite à l'habilitation par l'assemblée générale des actionnaires en bonne et due forme, le conseil de direction d'une société anonyme, tout comme l'organe de gestion journalière, ne pourrait décider de procéder à un rachat d'actions propres.
- Le rachat d'actions propres ne pourrait être effectué par un organe de gestion journalière, cette opération dépassant le champ de la gestion journalière, par un conseil de direction dans une société anonyme dotée d'une administration duale.

17 Une question fréquemment posée porte sur l'application des règles de conflit d'intérêts en cas de rachat d'actions propres, notamment lorsque les administrateurs sont également actionnaires de la société. Nous partageons l'avis selon lequel la procédure de conflit d'intérêts ne doit pas être appliquée en cas de rachat d'actions propres dans l'hypothèse où un ou plusieurs administrateurs sont également actionnaires de la société car il n'y a pas d'intérêt patrimonial « opposé » à celui de la société, si le rachat d'actions propres est offert aux mêmes conditions à tous les actionnaires (*2).

A fortiori, la procédure de conflit d'intérêts du Code des sociétés et des associations ne devrait pas être applicable aux rachats d'actions propres effectués sur un marché car, dans ce cas, la société et l'administrateur concerné ne sont pas directement contreparties et le prix est fixé sur le marché concerné.

Si toutefois, si les actions propres sont rachetées à des administrateurs de gré à gré, par exemple, l'administrateur (ou les administrateurs) concerné(s) devra(en)t alors appliquer la procédure de conflit d'intérêts.

(*1) E. POTTIER et T. L'HOMME, Le comité de direction, nouvel organe des sociétés anonymes, Séminaire Vanham & Vanham du 24 octobre 2002, p. 16 ; X. DIEUX et D. WILLERMAIN « *Le Comité de direction et les comités consultatifs selon la loi du 2 août 2002 modifiant le Code des sociétés*, *Legal Tracks, Essays on contemporary corporate and financial law*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 267.

(*2) C. EVERS, B. FERON, B. MALVAUX, T. PARTSCH, B. TAEVERNIER et P. TYTGAT, *Le rachat d'actions propres. Aspects financiers, juridiques, comptables et fiscaux*, Kluwer, 2001, Bruxelles, p. 71, n° 106 ; L. SIMONT, « Conflits d'intérêts : les implications des nouveaux articles 60 et 60bis », *Rev. prat. soc.*, 1996, p. 377.

E. PUBLICITÉ DE L'HABILITATION DE PROCÉDER À UN RACHAT D'ACTIONS PROPRES

18 L'article 715, § 1, 4^o, du Code des sociétés et des associations prévoit le dépôt au greffe du tribunal de l'entreprise compétent et la publication aux Annexes du *Moniteur belge* des décisions d'assemblées autorisant le rachat d'actions propres, conformément aux articles 2:8 et 2:14, 1^o, du Code des sociétés et des associations. Si l'habilitation est statutaire, la publicité sera effectuée par le notaire, dans la foulée de la publication de la modification des statuts.

IV. Conditions de fond

19 La deuxième Directive « droit des sociétés » justifiait le régime contraignant et protecteur applicable aux rachats d'actions propres par le souci de « *préserver le capital, gage des créanciers, notamment en interdisant d'entamer celui-ci par des distributions indues aux actionnaires et en limitant la possibilité pour une société d'acquérir ses propres actions.* »

Le législateur a donc entouré d'une série de garde-fous les rachats d'actions propres, qui sont définis à l'article 7:215 du Code des sociétés et des associations et sont censés protéger la substance du capital.

20 L'article 7:215, § 1, 2^o, du Code des sociétés et des associations dispose que « *les sommes affectées à cette acquisition sont susceptibles d'être distribuées conformément à l'article 7:212.* »

Il en résulte que les sommes que la société affecte au rachat de ses actions ne peuvent être prélevées sur le capital de la société et sont en réalité traitées, du point de vue du droit des sociétés et des associations, comme une distribution de dividendes aux actionnaires dont les actions sont rachetées.

Il convient, afin de déterminer le montant de la somme pouvant être affectée au rachat d'actions propres, de prendre en considération les derniers comptes annuels approuvés (*1).

A. L'OPÉRATION NE PEUT PORTER QUE SUR DES ACTIONS ENTIÈREMENT LIBÉRÉES

21 Cette condition, portant sur les actions propres ou les certificats s'y rapportant, repose sur l'obligation de donner un prix équivalent à chaque actionnaire dont les actions sont rachetées et sur le fait que le rachat d'actions propres non libérées aboutirait

(*1) M. MASSAGE, *L'adaptation du droit des sociétés anonymes aux deuxième et quatrième directives européennes (loi du 5.12.1984)*, Bruxelles : Swinnen, 1985, cf. n^o 84, p. 134 ; C. EVERS, B. FERON, B. MALVAUX, T. PARTSCH, B. TAEVERNIER et P. TYTGAT, *Le rachat d'actions propres. Aspects financiers, juridiques, comptables et fiscaux*, Kluwer, 2001, Bruxelles, p. 70, n^o 103.

à la situation où la société serait à la fois débitrice et créancière de la libération des actions, de telle sorte que la créance se serait éteinte par confusion.

B. L'OFFRE DOIT ÊTRE FAITE, EN PRINCIPE, AUX MÊMES CONDITIONS À TOUS LES ACTIONNAIRES

1. Principes

22 Une société ne peut (sous réserve des exceptions commentées ci-dessous) racheter *hors bourse* ses actions, parts bénéficiaires ou certificats, que par le biais d'une offre *faite aux mêmes conditions à tous les porteurs de titres concernés*.

Cette règle vise à garantir l'égalité entre les actionnaires.

Il en résulte que si une société dispose de plus de 150 actionnaires autres que des investisseurs qualifiés (selon le critère en vigueur à la date de ce commentaire en vertu de l'article 6, § 3, 2°, de la loi du 1^{er} avril 2007 relative aux offres publiques d'acquisition), elle devra alors en principe lancer une offre publique d'acquisition en vertu de dispositions de ladite loi, telle que modifiée par l'arrêté royal du 3 mars 2011 mettant en œuvre l'évolution des structures de contrôle du secteur financier et établir un prospectus conformément aux dispositions de la loi du 17 juillet 2013, (*M.B.*, 6 août 2013).

Le texte disposant que « *l'offre d'acquisition doit être faite aux mêmes conditions à tous les actionnaires, et, le cas échéant, à tous les porteurs de parts bénéficiaires ou titulaires de certificats* », ce qui impliquerait, puisque le texte ne prévoit pas que les offres identiques doivent être faites « à ces actionnaires se trouvant dans des situations identiques » (*1), que les mêmes conditions doivent en principe être offertes aux actionnaires de toutes catégories confondues, aux actions sans droit de vote et aux titulaires de parts bénéficiaires.

L'offre, ouverte à tous les actionnaires, ne dispense pas la société de respecter le nombre maximum d'actions qui aura été fixé dans la décision d'habilitation décidée par l'assemblée générale.

23 Le Code des sociétés prévoit toutefois deux exceptions à l'exception prévue par l'article 7:215, § 1^{er}, 4°, du Code des sociétés et des associations.

(*1) Cf. a contrario, l'article 7:208 du Code des sociétés et des associations (régime des réductions de capital) qui prévoit cette différenciation.

2. Première exception : unanimité

24 Le Code prévoit qu'il n'est pas obligatoire d'offrir les mêmes conditions à tous les actionnaires si l'offre a été décidée à l'unanimité par une assemblée générale à laquelle tous les actionnaires étaient présents ou représentés. Ce n'est donc que lorsque tous les actionnaires ont marqué leur accord que l'offre peut être restreinte ou qu'une opération de gré à gré peut être effectuée.

3. Seconde exception : rachats de titres propres par des sociétés cotées ou des sociétés dont les titres sont admis sur un « Multilateral Trading Facilities »

25 La seconde exception à la condition prévue à l'article 7:215, § 1^{er}, 4^o, du Code des sociétés et des associations concerne les « *les sociétés cotées et les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un MTF tel que visé à l'article 3, 10^o, de la loi du 21 novembre 2017 relative aux infrastructures des marchés d'instruments financiers et portant transposition de la de la directive 2014/65/UE, dans la mesure où ce MTF fonctionne sur base d'une négociation quotidienne au minimum et d'un carnet d'ordres central, (...)* » à condition qu'elles garantissent l'égalité de traitement des actionnaires ou titulaires de certificats qui se trouvent dans les mêmes conditions, moyennant l'équivalence du prix offert. »

26 L'article 1:11 du Code des sociétés et des associations définit les sociétés cotées comme « *la société dont les actions, les parts bénéficiaires ou les certificats se rapportant à ces actions sont admis aux négociations sur un marché réglementé visé à l'article 3, 7^o, de la loi du 21 novembre 2017 relative aux infrastructures des marchés d'instruments financiers et portant transposition de la directive 2014/65/UE.* »

La liste des MTF – « *Multilateral Trading Facilities* » ou, en français, « *Systèmes Multilatéraux de Négociation* » – est disponible sur le site de la FSMA (dont notamment Alternext et le Marché Libre, tous deux exploités par Euronext).

Compte tenu de la spécificité de ce régime, qui a d'ailleurs fait l'objet d'un commentaire explicatif dans une circulaire de la FSMA, nous décrivons ces opérations sous un titre distinct ci-après.

V. Le régime des actions propres de sociétés cotées sur un marché réglementé ou sur un MTF

A. DÉFINITIONS ET PRINCIPES

27 L'exception trouve son origine dans l'idée que l'égalité de traitement des actionnaires quant au prix offert est réalisée par le marché lui-même lorsque les actions y sont négociées.

Le **critère du lieu** – le marché sur lequel l'opération était réalisée – était considéré comme le critère du lieu garantissant l'égalité de traitement : dans la mesure où la société rachetait ses actions sur le marché, elle le faisait aux conditions auxquelles tous les actionnaires pouvaient avoir accès, ce qui est censé constituer le gage du respect de l'égalité entre actionnaires.

Depuis l'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 8 octobre 2008 qui a assoupli les règles en matière de rachat d'actions propres, le lieu (le marché réglementé) n'est plus le critère déterminant pour garantir l'égalité de traitement des actionnaires.

Le **critère du prix** lui a effectivement été préféré par le législateur : il n'est plus indispensable que l'opération de rachat soit effectuée sur le marché, mais il convient qu'elle soit réalisée (même en dehors du marché) à un prix équivalent à celui auquel tout actionnaire a la possibilité de négocier ses actions sur un marché réglementé ou sur un MTF.

28 Le rattachement au critère du prix permet davantage de flexibilité quant aux méthodes des négociations. La FSMA précise que, à la condition que l'égalité de traitement au regard du prix soit garantie, des rachats d'actions propres peuvent être réalisés sans qu'une offre ne doive être faite aux mêmes conditions à tous les actionnaires (*1).

29 L'article 8:7 de l'arrêté royal du 29 avril 2019 portant exécution du Code des sociétés et des associations précise et définit certaines notions et présomptions à cet égard.

B. LES OBLIGATIONS DE TRANSPARENCE ET D'INFORMATIONS

30 Le législateur a également entouré la réalisation de ces rachats réalisés par des sociétés cotées ou des sociétés dont les titres sont admis sur un MTF d'obligations d'informations supplémentaires à celles prévues par l'article 7:220 du Code des sociétés et des associations, sous le contrôle de l'autorité de service des marchés financiers, la FSMA.

Ainsi, les opérations de rachat dans le champ d'application concerné doivent se conformer aux prescriptions de l'article 8:6 de l'arrêté royal portant exécution du Code des sociétés et des associations.

(*1) Circulaire FSMA_2019_26 du 11 septembre 2019 (mise à jour du 23 septembre 2022) relative à l'acquisition et à l'aliénation de titres propres conformément au Code des sociétés et des associations.

C. LE CONTRÔLE PAR LA FSMA

31 L'article 7:215, § 2, du Code des sociétés définit la cadre du contrôle que peut effectuer la FSMA sur les rachats propres d'actions ou de certificats de titres admis sur un marché réglementé ou un MTF répondant aux critères prévus par le Code des sociétés.

Le texte prévoit ainsi que les sociétés doivent déclarer les opérations qu'elles *envisagent* d'effectuer. La circulaire FSMA précitée précise le contenu de cette obligation.

32 La FSMA peut rendre son avis public si elle estime que les sociétés ne se sont pas conformées aux obligations d'information qui leur incombent.

VI. Les exceptions à l'habilitation préalable par l'assemblée générale

A. AUTORISATION STATUTAIRE POUR ÉVITER À LA SOCIÉTÉ UN DOMMAGE GRAVE ET IMMINENT

33 La Deuxième Directive « droit des sociétés » prévoyait une exception à l'obligation de recueillir une autorisation de l'assemblée générale des actionnaires afin de procéder à un rachat d'actions propres « *lorsque l'acquisition d'actions propres est nécessaire pour éviter à la société un dommage grave et imminent.* »

« *Dans ce cas* », disposait la Deuxième Directive, « *l'assemblée générale qui suit doit être informée, par l'organe d'administration ou de direction, des raisons et du but des acquisitions effectuées, du nombre et de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable des actions acquises, de la fraction du capital souscrit qu'elles représentent, ainsi que de la contre-valeur de ces actions* ».

Le législateur belge a repris cette faculté, sans davantage définir ce qu'il convient d'entendre par « *dommage grave et imminent* ». Premièrement, il ressort du texte qu'il doit s'agir d'un péril pour la société, et non pour ses actionnaires. Pour le reste, les travaux préparatoires se référaient à deux cas de figure : en cas d'offre publique d'acquisition ou lorsque les titres sont exposés à des turbulences boursières néfastes. D'autres cas peuvent bien entendu être envisagés. On peut se référer à des cas où la société rachèterait les actions d'un actionnaire cédant (par exemple en exécution d'un mécanisme prévu dans les statuts ou dans une convention d'actionnaires) et qui ferait usage de l'autorisation statutaire afin d'éviter la reprise de ses actions à une cessionnaire susceptible de causer un dommage grave et imminent à la société (volonté de fermer des sites, de céder des actifs stratégiques, etc.). La société devra veiller à pouvoir démontrer non seulement la nécessité de procéder à l'acquisition immédiate en vue d'éviter

un dommage et, de surcroît, qu'elle agit dans l'intérêt social (*1). Ces situations peuvent s'avérer délicates et une rédaction appropriée des statuts ou des conventions d'actionnaires pourra s'avérer utile lors de du recours à cette faculté.

34 L'article 7:215 du Code des sociétés et des associations précise que cette faculté, qui doit obligatoirement être prévue dans les statuts, n'est valable que pour une durée de maximum trois ans après date de l'acte constitutif (si la faculté a été consentie par les actionnaires lors de la constitution de la société) ou de la modification des statuts (si cette faculté est consentie ultérieurement lors d'une modification statutaire). Cette faculté peut être renouvelée.

Le point de départ de la computation de ce délai est la date de la publication aux Annexes du *Moniteur belge* de la décision de l'assemblée. Compte tenu de la formulation du texte, l'autorisation ne peut excéder une durée de trois ans après ladite publication et ce, même si l'autorisation a été conférée avec un terme débutant après la publication de la décision aux Annexes du *Moniteur belge*.

La faculté est renouvelable pour des mêmes périodes d'au plus trois ans aux conditions de quorum requises pour modifier la modification des statuts. Si la société fait usage de cette faculté, le conseil d'administration devra informer la première assemblée générale qui suit l'opération des modalités de celles-ci, c'est-à-dire « *des raisons et des buts des acquisitions effectuées, du nombre et de la valeur nominale, ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable des titres acquis, de la fraction du capital souscrit qu'ils représentent, ainsi que de la contrepartie payée.* »

Comme il a été relevé, cette obligation d'information est semblable à l'obligation prévue par l'article 7:220 du Code des sociétés et des associations qui concerne les actions propres achetées dans le régime de droit commun de l'article 7:215 du Code des sociétés et des associations, sous réserve qu'il ne semble pas ici être imposé aux administrateurs de faire un rapport écrit aux actionnaires.

Pour le surplus, si les sociétés peuvent, lorsque leurs statuts le permettent et pour la dure de l'autorisation, agir sans autre autorisation préalable de l'assemblée générale des actionnaires pour éviter un dommage grave et imminent à la société, elles ne sont cependant pas dispensées du respect des autres conditions de fond prévues pour le rachat d'actions propres. Ainsi, l'acquisition doit être effectuée en vertu d'une offre faite aux mêmes conditions à tous les actionnaires, le rachat doit être effectué avec des sommes distribuables et la société ne peut racheter des actions qui ne sont pas entièrement libérées, etc.

(*1) K. GEENS, « Verwerving van eigen aandelen en personeelsaandelen », in N.V. en B.V.B.A na de wet van 18 juli 1991, n° 50, p. 41.

35 Les sanctions applicables au non-respect de l'exigence du dommage grave et imminent sont les mêmes que pour un rachat d'actions propres de droit commun. Ainsi, les actions propres acquises en violation des dispositions légales sont nulles de plein droit (cf. *infra* art. 7:219 du CSA) et les administrateurs sont exposés aux sanctions pénales prévues à l'article 7:232 du Code des sociétés et des associations. Les administrateurs auront dès lors intérêt à s'assurer de la substance et de la réalité du dommage grave et imminent avant d'avoir recours à cette faculté.

B. OPÉRATIONS EFFECTUÉES EN VUE DE DISTRIBUER LES TITRES À SON PERSONNEL

36 L'article 7:215 du Code des sociétés et des sociétés dispense la société de l'habilitation préalable des actionnaires « *lorsque la société ou une personne agissant en son nom propre mais pour le compte de la société acquiert ses actions, parts bénéficiaires ou certificats afin de les distribuer à son personnel ou au personnel des sociétés liées à celle-ci ; ces titres doivent être transférés au personnel dans un délai de douze mois à compter de leur acquisition* ».

Depuis de nombreuses années, s'est développée la pratique de l'attribution d'actions aux employés de sociétés, en particulier sous la forme d'attribution d'option sur actions (stock-options) (*1). Cette pratique constitue (à côté des formules plus classiques de bonus par exemple) une des modalités par laquelle une société peut créer un plan d'intéressement du personnel aux résultats de la société.

La loi du 26 mars 1999 « *relative au plan d'action belge pour l'emploi 1998 et portant des dispositions diverses* » a introduit la **faculté** de soumettre les options sur actions en faveur des employés et des personnes en relation d'affaires au sens large avec la société à un régime particulier (moyennant le respect de certaines conditions) caractérisé par la détermination de l'avantage fiscalement imposable au moment de l'attribution (et non pas de l'exercice) de l'option. Les principales caractéristiques sont les suivantes :

- la valeur imposable de l'option sur actions est déterminée au moment de l'attribution de l'option (taxation « *up front* ») ;
- sauf si les actions sont négociées en bourse (*2), la valeur de l'option est fixée forfaitairement à un pourcentage de la valeur de l'action au moment de l'offre ;

(*1) MALHERBE et A. DE SCHOUTHEETE, Le nouveau régime tributaire des plans d'options sur actions, *J.T.*, 2000, pp. 433 à 434 ; YVES DEWAELE, *Des plans d'options sur actions particuliers*, *Act. fisc.*, 2011, Liv. 17, pp. 1 à 4 ; C. DELMARCELLE, « *Option sur actions : questions pratiques* », *Orientations*, n° 10, décembre 2009. Voir aussi Avis de la Commission des normes comptables 2012/3 – Le traitement comptable des plans d'options sur actions, avis du 11 janvier 2012.

(*2) Lorsqu'il s'agit d'options cotées ou négociées en bourse, l'avantage imposable est déterminé d'après le dernier cours de clôture de l'option qui précède le jour de l'offre. Lorsqu'il s'agit d'actions cotées ou négociées en bourse, la valeur de l'action est, au choix de la personne qui offre l'option, le cours moyen de clôture de l'action pendant les trente jours précédant l'offre ou le dernier cours de clôture qui précède le jour de l'offre.

- le pourcentage est réduit de moitié quand certaines conditions sont remplies et ce, afin de favoriser l'intéressement du personnel :
 1. le prix d'exercice de l'option est déterminé de manière certaine au moment de l'offre ;
 2. l'option comporte les clauses suivantes : (a) elle ne peut être exercée ni avant l'expiration de la troisième année civile qui suit celle au cours de laquelle l'offre a lieu, ni après l'expiration de la dixième année qui suit celle au cours de laquelle l'offre a eu lieu et (b) elle ne peut être cédée entre vifs ;
 3. le risque de diminution de valeur des actions sur lesquelles porte l'option après l'attribution de celle-ci ne peut être couvert directement ou indirectement ni par la personne qui attribue l'option ni par une personne qui se trouve avec celle-ci dans les liens d'interdépendance ;
 4. l'option porte sur des actions de la société au profit de laquelle l'activité professionnelle est exercée ou sur des actions d'une autre société qui a dans la première une participation directe ou indirecte au sens de l'arrêt royal du 8 octobre 1976 relatif aux comptes annuels des entreprises.

Si les conditions légales ne sont pas réunies, la taxation aura lieu au moment de l'attribution des actions et sera considérée, à ce moment, comme un avantage en nature taxable résultant de la différence entre la valeur réelle des actions données ou acquises et le prix qu'aura affectivement déboursé le bénéficiaire des actions.

Quoi qu'il en soit, le bénéficiaire d'options sur actions dispose d'un droit d'acquérir à terme, pour le prix qui aura été convenu (gratuité ou non) et ce, pendant une période déterminée, des actions de la société, généralement – *mais pas forcément* – lorsque certains objectifs sont atteints.

En cas d'exercice des options, la société doit alors attribuer les actions aux bénéficiaires. Pour ce faire, elle dispose généralement de deux possibilités : procéder à une augmentation de capital afin que les nouvelles actions soient ainsi attribuées aux bénéficiaires ou attribuer des actions (par hypothèses propres) qu'elle aura préalablement acquises.

37 Nous partageons le point de vue selon lequel cette exemption n'est pas dépourvue de critiques car elle n'est ouverte qu'au personnel (ce qui est plus restrictif que la loi de 1999), en raison de la limite de temps (12 mois) qui peut s'avérer trop courte par rapport aux plans de stock-options et par rapport au risque d'annulation des actions si celles-ci ne sont pas alignées dans les 12 mois.

7:216. L'article 7:215 n'est pas applicable : 1° aux actions acquises en vue de leur destruction immédiate, en exécution d'une décision de l'assemblée générale de réduire le capital conformément à l'article 7:208 ;

2° aux actions, parts bénéficiaires ou certificats acquis par la société à la suite d'une transmission de patrimoine à titre universel ;

3° aux actions entièrement libérées ou non, parts bénéficiaires ou certificats se rapportant à des actions entièrement libérées ou non et parts bénéficiaires acquis lors d'une vente conformément aux articles 1494 et suivants du Code judiciaire en vue de recouvrer une créance de la société sur le propriétaire de ces actions, parts bénéficiaires ou certificats.

Commentaire de l'article 7:216 du Code des sociétés et des associations

Auteur : Louis-François DU CASTILLON

Mise à jour : 15 avril 2024

LÉGISLATION

Législation européenne

Directive (UE) n° 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, *J.O.U.E.*, L 169/46L, 30 juin 2017.

Législation et réglementation nationale

- Loi du 5 décembre 1984, *M.B.* du 12 décembre 1984, p. 15.612 et suiv.
- Loi du 18 juillet 1991, *M.B.* du 26 juillet 1991, p. 16.516 et suiv.
- Loi du 13 avril 1995, *M.B.* du 17 juin 1995, p. 17.492 et suiv.
- Loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *M.B.* du 4 avril 2019, p. 33.239 et suiv.
- Arrêté royal du 8 octobre 2008, *M.B.* du 30 octobre 2008, p. 57484.
- Circulaire FSMA_2019_26 du 11 septembre 2019 relative à l'acquisition et aliénation de titres propres conformément au Code des sociétés et des associations.
- Arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés et des associations, art. 205 à 208.

DOCTRINE IMPORTANTE

BRULOOT, D. et MARESCEAU, K., « De inkoop van eigen aandelen : naar een nieuw juridisch kader », *T.R.V.*, 2007, p. 359 et suiv.

COIBION, A. et DE PIERPONT, G., « Assistance financière, rachat d'actions propres et apports en nature : assouplissement nécessaire ou coup d'épée dans l'eau ? », *Droit des sociétés - Millésime 2011*, Bruxelles, Ed. Larcier, 2011.

COIBION, A. et DE SELYS LONGCHAMPS, A., *Acquisition de titres propres et participations croisées*, Bruxelles, Larcier, 2016.

COIBION, A., « Rachat d'actions propres et participations croisées : le renforcement de l'actionnaire de référence par l'autocontrôle », Séminaire Vanham & Vanham, 13 octobre 2005.

CULOT, H. et THOUMSIN, P.Y., « Contrôle et maintien du capital : une réforme sans audace », *J.T.*, 2009, p. 93 et suiv.

CULOT, H. et VAN BUGGENHOUT, M., « Droit européen des sociétés, vers une réforme du capital ? », *J.T.D.E.*, 2007, pp. 193 à 200.

DE CORDT, Y. et ANDRÉ-DUMONT, A.-P., « Rachat d'actions propres », *Droit des sociétés - Millésime 2011*, Bruxelles, Ed. Larcier, 2011, p. 62-77.

DE PIERPONT, G., « L'importance du capital. Évolutions récentes du Code des sociétés », *Rev. prat. soc.*, 2010, p. 343 à 382.

EVERS, C., FERON, B., MALVAUX, B., PARTSCH, T., TAEVERNIER, B. et TYTGAT, P., *Le rachat d'actions propres. Aspects financiers, juridiques, comptables et fiscaux*, Bruxelles, Kluwer, 2001, p. 166.

FYON, M. et POKORNY, V., « La société cotée dans le CSA », *L'impact du nouveau droit des sociétés sur la gouvernance des institutions financières et sur les transactions financières. De impact van het nieuwe vennootschapsrecht op de governance van financiële instellingen en op financiële transacties*, S. Declercq et al. (dir.), Bruxelles, Larcier, 2020, p. 291 à 355.

GABRIEL, J., « Quelques réflexions sur le nouveau régime des participations croisées », *Rev. prat. soc.*, 1996, pp. 169 à 228.

GEENS, K., « Articles 52bis à 52sexies des LCSC », in « Le projet de loi modifiant les sociétés commerciales », *Journée d'études C.D.V.A, Rev. prat. soc.*, n° spécial, p. 51.

GOLLIER, J.-M. et MALHERBE, P., « Les sociétés commerciales : Des lois coordonnées au Code des sociétés », *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, 33, 2^e éd. par P. Malherbe, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 262.

GOLLIER, J.-M. et MALHERBE, P., « Les sociétés commerciales : Lois des 7 et 13 avril 1995 », *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, 10, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 84 et suiv.

L'HOMME, T., POTTIER, E., TU, L. et VISEUR, G., « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », *R.D.C.*, 2018/9, p. 1013 à 1066.

MASSAGE, M., *L'adaptation du droit des sociétés anonymes aux deuxième et quatrième directives européennes (loi du 5.12.1984)*, Bruxelles, Swinnen, 1985.

MUYLDERMANS, J. et CHALOT, M., « Précompte immobilier sur liquidations et rachats d'actions propres », *R.G.F.*, 2003, p. 12 à 18.

NELISSEN GRADE, J.-M. et COIBION, A., « Acquisition de titres propres et participations croisées. Quelques considérations pratiques », in « 10 ans du Séminaire Vanham & Vanham », *Actualités en droit des affaires*, Ed. TTB, 2003.

NELISSEN GRADE, J.-M. et COIBION, A., « Le rachat d'actions propres », Séminaire Vanham & Vanham du jeudi 8 mars 2001, p. 13.

POTTIER, E. et CULOT, L., « Nouveautés dans le capital : rachat d'actions propres, assistance financières, apport en nature », *Le point sur le droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 301-355.

POTTIER, E., L'HOMME, T., TU, L.-Y. et VISEUR, G., « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », *Le Code des sociétés et associations : (r)évolution ? Analyse des principales modifications. Het Wetboek van vennootschappen en verenigingen : (r)evolutie ? Analyse van de belangrijkste wijzigingen*, E. Pottier (dir.), Bruxelles, Larcier, 2019, p. 149 à 241.

SIMONART, V., « Une société anonyme belge peut-elle acquérir plus de dix pourcents de ses propres actions en vue de leur destruction immédiate », *Mélanges offerts à P. Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 669 à 688.

TAS, R., « Wijzigingen inzake de bijeenbrenging en instandhouding van het maatschappelijke kapitaal : de afgeslankte tweede richtlijn », *T.R.V.*, 2006, pp. 615 à 630.

VAN GERVEN, W. et WYCKAERT, M., « Kroniek vennootschaprechts », *T.R.V.*, 1994, p. 422 et *T.R.V.*, 1998, p. 400, n° 39.

VAN DER HAEGHEN, M. et GOLLIER, J.-M., « Les sociétés commerciales (loi du 18 juillet 1991) », *J.T.*, 1991, p. 198 à 200.

WILLERMAIN, D., « Les actions et le capital dans la société anonyme : réexamen de thèmes classiques à la lumière du CSA », *Rev. prat. soc.*, 2020/2, p. 125 à 169.

COMMENTAIRE

Structure

- I. Acquisition d'actions propres en exécution d'une réduction de capital
- II. Règles applicables aux acquisitions d'actions propres résultant d'une transmission de patrimoine à titre universel
- III. L'acquisition sur saisie

I. Acquisition d'actions propres en exécution d'une réduction de capital

1 L'acquisition d'actions propres en vue de leur destruction immédiate peut être une modalité de réduction de capital. Ainsi, une société peut réduire son capital en procédant à un rachat d'actions propres combiné à la destruction immédiate des actions acquises.

Dans ce cas, l'organe d'administration ne doit pas agir sur la base d'une habilitation préalable de l'assemblée générale.

Les effets d'une acquisition d'actions propres suivie immédiatement d'une opération d'annulation d'actions en exécution d'une décision de réductions de capital, d'une part, et d'une opération de réduction de capital précédée réalisée sur des actions rachetées, d'autre part sont, au final, les mêmes.

La dispense porte sur l'application de l'article 7:215 du Code des sociétés et des associations dans son ensemble et non pas uniquement sur l'habilitation de l'assemblée générale. Il en résulte que les autres conditions prévues par l'article 7:215 du Code des sociétés et des associations ne doivent donc pas être respectées. En revanche, les règles relatives à la détention des actions propres (cf. art. 7:217 du CSA, constitution d'une réserve indisponible) sont en principe applicables, à tout le moins tant que les actions n'ont pas été détruites.

La société doit donc être capable de constituer une réserve indisponible, fût-ce-t-il pendant un instant de raison, jusqu'à ce que la décision immédiate soit réalisée.

2 L'acquisition d'actions propres effectuée dans le cadre de cette exception ne peut s'effectuer qu'à la suite qu'à la suite d'une réduction de capital effectuée conformément aux articles 7:208 et suivants, du Code des sociétés et des associations.

Il en résulte que la réduction de capital :

- ne peut être décidée que par l'assemblée générale dans les conditions requises pour les modifications aux statuts moyennant le traitement égal des actionnaires qui se trouvent dans des conditions identiques ; et que

- les convocations à l’assemblée générale devront indiquer que la réduction de capital proposée sera opérée par un rachat d’actions propres suivi d’une destruction immédiate des actions.

Relevons qu’en application de l’article 7:208 du Code des sociétés et des associations, il appartient à la société de respecter l’égalité entre actionnaires qui se trouvent « *dans des conditions identiques* ». Il serait ainsi permis, dans le cadre d’un rachat d’actions propres en vue d’une annulation immédiate d’offrir des conditions différentes aux actionnaires de catégories différentes, ce que ne permet pas l’article 7:215 du Code des sociétés et des associations.

Précisons que l’annulation des actions implique une modification des statuts devant répondre aux prescrits formels applicables : assemblée générale extraordinaire (c’est-à-dire par acte authentique dans le respect des quorums requis pour des modifications statutaires).

Nous renvoyons, pour les conditions applicables aux rachats d’actions propres, aux commentaires des articles 7:208 et suivants, du Code des sociétés et des associations.

II. Règles applicables aux acquisitions d’actions propres résultant d’une transmission de patrimoine à titre universel

3 Cette hypothèse vise la situation où une société se trouve titulaire d’actions propres à la suite d’une restructuration (fusion, cession ou apport d’universalité ou de branche d’activités) dans le cadre d’une opération de restructuration menée en application du Livre XII du Code des sociétés et des associations.

Il s’agit, par exemple, de l’hypothèse d’une « société A » disposant d’actions d’une « société B », la société A se faisant absorber par la société B et se retrouvant de ce fait propriétaire de ses propres actions.

Les dispositions de l’article 7:215 du Code des sociétés et des associations sont inapplicables mais, en revanche, les règles relatives à la détention des actions propres le seront (cf. art. 7:217 du CSA).

En vertu de l’article 7:218, § 1^{er}, 6^o, les titres propres acquis à la suite d’une transmission de patrimoine à titre universel pour lesquels la société n’est pas parvenue à constituer la réserve indisponible prévue à l’article 7:217, § 3 à l’expiration d’un délai de 12 mois suivant leur acquisition, peuvent être cédés, à défaut de quoi, ils seront nuls de plein droit à l’issue de ce délai en vertu de l’article 7:219, § 1^{er}, du Code des sociétés et des associations.

III. L'acquisition sur saisie

4 L'article 7:216, 3^o, du Code des sociétés et des associations vise le cas spécifique où une société, en vue de recouvrer sa créance procède, à la suite d'une saisie qu'elle a elle-même diligentée, à la réalisation des actifs de son débiteur et s'attribue, dans ce cadre, des actions propres.

Comme le prévoit l'article 7:216 du Code des sociétés et des associations, les cessions résultant d'une acquisition sur saisie ne doivent pas davantage faire l'objet d'une habilitation préalable de l'assemblée générale.

En vertu de l'article 7:218, § 1^{er}, 6^o, les titres propres acquis à la suite d'une telle saisie, pour lesquels la société n'est pas parvenue à constituer la réserve indisponible prévue à l'article 7:217, § 3 à l'expiration d'un délai de 12 mois suivant leur acquisition, peuvent être cédés, à défaut de quoi, ils seront nuls de plein droit à l'issue de ce délai en vertu de l'article 7:219, § 1^{er}, du Code des sociétés et des associations.

7:217. § 1^{er}. Les actions, parts bénéficiaires ou certificats acquis peuvent être annulés ou détenus en portefeuille.

Les droits de vote afférents aux actions ou parts bénéficiaires détenues par la société ou une personne agissant en son nom mais pour le compte de la société, ou dont la société ou une personne agissant en son nom mais pour le compte de la société détient les certificats émis avec sa collaboration, sont suspendus.

§ 2. Aussi longtemps que les actions, parts bénéficiaires ou certificats sont comptabilisés à l'actif du bilan de la société, d'une personne agissant en son nom mais pour le compte de la société, ou par une société filiale contrôlée directement visé à l'article 7:221, la société doit constituer une réserve indisponible, dont le montant est égal à la valeur à laquelle les actions, parts bénéficiaires ou certificats qu'elle a personnellement acquis sont portés à l'inventaire, augmenté de la valeur d'acquisition des actions, parts bénéficiaires ou certificats détenus par la personne ou la filiale mentionnée ci-avant.

§ 3. Le droit aux dividendes attachés aux actions, parts bénéficiaires ou certificats détenus par la société ou une personne agissant en son nom mais pour le compte de la société, ou dont la société ou une personne agissant en son nom mais pour le compte de la société détient les certificats émis avec sa collaboration, est frappé de caducité

Commentaire de l'article 7:217 du Code des sociétés et des associations

Auteur : Louis-François DU CASTILLON

Mise à jour : 15 avril 2024

LÉGISLATION

Législation européenne

Directive (UE) n° 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, *J.O.U.E.*, L 169/46L, 30 juin 2017.

Législation et réglementation nationale

- Loi du 5 décembre 1984, *M.B.* du 12 décembre 1984, p. 15.612 et suiv.
- Loi du 18 juillet 1991, *M.B.* du 26 juillet 1991, p. 16.516 et suiv.
- Loi du 13 avril 1995, *M.B.* du 17 juin 1995, p. 17.492 et suiv.
- Loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *M.B.* du 4 avril 2019, p. 33.239 et suiv.
- Arrêté royal du 8 octobre 2008, *M.B.* du 30 octobre 2008, p. 57484.

- Circulaire FSMA_2019_26 du 11 septembre 2019 relative à l'acquisition et aliénation de titres propres conformément au Code des sociétés et des associations.
- Arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés et des associations, art. 205 à 208.

DOCTRINE IMPORTANTE

BRULOOT, D. et MARESCHEAU, K., « De inkoop van eigen aandelen : naar een nieuw juridisch kader », *T.R.V.*, 2007, p. 359 et suiv.

COIBION, A. et DE PIERPONT, G., « Assistance financière, rachat d'actions propres et apports en nature : assouplissement nécessaire ou coup d'épée dans l'eau ? », *Droit des sociétés – Millésime 2011*, Bruxelles, Ed. Larcier, 2011.

COIBION, A. et DE SELYS LONGCHAMPS, A., *Acquisition de titres propres et participations croisées*, Bruxelles, Larcier, 2016.

COIBION, A., « Rachat d'actions propres et participations croisées : le renforcement de l'actionnaire de référence par l'autocontrôle », Séminaire Vanham & Vanham, 13 octobre 2005.

CULOT, H. et THOUMSIN, P.Y., « Contrôle et maintien du capital : une réforme sans audace », *J.T.*, 2009, p. 93 et suiv.

CULOT, H. et VAN BUGGENHOUT, M., « Droit européen des sociétés, vers une réforme du capital ? », *J.T.D.E.*, 2007, pp. 193 à 200. DE BAUW, F., *Les assemblées générales dans les sociétés anonymes*, Bruxelles, Bruylant, 1996.

DE CORDT, Y. et ANDRÉ-DUMONT, A.-P., « Rachat d'actions propres », *Droit des sociétés – Millésime 2011*, Bruxelles, Ed. Larcier, 2011, p. 62-77.

DE PIERPONT, G., « L'importance du capital. Évolutions récentes du Code des sociétés », *Rev. prat. soc.*, 2010, p. 343 à 382.

EVERS, C., FERON, B., MALVAUX, B., PARTSCH, T., TAEVERNIER, B. et TYTGAT, P., *Le rachat d'actions propres. Aspects financiers, juridiques, comptables et fiscaux*, Kluwer, 2001, Bruxelles, pp. 166.

FYON, M. et POKORNY, V., « La société cotée dans le CSA », *L'impact du nouveau droit des sociétés sur la gouvernance des institutions financières et sur les transactions financières. De impact van het nieuwe vennootschapsrecht op de governance van financiële instellingen en op financiële transacties*, S. Declercq et al. (dir.), Bruxelles, Larcier, 2020, p. 291 à 355.

GEENS, K., « Articles 52bis à 52sexies des LCSC », in « Le projet de loi modifiant les sociétés commerciales », *Journée d'études C.D.V.A, Rev. prat. soc.*, n° spécial, p. 51.

GOLLIER, J.-M. et MALHERBE, P., « Les sociétés commerciales : Des lois coordonnées au Code des sociétés », *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, 33, 2^e éd. par P. Malherbe, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 262.

GOLLIER, J.-M. et MALHERBE, P., « Les sociétés commerciales : Lois des 7 et 13 avril 1995 », *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, 10, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 84 et suiv.

L'HOMME, T., POTTIER, E., TU, L. et VISEUR, G., « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », *R.D.C.*, 2018/9, p. 1013 à 1066.

MASSAGE, M., *L'adaptation du droit des sociétés anonymes aux deuxième et quatrième directives européennes (loi du 5.12.1984)*, Bruxelles, Swinnen, 1985.

MUYLDERMANS, J. et CHALOT, M., « Précompte immobilier sur liquidations et rachats d'actions propres », *R.G.F.*, 2003, p. 12 à 18.

NELISSEN GRADE, J.-M. et COIBION, A., « Acquisition de titres propres et participations croisées. Quelques considérations pratiques », in « 10 ans du Séminaire Vanham & Vanham », *Actualités en droit des affaires*, Ed. TTB, 2003.

NELISSEN GRADE, J.-M. et COIBION, A., « Le rachat d'actions propres », Séminaire Vanham & Vanham du jeudi 8 mars 2001, p. 13.

POTTIER, E. et CULOT, L., « Nouveautés dans le capital : rachat d'actions propres, assistance financières, apport en nature », *Le point sur le droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 301-355.

POTTIER, E., L'HOMME, T., TU, L.-Y. et VISEUR, G., « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », *Le Code des sociétés et associations : (r)évolution ? Analyse des principales modifications. Het Wetboek van vennootschappen en verenigingen : (r)evolutie ? Analyse van de belangrijkste wijzigingen*, E. Pottier (dir.), Bruxelles, Larcier, 2019, p. 149 à 241.

SIMONART, V., « Une société anonyme belge peut-elle acquérir plus de dix pourcents de ses propres actions en vue de leur destruction immédiate », *Mélanges offerts à P. Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 669 à 688.

TAS, R., « Wijzigingen inzake de bijeenbrenging en instandhouding van het maatschappelijke kapitaal : de afgeslankte tweede richtlijn », *T.R.V.*, 2006, pp. 615 à 630.

VAN DER HAEGHEN, M. et GOLLIER, J.-M., « Les sociétés commerciales (loi du 18 juillet 1991) », *J.T.*, 1991, p. 198 à 200.

WILLERMAIN, D., « Les actions et le capital dans la société anonyme : réexamen de thèmes classiques à la lumière du CSA », *Rev. prat. soc.*, 2020/2, p. 125 à 169.

COMMENTAIRE

Structure

- I. Le régime des actions propres pendant leur détention par la société
 - A. La suspension des droits de vote
 - B. Le droit aux dividendes
 - C. Constitution d'une réserve indisponible

I. Le régime des actions propres pendant leur détention par la société

1 Les titres valablement acquis par la société ne sont pas annulés de plein droit et peuvent, *sauf dans les cas où le Code des sociétés et des associations prescrit leur aliénation dans un certain délai (cf. art. 7:218, § 1^{er}, 5 juncto 215, § 1^{er} et 6^o)*, être conservés de manière indéterminée par la société. La détention de titres propres par la société est ainsi soumise à trois dispositions : la suspension des droits attachés aux titres, la suspension du droit aux dividendes et la création d'une réserve comptable indisponible.

A. LA SUSPENSION DES DROITS DE VOTE

2 Afin d'éviter que la société ne puisse voter à ses propres assemblées générales d'actionnaires (autocontrôle), le Code des sociétés et des associations prévoit la suspension des droits de vote des titres propres détenus.

Ceci a pour conséquence que « *l'on ne peut pas tenir compte de ces titres pour le calcul des quorums et des majorités spéciales (*1)* », les droits « accessoires » au droit de vote (droit de participer à l'assemblée et droit de poser des questions) sont également suspendus

B. LE DROIT AUX DIVIDENDES

3 La société ne peut se distribuer à elle-même les dividendes attachés aux titres propres.

Alors que sous l'empire de l'ancien Code des sociétés, l'organe d'administration de la société pouvait choisir de suspendre le dividende ou de le répartir entre les autres

(*1) F. DE BAUW, *Les assemblées générales dans les sociétés anonymes*, Bruxelles, Bruylant, 1996, 164, 165 et 182.

actions, l'article 7:217 du Code des sociétés et des associations prévoit que le droit aux dividendes attachés aux actions, parts bénéficiaires ou certificats détenus par la société ou une personne agissant en son nom mais pour le compte de la société, ou dont la société ou une personne agissant en son nom mais pour le compte de la société détient les certificats émis avec sa collaboration, est frappé de caducité.

Le dividende est dès lors distribuable entre les autres titres susceptibles de bénéficier de la distribution de bénéfice de la société

C. CONSTITUTION D'UNE RÉSERVE INDISPONIBLE

4 L'obligation de constituer une réserve indisponible peut être considérée comme le corollaire de l'obligation d'affecter aux rachats de titres propres des sommes distribuables, que constitue une des conditions de l'article 7:215 du Code des sociétés et des associations.

La constitution de cette réserve a ainsi pour but d'éviter que financièrement, l'acquisition par la société de ses titres propres aboutisse à affecter la substance de ses fonds propres.

5 Pour le surplus, le Code des sociétés et des associations prévoit en son article 7:219 la suppression de cette réserve indisponible en cas de nullité des actions ou parts bénéficiaires. Elle doit également être supprimée en cas d'aliénation des actions puisque cette réserve ne doit être maintenue qu'*« aussi longtemps que les actions ou parts bénéficiaires sont comptabilisées à l'actif du bilan »*.

Si la réserve indisponible n'a pas été constituée, les réserves disponibles devront alors être diminuées à due concurrence et, à défaut de pareilles réserves, il appartiendra en dernier recours à l'organe d'administration de convoquer une l'assemblée générale au plus tard avant la clôture de l'exercice en cours afin de diminuer le capital à due concurrence.

7:218. § 1^{er}. La société ne peut aliéner les actions, parts bénéficiaires ou certificats acquis en vertu de l'article 7:215, § 1^{er}, que dans les cas suivants :

1° à la suite d'une offre de vente, adressée à tous les actionnaires, et le cas échéant à tous les titulaires de parts bénéficiaires ou de certificats, aux mêmes conditions par classe ou par catégorie ;

2° s'agissant d'actions, parts bénéficiaires ou certificats cotés sur un marché réglementé ou sur une MTF visée à l'article 3, 10°, de la loi du 21 novembre 2017 relative aux infrastructures des marchés d'instruments financiers et portant transposition de la directive 2014/65/UE, sur ce marché réglementé ou cette MTF dans la mesure où celle-ci fonctionne sur la base d'une négociation quotidienne au minimum et d'un carnet d'ordres central ; de même, ces sociétés, peuvent vendre leurs propres actions, parts bénéficiaires ou certificats en dehors de ce marché réglementé ou cette MTF à condition qu'elles garantissent l'égalité de traitement des actionnaires, titulaires de parts bénéficiaires ou titulaires de certificats qui se trouvent dans les mêmes conditions, moyennant l'équivalence du prix demandé ;

3° aux fins d'éviter un dommage grave et imminent pour la société, en vertu d'une autorisation statutaire approuvée aux conditions visées à l'article 7:215, § 1^{er}, alinéa 5 ;

4° en vertu d'une autorisation statutaire explicite, à une ou plusieurs personnes déterminées autres que le personnel ; dans ce cas, les administrateurs qui représentent en fait cette personne ou les personnes qui lui sont liées ne peuvent participer au vote dans l'organe d'administration ;

5° sans préjudice de l'article 7:215, § 1^{er}, alinéa 3, au personnel ;

6° l'aliénation porte sur des actions, parts bénéficiaires ou certificats acquis en vertu de l'article 7:216, 2° et 3°, qui doivent être aliénés dans un délai de douze mois à compter de leur acquisition, dans la mesure où la société ne dispose pas de réserves disponibles suffisantes pour constituer la réserve indisponible visée à l'article 7:217, § 3, à l'expiration de ce délai de douze mois. Le Roi détermine les obligations incombant aux sociétés visées au paragraphe 1^{er} en matière d'information du public relative aux opérations [d'aliénation]. L'article 7:215, § 2, alinéa 4, s'applique par analogie.

§ 2. Le Roi détermine les modalités visant à garantir l'égalité de traitement moyennant l'équivalence du prix offert, telle que visée au paragraphe 1^{er}, 2°.

Commentaire de l'article 7:218 du Code des sociétés et des associations

Auteur : Louis-François DU CASTILLON

Mise à jour : 15 avril 2024

LÉGISLATION

Législation européenne

Directive (UE) n° 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, *J.O.U.E.*, L 169/46L, 30 juin 2017.

Législation et réglementation nationale

- Loi du 5 décembre 1984, *M.B.* du 12 décembre 1984, p. 15.612 et suiv.
- Loi du 18 juillet 1991, *M.B.* du 26 juillet 1991, p. 16.516 et suiv.
- Loi du 13 avril 1995, *M.B.* du 17 juin 1995, p. 17.492 et suiv.
- Loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *M.B.* du 4 avril 2019, p. 33.239 et suiv.
- Arrêté royal du 8 octobre 2008, *M.B.* du 30 octobre 2008, p. 57484.
- Circulaire FSMA_2019_26 du 11 septembre 2019 relative à l'acquisition et aliénation de titres propres conformément au Code des sociétés et des associations.
- Arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés et des associations, art. 205 à 208.
- Avis de la Commission des normes comptables 121/3 du 1^{er} mars 1995 (Bulletin n° 34) relatif aux mouvements des capitaux propres.

DOCTRINE IMPORTANTE

BRULOOT, D. et MARESCEAU, K., « De inkoop van eigen aandelen : naar een nieuw juridisch kader », *T.R.V.*, 2007, p. 359 et suiv.

COIBION, A. et DE PIERPONT, G., « Assistance financière, rachat d'actions propres et apports en nature : assouplissement nécessaire ou coup d'épée dans l'eau ? », *Droit des sociétés - Millésime 2011*, Bruxelles, Ed. Larcier, 2011.

COIBION, A. et DE SELYS LONGCHAMPS, A., *Acquisition de titres propres et participations croisées*, Bruxelles, Larcier, 2016.

COIBION, A., « Rachat d'actions propres et participations croisées : le renforcement de l'actionnaire de référence par l'autocontrôle », Séminaire Vanham & Vanham, 13 octobre 2005.

CULOT, H. et THOUMSIN, P.Y., « Contrôle et maintien du capital : une réforme sans audace », *J.T.*, 2009, p. 93 et suiv.

CULOT, H. et VAN BUGGENHOUT, M., « Droit européen des sociétés, vers une réforme du capital ? », *J.T.D.E.*, 2007, pp. 193 à 200.

DE CORDT, Y. et ANDRÉ-DUMONT, A.-P., « Rachat d'actions propres », *Droit des sociétés - Millésime 2011*, Bruxelles, Ed. Larcier, 2011, p. 62-77.

DE PIERPONT, G., « L'importance du capital. Évolutions récentes du Code des sociétés », *Rev. prat. soc.*, 2010, p. 343 à 382.

EVERS, C., FERON, B., MALVAUX, B., PARTSCH, T., TAEVERNIER, B. et TYTGAT, P., *Le rachat d'actions propres. Aspects financiers, juridiques, comptables et fiscaux*, Bruxelles, Kluwer, 2001, p. 166.

FYON, M. et POKORNY, V., « La société cotée dans le CSA », *L'impact du nouveau droit des sociétés sur la gouvernance des institutions financières et sur les transactions financières. De impact van het nieuwe vennootschapsrecht op de governance van financiële instellingen en op financiële transacties*, S. Declercq et al. (dir.), Bruxelles, Larcier, 2020, p. 291 à 355.

GEENS K., « Articles 52bis à 52sexies des LCSC », in « Le projet de loi modifiant les sociétés commerciales », *Journée d'études C.D.V.A, Rev. prat. soc.*, n° spécial, p. 51.

GOLLIER, J.-M. et MALHERBE, P., « Les sociétés commerciales : Des lois coordonnées au Code des sociétés », *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, 33, 2^e éd. par P. Malherbe, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 262.

GOLLIER, J.-M. et MALHERBE, P., « Les sociétés commerciales : Lois des 7 et 13 avril 1995 », *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, 10, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 84 et suiv.

L'HOMME, T., POTTIER, E., TU, L. et VISEUR, G., « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », *R.D.C.*, 2018/9, p. 1013 à 1066.

MASSAGE, M., *L'adaptation du droit des sociétés anonymes aux deuxième et quatrième directives européennes (loi du 5.12.1984)*, Bruxelles, Swinnen, 1985.

MUYLDERMANS, J. et CHALOT, M., « Précompte immobilier sur liquidations et rachats d'actions propres », *R.G.F.*, 2003, p. 12 à 18.

NELISSEN GRADE, J.-M. et COIBION, A., « Acquisition de titres propres et participations croisées. Quelques considérations pratiques », in « 10 ans du Séminaire Vanham & Vanham », *Actualités en droit des affaires*, Ed. TTB, 2003.

NELISSEN GRADE, J.-M. et COIBION, A., « Le rachat d'actions propres », Séminaire Vanham & Vanham, du jeudi 8 mars 2001.

POTTIER, E. et CULOT, L., « Nouveautés dans le capital : rachat d'actions propres, assistance financières, apport en nature », *Le point sur le droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 301-355.

POTTIER, E., L'HOMME, T., TU, L.-Y. et VISEUR, G., « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », *Le Code des sociétés et associations* :

(r)évolution ? Analyse des principales modifications. *Het Wetboek van vennootschappen en verenigingen : (r)evolutie ? Analyse van de belangrijkste wijzigingen*, E. Potier (dir.), Bruxelles, Larcier, 2019, p. 149 à 241.

SIMONART, V., « Une société anonyme belge peut-elle acquérir plus de dix pourcents de ses propres actions en vue de leur destruction immédiate », *Mélanges offerts à P. Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 669 à 688.

TAS, R., « Wijzigingen inzake de bijeenbrenging en instandhouding van het maatschappelijke kapitaal : de afgeslankte tweede richtlijn », *T.R.V.*, 2006, pp. 615 à 630.

VAN DER HAEGHEN, M. et GOLLIER, J.-M., « Les sociétés commerciales (loi du 18 juillet 1991) », *J.T.*, 1991, p. 198 à 200.

WILLERMAIN, D., « Les actions et le capital dans la société anonyme : réexamen de thèmes classiques à la lumière du CSA », *Rev. prat. soc.*, 2020/2, p. 125 à 169.

COMMENTAIRE

Structure

- I. Principe – Obligation de respecter l'égalité de traitement
- II. Exceptions – Les ventes autorisées sans autorisation préalable
 - A. Vente d'actions en bourse pour les sociétés cotées
 - B. Vente d'actions en vue d'éviter un dommage grave et imminent
 - C. Vente d'actions en vue de leur distribution au personnel
 - D. Cession de titres propres résultant d'une transmission de patrimoine à titre universel ou résultant d'une acquisition sur saisie
 - E. Cession à une ou plusieurs personnes autres que le personnel

I. Principe – Obligation de respecter l'égalité de traitement

I Le Code des sociétés et des associations a supprimé l'obligation de recueillir l'approbation préalable de l'assemblée générale des actionnaires afin d'aliéner (revendre) les actions de la société, laissant place au régime plus libéral prévu par l'article 7:218 du Code des sociétés et des associations.

Le principe est que le conseil d'administration est libre d'aliéner les actions propres dans le respect de l'égalité de traitement de tous les actionnaires, en d'autres termes à la suite d'une offre de vente, adressée à tous les actionnaires, et le cas échéant à tous les titulaires de parts bénéficiaires ou de certificats, aux mêmes conditions par classe ou par catégorie.

II. Exceptions – Les ventes autorisées sans autorisation préalable

A. VENTE D’ACTIONS EN BOURSE POUR LES SOCIÉTÉS COTÉES

2 Les ventes de titres propres par des sociétés cotées peuvent être décidées par l’organe d’administration. L’égalité de traitement est assurée par la vente sur un marché réglementé ou un MTF, ou par une vente en dehors de ces marchés mais à un prix qui n’est pas inférieur au prix du marché.

B. VENTE D’ACTIONS EN VUE D’ÉVITER UN DOMMAGE GRAVE ET IMMINENT

3 En vue de prévenir un dommage grave et imminent, les statuts peuvent – dans les mêmes conditions que l’habilitation d’acquérir des titres propres en vue de prévenir de dommage grave et imminent, cf. commentaire de l’article 7:215 du Code des sociétés et des associations, – également autoriser le conseil d’administration à vendre des titres propres en vertu d’une autorisation statutaire approuvée aux conditions visées à l’article 7:215, § 1^{er}, al. 5, du Code des sociétés et des associations.

C. VENTE D’ACTIONS EN VUE DE LEUR DISTRIBUTION AU PERSONNEL

4 Corollaire de la dérogation en faveur des acquisitions de titres propres en vue de leur distribution au personnel, il n’est pas davantage requis de recueillir l’habilitation préalable de l’assemblée générale des actionnaires pour céder les actions propres au personnel.

5 Comme précédemment indiqué, la limite de temps (détention pendant 12 mois au plus) prévue par l’article 7:215, § 1^{er} n’est pas exempte de critique car elle peut s’avérer trop brève par rapport aux plans de stock-options et au régime fiscal qui y affèrent et au regard de la sanction qui en découle (nullité des actions) (*1).

D. CESSIION DE TITRES PROPRES RÉSULTANT D’UNE TRANSMISSION DE PATRIMOINE À TITRE UNIVERSEL OU RÉSULTANT D’UNE ACQUISITION SUR SAISIE

6 Corollaire également de la dérogation en faveur des acquisitions de titres propres résultant d’une transmission de patrimoine à titre universel ou résultant d’une acquisition sur saisie, les cessions de ces mêmes titres propres ne doivent pas davantage faire l’objet d’une habilitation préalable de l’assemblée générale.

(*1) Cf. commentaires de l’article 625 du Code des sociétés, C. EVERS, B. FERON, B. MALVAUX, T. PARTSCH, B. TAEVERNIER et P. TYTGAT, *Le rachat d’actions propres. Aspects financiers, juridiques, comptables et fiscaux*, Bruxelles, Kluwer, 2001, pp. 154 et suiv.

E. CESSIION À UNE OU PLUSIEURS PERSONNES AUTRES QUE LE PERSONNEL

7 Les statuts peuvent expressément autoriser la société à céder des actions à une ou plusieurs personnes autres que des membres du personnel, sans qu'il soit nécessaire que ces personnes soient indiquées dans les statuts, étant précisé que si le bénéficiaire est membre de l'organe d'administration, il ne peut participer au vote.

7:219. § 1^{er}. Les actions, parts bénéficiaires ou certificats acquis en violation de l'article 7:215, § 1^{er}, ainsi que ceux qui n'ont pas été aliénés dans les délais prescrits par l'article 7:218, 5^o et 6^o, sont nuls de plein droit.

Lorsqu'un certificat est nul de plein droit, l'action ou la part bénéficiaire sous-jacente dont la société acquiert de ce fait la propriété est simultanément frappée de nullité de plein droit.

L'organe d'administration détruit les titres nuls précités, en fait le cas échéant mention expresse dans le registre concerné et en dépose la liste au greffe du tribunal de l'entreprise.

L'alinéa 1^{er} est applicable proportionnellement au nombre d'actions ou de parts bénéficiaires et certificats de la même classe que la société détient.

§ 2. Le paragraphe 1^{er} est également applicable lorsque la société devient propriétaire à titre gratuit de ses propres actions, parts bénéficiaires ou certificats.

§ 3. En cas de nullité des actions ou parts bénéficiaires la réserve indisponible visée à l'article 7:217, § 3, est supprimée. Si cette réserve n'a pas été constituée ou n'est pas suffisante, les réserves disponibles doivent être diminuées à due concurrence et, à défaut de pareilles réserves, une assemblée générale convoquée au plus tard avant la clôture de l'exercice en cours prend acte d'une réduction de capital à hauteur du déficit.

§ 4. Les paragraphes 1^{er}, alinéa 3, et 3 sont applicables en cas d'annulation volontaire des actions, des parts bénéficiaires ou des certificats qui sont été régulièrement acquis par la société.

Commentaire de l'article 7:219 du Code des sociétés et des associations

Auteur : Louis-François DU CASTILLON

Mise à jour : 15 avril 2024

LÉGISLATION

Législation européenne

Directive (UE) n° 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, *J.O.U.E.*, L 169/46L, 30 juin 2017.

Législation et réglementation nationale

- Loi du 5 décembre 1984, *M.B.* du 12 décembre 1984, p. 15.612 et suiv.
- Loi du 18 juillet 1991, *M.B.* du 26 juillet 1991, p. 16.516 et suiv.
- Loi du 13 avril 1995, *M.B.* du 17 juin 1995, p. 17.492 et suiv.

- Loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *M.B.* du 4 avril 2019, p. 33.239 et suiv.
- Arrêté royal du 8 octobre 2008, *M.B.* du 30 octobre 2008, p. 57484.
- Circulaire FSMA_2019_26 du 11 septembre 2019 relative à l'acquisition et aliénation de titres propres conformément au Code des sociétés et des associations.
- Arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés et des associations, art. 205 à 208.

DOCTRINE IMPORTANTE

BRULOOT, D. et MARESCHEAU, K., « De inkoop van eigen aandelen : naar een nieuw juridisch kader », *T.R.V.*, 2007, p. 359 et suiv.

COIBION, A. et DE PIERPONT, G., « Assistance financière, rachat d'actions propres et apports en nature : assouplissement nécessaire ou coup d'épée dans l'eau ? », *Droit des sociétés - Millésime 2011*, Bruxelles, Ed. Larcier, 2011.

COIBION, A. et DE SELYS LONGCHAMPS, A., *Acquisition de titres propres et participations croisées*, Bruxelles, Larcier, 2016.

COIBION, A., « Rachat d'actions propres et participations croisées : le renforcement de l'actionnaire de référence par l'autocontrôle », Séminaire Vanham & Vanham, 13 octobre 2005.

CULOT, H. et THOUMSIN, P.Y., « Contrôle et maintien du capital : une réforme sans audace », *J.T.*, 2009, p. 93 et suiv.

CULOT, H. et VAN BUGGENHOUT, M., « Droit européen des sociétés, vers une réforme du capital ? », *J.T.D.E.*, 2007, pp. 193 à 200.

DE CORDT, Y. et ANDRÉ-DUMONT, A.-P., « Rachat d'actions propres », *Droit des sociétés - Millésime 2011*, Bruxelles, Ed. Larcier, 2011, p. 62-77.

DE PIERPONT, G., « L'importance du capital. Évolutions récentes du Code des sociétés », *Rev. prat. soc.*, 2010, p. 343 à 382.

EVERS, C., FERON, B., MALVAUX, B., PARTSCH, T., TAEVERNIER, B. et TYTGAT, P., *Le rachat d'actions propres. Aspects financiers, juridiques, comptables et fiscaux*, Bruxelles, Kluwer, 2001.

FYON, M. et POKORNY, V., « La société cotée dans le CSA », *L'impact du nouveau droit des sociétés sur la gouvernance des institutions financières et sur les transactions financières. De impact van het nieuwe vennootschapsrecht op de governance van financiële instellingen en op financiële transacties*, S. Declercq et al. (dir.), Bruxelles, Larcier, 2020, p. 291 à 355.

GEENS K., « Articles 52bis à 52sexies des LCSC », in « Le projet de loi modifiant les sociétés commerciales », *Journée d'études C.D.V.A, Rev. prat. soc.*, n° spécial, p. 51.

GOLLIER, J.-M. et MALHERBE, P., « Les sociétés commerciales : Des lois coordonnées au Code des sociétés », *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, 33, 2^e éd. par P. Malherbe, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 262.

GOLLIER, J.-M. et MALHERBE, P., « Les sociétés commerciales : Lois des 7 et 13 avril 1995 », *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, 10, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 84 et suiv.

L'HOMME, T., POTTIER, E., TU, L. et VISEUR, G., « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », *R.D.C.*, 2018/9, p. 1013 à 1066.

MASSAGE, M., *L'adaptation du droit des sociétés anonymes aux deuxième et quatrième directives européennes (loi du 5.12.1984)*, Bruxelles, Swinnen, 1985.

MUYLDERMANS, J. et CHALOT, M., « Précompte immobilier sur liquidations et rachats d'actions propres », *R.G.F.*, 2003, p. 12 à 18.

NELISSEN GRADE, J.-M. et COIBION, A., « Acquisition de titres propres et participations croisées. Quelques considérations pratiques », in « 10 ans du Séminaire Vanham & Vanham », *Actualités en droit des affaires*, Ed. TTB, 2003.

NELISSEN GRADE, J.-M. et COIBION, A., Le rachat d'actions propres, Séminaire Vanham & Vanham du jeudi 8 mars 2001.

POTTIER, E. et CULOT, L., « Nouveautés dans le capital : rachat d'actions propres, assistance financières, apport en nature », *Le point sur le droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 301-355.

POTTIER, E., L'HOMME, T., TU, L.-Y. et VISEUR, G., « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », *Le Code des sociétés et associations : (r)évolution ? Analyse des principales modifications. Het Wetboek van vennootschappen en verenigingen : (r)evolutie ? Analyse van de belangrijkste wijzigingen*, E. Pottier (dir.), Bruxelles, Larcier, 2019, p. 149 à 241.

SIMONART, V., « Une société anonyme belge peut-elle acquérir plus de dix pourcents de ses propres actions en vue de leur destruction immédiate », *Mélanges offerts à P. Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 669 à 688.

TAS, R., « Wijzigingen inzake de bijeenbrenging en instandhouding van het maatschappelijke kapitaal : de afgeslankte tweede richtlijn », *T.R.V.*, 2006, pp. 615 à 630.

VAN DER HAEGHEN, M. et GOLLIER, J.-M., « Les sociétés commerciales (loi du 18 juillet 1991) », *J.T.*, 1991, p. 198 à 200.

WILLERMAIN, D., « Les actions et le capital dans la société anonyme : réexamen de thèmes classiques à la lumière du CSA », *Rev. prat. soc.*, 2020/2, p. 125 à 169.

COMMENTAIRE

1 Sont nuls de plein droit les titres propres :

- acquis en violation de l'article 7:215, § 1^{er} ; ainsi que
- lorsqu'ils n'ont pas été aliénés dans les délais prévus à l'article 7:218, 5^o et 6^o, acquis en vue de leur distribution au personnel, titres propres résultant d'une transmission de patrimoine à titre universel ou résultant d'une acquisition sur saisie : 12 mois à date de leur acquisition.

Si l'une des conditions prévues par l'article 7:215, § 1^{er}, du Code des sociétés et des associations n'est pas remplie (assemblée générale préalable n'ayant pas valablement statué selon les conditions prévues, absences de bénéfices distribuables suffisants, etc.), les titres sont alors nuls de plein droit et les administrateurs doivent déposer une liste de ces titres au greffe du tribunal de l'entreprise. La nullité doit être inscrite dans le registre des actions nominatives.

Cette sanction de nullité est beaucoup plus stricte que les sanctions prévues par la directive européenne.

2 Si un certificat devient nul de plein droit, une décertification s'opère alors de plein droit et l'action ou la part bénéficiaire sous-jacente devient alors simultanément nulle de plein droit.

3 L'article 7:219, § 2, du Code des sociétés et des associations rappelle que les acquisitions de titres propres à titre gratuit sont interdites et frappées de nullité.

7:220. § 1^{er}. Le rapport de gestion de la société qui a acquis ses propres actions, parts bénéficiaires ou certificats, par elle-même ou par une personne agissant en son nom propre mais pour compte de la société ou par une société filiale contrôlée directement visé à l'article 7:221, soit par elle-même, soit par une personne agissant en son nom propre mais pour compte de la filiale, est complété au moins par les indications suivantes :

1^o les raisons des acquisitions ;

2^o le nombre de titres acquis, et la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, le pair comptable des actions acquises ou cédées pendant l'exercice et des actions auxquelles se rapportent les certificats acquis ou cédés, ainsi que la fraction du capital souscrit qu'elles représentent ;

3^o la contrepartie des actions, parts bénéficiaires ou certificats acquis ou cédés ;

4^o le nombre de titres et la valeur nominale, ou à défaut de valeur nominale, le pair comptable de l'ensemble des actions acquises et détenues en portefeuille par la société, la personne agissant en son nom mais pour le compte de la société ou une société filiale contrôlée directement, visée à l'article 7:221, ou la personne agissant en son nom mais pour le compte de la société filiale, et des actions auxquelles se rapportent les certificats acquis et détenus en portefeuille, ainsi que la fraction du capital souscrit que celles-ci représentent.

Lorsque la société n'est pas tenue de rédiger un rapport de gestion, les indications visées à l'alinéa 1^{er} doivent être mentionnées dans l'annexe aux comptes annuels.

§ 2. Le rapport de gestion des sociétés visées au paragraphe 1^{er} mentionne pour chaque aliénation d'actions, parts bénéficiaires ou certificats propres par la société, la personne agissant en son nom propre mais pour le compte de la société ou une société filiale contrôlée directement, visée à l'article 7:221, ou la personne agissant en son nom propre mais pour le compte de la société filiale :

1^o le nombre de titres aliénés, le cas échéant la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, leur pair comptable et la fraction du capital souscrit qu'ils représentent ;

2^o la contrevaletur obtenue ;

3^o l'identité de l'acquéreur, pour autant qu'elle soit connue de la société ; pour le personnel, des détails individuels sur les acquéreurs ne doivent pas être communiqués, sous réserve de dispositions légales plus strictes ;

4^o dans le cas visé à l'article 7:218, § 1^{er}, 3^o, les raisons et les buts des aliénations.

Commentaire de l'article 7:220 du Code des sociétés et des associations

Auteur : Louis-François DU CASTILLON

Mise à jour : avril 2024

LÉGISLATION

Législation européenne

Directive (UE) n° 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, *J.O.U.E.*, L 169/46L, 30 juin 2017.

Législation et réglementation nationale

- Loi du 5 décembre 1984, *M.B.* du 12 décembre 1984, p. 15.612 et suiv.
- Loi du 18 juillet 1991, *M.B.* du 26 juillet 1991, p. 16.516 et suiv.
- Loi du 13 avril 1995, *M.B.* du 17 juin 1995, p. 17.492 et suiv.
- Loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *M.B.* du 4 avril 2019, p. 33.239 et suiv.
- Arrêté royal du 8 octobre 2008, *M.B.* du 30 octobre 2008, p. 57484.
- Circulaire FSMA_2019_26 du 11 septembre 2019 relative à l'acquisition et aliénation de titres propres conformément au Code des sociétés et des associations.
- Arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés et des associations, art. 205 à 208.

DOCTRINE IMPORTANTE

BRULOOT, D. et MARESCEAU, K., « De inkoop van eigen aandelen : naar een nieuw juridisch kader », *T.R.V.*, 2007, p. 359 et suiv.

COIBION, A. et DE PIERPONT, G., « Assistance financière, rachat d'actions propres et apports en nature : assouplissement nécessaire ou coup d'épée dans l'eau ? », *Droit des sociétés - Millésime 2011*, Bruxelles, Ed. Larcier, 2011.

COIBION, A. et DE SELYS LONGCHAMPS, A., *Acquisition de titres propres et participations croisées*, Bruxelles, Larcier, 2016.

COIBION, A., « Rachat d'actions propres et participations croisées : le renforcement de l'actionnaire de référence par l'autocontrôle », Séminaire Vanham & Vanham, 13 octobre 2005.

CULOT, H. et THOUMSIN, P. Y., « Contrôle et maintien du capital : une réforme sans audace », *J.T.*, 2009, p. 93 et suiv.

CULOT, H. et VAN BUGGENHOUT, M., « Droit européen des sociétés, vers une réforme du capital ? », *J.T.D.E.*, 2007, pp. 193 à 200.

DE CORDT, Y. et ANDRÉ-DUMONT, A.-P., « Rachat d'actions propres », *Droit des sociétés - Millésime 2011*, Bruxelles, Ed. Larcier, 2011, p. 62-77.

DE PIERPONT, G., « L'importance du capital. Évolutions récentes du Code des sociétés », *Rev. prat. soc.*, 2010, p. 343 à 382.

EVERS, C., FERON, B., MALVAUX, B., PARTSCH, T., TAEVERNIER, B. et TYTGAT, P., *Le rachat d'actions propres. Aspects financiers, juridiques, comptables et fiscaux*, Bruxelles, Kluwer, 2001.

FYON, M. et POKORNY, V., « La société cotée dans le CSA », *L'impact du nouveau droit des sociétés sur la gouvernance des institutions financières et sur les transactions financières. De impact van het nieuwe vennootschapsrecht op de governance van financiële instellingen en op financiële transacties*, S. Declercq et al. (dir.), Bruxelles, Larcier, 2020, p. 291 à 355.

GEENS K., « Articles 52bis à 52sexies des LCSC », in « Le projet de loi modifiant les sociétés commerciales », *Journée d'études C.D.V.A, Rev. prat. soc.*, n° spécial, p. 51.

GOLLIER, J.-M. et MALHERBE, P., « Les sociétés commerciales : Des lois coordonnées au Code des sociétés », *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, 33, 2^e éd. par P. Malherbe, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 262.

GOLLIER, J.-M. et MALHERBE, P., « Les sociétés commerciales : Lois des 7 et 13 avril 1995 », *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, 10, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 84 et suiv.

L'HOMME, T., POTTIER, E., TU, L. et VISEUR, G., « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », *R.D.C.*, 2018/9, p. 1013 à 1066.

MASSAGE, M., *L'adaptation du droit des sociétés anonymes aux deuxième et quatrième directives européennes (loi du 5.12.1984)*, Bruxelles, Swinnen, 1985.

MUYLDERMANS, J. et CHALOT, M., « Précompte immobilier sur liquidations et rachats d'actions propres », *R.G.F.*, 2003, p. 12 à 18.

NELISSEN GRADE, J.-M. et COIBION, A., « Acquisition de titres propres et participations croisées. Quelques considérations pratiques », in 10 ans du Séminaire Vanham & Vanham. *Actualités en droit des affaires*, Ed TTB., 2003.

NELISSEN GRADE, J.-M. et COIBION, A., « Le rachat d'actions propres », Séminaire Vanham & Vanham du jeudi 8 mars 2001.

POTTIER, E. et CULOT, L., « Nouveautés dans le capital : rachat d'actions propres, assistance financières, apport en nature », *Le point sur le droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 301-355.

POTTIER, E., L'HOMME, T., TU, L.-Y. et VISEUR, G., « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », *Le Code des sociétés et associations : (r)évolution ? Analyse des principales modifications. Het Wetboek van vennootschappen en verenigingen : (r)evolutie ? Analyse van de belangrijkste wijzigingen*, E. Pottier (dir.), Bruxelles, Larcier, 2019, p. 149 à 241.

SIMONART, V., « Une société anonyme belge peut-elle acquérir plus de dix pourcents de ses propres actions en vue de leur destruction immédiate », *Mélanges offerts à P. Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 669 à 688.

TAS, R., « Wijzigingen inzake de bijeenbrenging en instandhouding van het maatschappelijke kapitaal : de afgeslankte tweede richtlijn », *T.R.V.*, 2006, pp. 615 à 630.

VAN DER HAEGHEN, M. et GOLLIER, J.-M., « Les sociétés commerciales (loi du 18 juillet 1991) », *J.T.*, 1991, p. 198 à 200.

WILLERMAIN, D., « Les actions et le capital dans la société anonyme : réexamen de thèmes classiques à la lumière du CSA », *Rev. prat. soc.*, 2020/2, p. 125 à 169.

COMMENTAIRE

1 Pour rappel, l'article 3:6 du Code des sociétés et des associations contient les dispositions applicables à l'obligation des membres de l'organe de gestion d'établir un rapport dans lequel ils rendent compte annuellement de leur gestion.

L'article 3:6, § 1^{er}, 7^o, du Code des sociétés et des associations prévoyant que doivent y être reprises « *toutes les informations qui doivent y être insérées en vertu du présent code* ».

L'article 7:220 du Code des sociétés constitue une de ses obligations : la société qui a acquis ses propres actions a l'obligation d'indiquer dans son rapport de gestion des indications précises sur les acquisitions effectuées et sur les actions autodétenues.

2 Dans l'hypothèse où la société n'est pas tenue d'établir de rapport de gestion, les indications prévues à l'article 7:220 du Code des sociétés doivent être reprises dans l'annexe aux comptes annuels.

Section 4. Procédure de sonnette d’alarme

7:228. Lorsque, par suite de perte, l’actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital, l’organe d’administration doit, sauf dispositions plus rigoureuses dans les statuts, convoquer l’assemblée générale à une réunion à tenir dans les deux mois à dater du moment où la perte a été constatée ou aurait dû l’être en vertu des dispositions légales ou statutaires, en vue de décider de la dissolution de la société ou de mesures annoncées dans l’ordre du jour afin d’assurer la continuité de la société.

A moins que l’organe d’administration propose la dissolution de la société conformément à l’article 7:230, il expose dans un rapport spécial, tenu à la disposition des actionnaires au siège de la société quinze jours avant l’assemblée générale, les mesures qu’il propose pour assurer la continuité de la société. Ce rapport est annoncé dans l’ordre du jour. Une copie peut en être obtenue conformément à l’article 7:132. Une copie est également transmise sans délai aux personnes qui ont accompli les formalités requises par les statuts pour être admises à l’assemblée générale.

En cas d’absence du rapport prévu à l’alinéa 2 la décision de l’assemblée générale est nulle.

Les mêmes règles sont observées lorsque, par suite de perte, l’actif net est réduit à un montant inférieur au quart du capital mais, en ce cas, la dissolution aura lieu lorsqu’elle est approuvée par le quart des voix émises à l’assemblée, sans qu’il soit tenu compte des abstentions dans le numérateur ou dans le dénominateur.

Lorsque l’assemblée générale n’a pas été convoquée conformément au présent article, le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire, présumé résulter de cette absence de convocation.

Commentaire de l’article 7:228 du Code des sociétés et des associations

Auteur : Louis-François DU CASTILLON

Mise à jour : 10 septembre 2021

LÉGISLATION

Directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, *J.O.U.E.*, 30 juin 2017, L.169/46.

DOCTRINE IMPORTANTE

DELVAUX, M.-A., note sous Anvers, 20 décembre 2001, *J.D.S.C.*, 2004, p. 279.

FOSSOUL, X., « Observations sur l'article 103 des lois coordonnées sur les sociétés commerciale », in *Liber Amicorum Commission droit et vie des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 574, note 26.

GOFFIN, J.-F., *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 247 et suiv.

MASSAGÉ, M., *L'adaptation du droit des sociétés anonymes aux deuxième et quatrième directives européennes (loi du 5.12.1984)*, Bruxelles, Swinnen, 1985.

VAN OMESLAGHE, P., « Le maintien du capital des sociétés anonymes », *Ann. dr.*, 1985, p. 174-181.

VAN SANTVLIET, C., « Artikel 103 van de vennootschappenwet (de alarmbelprocedure) : een stand van zaken, *R.D.C.-T.V.H.*, 1997, p. 597, n° 6.

WILLERMAIN, D., « Les Actions et le capital dans la société anonyme : réexamen des thèmes classiques à la lumière du CSA », *Rev. prat. soc.-T.R.V.*, 2020, p. 140, n° 23, note 99.

WYCKAERT, M., *Kapitaal in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 1995, p. 499 et suiv.

JURISPRUDENCE IMPORTANTE

Bruxelles, 7 janvier 1959, *Rev. prat. soc.*, 1963, p. 204.

Anvers, 20 décembre 2001, *R.W.*, 2002-2003, p. 708 ; *T.R.V.*, 2004, p. 725.

Comm. Ypres, 21 octobre 2002, *R.W.*, 2003-2004, p. 431.

Cass. (1^{re} ch), 4 mai 2018, *T.R.V.-Rev. prat. soc.*, p. 325.

Liège, 27 novembre 2019, *R.D.C.-T.B.H.*, 2020/5, mai 2020, p. 671.

Trib. entr. Liège (3^e ch.), 12 février 2020, *T.R.V. – Rev. prat. soc.*, 2021, p. 109.

COMMENTAIRE

Structure

I. Introduction

II. Procédure

A. Les obligations de l'organe d'administration

1. Déclenchement de la procédure de sonnette d'alarme
2. Réitération de la procédure
3. Le rapport spécial de l'organe d'administration

Titre 1^{er}. Dispositions générales

Chapitre 2. Membres et registre des membres

9:3. § 1^{er}. L'organe d'administration tient au siège de l'association un registre des membres. Ce registre reprend les nom, prénom et domicile des membres, ou lorsqu'il s'agit d'une personne morale, la dénomination, la forme légale et l'adresse du siège. L'organe d'administration inscrit toutes les décisions d'admission, de démission ou d'exclusion des membres dans ce registre endéans les huit jours de la connaissance qu'il a eu de la décision. L'organe d'administration peut décider que le registre sera tenu sous la forme électronique. Le Roi peut déterminer les conditions auxquelles le registre électronique doit satisfaire.

Tous les membres peuvent consulter au siège de l'association le registre des membres. A cette fin, ils adressent une demande écrite à l'organe d'administration, avec lequel ils conviennent d'une date et d'une heure de consultation du registre. Ce registre ne peut être déplacé.

L'association doit, en cas de requête orale ou écrite, accorder sans délai l'accès au registre des membres aux autorités, administrations et services, en ce compris les parquets, les greffes et les cours, les tribunaux et toutes les juridictions et les fonctionnaires légalement habilités à cet effet et doit en outre fournir à ces instances les copies ou extraits de ce registre que ces dernières estiment nécessaires.

§ 2. Les statuts de l'association fixent les conditions auxquelles des tiers qui ont un lien avec l'association peuvent être considérés comme membres adhérents de l'association. Les droits et obligations des membres adhérents sont exclusivement déterminés par les statuts.

Commentaire de l'article 9:3 du Code des sociétés et des associations

Auteurs : Denis DUFOUR et Daria LIKHATCHEVA

Mise à jour : 18 mars 2024

DOCTRINE IMPORTANTE

COIPEL, M., DAVAGLE, M. et SEPULCHRE, V., « ASBL », *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2017.

DAVAGLE, M., *Mémento des ASBL*, Kluwer, 2023.

SIMONART, V., *Associations sans but lucratif, associations internationales sans but lucratif et fondations*, Bruxelles, Bruylant, 2016.

COMMENTAIRE

Structure

- I. L'obligation de tenir un registre des membres
 - A. Droit de consultation
 - B. Sanction
- II. Membres adhérents

I. L'obligation de tenir un registre des membres

1 L'établissement et la tenue du registre des membres incombent à l'organe d'administration, avec un pouvoir de délégation de cette tâche à l'un ou plusieurs administrateurs ou même un tiers, tel un directeur (*1).

Seuls les membres effectifs doivent être repris dans le registre, à l'exclusion des membres adhérents. Un registre séparé peut être tenu pour les membres adhérents.

Bien que la loi ne le précise pas expressément, la doctrine considère que « *l'utilisation du mot registre suppose l'utilisation d'un cahier relié dans lequel sont notées toutes les modifications. Les membres repris dans le registre ne doivent pas être inscrits dans l'ordre alphabétique mais se verront attribuer un numéro en fonction de la date de leur admission dans l'ASBL* » (*2).

2 Le registre reprend à tout le moins :

- le numéro d'inscription de chaque membre ;
- l'identification de chaque membre, à savoir le nom, le prénom et le domicile lorsqu'il s'agit d'une personne physique et la dénomination, la forme légale et l'adresse du siège lorsqu'il s'agit d'une personne morale ; et
- la date de l'admission, de démission ou d'exclusion éventuelles de chaque membre, et ce, dans les huit jours qui suivent celle où l'organe d'administration en prend connaissance. La liste des événements prévus par la loi n'est pas limitative.

3 De manière plus générale, le registre doit être mis à jour en cas de tout événement qui modifie le statut d'un membre. En dehors des cas visés par la loi, nous pouvons ainsi citer le décès d'un membre ou encore l'arrivée d'un terme ou d'une condition visée dans les statuts ou la décision de nomination, impliquant la fin de cette qualité ou la présomption de démission.

4 Le membre ne doit pas nécessairement contresigner le registre. La loi ne l'impose en tout cas pas. Les statuts peuvent toutefois prévoir une telle formalité, visant essentiellement à confirmer l'engagement du membre en question et, le cas échéant, son

(*1) La délégation qui ne pourra se faire que sous la surveillance et la responsabilité de l'organe d'administration.

(*2) M. COIPEL, M. DAVAGLE et V. SEPULCHRE, « ASBL », *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 409.

adhésion aux statuts, à un éventuel règlement d'ordre intérieur ou encore aux valeurs défendues par l'association.

5 Le registre vise à établir la liste des membres effectifs de l'association. C'est notamment sur la base de ce document que le conseil d'administration adressera les convocations aux assemblées générales. En cas de contestation portant sur la qualité de membre de l'une ou l'autre personne, c'est également ce document qui, en principe, servira de preuve première. Il convient toutefois de préciser que ce mode de preuve n'est pas exclusif et la personne intéressée pourra prouver sa qualité par tout moyen de droit, tels que les procès-verbaux des organes compétents ou encore l'invitation à s'acquitter d'une cotisation.

6 Le registre peut être tenu, au choix de l'organe d'administration, sous forme de papier ou sous forme électronique, En ce qui concerne cette dernière, le CSA a laissé la possibilité au Roi d'imposer les conditions auxquelles un tel registre pourrait être soumis. Dans le cadre de l'adoption de l'arrêté royal portant exécution du Code des sociétés et des associations du 29 avril 2019, le rapport au Roi précise qu'« *en réponse à une remarque du Conseil d'Etat, il peut être précisé que les auteurs du projet ne considèrent pas opportun à ce stade de mettre en exécution l'habilitation facultative de déterminer des conditions auxquelles le registre électronique des membres d'une ASBL doit satisfaire* ». Le registre sous la forme électronique n'est donc actuellement soumis à aucune contrainte légale.

Le registre doit être conservé au siège de l'association et ne peut être déplacé.

En cas de perte du registre des membres, l'organe d'administration est tenu de le reconstituer dans les plus brefs délais, notamment sur la base de tout document probant.

A. DROIT DE CONSULTATION

7 Chaque membre dispose d'un droit de consultation du registre des membres, sur la base d'une demande écrite adressée à l'organe d'administration, avec lequel il convient d'une date et d'une heure de consultation du registre. Ce droit de consultation ne peut pas leur être refusé dans son principe, sous réserve de convenir d'un rendez-vous. Il n'implique toutefois pas l'obligation pour l'association d'en délivrer les copies ou les extraits.

8 La loi attribue par ailleurs un droit de consultation plusieurs instances officielles, à savoir les autorités, administrations et services au sens la large, sur simple requête écrite ou même orale. Contrairement aux membres, les autorités administratives et judiciaires peuvent demander la délivrance par l'association des copies et extraits du registre.

La loi ne prévoit en revanche aucun droit de consultation en faveur des tiers. Sont visés ici tant les personnes qui n'ont pas et n'ont jamais eu de lien avec l'association que les membres adhérents ou les personnes ayant perdu la qualité de membre.

Cette prérogative aura probablement vocation à tomber en désuétude depuis l'entrée en vigueur de la loi du 18 septembre 2017, transposant la quatrième directive européenne (Directive n° 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme (*1). Le Code impose à l'art. 1:35 à toutes les personnes morales de recueillir et de conserver des informations adéquates, exactes et actuelles sur leurs bénéficiaires effectifs – au rang desquels figurent les membres – et de transmettre les données recueillies au registre des bénéficiaires effectifs (UBO).

B. SANCTION

9 Le Code a supprimé la sanction particulière qui s'attachait sous l'empire de l'ancienne loi (*2) au manquement de l'obligation de tenir à jour le registre.

A défaut de dispositions spéciales, la responsabilité de l'association ou de ses administrateurs pour toute faute résultant d'un tel manquement peut être engagée en vertu du droit commun, à savoir l'article 1382 du Code civil, à condition de prouver un lien entre la faute et le dommage. Les chances de mettre une telle action en œuvre sont donc très réduites d'autant plus que les tiers n'ont pas accès au registre.

II. Membres adhérents

10 Le Code prévoit la possibilité d'instaurer différentes catégories de membres, dont celle des membres adhérents. Il n'y a néanmoins aucune obligation à cet égard.

Il s'agit généralement de personnes, physiques ou morales, qui souhaitent aider l'association ou participer à ses activités et entretiennent à ce titre des relations privilégiées avec l'association.

L'art. 9:3, § 2 qualifie clairement les membres adhérents de « tiers » à l'association. Ils ne sont pas parties au contrat d'association qui lie les membres effectifs de l'association. La doctrine considère néanmoins qu'il existe bel et bien un contrat entre les membres adhérents d'une part et l'association d'autre part (*3).

Si l'association fait usage de la faculté de prévoir les membres adhérents, les conditions d'admission, les droits et les obligations des membres doivent être déterminés par les statuts et non dans un règlement d'ordre intérieur.

(*1) *J.O.U.E.*, 5 juin 2015, L 141/73.

(*2) Art. 26 de la loi du 27 juin 1921.

(*3) M. DAVAGLE, *Mémento des ASBL*, Kluwer, 2023, p. 195 ; M. COIPEL, M. DAVAGLE et V. SEPULCHRE, « ASBL », *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 412.

11 Par ailleurs, les droits et les obligations des membres visées par le Code ne s'appliquent qu'aux membres effectifs et ne s'étendent pas aux membres adhérents. C'est en ce sens qu'il convient de comprendre le terme « exclusivement » visé par l'article 9:3, § 2, du Code.

12 En ce qui concerne les droits, ceux-ci peuvent inclure le droit d'être convoqué et de participer avec voix consultative aux assemblées générales. Toutefois, les membres adhérents ne peuvent en aucun cas jouir du droit de vote sous peine d'être considérés *de facto* comme des membres effectifs (*1). Il s'agit en effet d'un droit nécessairement attaché aux seuls membres effectifs. Les membres adhérents ne rentrent donc pas en considération dans les exigences liées au quorum de présences de même que dans les calculs des majorités. Par ailleurs, à l'instar de tout tiers, les membres adhérents peuvent demander à prendre connaissance des décisions de l'assemblée générale qui les concernent directement (*2). Les statuts déterminent les règles qui entourent ce droit de consultation.

En matière judiciaire, les membres adhérents disposent en principe d'un intérêt à agir au sens de l'art. 17 du Code judiciaire.

Enfin, les règles impératives en matière d'exclusion des membres (effectifs) (*3) ne s'appliquent pas à l'exclusion des membres adhérents (*4).

(*1) M. COIPEL, M. DAVAGLE et V. SEPULCHRE, « ASBL », *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 412.

(*2) Art. 2:9, § 2, 6 °, du Code.

(*3) Art. 9:23 du Code.

(*4) M. DAVAGLE, *Mémento des ASBL*, Kluwer, 2023, p. 196.

Titre 2. Organes

Chapitre 1^{er}. Administration

Section 1^{re}. Composition

9:5. L'association est administrée par un organe d'administration collégial qui compte au moins trois administrateurs, qui sont des personnes physiques ou morales.

Si et aussi longtemps que l'association compte moins de trois membres, l'organe d'administration peut être constitué de deux administrateurs. Tant que l'organe d'administration ne compte que deux membres, toute disposition qui octroie à un membre de l'organe d'administration une voix prépondérante perd de plein droit ses effets.

Commentaire de l'article 9:5 du Code des sociétés et des associations

Auteurs : Denis DUFOUR et Daria LIKHATCHEVA

Mise à jour : 15 mars 2024

JURISPRUDENCE IMPORTANTE

Cass., 9 octobre 2020 (R.G. n° C.20.0120.N).

DOCTRINE IMPORTANTE

COIPEL, M., « La collégialité au sein du conseil d'administration d'une ASBL ou d'une SA », *J.D.S.A.*, 2021, p. 125.

DE GEYTER, S., « De toezichtsplicht van individuele bestuurders in een collegiale raad van bestuur », *RPS-TRV*, 2021, p. 361.

COMMENTAIRE

Structure

- I. Principe de collégialité
- II. Administrateur personne physique et personne morale
- III. Nombre minimum d'administrateurs

I. Principe de collégialité

1 Le conseil d'administration est un organe collégial, ce qui signifie que pris individuellement, les administrateurs n'ont pas de prérogatives. Ils doivent se concerter et agir de manière collective. Le caractère collégial de l'organe n'empêche pas pour autant – après qu'il y a eu concertation – de charger un des administrateurs d'exécuter une décision ou d'en assurer la mise en œuvre.

De même, entre administrateurs et pour assurer un fonctionnement optimal, rien n'interdit de se répartir les tâches. De telles répartitions n'enlèvent toutefois rien au caractère collégial des décisions du conseil d'administration ni même au mécanisme selon lequel la responsabilité est solidaire entre les administrateurs pour les décisions prises par le conseil d'administration.

2 Par un arrêt du 9 octobre 2020, la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler que le conseil d'administration ne peut fonctionner au sein d'une ASBL que sous une forme collégiale (*1). Même si des répartitions de tâches entre administrateurs demeurent possibles, la Cour établit ensuite un lien entre le principe de collégialité et l'obligation de surveillance et de contrôle qui incombe à chaque administrateur pris individuellement. Si elle admet que cette obligation de surveillance n'implique pas un contrôle permanent, elle estime qu'il ne peut être réduit à néant lorsque l'organe ne fonctionne plus sur une base collégiale.

II. Administrateur personne physique ou personne morale

3 Le législateur se montre assez libéral et n'impose pas de véritables conditions pour devenir administrateur. L'assemblée générale est libre de porter son choix sur un membre ou sur un tiers. Il peut en outre s'agir d'une personne physique ou d'une personne morale. Il n'est pas rare que les statuts imposent que les administrateurs soient désignés sur la base d'une catégorie de personnes ou encore que ceux-ci répondent à certains critères. Les exigences les plus communes sont de disposer de la qualité de membre ou d'exercer une profession spécifique en lien avec le but désintéressé.

La loi n'impose aucune condition fondée sur le sexe ou sur la nationalité des administrateurs. Les statuts pourraient exiger des conditions de genre ou de nationalité dans la composition du conseil d'administration sans pour autant que cela soit discriminatoire, et certainement si cette exigence est conforme au but.

4 Le candidat personne physique doit toutefois être majeur et ne pas être frappé d'une incapacité ou encore d'une interdiction résultant d'une condamnation pénale d'assumer un mandat au sein d'une personne morale. Enfin, les titulaires de certaines

(*1) Cass., 9 octobre 2020 (R.G. n° C.20.0120.N).

fonctions, liées à l'exercice de la puissance publique ne peuvent être désignés en qualité d'administrateurs.

5 La désignation d'une personne morale en qualité d'administrateur implique pour la candidate-administrateur, d'une part, de veiller à l'adéquation ou à tout le moins à la compatibilité de son but et de son objet avec l'ASBL au sein de laquelle elle sera amenée à exercer sa fonction et, d'autre part, de désigner un représentant permanent conformément à l'art. 2:55 CSA.

III. Nombre minimum d'administrateurs

6 Le Code exige un minimum de 3 administrateurs. De manière dérogatoire, et uniquement lorsque le nombre de membres descend en dessous du seuil de 3 personnes le conseil d'administration pourrait être composé de deux administrateurs.

7 Il est fréquent que les statuts accordent, généralement au président du conseil d'administration, une voix prépondérante en cas de situation de ballottage. Ce mécanisme apparaît d'ailleurs opportun lorsque certaines délibérations cristallisent dangereusement certaines oppositions et qu'un arbitrage est souvent salutaire. Ce mécanisme perd néanmoins toute sa pertinence lorsque le conseil d'administration se réduit à deux administrateurs. Dans l'hypothèse d'un conseil d'administration réduit à un tandem, et puisque la collégialité du conseil d'administration demeure obligatoire, le législateur ne permet pas d'autre voie que celle du consensus, écartant nécessairement la situation au terme de laquelle une décision du conseil d'administration résulterait de la volonté d'un seul administrateur.

