

AVIS¹ 2020/04 DU CONSEIL DE L'INSTITUT DES REVISEURS D'ENTREPRISES

Correspondant
sg@ibr-ire.be

Notre référence
MB/CL/jv

Date
18.12.2020

Chère Consœur,
Cher Confrère,

**Concerne: Régime de la nullité des décisions des organes de personnes morales
– Points d'attention pour le commissaire**

1. Contexte

L'ancien Code des sociétés (Ci-après « C. Soc. ») comportait une réglementation particulière en matière de nullité des décisions de l'assemblée générale. Cette réglementation était répartie entre l'article 64 (causes de nullités) et les articles 178 à 180 (procédure). En revanche rien n'était prévu concernant la nullité des décisions des autres organes, ni concernant la nullité d'un vote. C'est par analogie avec l'article 64 C. Soc. que la jurisprudence s'est développée.

Le législateur, par soucis de sécurité juridique, a décidé d'introduire dans le Code des sociétés et des associations (ci-après « CSA ») les articles 2:42 et 2:43 qui traitent des causes de nullités relatives aux décisions des organes, aux décisions de l'assemblée générale des obligataires, ainsi que de la nullité des votes. En outre, les articles 2:44 à 2:48 CSA régissent la procédure et les effets de la nullité.

En ce qui concerne le délai de prescription de l'action en nullité, l'article 198 C. Soc. prévoyait que l'action en nullité d'une décision de l'assemblée générale était prescrite après un délai de 6 mois, à compter de la date à laquelle la décision litigieuse était rendue opposable à celui qui invoquait la nullité ou était connue de celui-ci.

¹ Par voie d'avis, l'Institut développe la doctrine relative aux techniques d'audit et à la bonne application par les réviseurs d'entreprises du cadre légal, réglementaire et normatif qui régit l'exercice de leur profession (art. 31, §7 de la loi du 7 décembre 2016 portant organisation de la profession et de la supervision publique des réviseurs d'entreprises) ; seules les normes et les recommandations sont obligatoires.

Dans le même souci de sécurité juridique l'article 2:143, §4, al.2 CSA prévoit désormais un délai de prescription unique de six mois pour toutes les actions en nullité des décisions d'organes de personnes morales.

2. Analyse

2.1. **Champ d'application**

L'article 2:42 CSA est applicable à toutes les décisions des organes² de personnes morales. Cette terminologie vise notamment³ :

- l'assemblée générale ;
- l'organe d'administration ;
- l'administrateur provisoire désigné par décision judiciaire ;
- le(s) liquidateur(s).

Bien que l'assemblée générale des obligataires ne soit pas un organe, les règles relatives à la nullité des décisions et votes lui sont néanmoins applicables, moyennant les adaptations nécessaires.

Sont par contre exclus : le commissaire (et le collège de commissaires), les mandataires, les membres individuels d'organes d'administration collégiaux sans pouvoir de représentation⁴.

Cette disposition est applicable aux sociétés, aux associations et aux fondations dotées de la personnalité juridique.

² Pour la distinction des organes opérée selon leur fonction, cf. T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés, Tome I*, Diegem, Kluwer Éditions, Juridiques Belgique, 1996, p. 702- 703, n° 928 : « (...). On peut ainsi distinguer les organes de délibération, de gestion (également dits chargés de l'administration), de représentation, de contrôle et de liquidation. (...) (iv) **Les organes de contrôle** – Les organes de contrôle sont les commissaires-réviseurs. (...). Ils n'ont pas de pouvoirs de représentation vis-à-vis des tiers. »

³ Le Comité d'audit ne peut être considéré comme un organe, car il n'a pas de pouvoir de représentation.

⁴ Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *Doc.Parl.*, Ch., n° 54 3119/001, p.52.

2.2. Causes de nullité

L'article 2:42 CSA prévoit quatre causes de nullité d'une décision prise par un organe ou par l'assemblée générale des obligataires :

- a) Lorsque cette décision a été adoptée de manière irrégulière, si le demandeur prouve que cette irrégularité a pu avoir une influence sur la délibération ou le vote ou a été commise dans une intention frauduleuse.

Sont visées notamment, les irrégularités ayant trait aux formalités de convocation de l'assemblée générale, de préavis, de communication des documents, de constitution de l'assemblée et de déroulement des délibérations⁵.

- b) En cas d'abus de droit, d'abus, d'excès ou détournement de pouvoir.

La notion d' « excès de pouvoir » vise les décisions prises par un organe en dehors de sa sphère de compétence mais également celles qui violeraient une disposition impérative⁶.

La notion de « détournement de pouvoir » couvre les décisions considérées comme servant des intérêts privés au détriment des intérêts de la société. Sont ainsi visés l'abus du droit de vote par les associés, actionnaires, obligataires ou membres, ainsi que l'abus ou le détournement de leurs pouvoirs par les assemblées générales et les organes d'administration⁷.

Enfin les notions d' « abus de droit » et d' « abus de pouvoir » visent le cas d'un organe qui exercerait son droit ou son pouvoir en dépassant manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente⁸.

- c) Lorsque des droits de vote ont été exercés alors qu'ils étaient suspendus en vertu d'une disposition légale non reprise dans le CSA et que, sans ces droits de vote illégalement exercés, les conditions de *quorum* ou de

⁵ J. MALHERBE *et al.*, *Droit des sociétés*, 5^e ed., Bruxelles, Larcier, 2020, p.379.

⁶ Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch., 2017-2018, n° 54-3119/001, p.53.

⁷ Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch., 2017-2018, n° 54-3119/001, p.53.

⁸ X. DIEUX, « Nouvelles observations sur l'abus de majorité ou de minorité dans les personnes morales fonctionnant selon le principe majoritaire », *R.G.D.C.*, 1998, p.13.

majorité requis pour les décisions de l'assemblée générale n'auraient pas été réunis.

d) Pour toute autre cause prévue dans le CSA.

Sont notamment visées, les dispositions du Code qui prévoient un rapport spécial de l'organe d'administration, du commissaire/réviseur, souvent préalablement à l'assemblée générale.

L'article 2:43, al.1^{er} CSA régit la nullité des votes et confirme que les causes de nullité d'un vote sont les mêmes que celles d'un acte juridique (ex : vice de consentement). La nullité du vote entraîne la nullité de la décision si le demandeur prouve que le vote nul a pu influencer la délibération ou le vote.

Enfin l'alinéa 2 de la même disposition prévoit expressément le cas de l'abus de minorité : « *Lorsqu'une minorité des votants abuse de son droit de vote de manière telle qu'une assemblée n'est pas en état de prendre une décision à la majorité requise par la loi ou les statuts, le juge peut, à la requête d'un membre de l'assemblée concernée ou de la personne morale, donner à sa décision la valeur d'un vote émis par cette minorité.* »

Cet article vise le cas où une décision ne peut pas être prise, contrairement aux autres causes de nullité qui visent le cas où une décision a déjà été prise.

2.3. Procédure et effets

Si l'article 178 C. Soc. permettait à « tout intéressé » d'introduire l'action en nullité visée à l'article 64 du même Code, l'article 2:44 CSA limite cette possibilité. En effet, conformément à cette disposition, les demandes en nullité ne peuvent désormais être introduites que par « *la personne morale ou une personne qui a intérêt au respect de la règle de droit méconnue* ».

Cette nouvelle formulation implique qu'un tiers peut introduire l'action en nullité, si la règle de droit méconnue avait pour objectif de le protéger.

L'action en nullité doit être dirigée contre la société (art. 2:45 CSA).

Si des motifs urgents le justifient, l'article 2:46 CSA permet au demandeur en nullité de solliciter en référé la suspension de l'exécution de la décision attaquée. Outre l'urgence d'une telle mesure, le demandeur doit démontrer selon les termes de l'article 2:46 CSA que « *les moyens invoqués peuvent justifier prima facie*

l'annulation de la décision attaquée ». Le juge des référés devra indiquer que la suspension ne sera effective que jusqu'à ce que le juge du fond statue sur la demande en annulation.

L'ordonnance en référé et le jugement prononçant la nullité produisent en principe leurs effets à l'égard de tous. Ils ne produisent d'effet à l'égard des personnes qui n'étaient pas parties à la procédure qu'à partir de la publication de cette décision selon les modalités fixées à l'article 2:47, § 2 CSA.

Selon l'article 2:48 CSA, conformément au droit commun et sous réserve de dommages et intérêts au profit du demandeur et à charge du responsable de l'irrégularité ou de l'abus, les droits acquis par des tiers de bonne foi à l'égard de la personne morale ne sont pas affectés par la nullité de la décision. La bonne foi doit être comprise tant au sens subjectif (les tiers ne connaissaient pas l'irrégularité dont est entachée la décision) qu'au sens objectif (ils n'étaient pas censés la connaître). Contrairement à ce que prévoyait l'article 180 C. Soc., la protection des tiers de bonne foi ne dépend pas d'une décision du juge.

Enfin, dans l'intérêt de la personne morale, les membres des organes d'administration sont exclus de la protection réservée aux tiers de bonne foi s'ils ont acquis, en cette qualité, des droits à l'égard de la société. Sont visées notamment les décisions relatives à leur nomination, leur décharge ou leur rémunération⁹.

L'article 2:47, § 2 CSA précise que l'extrait de la décision judiciaire passée en force de chose jugée ou exécutoire par provision prononçant la suspension ou la nullité d'une décision, de même que l'extrait de la décision judiciaire réformant le jugement exécutoire par provision précité, sont déposés et publiés conformément aux articles 2:7 et 2:13 CSA. Cet extrait contient la dénomination sociale et le siège social de la personne morale, ainsi que la date de la décision et le juge qui l'a prononcée.

2.4. Prescription

Le délai de prescription est de six mois à compter de la date à laquelle les décisions litigieuses sont opposables à celui qui invoque leur nullité ou à partir de la date à laquelle elles lui sont connues (art. 2:143, § 4, al. 2 CSA).

⁹ Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch., 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 56.

3. Points d'attention

Comme analysé plus haut (*cf.* par. 2.1.), les décisions du commissaire ou du collège de commissaires ne sont pas visées par ce régime de nullité.

Néanmoins, il est important de garder à l'esprit que l'action en responsabilité demeure, quant à elle, prescrite par cinq ans (art. 2:143, §1^{er}, 4^{ème} tiret CSA). En effet, une fois le délai de prescription de l'action en nullité dépassé, les personnes intéressées risquent de se tourner vers l'action en responsabilité pour obtenir des dommages et intérêts. En outre, cette dernière action a un champ d'application plus large puisqu'il suffit pour le demandeur de prouver l'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre les deux.

Il est dès lors d'autant plus important que le commissaire prête une attention particulière à l'existence d'éventuelles infractions dans le cadre de ces opérations (art. 3:75, §1^{er}, 9^o CSA).

L'élargissement du champ d'application de cette procédure aura un impact sur les travaux de contrôles devant être réalisés par le commissaire.

Une étude est actuellement en cours, visant à déterminer les conséquences de cet élargissement du champ d'application sur la responsabilité du commissaire ainsi que sur ses travaux de contrôle.

Je vous prie d'agréer, Chère Consœur, Cher Confrère, l'expression de ma haute considération.



Tom MEULEMAN
Président