

Les conventions d'actionnaires

par Isabelle Corbisier
Assistante U.C.L.

- Clauses d'agrément et de préemption
- Conventions de vote

"...nous savons que la volonté n'est pas tout, qu'elle ne doit pas être la base unique du droit, que l'individualisme a ses défauts. Mais ce qu'il faut, c'est que dans la mesure où elle est bonne et légitime, la volonté ne voie pas son action se heurter à des règles admises sans motif précis. Toute règle qui n'est pas la cristallisation d'un besoin social est virtuellement condamnée. Elle disparaîtra un jour ou l'autre. Hâter sa disparition est rendre service..."

R. Demogue ¹

¹ R. DEMOGUE, " De la nature et des effets du droit éventuel ", R.T.D.Civ., 1906, pp. 231, 319

1. Les dispositions de la loi du 18 juillet 1991 ² que nous nous proposons de commenter, à savoir les articles 41 §§ 2 à 4 ³ et 74ter ⁴ relatifs à certaines

2 L. du 18 juillet 1991 modifiant les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935 dans le cadre de l'organisation transparente du marché des entreprises et des offres publiques d'acquisition, Mon. b., 26 juillet 1991, 16516

3 Art.41.- § 1er....

§ 2. Sauf en cas de succession, de liquidation de communauté de biens entre époux ou de cession, soit à un conjoint, soit à un ascendant ou à un descendant, les statuts, les actes authentiques d'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription et les conventions entre actionnaires peuvent limiter la cessibilité des actions nominatives ou au porteur, des droits de souscription et des obligations convertibles par des clauses d'agrément ou de préemption; leur application ne peut toutefois aboutir à ce que l'incessibilité des actions, des droits de souscription et des obligations convertibles soit prolongée plus de trois mois à dater de la demande d'agrément ou de l'invitation à exercer le droit de préemption.

En cas de refus d'agrément ou de non-exercice du droit de préemption au prix proposé par le cédant, les actions concernées peuvent être librement cédées, sauf si, dans un délai de trois mois prenant cours un mois avant l'expiration du délai prévu à l'alinéa précédent, elles sont acquises par un ou plusieurs actionnaires ou par un tiers qui acquièrent les actions concernées au prix proposé par le cédant ou, à défaut d'accord sur ce prix, au prix fixé par un expert désigné de commun accord par les parties conformément à l'article 1854 du Code civil ou à défaut d'accord sur l'expert, par le président du tribunal de commerce statuant comme en référé.

§ 3. Dès la réception par la société de la communication faite par la Commission bancaire et financière selon laquelle a été saisie d'un avis d'offre publique d'acquisition la concernant et, en cas de refus d'agrément ou d'application des clauses de préemption, les titulaires de titres doivent se voir proposer, dans les cinq jours suivant la clôture de l'offre, l'acquisition de leurs titres à un prix au moins égal au prix de l'offre ou de la contre-offre, par une ou plusieurs personnes bénéficiant de l'agrément ou à l'égard desquelles le droit de préemption ne serait pas invoqué.

§ 4. Par dérogation au § 3, les clauses d'agrément figurant soit dans les statuts, soit dans un acte authentique d'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription pourront être opposées à l'auteur de l'offre publique par le conseil d'administration de la société visée pour autant que le refus d'agrément soit justifié par l'application constante et non discriminatoire des règles d'agrément adoptées par ledit conseil d'administration et communiquées à la Commission bancaire et financière avant la date de la réception de la communication visée au § 3.

4 Art. 74ter.- § 1er. L'exercice du droit de vote peut faire l'objet de conventions entre actionnaires. Ces conventions ne peuvent toutefois être conclues pour une période supérieure à cinq ans.

Toutefois sont nulles :

- 1° les conventions qui sont contraires aux dispositions du présent titre ou à l'intérêt social;
- 2° les conventions par lesquelles un actionnaire s'engage à voter conformément aux directives données par la société, par une filiale, ou encore par l'un des organes de ces sociétés;
- 3° les conventions par lesquelles un actionnaire s'engage envers les mêmes sociétés ou les mêmes organes à approuver les propositions émanant des organes de la société.

§ 2. Les conventions entre actionnaires qui sont contraires aux §§ 2 à 4 de l'article 41 sont nulles.

§ 3. Les votes émis en assemblée générale en vertu des conventions visées aux §§ 1er, deuxième alinéa, et 2 sont nuls. Ces votes entraînent la nullité des décisions prises à moins qu'ils n'aient eu aucune incidence sur la validité du vote intervenu. L'action en nullité se prescrit six mois après le vote.

conventions d'actionnaires ⁵, ont été présentées comme "révolutionnaires" ⁶ au cours des travaux préparatoires de ladite loi.

2. Cette consécration légale des conventions d'actionnaires s'opère cependant dans un climat assez curieux que nous partageons d'ailleurs avec la France. Ainsi, l'on a pu célébrer à leur propos la vitalité du phénomène contractuel au sein du droit des sociétés ⁷ tout en soulignant, étrange paradoxe, la relative inefficacité des conventions s'inscrivant dans l'orbite sociétaire ⁸. Il faut dire quant aux conventions de vote que la doctrine a déployé, depuis la fin du XIX^{ème} siècle un zèle certain à démontrer la nullité de tels pactes parasites, zèle qui, bien sûr, se répercuta sur une jurisprudence au départ plutôt favorable à ces conventions. Cette attitude n'exerçant aucun effet sur une pratique toujours fertile dans l'élaboration de conventions correspondant manifestement à un besoin réel, un lent revirement doctrinal s'opéra pour reconnaître la validité de conventions servant l'intérêt de la société ⁹. Celui-ci

5 Nous ne nous intéresserons donc qu'à ces conventions particulières. L'évocation d'autres mécanismes contractuels ne sera qu'incidente (à propos de la question de savoir, par exemple, si des restrictions de cessibilité des actions autres que celles visées à l'article 41 précité peuvent encore être admises, voy. *infra*). Pour une description très complète des diverses constructions conventionnelles susceptibles d'être instaurées par des actionnaires entre eux, cons. P. VAN OMMESLAGHE, " Les conventions d'actionnaire en droit belge ", R.P.S., 1989, no 6532. Voy. aussi P. DE WOLF et B. FERON, " Les conventions d'actionnaires - Une évolution inachevée ", D.A./O.R., 1991, no 21.

6 Ann. parl., Sénat, séance du 4 juin 1991, p. 2261, intervention de M. VERHAEGEN : " De meest revolutionaire bepalingen uit het ontwerp zijn wellicht deze over de aandeelhoudersovereenkomst " (la suite de l'exposé révèle que l'intervenant visait principalement les conventions de vote).

7 Cons. surtout B. SAINTOURENS, " La flexibilité du droit des sociétés ", R.T.D.Com., 1987, pp. 457 et suiv.

8 Voy. G. PARLEANI, " Les pactes d'actionnaires ", Rev. soc., 1991, pp. 1 et suiv. (" Les pactes d'actionnaires sont aujourd'hui considérés avec pragmatisme...La question de leur licéité ne saurait toutefois faire oublier les incertitudes qui entourent celle de leur efficacité, que ce soit entre les parties, bien sûr, mais aussi à l'égard des tiers...En tout cas, la vitalité des pactes d'actionnaires est là pour rappeler l'importance de la liberté contractuelle pour une économie libérale, au sein de cette "institution" qu'est la société anonyme "); P. DE WOLF et B. FERON, *op. cit.*, no 1 (" Qu'elles touchent à la négociabilité des actions ou à l'exercice du droit de vote, les conventions d'actionnaires ne cessent d'attirer l'attention des auteurs. Confrontés à une jurisprudence réticente, ceux-ci se sont attachés, au fil des décennies, à en décrire les principes directeurs tout en soulignant, sous l'angle de la sanction, leur inefficacité réelle tant entre parties qu'à l'égard des tiers ").

9 Pour la narration détaillée de cette évolution, cons. M. WYCKAERT, " De conventionele bescherming van de minderheidsaandeelhouder ", T.R.V., bijzonder nummer, 1988, bl. V-37 en volg. Pour un rappel synthétique des arguments (largement influencés par C. RESTEAU in *Traité des sociétés anonymes*, T. II, 3^{ème} éd., Bruxelles, Swinnen, 1982) avancés en vue de conclure à la nullité des conventions de vote, voy. J.M. NELISSEN GRADE, " De la validité et de l'exécution de la convention de vote dans la société anonyme ", note sous Cass. 13 avril 1989, R.C.J.B., 1991, pp. 214, 218 (très brièvement : négation de l'assemblée générale en tant que corps délibérant; contrariété au principe du suffrage universel posé par l'article 74 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales (L.C.S.C.) par la constitution de groupes d'actionnaires provoquant la substitution de l'assemblée d'un certain nombre d'actionnaires à l'assemblée générale des actionnaires; incompatibilité avec les limitations de vote résultant de l'art. 76 L.C.S.C.; effet éventuel d'empêcher la formation de la majorité qualifiée nécessaire en vue de

fut consacré par l'arrêt du 13 avril 1989 de la Cour de cassation ¹⁰ reconnaissant, sous certaines conditions, la validité des conventions de vote. Quant aux conventions restreignant la négociabilité des actions, la défaveur à leur égard fut moindre mais une interrogation fondamentale fut toujours formulée à leur égard : jusqu'à quel point peut-on restreindre la négociabilité sachant que cette dernière, si elle ne constitue pas un élément essentiel de l'action ¹¹, n'en relève pas moins de sa nature ¹². Bref, l'atmosphère plutôt chagrin caractérisant la matière des conventions de vote allait placer le législateur face à une mission périlleuse : consacrer la validité de certaines conventions d'actionnaires répondant à un besoin manifeste des entreprises d'une part et régler strictement l'entrée en faveur législative des mécanismes contractuels précités afin de ne pas encourir le reproche de dénaturation de l'"institution" qu'est la société anonyme d'autre part.

3. Venons-en plus précisément aux objectifs annoncés par le législateur. Les conventions de vote, les clauses d'agrément et de préemption de même que les actions sans droit de vote (ces dernières sortant du cadre de la présente étude) permettent aux entreprises d'asseoir la stabilité de leur actionnariat ¹³ et créer ainsi un cadre propice tant à l'épanouissement des

modifier les statuts d'où contrariété à l'art. 70 L.C.S.C.; contrariété au principe de révocabilité *ad nutum* des administrateurs).

¹⁰ Cass., 13 avril 1989, J.T., 1990, p. 751, obs. D. MICHIELS; R.C.J.B., 1991, p. 205, note J.M. NELISSEN GRADE; T.R.V., 1989, bl. 321, noot M. WYCKAERT

¹¹ Voy. Bruxelles, 21 juin 1952, R.P.S., 1964, no 5189

¹² Comm. Brux., 1er décembre 1948, J.T., 1949, p. 215 et note P. COPPENS; M. WYCKAERT, " De conventionele bescherming...", op. cit., bl. 61

¹³ Exposé des motifs, Doc. Parl., Sénat, session ordinaire 1990-1991, no 1107-1, p. 14; Rapport VERHAEGEN-BAYENET, Sénat, no 1107-3, p. 10
Pour un exposé plus détaillé, cons.: Rapport VERHAEGEN-BAYENET, *ibid.*, p. 88 ("...objectifs : sauvegarder le caractère familial d'une société anonyme par le blocage des actions (les actions sont au porteur mais ont conventionnellement un caractère privé), garantir une majorité stable et assurer la continuité de la gestion, renforcer la minorité pour disposer d'une part plus importante des droits de vote, préserver l'équilibre entre groupes d'actionnaires familiaux et financiers, conclure des accords sur la répartition des bénéfices ou celle des rémunérations, ou sur les règles d'évaluation...Le développement de la collaboration entre sociétés est venu accroître encore l'importance de ces conventions d'actionnaires...Dans la multitude des accords possibles, le projet fait une distinction entre les conventions visant à limiter la cessibilité des actions...et les conventions de vote"); plus spécifiquement quant à la convention de vote : Commentaire des articles, Sénat, no 1107-1, p. 88 (" Une des techniques qui pourront permettre la stabilisation de l'actionnariat est la conclusion de conventions relatives à l'exercice du droit de vote. Encore faut-il, à la fois pour des raisons d'efficacité et de sécurité juridique, que leur validité ne soit pas sujette à contestation; or, la validité de telles conventions a donné lieu jusqu'à présent à de nombreuses contestations. Pourtant, dans de nombreux cas, il est tout à fait normal et légitime que des associés se concertent et décident de coordonner leur vote; chacun est alors amené à voter dans un certain sens parce qu'il compte que ceux avec lesquels il s'est concerté feront de même. En frappant d'une nullité radicale et absolue pareils accords, on donnerait souvent, sans raison valable, une véritable prime à la mauvaise foi de

sociétés familiales qu'au développement de la coopération entre entreprises ¹⁴. Plus fondamentalement, la réforme peut être perçue comme une tentative de restituer une certaine crédibilité au cadre statutaire (espoir de " retour aux statuts " ¹⁵) et de prévenir, dans une certaine mesure par l'assouplissement de la structure désormais offerte, l'évasion juridique appelée à s'accroître ensuite de l'ouverture accrue du marché européen ¹⁶. Enfin, rappelons que la loi vise plus généralement l'adaptation de notre droit des sociétés anonymes au cadre réglementaire issu de la législation en matière de transparence et d'offres publiques d'acquisition ¹⁷, ainsi que le rappelle fort opportunément

ceux qui ne tiendraient pas leur parole "), discours qui ressemble fort à celui du fameux projet 387 (Doc. Parl., Chambre, no 387/1, pp. 112-113) de célèbre mémoire; enfin, pour clore cette revue des motifs, méditons sur ces quelques fragments d'une intervention de M. VERHAEGEN, Ann. parl., Sénat, 4 juin 1991, p. 2260 ("...poging...om de ondernemingen meer stabiliteit te geven door de continuïteit van het bedrijf te waarborgen...In 1935 was de regering van oordeel dat er tegenover één aandeel één stem moest staan...Men vroeg zich af of wij ons nog zo rigoureuus aan dit principe moesten houden en of het niet mogelijk is een meer soepele regeling uit te werken voor hetgeen reeds in de praktijk gerealiseerd werd. Ik denk hierbij aan de stemafspraken en aan de voorkoop bij het overdragen van aandelen ").

14 Voy. également J. LIEVENS, De nieuwe vennootschapswet (wet van 18 juli 1991), Gent, Mys en Breesch, 1991, pp. 29-30.

15 Rapport VERHAEGEN-BAYENET, op. cit., p. 128 ("...l'avantage est que les accords contestés, qui étaient secrets dans le passé, se situeront désormais dans un cadre plus structuré "). Cons. à cet égard P. BISSARA, " L'inadaptation du droit français des sociétés anonymes aux besoins des entreprises et les aléas des solutions ", Rev. soc., 1990, pp. 553, 558 (" Du fait de la très grande rigidité des règles légales applicables à l'organisation et au fonctionnement de la société, les actionnaires ne peuvent en fait obtenir ce qu'ils souhaitent que par la désignation aux postes clés de personnes qui accepteront de jouer le jeu selon la règle parallèle qu'ils leur imposent extrastatutairement et par un parfait accord entre eux pour appliquer cette règle extrastatutaire. Ceci pose la question de la solidité d'une association dont le cadre ne reflète pas la volonté réelle des parties et notamment l'équilibre qu'elles ont voulu ménager entre elles ").

16 Cons. sur ce thème P. BISSARA, op. cit., pp. 554-555. Le patronat français s'est à cet égard lancé dans la bataille contre l'évasion juridique vers les Pays-Bas (offrant une législation sociétale particulièrement souple) via la promotion d'une " Société anonyme simplifiée " (cons. Rapport du groupe de travail La société anonyme simplifiée, structure des rapprochements d'entreprises (présidé par B. FIELD), Rapports et avis du C.N.P.F., octobre 1990). Le projet, nous a-t-on dit, a de bonnes chances d'aboutir dans un avenir proche. Au-delà des aménagements ponctuels qu'une telle législation d'exception permettrait d'atteindre, ne doit-on pas y voir un aveu d'impuissance à mener à bien une réforme d'ensemble ?

17 Loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition et A.R. du 10 mai 1989 relatif à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse, Mon. b., 24 mai 1989, pp. 8913 et suiv.; A.R. du 8 novembre 1989 relatif aux offres publiques d'acquisition et aux modifications du contrôle des sociétés, Mon. b., 11 novembre 1989, pp. 18603 et suiv.

Voy. sur ces matières : G. KEUTGEN et G.A. DAL, " La transparence de l'actionariat ", J.T., 1989, p. 449 et A. BRUYNEEL, " Les offres publiques d'acquisition ", J.T., 1990, p. 141. Cons. également l'ouvrage : Openbaar bod en beschermingsconstructies, Jan Ronse Instituut, K.U. Leuven, 1990.

son intitulé ¹⁸.

4. De tout ceci il faut retenir l'esprit essentiellement pragmatique du législateur dans les matières qui nous intéressent. Les travaux préparatoires ne nous révèlent aucune envolée juridique originale. Ceux-ci se réfèrent abondamment à la doctrine alors existante et manifestent même la curiosité de voir " comment tout ceci va évoluer dans la pratique " ¹⁹. Cela n'est, à vrai dire, guère préoccupant mais ce qui l'est bien davantage c'est le vertige que semble avoir éprouvé le législateur face à sa propre création. En effet, le lecteur non familiarisé aux péripéties historico-juridiques ayant affecté le devenir des conventions d'actionnaires en droit belge émergera fort perplexe de la lecture des travaux préparatoires. En effet, ceux-ci affirment clairement vouloir poser un principe de validité de certaines conventions. Cependant, on verra que lorsqu'il s'agit de s'étendre sur les conditions affectant cette validation, le ton devient parfois tellement restrictif que l'on pourrait croire que le législateur est en train d'ériger un principe général d'interdiction de certaines conventions d'actionnaires, lequel serait simplement émaillé de quelques exceptions. La raison de cette expression singulière de la volonté du législateur dans les travaux préparatoires nous semble inhérente à l'accomplissement de la périlleuse mission que nous signalions plus haut : il s'agit d'imposer des textes " révolutionnaires " dans un environnement qui ne l'est pas. Nous serons donc amenée soit à prendre des libertés soit à nous opposer nettement aux affirmations des travaux préparatoires qui nous semblent

¹⁸ Voy. Exposé des motifs, Sénat, no 1107-1, pp. 4-5 (" Le souci du gouvernement est de mettre en oeuvre des mécanismes aptes à assurer une plus grande stabilité de l'actionnariat et de la gestion des entreprises sans toutefois contrecarrer les acquisitions de participations et les restructurations du capital des entreprises par la voie d'offres publiques d'acquisition. D'une part la loi prévoit un juste équilibre entre la possibilité de lancer une O.P.A. qui n'a pas l'assentiment du conseil d'administration de la société visée et la possibilité pour cette société de prévenir ce type d'O.P.A. et de s'en prémunir quand elle respecte l'intérêt des actionnaires... permettre aux sociétés belges de rester ouvertes sans toutefois être offertes... on pourrait craindre que certains pôles de décisions important pour notre économie ne passent à l'étranger trop facilement et sans garantie. Il ne serait pourtant pas raisonnable de s'engager dans la voie d'un protectionnisme inadapté "). Quant à l'articulation de notre droit des sociétés aux dispositions relevant du droit financier, on a regretté que la loi du 18 juillet 1991 n'établisse aucune différenciation claire entre les dispositions d'application aux sociétés cotées en bourse et les dizaines de milliers de S.P.R.L. et de S.A. fermées (J. LIEVENS, op. cit., p. V).

¹⁹ Intervention de M. VERHAEGEN, Ann. parl., Sénat, séance du 4 juin 1991, p. 2261 (" Het voordeel van onze tekst is echter dat we heel wat nieuwe elementen hebben ingevoerd en nu kunnen nagaan hoe dit alles in de praktijk zal evolueren ").

relever d'une vision dépassée par son propre élan innovateur ²⁰. A l'interprète d'utiliser l'autonomie qui lui est reconnue ²¹ et d'utiliser les travaux préparatoires comme il en est de toute chose : avec modération. La présente étude prend parti : celui de l'efficacité à procurer à un phénomène contractuel dont à la fois l'utilité et la validité sont désormais reconnues. Nous nous proposons d'envisager d'abord les conventions restreignant la cessibilité des actions avant de nous pencher plus particulièrement sur les conventions de vote. Le traitement juridique de ces deux catégories est effectivement distinct ²². En pratique cependant les deux types de conventions existent fréquemment ensemble en interaction(s). On aura l'occasion d'aborder certains incidents naissant de cette éventuelle coexistence. D'autre part, il nous a semblé utile de relever de temps à autre certains éléments nous venant de deux droits qui nous sont proches mais dont les attitudes diffèrent fondamentalement quant à l'approche du phénomène contractuel en droit des sociétés : celle du droit français, caractérisée par une certaine rigidité, et celle du droit allemand manifestant une souplesse indéniablement plus grande. Nous terminerons par quelques considérations relatives au droit transitoire.

20 Cons. l'intéressante étude que consacre B. SAINTOURENS à " L'intention du législateur - Aspects de droit commercial français " (in Le recours aux objectifs de la loi dans son application, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, pp. 195 et suiv.). L'auteur relève que le caractère souvent récent des textes de droit commercial permet souvent d'éviter de faire produire un effet à une règle " sous couvert d'une intention dont les éléments seraient en grande partie modifiés ". En réalité, l'originalité de la loi du 18 juillet 1991 consiste dans le fait qu'elle se situe à contre-courant du phénomène signalé par l'auteur : ici, seules des motivations souvent obsolètes viennent " éclairer " le texte légal. Retenons aussi que l'auteur souligne l'existence, dans le champs du droit commercial, d'une jurisprudence " souvent audacieuse " lorsqu'il s'agit de dépasser des dispositions parfois trop timides. Ici encore, la loi du 18 juillet présente une inversion du problème : il s'agira pour la jurisprudence de faire produire leurs pleins effets aux textes qui lui sont proposés.

21 Cons. P. GERARD, " Le recours aux travaux préparatoires et la volonté du législateur " in L'interprétation en droit, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, pp. 51, 58 (l'auteur cite un arrêt de la Cour de cassation (Cass., 22 avril 1969, Pas., 1969, I, 742) dont il ressort que le juge n'est pas lié par les données des travaux préparatoires, en l'occurrence l'interprétation donnée par un ministre; il analyse ensuite une série de décisions dans lesquelles le juge a bel et bien fait oeuvre d'interprétation autonome).

22 Ainsi que le fait fort justement remarquer le Rapport VERHAEGEN-BAYENET (Sénat, no 1107-3, p. 89).

I. Les conventions restreignant la cessibilité des actions (art. 41 §§ 2 à 4 L.C.S.C.)

5. De la nature de l'action.

L'action est un bien meuble²³ incorporel c'est-à-dire représentant un droit de créance sur la société²⁴. Lorsque l'action est au porteur, on peut dire qu'elle cristallise une intime combinaison entre la chose et l'obligation, entre le droit réel et le droit personnel²⁵. Plus fondamentalement, l'action donne droit à participer à la gestion de la société par le droit de vote qui lui est inhérent²⁶. En effet, le droit de vote est davantage un attribut de l'action qu'une prérogative de l'actionnaire²⁷. Cette aptitude à concentrer une parcelle de pouvoir dans un groupe sociétaire permet d'induire le principe selon lequel l'intérêt collectif -ou intérêt social- limite²⁸ et justifie²⁹ à la fois le principe de la négociabilité de l'action.

23 Article 529 du Code civil : Sont meubles par la détermination de la loi...les actions ou les intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie...

24 Bruxelles, 21 juin 1952 précité ("...aussi longtemps qu'une société existe, c'est la personne morale qui possède le droit de propriété sur les biens de la société, en manière telle qu'entretiens les actionnaires sont uniquement des créanciers à l'égard de la société...").

25 J. HENRIOT, " De l'obligation comme chose ", Archives de philosophie du droit (Les biens et les choses en droit), 1979, pp. 235, 237 (" En quelques endroits du Code civil, l'obligation se trouve présentée comme une chose. L'article 529 la classe parmi les biens meubles : " Sont meubles par la détermination de la loi, les obligations... Dans l'article 529, il s'agit de titres financiers négociables par lesquels se traduit et se matérialise une créance et qui forment les éléments de l'actif d'un patrimoine. Il...importe de distinguer la créance elle-même du titre qui la constate. Le titre est une chose corporelle... Ainsi en est-il des titres au porteur... Quant à la créance elle-même, elle représente un bien de nature incorporelle, c'est-à-dire un droit. On voit que, dans ce domaine, l'obligation est une chose à deux niveaux et sous deux aspects. Mais il est clair qu'elle n'a de sens -et par conséquent de réalité- que si elle correspond à un droit, c'est-à-dire au pouvoir dont dispose le créancier d'obliger éventuellement son débiteur...").

26 Il est rappelé que seules les actions munies d'un droit de vote nous intéressent dans le cadre de cette étude.

27 F. T'KINT, " Les actions et le droit de vote ", R.P.S., 1989, no 6531, p. 243.

28 J. VAN RYN et J. HEENEN, Principes de droit commercial, T. III, 2ème éd., Bruxelles, Bruylant, 1981, no 99 (Evoquant l'autonomie et le caractère littéral des droits conférés par les valeurs mobilières : "...l'émetteur ne pourrait tenir ce droit en échec en invoquant ses rapports personnels avec un précédent porteur... Mais... l'autonomie des droits du porteur de valeurs mobilières est parfois limitée... Tel est le cas, au premier chef, de l'actionnaire. Ses droits ne sauraient être détachés de l'organisation générale de la société anonyme... Cet intérêt collectif serait lésé si l'on reconnaissait aux droits de l'actionnaire une autonomie analogue à celle dont bénéficie le porteur d'un effet de commerce... s'il y avait une divergence entre les statuts sociaux et les mentions figurant sur l'action, les premiers l'emporteraient... La solution opposée risquerait d'entraver irrémédiablement le fonctionnement de la société ". Ainsi on a vu (supra no 2) que la négociabilité relève de la nature mais non de l'essence de l'action.

29 C'est ainsi que la doctrine moderne se montre plus nuancée que l'ancienne (représentée notamment par FIRMEZ) quant à la licéité des clauses restreignant la cessibilité des actions. La

6. Quelques principes généraux en matière de cession d'actions.

Ce que l'on vient de dire à propos de la nature de l'action est probablement révélateur de la raison pour laquelle l'on a pu comparer une cession d'actions affectées d'une clause d'agrément à une cession de contrat conclu intuitu personae³⁰ mais sans aller jusqu'à préconiser le traitement réservé aux créances issues de tels contrats, à savoir l'incessibilité pure et simple³¹. Rappelons brièvement ce qu'il en est du transfert entre parties et de l'opposabilité aux tiers dans le cadre d'une cession d'actions nominatives ou au porteur. On considère généralement que le transfert d'actions nominatives s'opère solo consensu entre les parties et est rendu opposable aux tiers soit par l'accomplissement des formalités énoncées par l'article 1690 du Code civil soit par l'inscription au registre des actionnaires (en vertu de l'article 43 L.C.S.C.)³². Quant aux actions au porteur, le transfert entre parties résulte de la spécification du numéro des titres tandis que l'opposabilité aux tiers

doctrine ancienne allait jusqu'à admettre l'incessibilité totale des titres tandis que la doctrine moderne estime que le mécanisme mis en place ne peut aller jusqu'à rendre un associé prisonnier de son titre (voy. C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, T. Ier, 3ème éd. (par A. BENOIT-MOURY et A. GREGOIRE), Bruxelles, Swinnen, 1981, nos 701 et 701bis).

Ceci étant, on sait que la négociabilité des actions dans les sociétés familiales est souvent plus théorique que réelle (voy. M. WYCKAERT, "De conventionele bescherming...", op. cit., bl. 27-28 : le prix qu'un actionnaire minoritaire d'une telle société pourrait recevoir pour ses actions sera généralement tellement dérisoire que celui-ci en sera pratiquement empêché de céder ses actions).

Il reste qu'il faut, en droit des sociétés également, sauvegarder le respect du principe selon lequel nul n'est tenu de rester indéfiniment dans les liens d'un contrat à durée indéterminée (la plupart des contrats de société sont aujourd'hui des contrats à durée indéterminée). Pour alimenter la réflexion, l'on consultera : T. TILQUIN, "Les opérations d'assainissement du capital des sociétés en difficulté et l'abus de droit des actionnaires", R.D.C.B., 1991, pp. 6 et suiv.; même auteur, "Les conflits dans la société et l'exclusion d'un associé", R.P.S., 1991, no 6560 et surtout : O. PORUMB, *La rupture des contrats à durée indéterminée par volonté unilatérale - Essai d'une théorie générale*, Thèse, Paris, 1937 et R. DEKKERS, "De la rupture des contrats à durée illimitée", note sous Cand, 16 janvier 1956, R.C.J.B., 1957, pp. 316 et suiv.

30 K. GEENS, "Quelques aspects de la clause d'agrément dans la société anonyme", R.P.S., 1989, no 6533, p. 326 ("...il faut plutôt considérer que la clause d'agrément relève de la sphère des contrats instaurant un lien "intuitu personae" entre la société et ses actionnaires").

31 Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. II, 2ème éd., Bruxelles, Bruylant, 1940, no 460bis; T. IV, 2ème éd., Bruxelles, Bruylant, 1943, no 396 : les créances nées de contrats intuitu personae sont incessibles dans le chef du cocontractant qui justifie l'intuitus personae.

32 K. GEENS, "Quelques aspects de la clause d'agrément...", op. cit., pp. 324-328.

est une conséquence de la tradition réelle de ceux-ci ³³. En outre, l'acquéreur de bonne foi d'actions au porteur trouve en l'article 2279 du Code civil une protection supplémentaire ³⁴.

7. Les notions générales indispensables étant esquissées, il s'agit maintenant d'aborder les clauses d'agrément et de préemption telles que réglementées par l'article 41 §§ 2 à 4 (point A) avant de s'interroger quant à leur efficacité en cas d'inobservation ou de contournement de celles-ci (point B).

A. Les clauses d'agrément et de préemption telles que réglementées par la loi du 18 juillet 1991

8. L'*inspiration* de l'article 41 § 2 L.C.S.C. est incontestablement *française* ³⁵. On ne peut qu'être frappé par la similitude de formulation de notre disposition avec celle des articles 274 et 275 de la loi française relative aux sociétés commerciales ³⁶. Cette ressemblance est cependant superficielle : les législations française et belge diffèrent en de nombreux points que l'on va passer en revue.

9. Tout d'abord, la loi française ne vise que les clauses d'agrément. En conséquence, la suspicion règne toujours dans une certaine mesure en France quant à la validité des *clauses de préemption* ³⁷. Le législateur belge a quant à lui dès le départ voulu réglementer tant les clauses de préemption que les clauses d'agrément. Les objectifs sous-tendant l'introduction de l'une ou l'autre de ces clauses sont effectivement distincts. La clause d'agrément, introduisant

33 K. GEENS, *ibid.*, pp. 328-335.

34 Voy. N. VERHEYDEN et N. JOLY, " L'opposabilité des contrats relatifs aux droits réels ", Rapport belge présenté dans le cadre des séminaires conjoints des Centres de droit des obligations de l'U.C.L. et de l'université de Paris I sur le thème : Les effets des contrats à l'égard des tiers, à paraître au sein de la Bibliothèque de droit privé, U.C.L., 1990, pp. 12-15.

35 Commentaire des articles, Sénat, no 1107-1, p. 54.

36 in *Jurisclasseur, Sociétés, Textes* (L. du 24 juillet 1966).

37 Voy. J. MOURY, " Des clauses restrictives de la libre négociabilité des actions ", R.T.D.Com., 1989, pp. 187, 192 (l'auteur doute de la validité d'un mécanisme qui permettrait de contourner les dispositions que la loi édicte pour le fonctionnement des clauses d'agrément. Il faudrait en tout cas que la jurisprudence soumette les clauses de préemption aux mêmes restrictions que celles s'appliquant aux clauses d'agrément).

La cour d'appel de Paris a cependant reconnu la validité d'une clause statutaire de préemption dans l'affaire de la Cinq (Paris, 14 mars 1990, Bull. mens. Joly, 1990, 353 et obs. LE CANNU. Sur cet arrêt, cons. JEANTIN, " Les clauses de préemption ", Dr. soc., juillet 1990, chr.

un élément d'intuitus personae dans les S.A., tend à empêcher l'entrée dans la société de personnes non souhaitées ³⁸. La clause de préemption permet soit de maintenir le mode de répartition du capital soit d'offrir une priorité d'octroi aux autres actionnaires en vue d'augmenter leur participation pour le cas où un actionnaire viendrait à se retirer de la société ³⁹.

Quant à la définition de ces mécanismes.

La clause d'agrément est " celle qui soumet la cession des titres à l'agrément du conseil d'administration ou d'un autre organe " ⁴⁰.

La clause de préemption est " celle qui donne au conseil d'administration ou à un groupe d'actionnaires le droit, lorsqu'un actionnaire se propose de vendre ses titres, de présenter un acquéreur à qui l'on donnera la préférence. La clause de préemption constitue en fait une promesse de vente éventuelle et non conditionnelle au motif que la condition ne peut porter sur un élément essentiel de la convention mais doit être constituée par un événement incertain extérieur à celle-ci ^{41 42}.

38 Rapport VERHAEGEN-BAYENET, Sénat, no 1107-3, p. 98.

39 Rapport VERHAEGEN-BAYENET, ibid.

40 Commentaire des articles, Sénat, no 1107-1, pp. 52-53.

41 Commentaire des articles, ibid.. Cette définition se retrouve chez P. VAN OMMESLAGHE, " Les conventions d'actionnaires...", op. cit., p. 298 et est longuement explicitée par J. DE VISSCHER, Le pacte de préférence, Bruxelles, Bruylant, 1938 (l'auteur établit une distinction entre le véritable pacte de préférence (ou droit de préemption) - où l'actionnaire reste libre en toute hypothèse de vendre ou non ses actions - et la promesse de vente à terme ou conditionnelle dans le cadre de laquelle l'actionnaire s'engage irrévocablement à céder ses titres à la survenance d'un événement déterminé (décès, faillite ou déconfiture par exemple)).

La différenciation établie par ce dernier auteur présente un intérêt pour les clauses destinées à fonctionner à l'occasion d'une transmission à cause de mort (remarquons néanmoins que l'exclusion, voy. infra, de la matière des successions dans la mise en oeuvre d'une clause d'agrément ou de préemption a pour effet de diminuer grandement - si pas totalement, tout dépendra de l'interprétation que l'on donnera au terme " succession " - l'intérêt de ce que l'on va dire) insérées dans une convention extrastatutaire. Dans ce cas, la véritable clause de préemption est susceptible de se heurter à la prohibition des pactes sur succession future (art. 1130 al. 2 du Code civil) alors que la même clause insérée dans les statuts est exemptée de cette prohibition en vertu de l'article 1868 du Code civil (voy. P. VAN OMMESLAGHE, " Les conventions d'actionnaires...", op. cit., pp. 300-302). Il faudra dès lors veiller à recourir au mécanisme de la promesse de vente conditionnelle octroyant des droits irrévocables au bénéficiaire de celle-ci (mais il ne s'agira pas alors d'une véritable clause de préemption : à l'encontre de ce que P. DE WOLF et B. FERON laissent entendre in "Les conventions d'actionnaires...", op. cit., note 28).

42 Pour quelques conseils de rédaction en matière de clauses de préemption, cons. P. VAN OMMESLAGHE, " Les conventions d'actionnaires...", op. cit., pp. 302-303 (Il s'impose notamment : de préciser la procédure à suivre pour faire connaître l'intention d'aliéner et les délais de réponse - n.d.l.r. : ce conseil vaut également pour les clauses d'agrément étant donné que l'on verra, infra, que l'autonomie des parties s'exerce largement à cet égard -; d'indiquer la manière d'opérer les réductions nécessaires au cas où les réponses favorables à l'acquisition excéderaient le nombre de titres offerts; de préciser les modalités de paiement du prix et de transfert de la propriété des actions et les règles à suivre pour l'exécution de la vente; de déterminer précisément les titres visés par la convention; de mentionner éventuellement les opérations donnant lieu à l'application de la clause (n.d.l.r. : les trois dernières observations valent également pour la clause d'agrément - la première d'entre elles dans la mesure où le refus

Les deux types de clauses comportent la reconnaissance d'un " droit de repentir " à l'actionnaire sur le point de céder ses titres. Ceci signifie que l'on permet à l'actionnaire, constatant que le fonctionnement des mécanismes précités l'empêche de céder ses titres à qui bon lui semble, de se raviser en gardant ses titres et en restant par conséquent actionnaire de la société ⁴³.

10. La loi française ne vise que les clauses portant sur la cession d'actions nominatives (article 274, alinéa 2) tandis que la loi belge vise expressément *les deux types de titres* ^{44 45}.

11. La loi française ne valide que les clauses statutaires (article 274, alinéa 1er) alors que la loi belge pose le principe de la licéité des clauses statutaires ou résultant de *conventions d'actionnaires* ⁴⁶.

d'agrément est suivi d'une cession à une personne quant à elle agréée par la société -; la dernière d'entre elles suppose que l'on tienne compte des cas d'exclusion du fonctionnement des clauses d'agrément et de préemption désormais spécifiés par l'art. 41 § 2, infra no 12).

43 Pour le droit de repentir en relation avec la clause d'agrément, cons. J. MOURY, " Des clauses restrictives...", op. cit., pp. 191-192. Quant au droit de repentir inhérent au fonctionnement de la clause de préemption, il est explicité par J. DE VISSCHER, Le pacte de préférence, op. cit., pp. 203-204 (" Il résulte clairement de cette stipulation que la seule obligation assumée dans ce cas par le promettant vise le choix des éventuels acheteurs et non pas la vente elle-même, puisqu'il garde une entière liberté quant au point de savoir s'il doit vendre ou non "). F. BOUCKAERT, " De wet van 18 juli tot wijziging van de wetten betreffende de handelsvennootschappen gecoördineerd op 30 november 1935 in het kader van de doorzichtige organisatie van de ondernemingen en van de openbare overname aanbiedingen ", negende notariale avond van de nederlanstalige regionale raad van de Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen, 12 september 1991, nr 23 in fine semble penser le contraire. Il est vrai que se pose ici la question délicate de savoir jusqu'où l'actionnaire peut aller dans l'exercice de son droit de repentir sans abuser de celui-ci (on aurait pu parler ici de rechtsverwerking mais il s'agit d'être prudent depuis l'arrêt du 17 mai 1990 de notre Cour de cassation. J. HEENEN, dans sa note sous cette décision (" A propos de l'extinction d'un droit subjectif par suite du comportement de son titulaire ", note sous Cass., 17 mai 1990, R.C.J.B., 1990, p. 599) a d'ailleurs fait remarquer que l'office de cette notion peut être assumé par d'autres concepts mieux explorés tels que l'abus de droit par exemple) mais, cette réserve étant faite, le principe du droit de repentir doit, à notre avis, être maintenu.

44 Une première version du texte (voy. Doc. parl., Sénat, no 1107-1, p. 108) ne comportait pas cette précision qui sera ajoutée plus tard (cons. Doc. parl., Sénat, no 1107-3, pp. 241-243).

45 Mieux encore, l'article 41 § 2 vise également les obligations convertibles et les droits de souscription (voy. Discussion des articles et votes, Sénat, no 1107-3, pp. 241-244), ce qui n'est pas le cas de la loi française.

46 Le texte de la loi parle de " conventions entre actionnaires ". Il ne semble pas que cette formulation limite la conclusion de telles conventions extrastatutaires aux seuls actionnaires. En d'autres termes, les conventions visées sont non seulement celles conclues entre actionnaires mais également celles intervenues entre actionnaire(s) et un(des) tiers. Cette interprétation peut être inférée des travaux préparatoires (Exposé des motifs, Sénat, no 1107-1, pp. 21-22; Commentaire des articles, no 1107-1, p. 53) lesquels se réfèrent aux " conventions d'actionnaires " (et non aux " conventions entre actionnaires ") et du texte néerlandais de l'article 41 § 2 (qui évoque les " aandeelhoudersovereenkomsten " et non les " overeenkomsten tussen aandeelhouders "; en ce sens : J.M. NELISSEN GRADE, " Goedkeurings- en voorkoopclausules - overeenkomsten betreffende de uitoefening van het stemrecht ", Studiedag De nieuwe vennootschapswet van 18 juli 1991, Overgangsrecht en outlines, K.U. Leuven, 4 oktober 1991, bl. 2). ...Le tout sans préjudice des problèmes spécifiques d'exécution (perçus par C. RESTEAU, Traité..., op. cit., T. Ier, no 703bis) que posent les conventions extrastatutaires et qui seront abordés infra.

12. L'inspiration française se révèle par contre pleinement lorsqu'il s'agit d'envisager les *cas dans lesquels la loi exclut le fonctionnement d'une clause d'agrément ou de préemption* (à savoir : la succession, la liquidation de communauté entre époux et la cession soit à un conjoint soit à un ascendant ou à un descendant). La formulation est ici totalement identique sous la seule réserve que le droit français exclut également l'application d'une clause d'agrément pour le *cas d'une cession entre actionnaires* ⁴⁷, ce qui n'est pas le cas du droit belge ⁴⁸.

L'importance de ces exclusions légales ne peut être sous-estimée ⁴⁹. Ces dispositions ont même été considérées comme particulièrement malheureuses en ce qu'elles frappent de nullité nombre de clauses statutaires et conventionnelles répondant pourtant à des besoins légitimes ⁵⁰.

En outre, l'incertitude quant à l'interprétation à donner à certains termes existe.

Ainsi, que faut-il entendre par " *succession* " ? Faut-il entendre le terme

47 Le texte de l'article 274 est dans ce sens et ce principe de non application des clauses d'agrément dans les cessions entre actionnaires a été réaffirmé récemment par la Cour de cassation française (Cass. com., 24 février 1987, J.C.P., 1987, éd. E, I, 16165. J. MOURY (" Des clauses restrictives...", op. cit., pp. 198-199) observe que certains auteurs ont fait valoir que la permissibilité des clauses d'agrément dans les cessions internes présenterait " l'avantage de permettre le maintien de l'équilibre des forces entre actionnaires ". Divers projets de lois visant à permettre le fonctionnement des clauses d'agrément dans les cessions entre actionnaires ont été déposés mais aucun n'a abouti. L'auteur estime en outre que "...doivent être condamnées les conventions de préemption susceptibles de masquer des clauses d'agrément applicables aux cessions entre actionnaires ". Remarquons néanmoins que la cour d'appel de Paris (14 mars 1990, Rev. soc., 1990, Somm. comm., obs. Y. GUYON) a admis la validité d'une clause de préemption statutaire même en cas de cession entre actionnaires (voy. P. BISSARA, " L'inadaptation du droit français...", op. cit., pp. 553, 559).

48 Voy. Rapport VERHAEGEN-BAYENET, Sénat, no 1107-3, p. 99 (" L'agrément ou la préemption s'applique tant à l'égard des tiers qu'à l'égard des actionnaires. L'objectif est double : elle permet d'interdire l'entrée de la société à des personnes non souhaitées et d'autre part elle permet de maintenir un certain équilibre entre groupes d'actionnaires à l'intérieur de la société ").

49 J. LIEVENS, De nieuwe vennootschapswet..., op. cit., bl. 34. Il est à noter que ces limitations ne figuraient pas dans le projet initial (voy. Doc. parl., Sénat, no 1107-1, p. 100).

50 J.M. NELISSEN GRADE, " Goedkeurings-en voorkoopclausules...", op. cit., p. 3 (l'auteur pense que ces restrictions vont avoir pour effet de laisser subsister certains mécanismes de contournement tel que celui de la fondation de sociétés holdings). Dans le même sens à propos de l'exclusion des clauses concernées en cas de succession : H. MICHEL, " La pratique face à une nouvelle réforme du droit des S.A. et des S.P.R.L. - Loi du 18 juillet 1991 " in Réforme des sociétés, recyclage organisé le 22 octobre 1991 par la licence en notariat de l'U.C.L., pp. 49-50 (" Le législateur a estimé qu'il ne fallait pas entraver les transmissions entre proches parents. Les praticiens regretteront sans doute cette disposition quelque peu inconséquente ou tout au moins son caractère impératif. L'homme étant ce qu'il est et la vie n'adoptant pas toujours la ligne droite, en voulant protéger - en toute bonne foi d'ailleurs - des liens familiaux, on risque de réintroduire des personnes indésirables au sein de sociétés que leurs associés ont voulues fermées. Des familles s'entendent, d'autres pas, d'autres se déchirent...De longs développements pourraient et devraient être consacrés à ce grave problème de l'opposabilité des clauses de préemption et d'agrément envers les proches parents ").

largement et y inclure tous les mécanismes de transmission à cause de mort en manière telle que le légataire particulier voire même la société absorbante en cas de fusion ⁵¹ puissent bénéficier de l'exclusion des clauses d'agrément et de préemption ? Nous pensons que la signification de ce terme doit se limiter à la transmission universelle ⁵² à cause de mort en faveur d'une personne physique ⁵³.

D'autre part, sans doute le législateur a-t-il songé au cas du décès d'un époux lorsqu'il évoque le cas de la *liquidation de communauté entre époux* mais a-t-il réellement voulu que des actions au porteur soient divisées entre des ex-époux ensuite d'un divorce ? ⁵⁴.

13. Le législateur a précisé par ailleurs que les clauses d'agrément et de préemption ont vocation à s'appliquer à tout type de transmission : vente, donation, *fusion, scission*...⁵⁵. Un auteur, citant une doctrine française ⁵⁶, a critiqué cette affirmation en soulignant que les deux dernières opérations précitées ne résultent pas de décisions individuelles de cession mais de décisions collectives d'organes sociétaires compétents. La Cour de cassation française a pourtant récemment admis qu'une clause statutaire d'agrément puisse être interprétée de manière à y inclure l'hypothèse de la fusion ⁵⁷. Le

51 On sait en effet que dans le cadre d'une fusion la société absorbante doit être considérée comme l'ayant cause à titre universel de la société absorbée (Cass., 30 avril 1970, Pas., 1970, I, 749; Liège, 5 octobre 1989, R.P.S., 1990, no 6544 et cons. : H. LAGA, " Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van intuitu personae overeenkomsten " in Liber Amicorum J. RONSE, Brussel, Story-Scientia, 1986, bl. 237, 238 (nombreuses références jurisprudentielles et doctrinales citées); L. LIEFSENS, " Een toepassing van de schijnleer op fusie door opsorping in het lot van intuitu personae overeenkomsten ", noot onder Brussel, 5 oktober 1988, T.B.H., 1989, bl. 887 en volg.

52 J. LIEVENS (De nieuwe vennootschapswet..., op. cit., p. 32) cite une jurisprudence française dont il résulte que le légataire particulier peut se voir appliquer une clause d'agrément (Colmar, 30 janvier 1970, Gaz. Pal., 1978, I, 174).

53 L'hypothèse de la fusion ayant été expressément citée parmi les illustrations de cas de fonctionnement des clauses d'agrément et de préemption, infra no 13.

54 Voy. J. LIEVENS (De nieuwe vennootschapswet..., op. cit., pp. 33-34). Quant aux actions nominatives, l'auteur estime qu'elles seront nécessairement attribuées à l'époux dont le nom est inscrit sur le registre des actionnaires (en vertu de l'article 1401, 5° du Code civil) étant donné que les droits sociaux attachés aux actions sont nécessairement des biens propres.

55 Rapport VERHAEGEN-BAYENET, Sénat, no 1107-3, p. 99.

56 J. LIEVENS (De nieuwe vennootschapswet..., op. cit., p. 31) cite Y. GUYON.

57 Cass. com., 3 juin 1986, J.C.P., 1986, éd. E, I, 15846, no 6, obs. A. VIANDIER et J.J. CAUSSAIN. J. MOURY (" Des clauses restrictives...", op. cit., pp. 203-205) critique cette décision en ce que l'on ne pourrait assimiler l'hypothèse de la cession d'actions de la société absorbée vers la société absorbante à une cession à un tiers. Cette critique est cependant irrelevante en droit belge étant donné que l'article 41 § 2 ne limite pas le jeu des clauses d'agrément et de préemption aux seules cessions à des tiers (voy. supra).

même auteur, invoquant la même doctrine ⁵⁸, écarterait également l'application des clauses précitées lors d'une *prise de participation* (entraînant prise de contrôle) survenant dans une société actionnaire d'une autre société ayant édicté une clause d'agrément et/ou de préemption. Personnellement, nous ne voyons pas pourquoi l'on interdirait aux sociétés de faire jouer ces clauses dans les deux hypothèses envisagées et ce d'autant plus que les deux procédés, ainsi qu'on le verra infra, peuvent dissimuler une fraude aux droits de la société concernée.

14. Quant aux conventions instaurant un *blocage des titres* (clauses d'inaliénabilité ou clauses de stand-still), la question se pose de savoir si la loi du 18 juillet 1991 a modifié leur régime antérieur, à savoir leur licéité à condition d'être limitées dans le temps et justifiées par un intérêt légitime ⁵⁹. Certains auteurs ont estimé que l'article 41 §§ 2 à 4 constitue la limite de ce qui est désormais permis en matière de restrictions de cessibilité des actions. Dès lors, le blocage de titres serait désormais soit interdit ⁶⁰ soit frappé de nullité lorsque sa durée excède le délai posé par l'article 41 § 2, c'est-à-dire trois mois ⁶¹. D'autres auteurs ⁶² estiment par contre que le délai de trois mois posé par la disposition précitée ne concerne que les clauses d'agrément et de préemption et qu'il n'a pas, par conséquent, vocation à s'appliquer au blocage de titres lequel n'est pas concerné par la loi du 18 juillet 1991. Nous estimons devoir partager cette dernière opinion. Ainsi que nous l'avons souligné plus haut, le législateur a entendu faire oeuvre essentiellement pragmatique. Il s'ensuit que celui-ci n'a pas entendu régler, par l'article 41 §§ 2 à 4, l'ensemble des questions inhérentes à la problématique des restrictions de

58 J. LIEVENS, *ibid.*

59 Voy. M. WYCKAERT, " De conventionele bescherming...", *op. cit.*, bl. 62, 65; P. VAN OMMESLAGHE, " Les conventions d'actionnaires...", *op. cit.*, pp. 294-295; Civ. Bruxelles, 6 mai 1980, J.T., 1980, p. 745 (est nulle car contraire à l'ordre public la convention d'inaliénabilité absolue dans le temps et dans l'objet).

60 J. LIEVENS, *De nieuwe vennootschapswet...*, *op. cit.*, pp. 28-29.

61 J.M. NELISSEN GRADE, " Goedkeurings-en voorkoopclausules...", *op. cit.*, p. 2 (l'auteur déplorant par ailleurs la brièveté de ce délai).

62 P. DE WOLF et B. FERON, " Les conventions d'actionnaires...", *op. cit.*, no 5.

cessibilité⁶³. De plus nous avons vu (supra no 5) que l'intérêt social justifie et limite à la fois le principe de la négociabilité des actions. Or, outre la limitation dans le temps, le service d'un intérêt légitime est précisément la condition fondamentale déterminant la validité des clauses de blocage de titres.

15. Enfin, la question de savoir si une société pouvait introduire une clause d'agrément ou de préemption ensuite d'une *modification statutaire* était controversée avant la loi du 18 juillet 1991⁶⁴. Les travaux préparatoires de la loi prénommée font clairement apparaître que l'introduction ultérieure à la constitution de la société d'une des clauses précitées par la voie d'une modification statutaire est désormais clairement admise⁶⁵.

16. Il reste, quant à la réglementation posée par la loi du 18 juillet 1991 quant aux restrictions de cessibilité, à aborder le fonctionnement proprement dit des mécanismes d'agrément et de préemption. A cet égard, deux hypothèses sont à distinguer : celle du fonctionnement " ordinaire " des clauses envisagées et celle de leur application dans le contexte d'une O.P.A..

17. *Le fonctionnement ordinaire des clauses d'agrément et de préemption.*

Une " porte de sortie " doit être prévue pour l'actionnaire qui se heurterait à une décision discrétionnaire de refus d'agrément. Il faut en effet éviter que l'actionnaire se voit dénier l'exercice de son droit de retrait en restant en quelque sorte " prisonnier de son titre " ⁶⁶. Quant à l'organisation de la sortie, le législateur a malheureusement confondu dans un même texte les hypothèses pourtant distinctes de la sortie en présence d'une clause d'agrément et du retrait en présence d'une clause de préemption. Cette initiative regrettable

⁶³ Ainsi les travaux préparatoires signalent eux-mêmes que "...le principe de la validité des clauses dites de blocage est admis unanimement depuis longtemps par la doctrine et la jurisprudence" (Rapport VERHAEGEN-BAYENET, Sénat, no 1107-3, p. 90) et que " Les clauses que l'on rencontre le plus usuellement sont la clause d'agrément et la clause de préemption " (Commentaire des articles, Sénat, no 1107-1, p. 52).

⁶⁴ Voy. C. RESTEAU, *Traité...*, op. cit., T. Ier, no 701ter (les auteurs estiment que la réponse est négative).

⁶⁵ Voy. *Commentaire des articles*, Sénat, no 1107-1, p. 53.

⁶⁶ Bruxelles, 21 juin 1952 précité; J. DE VISSCHER, *Le pacte de préférence*, op. cit., p. 206; C. RESTEAU, *Traité...*, T. Ier, no 701bis; P. VAN OMESLACHE, " Les conventions d'actionnaires...", op. cit., p. 297.

rend la compréhension des dispositions légales fort ardue et nécessite pour le surplus la mise en oeuvre d'une véritable interprétation téléologique afin de leur faire rendre tout leur sens ⁶⁷.

- La loi n'indique pas qui peut refuser l'agrément (lequel, on le répète, peut être discrétionnaire en raison de l'existence de la " porte de sortie " légale). Il faut dès lors admettre que les parties règlent librement cette question (il pourra s'agir d'un organe de la société, d'actionnaire(s) ou de tiers) ⁶⁸.

- Les bénéficiaires de la clause de préemption peuvent être les actionnaires, certains d'entre eux ou des tiers ⁶⁹.

- Les actions redeviennent en principe librement négociables trois mois après la demande d'agrément ou de l'invitation à exercer le droit de préemption (art. 41 § 2, alinéa 1er).

- Cependant, en cas de refus d'agrément ou de non exercice du droit de préemption, un ou plusieurs actionnaires ou un tiers pourront acquérir les actions. Dans ce cas, ils feront bien d'avertir le cédant de leur intention un mois avant l'expiration du délai de trois mois précité de manière à l'avertir que le délai disponible en vue d'acquérir les actions se trouve ainsi allongé de deux mois (le délai maximal de blocage du titre est donc de cinq mois) ⁷⁰.

- M. NELISSEN GRADE ⁷¹ considère que l'article 41 § 2 alinéa 2 doit être interprété, en présence d'un refus d'agrément, en fonction de sa source

⁶⁷ J.M. NELISSEN GRADE, " Goedkeurings-en voorkoopclausules...", op. cit., bl. 5.

⁶⁸ J.M. NELISSEN GRADE, ibid.

⁶⁹ J.M. NELISSEN GRADE, ibid., p. 6.

⁷⁰ F. BOUCKAERT, " De wet van 18 juli...", op. cit., no 23.

⁷¹ ibid., bl. 6.

d'inspiration, c'est-à-dire l'article 275 alinéa 2 de la loi française qui impose aux organes de la société de désigner un acheteur - qui, lui, serait agréé - au candidat cédant pour ses titres.

- Quant aux bénéficiaires de la clause de préemption, ceux-ci bénéficient de deux chances de vendre leurs titres :

1. Une première chance d'acquérir les actions s'offre à eux au cours du premier délai de trois mois. L'acquisition devra se faire au prix proposé par le cédant. Deux éventualités sont possibles à cet égard : soit le cédant a obtenu une offre d'une personne autre que le bénéficiaire de la clause de préemption soit le cédant prend lui-même l'initiative de formuler une offre au bénéficiaire de la clause;

2. Si le bénéficiaire n'exerce pas son droit de préemption endéans le premier délai, il obtient une seconde chance, sous forme d'un second délai de trois mois prenant cours un mois avant l'expiration du premier délai, d'acquérir les actions encore une fois au prix proposé par le cédant (éventuellement révisé depuis sa première proposition). Les mots " actionnaires ou par un tiers " doivent ici s'entendre comme désignant le bénéficiaire de la clause de préemption
72.

On ⁷³ a regretté la brièveté des délais disponibles. Un auteur estime cependant que le juge pourrait accorder une prorogation de ceux-ci sur base de l'article 1244 du Code civil ⁷⁴. D'autre part, le même auteur a proposé une application intéressante de l'article 52bis L.C.S.C., permettant à la société d'acquérir ses propres actions en cas de " dommage grave et imminent ", dans le contexte des clauses d'agrément et de préemption. Effectivement, l'intérêt social

72 J.M. NELISSEN GRADE, *ibid.*, bl. 6-7.

73 H. MICHEL, " La pratique face à une nouvelle réforme... ", *op. cit.*, p. 52 (" Le délai maximum de validité des clauses d'agrément et de préemption n'est-il pas trop court ? Surtout si l'on prévoit plusieurs tours de piste (droits préférentiels successifs au profit des actionnaires qui se portent acquéreurs) ").

74 J. LIEVENS, *De nieuwe vennootschapswet...*, *op. cit.*, bl. 35. Nous sommes néanmoins en désaccord avec cet auteur lorsque celui-ci affirme qu'il faudrait appliquer le délai de cinq ans prévu par l'article 74ter pour les conventions de vote aux conventions érigeant un agrément ou une préemption (*voy. bl. 30*).

gouvernant la notion de " dommage grave et imminent ", une opération d'acquisition par la société de ses actions propres pourra se produire lorsque ses associés se révéleront financièrement inaptes à faire face au danger de cession des actions concernées à un tiers indésirable ⁷⁵.

Evidemment, étant donné que le mécanisme mis en place procure au cédant la liberté de **fixer le prix**, il est à craindre que des désaccords ne surgissent (le cédant sera bien sûr tenté de proposer un prix plutôt élevé). C'est pourquoi la loi met en place un mécanisme supplétif de fixation du prix par un tiers ⁷⁶. Un tel procédé correspond à ce qui est généralement conseillé en la matière ⁷⁷. L'on s'accorde pour dire que l'arrêt du 5 juin 1953 ⁷⁸ - relatif à la vente à dires d'experts - imposant l'indication par les parties des éléments sur base desquels l'expert doit fonder son évaluation n'est pas applicable en l'espèce ⁷⁹. Quant à la référence à l'article 1854, on estime tantôt que cette référence est inutile ⁸⁰, tantôt qu'elle signale que le prix fixé en vertu de cette procédure ne pourra être revu que s'il apparaît manifestement contraire à l'équité ⁸¹, tantôt enfin pour indiquer que le prix fixé le serait en vertu d'une " bindende derde beslissing " ⁸². En réalité cette référence nous semble conforter l'affirmation faite dans les travaux préparatoires du caractère supplétif du mécanisme mis en place. En effet, l'article 1854 du Code civil est la disposition qui permet non seulement à un tiers mais également à une partie elle-même, par une décision d'intérêt commun ou " partijbeslissing ", de fixer

⁷⁵ J. LIEVENS, *ibid.*, bl. 58.

⁷⁶ Cons. Rapport VERHAEGEN-BAYENET, Sénat, no 1107-3, pp. 99-100 (Evoquant la question de la fixation du prix : " question complexe et délicate dans la mesure où il y aura des cas où l'on peut penser que l'actionnaire cédant et le candidat cessionnaire ne s'arrangent sur un prix élevé en voulant forcer la société. En conséquence, il faut prévoir un mécanisme supplétif si, à l'issue d'une période, il y a désaccord ").

⁷⁷ Voy. P. VAN OMMESLAGHE, " Les conventions d'actionnaires...", *op. cit.*, pp. 66-67.

⁷⁸ Cass., 5 juin 1953, *Pas.*, 1953, I, 769.

⁷⁹ Voy. J. LIEVENS, *De nieuwe vennootschapswet...*, *op. cit.*, bl. 37-38; J.M. NELISSEN GRADE, " Goedkeurings-en voorkoopclausules... ", *op. cit.*, bl. 9.

⁸⁰ J. LIEVENS, *ibid.*, bl. 37-38.

⁸¹ J.M. NELISSEN GRADE, *ibid.*, bl. 8-9.

⁸² P. BOUCKAERT, " De wet van 18 juli... ", *op. cit.*, nr 23, noot 35. Cons. sur ce point : M. STORME, " De bindende derde beslissing of het bindend advies als middel tot voorkomen van gedingen ", *T.P.R.*, 1984, bl. 1249 en volg.

la valeur des parts sociales considérées⁸³. Il nous semble donc que la disposition de l'article 41 n'empêche pas l'instauration de mécanismes alternatifs y dérogeant à condition qu'ils ne génèrent pas, selon les termes mêmes de l'article 1854, la fixation d'un prix " évidemment contraire à l'équité " ⁸⁴.

18. *L'application des clauses d'agrément et de préemption dans le contexte d'une O.P.A.*

Le droit français connaît à cet égard une situation assez étonnante : l'article 276 de la loi sur les sociétés organise la procédure d'agrément pour les sociétés cotées en bourse alors que depuis 1987 la C.O.B. s'oppose à la cotation en bourse d'actions soumises à une clause d'agrément. Par conséquent, la clause d'agrément ne constitue plus un moyen de défense contre les O.P.A. indésirées en France ⁸⁵.

⁸³ Cons. M. STORME, " De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing ", T.P.R., 1988, bl. 1259 en volg.; J. RONSE, " Marginale toetsing in het privaatrecht ", T.P.R., 1977, bl. 211 en volg.

⁸⁴ La comparaison avec la disposition française est à cet égard également intéressante. En effet, l'article 275 de la loi française dispose que toute clause contraire au mécanisme alternatif instauré par la loi est réputée non écrite. On ne trouve dans notre article 41 § 2 aucune affirmation de ce genre. On lira également avec intérêt : Bruxelles, 21 juin 1974, R.P.S., 1974, no 5814, note F. BAUDUIN (il s'agissait d'une cession de parts dans une S.P.R.L.. Une clause statutaire de préemption fut mise en oeuvre suite à un refus d'agrément. Cette clause prévoyait que la gérance fixe chaque année la valeur des parts avec ratification et éventuelle rectification de l'assemblée générale. La cour rappela que cette clause doit être exécutée de bonne foi. Or, certaines circonstances de l'espèce indiquant que la clause n'avait peut-être pas été exécutée de bonne foi, la cour nomma un expert afin de l'éclairer à cet égard).

⁸⁵ Voy. J. MOURY, " Des clauses restrictives... ", op. cit., pp. 206-210 (le règlement no 87-01 de la C.O.B. (J.O., 4 mars 1987) interdit l'admission à la cote de titres dont la négociation est soumise à une clause d'agrément. Cette disposition a été reprise ensuite par l'art. 3.1.13 du règlement général des bourses de valeurs. L'auteur déplore cette réglementation qui s'avère contraire à la loi de 1966 sur les sociétés, le législateur ayant édicté les dispositions relatives à la mise en oeuvre des clauses d'agrément dans les sociétés cotées en bourse en vue de " défendre les entreprises de colonisation économique, souvent étrangère "). Cons. également : M. COZIAN et A. VIANDIER, *Droit des sociétés*, 2ème éd., Paris, Litec, 1988, nos 1036, 1755, 1766; B. SAINTOURENS, " L'intention du législateur... ", op. cit., p. 204 ("...droit commercial contemporain...devrait se traduire par une insertion de l'action des divers organismes dans un schéma législatif cohérent. Malheureusement, cédant à la dérive naturelle qui affecte cette modalité de délégation de pouvoirs dans un domaine déterminé, ces organismes développent leur action, émettent une doctrine qui concurrence, et parfois même tend à se substituer à l'intention origininaire du législateur. Est à ce titre révélatrice la position soutenue et consacrée textuellement par la Commission des opérations de bourse qui exclut les clauses d'agrément pour les sociétés qui demandent leur inscription à la cote officielle...alors que l'article 274 de la loi de 1966 consacre la validité de telles clauses stipulées ou non par des sociétés cotées en bourse...").

En Belgique par contre les §§ 3 et 4 de l'article 41 L.C.S.C. correspondent désormais à l'article 16 de l'Arrêté Royal du 8 novembre 1989 (précité), lequel régit l'usage de clauses d'agrément ou de préemption en cas d'O.P.A. ⁸⁶. En quelques mots ⁸⁷:

- l'O.P.A. n'empêche pas le conseil d'administration ⁸⁸ de refuser l'agrément ou de demander l'application de clauses de préemption;

- les actionnaires peuvent néanmoins répondre à l'offrant sous la condition résolutoire d'observation de la règle suivante :

- les titulaires de titres doivent se voir proposer l'acquisition de leurs titres par une ou plusieurs personnes bénéficiant de l'agrément ou à l'égard desquelles le droit de préemption ne sera pas invoqué à un prix au moins égal à celui de l'offre ou de la contre-offre. Cette proposition devra être faite endéans les cinq jours suivant la clôture de l'offre.

Exception à cette règle générale :

- le conseil d'administration (lui seul cette fois) oppose à l'offrant une clause d'agrément (et non une clause de préemption) figurant soit dans les statuts soit dans un acte authentique d'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription (ne figurant donc pas dans une convention d'actionnaires) et...

-...le refus d'agrément est fondé sur l'application constante et non discriminatoire des règles d'agrément adoptées par ledit conseil d'administration

⁸⁶ Cons. J.M. NELISSEN GRADE, " Goedkeurings-en voorkoopclausules... ", op. cit., p. 9 (l'auteur souligne la différence persistante entre les versions française et néerlandaise de ces textes, le texte français traduisant plus exactement la pensée du législateur).

⁸⁷ Voy. J.M. NELISSEN GRADE, ibid., p. 10.

⁸⁸ Voirs même l'assemblée selon F. BOUCKAERT (" De wet van 18 juli... ", op. cit., nr 26) : les actionnaires eux-mêmes peuvent refuser l'offrant dans les conditions du § 3, le conseil d'administration seul ayant le dernier mot dans le cadre du § 4.

(par exemple : le cessionnaire doit être une personne physique) et communiquées à la Commission bancaire avant la réception de la communication selon laquelle elle a été saisie d'un avis d'O.P.A.

M. NELISSEN GRADE ⁸⁹ met en évidence le manque de cohérence des §§ 2 et 4 de l'article 41 L.C.S.C.. En effet, ce qui n'est pas permis en des circonstances normales, à savoir " condamner la porte de sortie ", l'est bel et bien en cas d'O.P.A. sous la seule réserve de l'application constante et non discriminatoire de règles d'agrément ^{90 91}.

19. Dernier point à envisager quant à la réglementation des clauses d'agrément et de préemption par la loi du 18 juillet 1991 : celui de la *contrariété aux dispositions que l'on vient de passer en revue*. A cet égard, l'article 74ter § 2 dispose que les conventions d'actionnaires contraires aux §§ 2 à 4 de l'article 41 sont nulles. En réalité, en l'absence d'indication contraire dans les travaux préparatoires, il s'agira d'appliquer le droit commun selon lequel une clause nulle (en l'occurrence la clause d'agrément ou de préemption) n'est susceptible d'entraîner la nullité de l'entièreté d'une convention (ici de la convention d'actionnaires) que si cette clause présente un caractère essentiel pour ladite convention ⁹².

B. L'efficacité des clauses d'agrément et de préemption en cas d'inobservation ou de contournement de celles-ci

20. Ni la loi ni les travaux préparatoires ne prennent position quant à l'efficacité à procurer aux clauses restrictives de la cessibilité des actions

⁸⁹ *ibid.*

⁹⁰ La crainte fut exprimée au cours des travaux préparatoires de voir l'article 41 § 4, couvrir éventuellement l'introduction d'un régime d'incessibilité. La réponse du ministre fut de dire que ce régime dérogatoire ne peut en aucun cas conduire à une incessibilité totale. Il se situe dans le cadre d'une O.P.A. et, à ce titre, son champ d'application est limité (voy. Rapport VERHAEGEN-BAYENET, Sénat, 1107-3, pp. 97-98).

⁹¹ Aujourd'hui, le seul cas de société anonyme cotée en bourse dont les statuts contiennent une clause d'agrément est celui de la société SOLVAC, filiale de la société SOLVAY. Ses statuts organisent un mécanisme d'agrément pour le cas de cessions d'actions ou de droits de souscriptions à une personne morale ou assimilée, les cessions en faveur de personnes physiques restant libres. Ce sont probablement les statuts de cette société qui sont évoqués à la page 98 du Rapport VERHAEGEN-BAYENET précité.

⁹² J.M. NELISSEN GRADE, " Goedkeurings-en voorkoopclausules...", *op. cit.*, bl. 11.

qui nous préoccupent ici. Il faut donc rechercher dans le droit commun, et plus particulièrement dans le droit des contrats, les solutions à appliquer en la matière ⁹³.

21. *Quant à la sanction de l'irrespect d'une clause d'agrément statutaire.*

L'écrasante majorité de la doctrine semble aujourd'hui considérer que la cession s'inscrivant en violation d'une clause d'agrément statutaire n'affecte pas la validité de la cession d'actions nominatives ou au porteur entre les parties mais rend la cession inopposable à la société qui ne reconnaîtra que le cédant au rang de ses actionnaires ⁹⁴. Cette sanction est généralement présentée comme une conséquence de l'opposabilité des statuts de la société au cessionnaire ⁹⁵. Un auteur va même jusqu'à dire que le cessionnaire se rend automatiquement tiers complice de la violation d'une clause statutaire d'agrément ⁹⁶ ! Quant au cessionnaire, il pourra réclamer l'annulation de la vente en invoquant le dol ou l'erreur ⁹⁷. Il pourra également, à notre sens, invoquer la théorie des vices cachés ⁹⁸. D'autre part, le cédant pourra conclure avec le cessionnaire évincé une convention de croupier (article 1861 du Code civil) associant ledit cessionnaire à la part du cédant, ce dernier seul ayant la qualité d'actionnaire

⁹³ Le vice-premier ministre s'en réfère à la " théorie générale des contrats " (Rapport MERCKX-VAN GOEY, Doc. parl., Chambre, no 1645/2, p. 17). Cons. également J.M. NELISSEN GRADE, *ibid.*, bl. 4 (qui regrette que le législateur n'ait pas pris position quant à la sanction de l'irrespect d'une clause de préemption).

⁹⁴ C. RESTEAU, *Traité...*, op. cit., T. Ier, no 702; M. WYCKAERT, " De conventionele bescherming...", op. cit., bl. 67-68; K. GEENS, " Quelques aspects de la clause d'agrément...", op. cit.; C. GUILLEMYN, *La cession de fonds de commerce, d'obligations, d'actions*, Bruxelles, Creadif, 1991, p. 171; J. LIEVENS, " De nieuwe vennootschapswet...", op. cit., bl. 39; P. DE WOLF et B. FERON, " les conventions d'actionnaires...", op. cit., no 8.

⁹⁵ C'est particulièrement clair chez K. GEENS et chez J. LIEVENS, *ibid.*

⁹⁶ F. BOUCKAERT, " De wet van 18 juli...", op. cit., nr 22.

⁹⁷ K. GEENS, *ibid.*, p. 327.

⁹⁸ Voy. D. DEVOS, " La notion de vices cachés dans la vente d'actions ", note sous Bruxelles, 20 mai 1987, R.D.C.B., 1988, pp. 52, 57-58 (l'auteur cite, en guise d'illustration d'une vente d'actions affectées d'un vice caché, la cession d'actions dont les droits sont suspendus ensuite de l'application d'une norme statutaire adoptée conformément à l'article 43 alinéa 4 L.C.S.C. - notamment en cas d'indivision, usufruit etc., les droits de l'action peuvent être suspendus jusqu'à ce qu'un seul propriétaire ait été désigné à la société. " Une telle suspension nous paraît constitutive d'un vice rendant la chose impropre à son usage " (qui est celui d'exercer les droits attachés aux titres)). L'hypothèse d'une cession d'actions inopposable à la société et donc neutralisée quant à l'exercice des droits sociaux nous paraît fort proche de celle qui a été décrite par l'auteur.

Une telle sanction est pourtant loin de s'imposer avec la force de l'évidence. Effectivement, ainsi que le fait fort justement remarquer H. LAGA ¹⁰⁰, la publication des statuts n'aboutit qu'à rendre les effets externes de ceux-ci opposables aux tiers. La publication des statuts d'une société ne crée pas un " surplus d'opposabilité " par rapport aux conventions non soumises à des formalités de publicité. Au contraire, on dira que l'opposabilité est " de plein droit " pour ces dernières alors que l'opposabilité n'est que " conditionnelle " (c'est-à-dire subordonnée à l'accomplissement des formalités de publicité) pour les statuts ¹⁰¹. De plus, la publication des statuts ne crée pas de présomption de connaissance de ceux-ci dans le chef des tiers ¹⁰². Les tiers devraient donc en principe être à même d'opposer la cession à la société dans les conditions qui ont été rappelées ci-avant (supra no 6). La justification de l'inopposabilité à la société de la cession réalisée en violation d'une clause d'agrément ou de préemption et hors de l'hypothèse de tierce complicité du cessionnaire reste donc à élucider. On y reviendra (infra no 23).

22. Quant à la sanction de l'inobservation d'une clause de préemption statutaire.

Trois types de sanctions sont concevables en cas de violation d'un droit de préemption : la nullité (ou encore l'inopposabilité) de la vente, la substitution du bénéficiaire du droit de préemption à l'acquéreur convenu et l'action en dommages et intérêts. La manière la plus complète de tirer les conséquences de l'inobservation considérée serait de cumuler les trois sanctions : la substitution du bénéficiaire ensuite de l'annulation de la vente litigieuse et

⁹⁹ K. GEENS, *ibid.*. Sur la notion de " croupier ", cons. W. VAN GERVEN, " Van croupiers' in de zin van art. 1861 B.W. en trustees' ", *Liber Amicorum R. VICTOR, Recht in beweging*, T. II, bl. 1159 en volg.

¹⁰⁰ H. LAGA, " Het leerstuk van de derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk toegepast op de schending van statutaire aanvaardings- en voorkooprechtclausules ", noot onder Kh. Namen, 22 februari 1990, T.R.V., 1991, bl. 241-242.

¹⁰¹ Cons. M. FONTAINE, " Les effets internes et les effets externes des contrats ", Rapport belge présenté dans le cadre des séminaires conjoints des Centres de droit des obligations de l'U.C.L. et de l'Université de Paris I sur le thème : Les effets des contrats à l'égard des tiers, à paraître au sein de la Bibliothèque de droit privé, actuellement Doc. OBLI 89/12, U.C.L., Louvain La Neuve, pp. 18-21 pour la distinction entre l'opposabilité de plein droit et l'opposabilité conditionnelle.

¹⁰² Cass., 5 mai 1976, Pas., 1976, I, 957.

l'allocation de dommages et intérêts ¹⁰³.

Le cumul des trois sanctions précitées consiste en réalité à procurer au pacte de préemption l'exécution forcée en nature la plus achevée. Le droit belge ¹⁰⁴ est, plus encore que le droit français français ¹⁰⁵, favorable à l'exécution forcée en nature des actes juridiques. Cependant, cette faveur plus prononcée du droit belge pour l'exécution forcée en nature ne doit pas faire oublier la nature du pacte de préférence ou droit de préemption : il s'agit d'un droit de créance créant une obligation purement personnelle à charge de l'obligé et l'on considère que le tiers acquéreur de bonne foi du bien affecté par le pacte pourra opposer l'article 1165 du Code civil au bénéficiaire du droit de préemption ¹⁰⁶. Telle est la position majoritaire du droit belge : l'annulation de la cession éventuellement suivie de la substitution du bénéficiaire de la clause de préemption ne pourra être ordonnée qu'ensuite de l'application de

¹⁰³ P. MALAURIE et L. AYNES, Cours de droit civil - Les contrats spéciaux, 4^{ème} éd., Paris, Cujas, 1990, no 155.

¹⁰⁴ Cass., 27 avril 1962, Pas., 1962, I, 938 (l'exécution en nature est de droit et l'exécution par équivalent n'a lieu que " subsidiairement, notamment dans le cas où l'exécution en nature n'est plus possible "); Cass., 30 janvier 1965, Pas., 1965, I, 538; R.C.J.B., 1966, p. 77 et note J. DABIN (" l'exécution en nature constitue le mode normal d'exécution forcée tant des obligations de faire que de celles de ne pas faire... lorsque l'exécution en nature n'est pas ou n'est plus possible, l'exécution par équivalent s'impose "); Cass., 5 janvier 1968, Pas., 1968, I, 567 (la Cour y opère une distinction entre l'acte matériel déterminé - pour lequel la contrainte sur la personne du débiteur est exclue - et l'acte abstrait, comme un acte juridique, pour lequel la contrainte sur la personne du débiteur est toujours possible. Le juge pourra, dans ce dernier cas, se substituer au débiteur défaillant et ordonner que son jugement tiendra lieu de l'acte juridique que le débiteur se refuse indûment à accomplir).

¹⁰⁵ Voy. J. SCHMIDT-SZALENSKI, Jurisprudence française - droit des contrats, Paris, Litec, 1989, pp. 495-496 (" On peut se demander si l'article 1142 du Code civil ne s'oppose pas à l'exécution en nature lorsque celle-ci consiste dans l'accomplissement d'un acte juridique... Le problème se pose, en particulier, à propos de l'inexécution des avant-contrats (promesses de contrats, pactes de préférence...) ". L'auteur cite une décision de la Cour de cassation (Cass., 27 mai 1986, R.T.D.Civ., 1987, p. 89, obs. J.M.) où la Haute juridiction a cassé une décision d'une cour d'appel, qui avait procédé à la substitution du bénéficiaire d'un pacte de préemption qui n'avait pas été respecté à l'occasion d'une cession de parts sociales, au motif que le promettant avait manifesté sa volonté de ne pas vendre au bénéficiaire. La cour ne laissera donc subsister que l'annulation de la vente litigieuse); J. MESTRE, " Jurisprudence française en matière de droit civil. 1. Obligations en général ", R.T.D.Civ., 1990, pp. 70-71 (où l'auteur commente une nouvelle décision de la Cour de cassation en matière de pacte de préemption portant sur des actions (Cass., 7 mars 1989, J.C.P., 1989, II, 21316, note Y. REINHARD) où la Cour s'exprime en ces termes : " ... attendu que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur " et casse la décision de la cour d'appel qui avait procédé à la substitution du bénéficiaire sans constater, ajoute la Cour, l'existence d'une collusion frauduleuse entre cédant et cessionnaire).

¹⁰⁶ Voy. J. DE VISSCHER, Le pacte de préférence, op. cit., pp. 31-36; N. VERHEYDEN et N. JOLY, " L'opposabilité des contrats relatifs aux droits réels...", op. cit., p. 41.

la théorie de la tierce complicité, c'est-à-dire seulement dans le cas où le tiers cessionnaire savait ou devait savoir vu les circonstances que la vente des actions devait faire l'objet d'une procédure de préemption ¹⁰⁷ ¹⁰⁸.

Un auteur ¹⁰⁹ a cependant affirmé tout récemment que, les statuts étant opposables aux tiers au rang desquels il faut compter le cessionnaire, l'inobservation d'une clause de préemption statutaire aura pour effet de rendre cette cession inopposable à la société. La même solution est, on l'a vu, préconisée pour le cas d'irrespect d'une clause statutaire d'agrément. Quant à la mauvaise foi du cessionnaire, celle-ci permettra l'annulation de la vente avec éventuelle substitution du bénéficiaire de la clause de préemption, conformément à la jurisprudence précitée ¹¹⁰. Nous pensons que cette opinion est illustrative d'une tendance consistant à uniformiser les effets des clauses d'agrément et de préemption statutaires et à reconnaître à la société protégée par ces clauses le droit de repousser les effets que devraient normalement emporter à son égard une cession faite à un tiers de bonne foi mais effectuée en violation de l'une des clauses considérées.

¹⁰⁷ Cass., 30 janvier 1965 précité; Comm. Brux., 1er février 1985, R.P.S., 1985, p. 217 et surtout Comm. Namur, 22 février 1990, R.P.S., 1990, no 6540; T.R.V., 1991, bl. 291 met noot H.LAGA (" Attendu que l'exécution forcée en nature des pactes de préférence constitue la règle lorsqu'elle est possible... Attendu qu'en principe...le bénéficiaire de celle-ci doit se contenter de l'exécution forcée par équivalent, sauf le cas d'une tierce complicité dans le chef de l'acquéreur qui rendrait la vente inopposable au bénéficiaire de la promesse...la faute aquilienne de ce tiers peut être déduite de la connaissance qu'il avait ou devait avoir de la situation existante et de la participation qu'il a néanmoins apportée à la rupture du contrat (Cass., 22 avril 1983, R.C.J.B., 1984, p. 359 et note Y. MERCHERS)...". En l'espèce, le tiers cessionnaire " devait " avoir cette connaissance eu égard à sa position dans la société en question ou dans les sociétés actionnaires de cette société. "...Attendu que la sanction de ce comportement réside dans une réparation en nature qui en l'espèce aboutit à l'annulation des cessions litigieuses en manière telle que les bénéficiaires du droit de préférence retrouvent intacts leurs chances originaires et puissent obtenir l'adjudication des actions à leur profit s'ils en manifestent la volonté...Annule les cessions litigieuses...Ordonne l'exécution en nature...Dit pour droit que les demandeurs peuvent se porter acquéreurs...". Voy. également : P. VAN OMMESLAGHE, " Les conventions d'actionnaires...", op. cit., pp. 303-305; P. DE WOLF et B. FERON, " Les conventions d'actionnaires...", op. cit., nos 12-13.

¹⁰⁸ Le caractère insatisfaisant de cette solution pour le bénéficiaire du pacte de préemption a amené la pratique à développer certains palliatifs dont certains peuvent se révéler efficaces tels que les clauses pénales (sous réserve de leur caractère indemnitaire) ou la mise en gage des titres (où un droit réel issu du gage serait opposable au droit de propriété de l'acquéreur). Cons. à cet égard : P. VAN OMMESLAGHE, *ibid.*, pp. 304-305 et P. DE WOLF et B. FERON, *ibid.*, no 11.

¹⁰⁹ J. LIEVENS, De nieuwe vennootschapswet..., op. cit., bl. 39.

¹¹⁰ C. GUILLEMYN (La cession de fonds de commerce..., op. cit., p. 171) semble partager la même opinion.

23. Considérations critiques : les clauses statutaires restrictives de négociabilité font-elles éventuellement partie du statut réel des actions ?

Nous avons vu (supra no 21) que la justification de l'inopposabilité de la cession opérée en violation d'une clause d'agrément statutaire reste à élucider. A cette interrogation s'ajouterait celle d'une éventuelle extension de cette solution au cas de l'inobservation d'une clause de préemption statutaire. Nous croyons que certaines considérations formulées à ce égard relèvent d'un angle d'analyse fort proche de celui qu'a adopté R. DEMOGUE dans sa propre analyse des droits du bénéficiaire d'un pacte de préemption. L'auteur a relevé que le bénéficiaire du pacte de préférence possède un droit éventuel et non conditionnel (car la condition ne peut porter sur un élément essentiel du contrat, à savoir le consentement du promettant en vue de conclure la vente) ¹¹¹. Cependant, constatant que la sécurité en faveur du bénéficiaire d'un droit de préemption correspond à un besoin réel ¹¹², l'auteur propose de transposer à cette hypothèse un raisonnement proche de celui développé au profit du bénéficiaire d'une condition : il faut considérer que le cédant reste pleinement propriétaire du bien faisant l'objet de la préemption pour le temps qui s'écoulera jusqu'au moment où la promesse de vente pourra se transformer en vente mais, pour le temps s'écoulant au-delà, le cédant n'a plus qu'une propriété subordonnée à la condition du silence du bénéficiaire ¹¹³. Dès lors, le cédant ne pouvant transférer plus de droits qu'il n'en a ¹¹⁴, il n'a pu transférer au tiers qu'un droit de propriété à temps. Le bénéficiaire du pacte de préférence sera donc en mesure d'expulser le tiers acquéreur même de bonne foi car celui se trouverait dans une situation assimilable à celle de celui

¹¹¹ R. DEMOGUE, " De la nature et des effets du droit éventuel ", op. cit., pp. 233-234.

¹¹² Ibid., p. 254.

¹¹³ Ibid., p. 257. Cons. également : R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, T. II, Paris, Arthur Rousseau, 1923, no 527.

¹¹⁴ Voy. également l'exposé qui est fait par J. DE VISSCHER (*Le pacte de préférence*, op. cit., pp. 100-105) de la thèse de R. DEMOGUE.

qui a acquis *a non domino* ¹¹⁵.

L'observation selon laquelle le cédant ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a se retrouve chez K.GEENS, à l'appui du raisonnement qu'il développe en vue de démontrer l'inopposabilité à la société d'une cession d'actions au porteur opérée en violation d'une clause d'agrément statutaire ¹¹⁶. Bien sûr, l'hypothèse n'est plus ici celle de la violation d'un pacte de préemption mais le besoin de protection de l'intérêt de la société, poussant à procurer une pleine efficacité à la clause statutaire considérée, est ressenti de la même manière. En outre, R. DEMOGUE s'est efforcé de repousser l'argument tiré de l'atteinte portée aux intérêts du tiers de bonne foi en insistant sur le rôle que peut jouer la publicité portant sur la transmission des droits réels immobiliers en la matière. Or, on ne peut qu'être frappé par l'invocation presque incantatoire de la publicité procurée aux statuts de la société par les tenants de la thèse de l'inopposabilité de la cession effectuée ensuite de l'irrespect d'une clause statutaire d'agrément ou de préemption; insistance qui, pourtant, ne les empêche pas d'admettre que la publication des statuts ne génère aucune présomption de connaissance de ceux-ci.

On a déjà fait remarquer plus haut que l'intérêt de la société sert de principe justificateur et limitatif à la négociabilité de ses titres. On sait d'autre part qu'une thèse, apparemment marginale en Belgique, visant à faire de la clause d'inaliénabilité un élément du statut réel du bien qui en est affecté (la clause serait alors opposable de la même manière qu'un droit réel) a été avancée et accueillie par quelques décisions isolées ¹¹⁷. Faut-il inférer de ces éléments la constatation que la société peut, au nom d'exigences relevant de son intérêt social, ériger pour ses titres un statut réel " sur mesure " à condition de

¹¹⁵ Rappelons qu'en matière de cession de parts d'une S.P.R.L., la doctrine majoritaire considère que l'agrément constitue une condition suspensive de la cession (voy. M. WYCKAERT, " De instemmingsvereiste bij de overgang van aandelen in een B.V.B.A. : opschortende voorwaarde of bestaansvoorwaarde ? Een poging tot verantwoording van de mogelijke stellingsnames ", T.R.V., 1990, bl. 184).

De même l'on estime en droit allemand que la cession des parts d'une GmbH (dont les parts sont, à la différence de notre S.P.R.L., en principe librement cessibles en vertu du § 15(5) GmbHG) dont les statuts ont mis en place un mécanisme d'agrément est soumise à la condition suspensive de l'octroi d'agrément (cons. BAUMBACH/HUECK, GmbH-Gesetz, 15. Auflage, München, C.H. Beck, 1988, § 15, Rn 46).

¹¹⁶ K. GEENS, " Quelques aspects de la clause d'agrément...", op. cit., p. 333 (l'auteur invoque l'adage " Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet ").

¹¹⁷ Voy. N. VERHEYDEN et N. JOLY, " L'opposabilité des contrats relatifs aux droits réels ", op. cit., p. 41; M. PUELINCKX-COENE, " Maakt een clause van onvreemdbaarheid de geschonken goederen ook onbeslagbaar ? Maakt elke vervreemding de herroeping van de schenking mogelijk ? ", noot onder Antwerpen, 26 maart 1984, R.W., 1985-1986, nr 7.

respecter les conditions de fonctionnement posées par l'article 41 §§ 2 à 4 ? La réponse à une telle question ne peut qu'être nuancée. En effet, la solution généralement retenue n'affecte pas la validité de la cession entre les parties, elle ne fait qu'affecter son efficacité envers la société. Il semble donc bien que l'on ait affaire à une construction originale s'efforçant de tenir compte des deux catégories d'intérêts en présence : l'intérêt des individus intervenant dans l'opération de cession (la cession restant valable entre parties) et l'intérêt de la société (qui est de ne pas reconnaître n'importe qui au rang de ses associés).

24. Quant à la sanction s'attachant à l'inobservation de clauses d'agrément et de préemption incluses dans des conventions d'actionnaires

Ce thème n'a encore guère passionné la doctrine. Tout au plus, y trouve-t-on le rappel de leur validité (subordonnée néanmoins, à notre sens, à la nécessité de non violation de l'intérêt social ¹¹⁸) mais aussi de leur efficacité limitée : la société ne pourra pas opposer l'irrespect de la clause considérée et les parties ne disposeraient que des ressources offertes par la théorie de la tierce complicité en vue d'aboutir à l'anéantissement de l'opération posée en violation des dispositions conventionnelles ¹¹⁹. Pourtant, ce genre de constat d'inefficacité aurait normalement dû être également dressé pour les clauses statutaires qui, en elles-mêmes, ne sont pas plus opposables aux tiers que les clauses extrastatutaires. Si cette différence de traitement entre les conventions statutaires et extrastatutaires restrictives de la négociabilité des titres devait être maintenue, il faudra déployer un effort de justification plus soutenu que ce qui nous est actuellement offert. On pourrait songer, par exemple, à soutenir

118 Cette condition de validité est énoncée par l'article 74ter pour les conventions de vote. Nous ne rejoignons pas l'opinion de M. LIEVENS (De nieuwe vennootschapswet..., op. cit., bl. 126 en volg.) quant celui-ci considère que les dispositions de l'article 74ter valent pour toutes les conventions d'actionnaires mais il nous semble tout à fait indéniables que les conventions restrictives de la cessibilité des actions, qu'elles soient statutaires ou extrastatutaires par ailleurs, sont également soumises quant à leur validité à la condition de non violation de l'intérêt social. Après tout, la Cour de cassation n'a pas attendu le législateur pour dire la même chose à propos des conventions de vote...

119 J. LIEVENS, De nieuwe vennootschapswet..., op. cit., pp. 39-40; Cons. également J. MOURY, " Des clauses restrictives de négociabilité...", op. cit., p. 195.

la thèse que seule la société elle-même pourrait créer des restrictions affectant la négociabilité de ses titres qui seraient véritablement opposables aux tiers. Affaire à suivre donc.

25. Enfin, que penser des manoeuvres éventuellement posées par d'astucieuses parties en vue de contourner l'application de clauses restreignant la négociabilité des actions ?

Les techniques possibles de contournement qui ont été ou seront sans aucun doute rencontrées sont :

- la conclusion d'une convention de croupier entre le cédant et le cessionnaire éconduit assortie d'une convention de vote ou de l'octroi d'un mandat de vote au cessionnaire. La combinaison de ces deux mécanismes permet finalement à l'ex-candidat cessionnaire de concentrer l'ensemble des droits sociaux entre ses mains;
- une fusion entre le cédant et le cessionnaire éconduit plaçant ce dernier, en tant que société absorbante, à la tête du patrimoine (et donc des actions en portefeuille) de l' ex-cédant;
- une prise de participation par le cessionnaire éconduit dans le capital de la société candidate à la cession assurant au dit cessionnaire le contrôle de cette dernière et donc des actions qu'elle détient en portefeuille.

Le remède en vue de contrer ces manoeuvres se situe à notre sens dans la théorie de la fraude aux droits des tiers laquelle " sanctionne le comportement de personnes qui accomplissent des actes dans des conditions telles qu'elles auraient dû s'en abstenir en raison du préjudice en résultant pour les tiers

" 120. dont le fondement se situe en l'article 1382 du Code civil ¹²¹ ¹²². Les différents cas de figure de la première situation décrite ci-dessus peuvent également fournir matière à application de la théorie de la simulation ou du prête-nom ¹²³ ainsi que de l'article 200 L.C.S.C. incriminant le comportement de celui qui se présente comme le propriétaire d'actions qui appartiennent en réalité à quelqu'un d'autre ¹²⁴. Quant aux deux dernières situations énoncées, il faut conseiller à la société souhaitant s'en prémunir de stipuler une clause de rachat forcé des actions appelée à fonctionner dans le cadre de ces hypothèses ¹²⁵ ¹²⁶.

120 P. VAN OMMESLAGHE, " Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi ", note sous Cass., 10 septembre 1971, R.C.J.B., 1976, pp. 303, 339.

121 Ibid., p. 341 ("... l'interdiction d'agir en fraude des droits des tiers procède de la même philosophie que l'abus de droit et s'appuie souvent, sinon toujours, sur le même fondement : la responsabilité aquilienne ").

122 En France, les derniers développements de cette véritable saga juridique que constitue l'affaire RIVOIRE et CARRET fournissent un intéressant cas d'application de cette théorie et ce précisément dans l'hypothèse d'un contournement d'une clause d'agrément (voy. Cass. com. 27 juin 1989, Bull. Joly, 1989, p. 815 et note LE CANNU; D.S., 1990, p. 314 et note BONNARD : la Cour de cassation a confirmé l'annulation de la cession d'une minorité de blocage qui procédait d'une atteinte frauduleuse à une clause statutaire d'agrément).

123 Voy. P. JOISTEN (" Les conventions de prête-nom et la simulation ", note sous Liège, 12 février 1988, Ann. dr. Liège, 1989, pp. 39 et suiv.) pour une distinction des diverses situations relevant soit de l'institution du prête-nom soit de celle de la simulation. D'après ces développements il semblerait par exemple :

- que le cas du " cessionnaire " éconduit investi d'un mandat de vote (alors qu'en réalité il vote pour son propre compte) par le " cédant " (qui n'est plus véritablement actionnaire) soit un cas de simulation (il existe une discordance entre l'apparence du mandat et la réalité de véritable titularité des droits sociaux dans le chef du cessionnaire éconduit);

- que la situation du " cédant " allant voter lui-même mais respectant les instructions du " cessionnaire " éconduit en vertu d'une convention de vote préalablement passée entre eux constitue un cas de prête-nom (le cédant étant "... la personne qui se présente comme étant partie à un contrat alors qu'en réalité c'en est une autre, liée à elle par une convention de prête-nom, qui est partie à ce contrat et est devenue titulaire des droits et obligations qui en découlent " : P. JOISTEN, p. 40).

124 Voy. M. WYCKAERT, " De instemmingsvereiste... ", op. cit., bl. 190 (signalant la possibilité d'application de l'article 200 susdit dans le contexte d'une société anonyme ayant édicté une clause d'agrément).

125 Sur la licéité de ces clauses lorsqu'elles n'aboutissent pas à priver l'actionnaire de ses parts sans indemnité ou à lui dénier le droit de demander la dissolution de la société pour juste motif, cons. T. TILQUIN, " Les conflits dans la société anonyme...", op. cit., nos 9-10. En France, un arrêt de la Cour d'appel de Rouen (Rouen, 8 février 1974, Rev. soc., 1974, p. 507 et note R. RODIERE) a admis la validité d'une clause de rachat forcé (voy. les commentaires de J. MOURY (" Des clauses restrictives...", op. cit., pp. 193-194) et de P. BISSARA (" L'inadaptation...", op. cit., p. 560) et cons. le Jurisclasseur, Sociétés, Traité, Fasc. 97/B pour un intéressant avis du Comité juridique A.N.S.A. en la matière.

126 En droit allemand, on applique la Normenwendungstheorie (littéralement : " théorie d'application de la norme ") aux manoeuvres destinées à contourner les mécanismes d'agrément - permis tant dans le cadre des GmbH (§ 15(5) GmbHG) que dans celui des AG (§ 68(2) AktG) - instaurés dans une société. En vertu de cette théorie, il s'agira d'appliquer la norme que l'on s'est efforcé de contourner à l'acte juridique réalisant le mécanisme de contournement. En d'autres termes : les mécanismes de contournement devront eux-mêmes faire l'objet d'un agrément. Les votes émis en violation de ce principe seront considérés comme irréguliers et les décisions sociétaires entachées par ces votes pourront éventuellement être attaquées (Cons. M. LUTTER et B. GRUNEWALD, " Zur Umgehung von Vinkulierungsklauseln in Satzungen von Aktiengesellschaften

II. Les conventions de vote (article 74 ter L.C.S.C.)

26. La *matière des conventions de vote* a fait couler l'encre par torrents avant que le législateur n'intervienne par la voie de la disposition précitée 127.

L'introduction de celle-ci réanimera peut-être le débat quant au caractère d'ordre public du droit de vote 128.

Quant au pouvoir reconnu aux actionnaires de conclure entre eux voire même avec des tiers des conventions portant sur l'exercice de leur droit de vote 129, celui-ci trouve son origine dans l'aspect égoïste " droit - prérogative " que revêt partiellement le vote de l'actionnaire, l'autre parcelle étant, comme chacun sait, l'aspect fonctionnel d'un vote qui doit aussi être exercé en vue

und Gesellschaften mbH ", AG, 1989, S. 109 ff.).

127 Voici une sélection (toute personnelle) de quelques études publiées en la matière (une liste plus détaillée figure en note 3 de l'étude de J.M. NELISSEN GRADE, " De la validité et de l'exécution de la convention de vote... ", op. cit., p. 217): P. COPPENS, " Les consortiums d'actionnaires et la protection des minorités en droit belge ", in Travaux de l'Association H. Capitant, Paris, Dalloz, 1959, p. 255; L. MAEYENS et P. ROOSE, " Syndicats d'actionnaires de société anonyme. Restriction à la cession des actions ", R.P.S., 1964, no 5188; L. WEYTS, " De redactie van de aandeelhoudersovereenkomst " in Liber Amicorum J. RONSE, Brussel, Story-Scientia, 1986, bl. 413 en volg.; O. RALET, " Les conventions d'actionnaires ", D.A./O.R., 1986-1987, p. 369; même auteur, " Sauvegarde et contrôle de la stabilité de l'actionnariat des sociétés anonymes ", D.A./O.R., 1988, p. 9; M. WYCKAERT, " De conventionele bescherming... ", op. cit.; P. VAN OMMESLACHE, " Les conventions d'actionnaires... ", op. cit.
En droit français, cons. l'étude qui a probablement retenu l'attention particulière de notre Cour de cassation lors de la rédaction de son arrêt du 13 avril 1989 (précité) : A. VIANDIER, " Observations sur les conventions de vote ", J.C.P., 1986, I, 3253.

128 La position classique du droit belge consiste à affirmer le caractère d'ordre public du droit de vote (voy. F. T'KINT, " Les actions et le droit de vote ", op. cit., pp. 242-243). On (G. RIPERT et R. ROBLOT, Traité élémentaire de droit commercial, Paris, L.G.D.J., 1986, no 1245) a cependant fait remarquer que l'introduction de la possibilité pour une société de créer des actions sans droit de vote (faculté précisément introduite par la loi du 18 juillet 1991) pouvait contribuer à assouplir cette position. Néanmoins les mêmes auteurs font remarquer qu'il existe une autre manière d'interpréter l'instauration de la faculté préénoncée, à savoir que le principe conserve toute sa rigueur en dehors des exceptions expressément réglementées. Les travaux préparatoires semblent conforter cette seconde vision de l'effet de l'avènement des actions sans droit de vote (voy. Rapport VERHAEGEN-BAYENET, Sénat, no 1107-3, p. 107 : précisant que le législateur règle les conditions d'émission des actions sans droit de vote et qu'il estime que celles-ci sont d'ordre public) quoique nous ayons évoqué (supra note 13) une intervention de M. VERHAEGEN remettant en question le principe " une action, une voix " inhérent à la législation de 1935 en matière de sociétés.

129 Pour une définition de la convention de vote et des différentes formes que celle-ci peut revêtir, cons. M. WYCKAERT, " De conventionele bescherming... ", op. cit., bl. 34-36 (La convention de vote est un contrat par lequel les actionnaires s'engagent les uns envers les autres à exercer leur droit de vote à l'assemblée générale de la manière préalablement définie entre eux. Les formes que peut revêtir cette convention sont très variables : conventions d'orientation de vote à l'unanimité ou à la majorité ou encore dans le sens prédéterminé par l'un d'eux voire par un tiers; conventions portant sur une décision, une catégorie de décisions voire sur toutes les décisions sociétaires; conventions à durée déterminée ou indéterminée etc.).

de servir l'intérêt social ¹³⁰. Cette double nature du droit de vote de l'actionnaire le distingue de celui de l'administrateur, lequel est exclusivement de nature fonctionnelle ¹³¹. D'autre part, cette double nature indique que la liberté reconnue aux associés de conclure des pactes de votation reçoit des limites tirées du caractère également fonctionnel du droit de vote, l'une d'entre elles étant évidemment la non contrariété à l'intérêt social ¹³² (voy. infra).

27. On sait que par un *arrêt* (précité) du 13 avril 1989, notre *Cour de cassation* a posé le principe de la validité des conventions de vote ¹³³ satisfaisant à trois conditions : l'absence de fraude ¹³⁴, la non suppression du droit de l'actionnaire de participer aux décisions sociales ¹³⁵ et la conformité à l'intérêt social.

28. La loi du 18 juillet 1991 consacre à son tour la validité des conventions de vote mais les *conditions posées par l'article 74ter* sont sensiblement différentes de celles posées par l'arrêt de la Cour de cassation. Il nous semble que les conditions légales se substituent à celles qui furent antérieurement

¹³⁰ Pour un exposé synthétique du débat sur la nature du droit de vote, cons. K. GEENS, " De bescherming tegen de bescherming ", T.R.V., bijzonder nummer, 1988, nr 11-14. Voy. également J.M. NELISSEN GRADE, " De la validité et de l'exécution de la convention de vote...", op. cit., pp. 238-246. Point n'est besoin de rappeler que la thèse finalement retenue quant à la double nature du vote de l'actionnaire a été développée par le prof P. COPPENS.

¹³¹ En conséquence, les conventions de vote au sein du conseil d'administration sont interdites (voy. P. VAN OMMESLAGHE, " les conventions d'actionnaires... ", op. cit., p. 314; J.M. NELISSEN GRADE, *ibid.*, p. 249). La loi du 18 juillet 1991 n'affecte en rien ce principe.

¹³² M. WYCKAERT, " De conventionele bescherming... ", op. cit., bl. 56.

¹³³ Pour rappel, un arrêt de la Cour de cassation datant de 1938 (Cass., 13 janvier 1938, R.P.S., 1938, no 3700) avait déjà posé le principe de la validité du mandat irrévocable de vote donnant pouvoir au mandataire d' " agir comme bon lui semble " à condition que celui-ci soit limité dans le temps ou dans l'objet.

¹³⁴ Cette condition se réfère en réalité à une disposition française prohibant le trafic de votes (J.M. NELISSEN GRADE, " De la validité et de l'exécution de la convention de vote...", op. cit., p. 245).

¹³⁵ J. M. NELISSEN GRADE (*ibid.*, pp. 224-229) a montré que cette condition n'avait à l'époque de l'arrêt pas grande signification en Belgique puisque la Belgique, au contraire de la France dont est importée cette condition, ne connaissait alors d'autre voie que le droit de vote en vue de participer aux décisions sociales, étant donné que les actions sans droit de vote n'étaient pas encore introduites de manière générale dans notre droit. Aujourd'hui, l'on conçoit davantage une participation aux décisions sociales en dehors de l'exercice du droit de vote. Effectivement, les travaux préparatoires de la loi du 18 juillet 1991 (Commentaire des articles, Sénat, no 1107-1, p. 58; Rapport VERHAEGEN-BAYENET, Sénat, no 1107-3, p. 101) relèvent que l'actionnaire sans droit de vote est un véritable associé : il a, à ce titre, accès à l'assemblée générale, dispose du droit à l'information, possède le droit d'intenter des actions en responsabilité. On peut ajouter à ces indications des travaux préparatoires : la récupération du droit de vote en certaines hypothèses, le droit de préférence dont jouit l'actionnaire sans droit de vote pour souscrire à une augmentation de capital avec droit de vote, la possibilité de convoquer une assemblée générale extraordinaire (à condition de représenter un pourcentage suffisant du capital pour ce faire).

posées par la Haute juridiction ¹³⁶. D'ailleurs, tout le monde s'accorde pour estimer que la référence à l'absence de fraude va de soi. Quant à l'interdiction de supprimer le droit de l'actionnaire de participer aux décisions sociales, elle nous paraît inutile dans la mesure où l'on entendrait par là que les conventions par lesquelles l'actionnaire se dépouillerait définitivement de son droit de vote sont frappées de nullité ¹³⁷. La limitation de la durée des conventions de vote à cinq ans que comporte l'article 74ter empêche de toute façon l'instauration de situations d'aliénation définitive et irréversible du droit de vote ¹³⁸. Ce préalable étant posé, passons en revue les conditions de validité des conventions de vote posées par l'article 74ter.

29. La non contrariété à l'intérêt social.

Les conventions pourront être neutres au regard de l'intérêt social. C'est assez logique puisque, ne l'oublions pas, l'aptitude qu'ont les actionnaires à conclure des conventions de vote dérive du caractère partiellement égoïste de leurs prérogatives votales. Ce qui importe, c'est que les dites conventions ne soient pas contraires à l'intérêt social. On a beaucoup disserté sur la définition à donner à la notion d'intérêt social ¹³⁹. Notamment, faut-il l'entendre de manière plutôt étroite (l'intérêt social est avant tout celui des actionnaires) ou faut-il élargir la notion pour y inclure les intérêts gravitant autour de la société au sens strict (intérêt des travailleurs, des créanciers voire de la région où se trouve implantée la société). Aujourd'hui, l'on semble s'entendre pour dire que l'intérêt social n'est pas une notion statique : il ne peut être défini une fois pour toutes, il s'inscrit dans la continuité d'une organisation mouvante (notion de " going concern ") ¹⁴⁰. Ainsi, la vérification de non contrariété à l'intérêt social pourra-t-elle comporter deux étages, suivant

¹³⁶ En ce sens : P. DE WOLF et B. FERON, " Les conventions d'actionnaires...", op. cit., no 33.

¹³⁷ Il s'agit, en gros, de la compréhension qu'à J.M. NELISSEN (ibid., pp. 224-229) de cette condition.

¹³⁸ En ce sens : J.M. NELISSEN GRADE, " Goedkeurings-en voorkoopclausules...", op. cit., bl. 12. Contra (c'est-à-dire pour le maintien de la condition de non suppression du droit de participer aux décisions sociales) : J. LIEVENS, De nieuwe vennootschapswet..., op. cit., bl. 128.

¹³⁹ Pour un compte-rendu de ce débat, cons. J.M. NELISSEN GRADE, " De la validité et de l'exécution de la convention de vote...", op. cit., pp. 229-238 et K. GEENS, " De bescherming tegen de bescherming...", op. cit., nr 16-18.

¹⁴⁰ Voy. J.M. NELISSEN GRADE, ibid., p. 234.

l'expression utilisée par un auteur ¹⁴¹ : une convention de portée générale (par exemple d'orientation de vote à la majorité) peut en effet ne pas être en elle-même contraire à l'intérêt social mais il se peut que l'exécution de cette convention se révèle en certaines circonstances contraire à l'intérêt social. Il nous semble donc que la mise à néant d'une convention ne soit pas la seule sanction dont dispose le juge en cas de contrariété à l'intérêt social. On pourrait très bien imaginer que l'exécution d'une convention de vote soit suspendue durant une certaine période au-delà de laquelle l'objection de contrariété à l'intérêt social aura disparu. Aucune délimitation concrète *a priori* de ce qui serait contraire à l'intérêt social n'est donc possible. Par contre, sur le plan des principes généraux, une certaine convergence de vues semble se manifester pour dire que l'aspect fonctionnel du droit de vote s'oppose à ce qu'un usage abusif (critère de la bonne foi au sens objectif du terme ¹⁴²) en soit fait au détriment de l'intérêt de la " généralité des actionnaires " (notion englobant les actionnaires présents et à venir, idée de continuité de l'entreprise). Le contrôle exercé à cet égard par le juge revêt un caractère marginal ¹⁴³.

30. *La non contrariété aux dispositions " du présent titre "*

Cette expression vise les dispositions impératives et d'ordre public des lois coordonnées sur les sociétés commerciales ¹⁴⁴.

31. *L'absence d'atteinte à la structure organisationnelle de la société (art. 74ter, § 1er, 2° et 3°).*

¹⁴¹ M. WYCKAERT, " De geldigheid van stemovereenkomsten betreffende de besluitvorming ter algemene vergadering ", noot onder Cass., 13 april 1989, T.R.V., bl. 326, 327.

¹⁴² En ce sens : J.M. NELISSEN GRADE, " Goedkeurings-en voorkoopclausules...", op. cit., bl. 13.

¹⁴³ Voy. P. VAN OMMESLAGHE, " Abus de droit, fraude aux droits de tiers...", op. cit., p. 318 (abus de droit dans l'exercice du droit de vote au détriment de la généralité des actionnaires); K. GEENS, " De bescherming tegen de bescherming ", op. cit., nr 20-22 (il s'agit d'appliquer la jurisprudence de la Cour de cassation à propos de l'abus de droit en matière contractuelle (arrêt du 19 septembre 1983) : le contrôle marginal exercé par le juge est, depuis cet arrêt, une application particulière de la doctrine de la bonne foi).

¹⁴⁴ J. M. NELISSEN GRADE, " De la validité et de l'exécution de la convention de vote... ", op. cit., pp. 246-248; même auteur, " Goedkeurings-en voorkoopclausules... ", op. cit., bl. 13.

La loi prohibe les conventions par lesquelles un actionnaire s'engage à voter conformément aux directives données par la société, par une filiale, ou par l'un des organes de ces sociétés. Sont également interdites les conventions par lesquelles un actionnaire s'engage envers les mêmes sociétés ou les mêmes organes à approuver les propositions émanant des organes de la société. Cette restriction figurait déjà dans le projet 387 (précité) lequel s'était peut-être inspiré du § 136(2) de l' Aktiengesetz (loi allemande sur les sociétés anonymes).

32. L'article 74ter ne pose pas d'autres conditions de validité pour la convention de vote. Pourtant *la doctrine semble estimer avec un bel ensemble que les conventions de vote ne pourraient méconnaître les dispositions des statuts* ¹⁴⁵. *Qu'en est-il à cet égard ?*

L'avis du Conseil d'Etat ¹⁴⁶ fait apparaître qu'une première version du futur article 74ter mentionnait une nullité pour contrariété aux statuts en lieu et place de la nullité pour contrariété à l'intérêt social. Le Conseil posa alors la question de savoir si les statuts pourraient ainsi déroger au principe de la validité des conventions de vote. Le délégué du ministre fit cependant immédiatement remarquer qu'il y avait lieu de remplacer le mot " statuts " par les mots " intérêt social ", ce qui eut pour effet de clore le débat à cet égard.

A notre avis, les statuts ne pourraient poser un principe général d'interdiction pour les actionnaires de conclure une convention de vote. Effectivement, on a vu que le pouvoir dont disposent les actionnaires est inhérent à la parcelle égoïste de leur pouvoir votal. On ne voit pas comment la société pourrait limiter ce pouvoir individuel au nom de considérations autres que celles relevant de l'intérêt social. Bien sûr, l'on objectera que les statuts ont davantage vocation à définir ce qui relève de l'intérêt social qu'une convention entre actionnaires. On répondra que l'intérêt social ne peut être une fois pour toutes figé dans les statuts. Bien sûr, l'existence d'une disposition statutaire abordant

¹⁴⁵ M. WYCKAERT, " De conventionele bescherming... ", bl. 56; J.M. NELISSEN GRADE, " De la validité et de l'exécution de la convention de vote... ", op. cit., p. 246; P. DE WOLF et B. FERON, " Les conventions d'actionnaires... ", op. cit., note 99.

¹⁴⁶ Doc. parl., Sénat, no 1107-1, p. 167.

la matière des conventions de vote peut être un élément dont le juge peut se servir en vue de déterminer si telle convention particulière est ou non contraire à l'intérêt social. Cependant, les statuts ne pourraient proscrire totalement l'exercice d'un pouvoir individuel, sous réserve bien sûr de la sanction du comportement abusif sur invocation de la contrariété à l'intérêt social ¹⁴⁷.

33. *Le régime des nullités issues de l'application de l'article 74ter.*

Les premiers commentateurs de l'article 74ter, se basant sur les travaux préparatoires, déclarent que tous les cas de nullité portés par l'article 74ter sont sanctionnés par une nullité absolue. En conséquence de son caractère absolu, cette nullité ne se confirme pas, peut être invoquée par tout intéressé, être soulevée à tous les stades de la procédure et se prescrit par trente ans ¹⁴⁸.

Ces auteurs se réfèrent en fait à une déclaration du ministre affirmant le caractère d'ordre public de l'article 74ter ¹⁴⁹ et à un passage particulier des travaux préparatoires où, évoquant les conventions par lesquelles un actionnaire voterait pratiquement toujours comme les organes de la société, le représentant du ministre insiste sur le caractère absolu de la nullité affectant ces conventions ¹⁵⁰.

Nous pensons ne pas pouvoir suivre l'opinion formulée par les auteurs précités. Quant à la déclaration du ministre tout d'abord. Celui-ci affirme que seul l'article 74ter serait d'ordre public tandis que toutes les autres dispositions de la loi seraient impératives. Or cette affirmation est contredite par un autre passage des travaux parlementaires (cité supra no 26) posant le caractère d'ordre public du régime d'émission des actions sans droit de vote. D'autre

¹⁴⁷ Le droit allemand est dans ce sens : les statuts ne sauraient de manière générale frapper les conventions de vote d'inefficacité; ils peuvent cependant créer une obligation de l'associé dans la sphère sociale interne de ne pas conclure une telle convention, une telle disposition pourrait produire l'effet de lier de manière plus intense l'associé au service de l'intérêt social en réduisant sa sphère de pouvoir discrétionnaire (BAUMBACH/HUECK, GmbH-Gesetz, op. cit., § 47, Rn 78a).

¹⁴⁸ Voy. J. LIEVENS, De nieuwe vennootschapswet..., op. cit., bl. 130; P. DE WOLF et B. FERON, " Les conventions d'actionnaires...", op. cit., no 35.

¹⁴⁹ Rapport MERCKX-VAN GOEY, Chambre, no 1645/2, p. 15.

¹⁵⁰ Rapport VERHAEGEN-BAYENET, Sénat, no 1107-3, p. 121.

part, le ministre a-t-il perçu qu'en s'exprimant de manière aussi radicale celui-ci reproduisait le discours d'une doctrine antérieure non favorable par principe à la validité des conventions de vote ? Les travaux préparatoires réservent par ailleurs d'autres surprises : ainsi par exemple la reproduction de la doctrine d'un auteur estimant que la nullité d'une convention de vote serait...relative ¹⁵¹. Quant à la déclaration du représentant du ministre, nous l'approuvons car dans le cas évoqué (à savoir celui d'une convention où l'actionnaire s'engagerait à voter sur les instructions des organes de la société) nous estimons également que la nullité doit être absolue. Pour le reste :

- on conçoit difficilement que l'irrespect par une convention de vote d'une disposition simplement impérative des lois coordonnées sur les sociétés commerciales puissent donner lieu à l'application d'une nullité absolue;

- les cas cités ci-dessus comme portant atteinte à la structure organisationnelle de la société (art. 74ter § 1er 2° et 3°) doivent être, à notre avis, sanctionnés par une nullité absolue;

- quant à la contrariété à l'intérêt social : sauf à admettre une conception extrêmement large de la notion d'intérêt social - conception généralement rejetée par la doctrine ¹⁵² -, on ne peut admettre que toute personne (par exemple un créancier ou un travailleur de la société) puisse poursuivre la nullité d'une convention de vote. Par contre, l'intérêt protégé étant l'intérêt social et non l'intérêt des cocontractants à la convention de vote, il nous semble qu'un actionnaire non partie à la convention de vote pourrait éventuellement agir en nullité de celle-ci ¹⁵³.

151 Rapport VERHAEGEN-BAYENET, Sénat, no 1107-3, p. 93 (citant K. GEENS : " La nullité d'une convention de vote ne peut être requise que par les actionnaires qui y ont participé ").

152 Voy J.M. NELISSEN GRADE, " De la validité et de l'exécution de la convention de vote... ", op. cit., pp. 235-236.

153 Voy. J.M. NELISSEN GRADE, *ibid.*, pp. 251-252 (" Pour déterminer qui est en droit de postuler la nullité de la clause, il convient de rechercher, conformément au droit commun, quels sont les intérêts que la règle violée tend à protéger. Ainsi la nullité résultant du vice qui affecterait le consentement d'une partie à la convention ne pourrait être invoquée que par cette partie. En revanche, la nullité résultant de la contrariété de la convention de vote à une règle d'ordre public pourrait être invoquée par toute personne qui aurait un intérêt légitime à le faire... Dans le même ordre d'idées, les actionnaires qui ne sont pas parties à une convention de vote pourraient se prévaloir de la nullité de celle-ci, lorsque la convention est incompatible avec la bonne foi qui doit présider à l'exécution du pacte social ").

Enfin signalons une disposition qui nous semble heureuse : celle du § 3 de l'article 74ter instaurant une prescription courte pour l'action en annulation de décisions intervenues ensuite de l'exécution de conventions de vote elles-même frappées de nullité.

34. Quant au délai de cinq ans fixé par l'article 74ter

Les travaux préparatoires révèlent le souci de ne pas voir un actionnaire lié éternellement par une convention de vote, d'où l'idée de fixer un délai à l'issue duquel la convention devrait prendre fin ou, à tout le mois, être renégociée¹⁵⁴. A plusieurs reprises, une comparaison avec la matière des conventions d'indivision sera faite¹⁵⁵ en vue de fournir à cette règle une justification supplémentaire face aux représentants de la Nation déplorant l'introduction d'un délai leur semblant par ailleurs trop court¹⁵⁶. La nullité absolue d'une convention conclue pour une durée illimitée après l'entrée en vigueur de la loi s'imposerait¹⁵⁷.

On pourrait objecter aux auteurs de la loi que leur crainte a été quelque peu irraisonnée. La meilleure doctrine n'a-t-elle pas rappelé récemment qu'aucune convention ne peut être conclue pour une durée éternelle¹⁵⁸ ? Qu'importe, quelle que soit l'opinion que l'on entretienne à propos de l'utilité du délai de cinq ans stipulé par la loi, celui-ci existe bel et bien et il importe de déterminer la portée exacte de cette disposition.

Les travaux préparatoires établissent un parallèle avec l'indivision. Or, s'il est vrai que le délai de cinq ans établi en la matière par l'article 815 du Code

154 Voy., par exemple, Commentaire des articles, Sénat, no 1107-1, p. 89.

155 Discussion des articles et votes, Sénat, no 1107-3, p. 285; Ann. parl., Sénat, 4 juin 1991, p. 2276

156 Discussion des articles et votes, Sénat, no 1107-3, p. 283; Ann. parl., Sénat, 4 juin 1991, p. 2274; Rapport MERCKX-VAN GOEY, Chambre, no 1645/2, p. 19.

157 D'après P. DE WOLF et B. FERON, " Les conventions d'actionnaires... ", op. cit., no 34.

158 P. VAN OMMESLAGHE, " Les conventions d'actionnaires... ", op. cit., pp. 319-320 (les accords entre actionnaires conclus sans mention de durée peuvent être résiliés à tout moment moyennant le respect d'un préavis raisonnable).

civil ne souffre aucune dérogation ¹⁵⁹, encore faut-il souligner que celui-ci (et le principe qui le sous-tend, à savoir : " Nul ne peut être contraint de demeurer dans l'indivision ") s'applique à la matière de l'indivision forcée (indivision successorale) mais pas à celle de la copropriété volontaire car, dans ce dernier cas, l'indivision a été voulue par les parties qui doivent pouvoir en aménager la durée comme elles l'entendent de manière à atteindre le but qu'elles se sont fixé ¹⁶⁰. Si l'on tient vraiment à la comparaison à l'indivision, force est de constater que la seule indivision comparable à la convention de vote est celle de l'indivision volontaire où le fameux délai de cinq ans n'est pas d'application ¹⁶¹ !

Il nous semble en réalité que la norme fixant un délai de cinq ans pour les conventions de vote doit être interprétée en fonction de deux motivations au premier abord contradictoires mais qu'il importe de concilier :

- la première est celle tirée du souci de voir la convention de vote constituer un instrument efficace en vue d'assurer une certaine stabilité à l'entreprise (d'où les plaintes des parlementaires à propos de l'instauration du délai);
- la seconde correspond à la préoccupation de ne pas voir l'actionnaire devenir un " prisonnier " de son pacte de votation.

Les intérêts qu'entend protéger la norme fixant un délai de cinq ans sont incontestablement ceux des associés (et non pas ceux de tiers). Il en résulte que la disposition ne serait qu'impérative. En conséquence, la signification de la norme considérée nous semble être la suivante :

L'associé engagé dans les liens d'une convention de vote doit en toute hypothèse pouvoir s'en retirer ou provoquer sa renégociation tous les cinq ans. Cependant,

¹⁵⁹ Voy. Bruxelles, 20 avril 1972, J.T., 1972, p. 521; Bruxelles, 9 novembre 1973, J.T., 1974, p. 339.

¹⁶⁰ Cons. F. LAURENT, Principes de droit civil, T. X, 2ème éd., Bruxelles, Bruylant, 1876, no 233; H. DE PAGE et R. DEKKERS, Traité élémentaire de droit civil belge, T. V, Bruxelles, Bruylant, 1952, no 1165bis; G. BAETEMAN, note sous Civ., Bruxelles, 18 juin 1964, R.C.J.B., 1971, spéc. no 10; R. DERINE, F. VAN NESTE, H. VANDENBERGHE, Zakenrecht, Deel II, A, Gent, Story-Scientia, 1984, bl. 88-89.

¹⁶¹ Remarquons par ailleurs que l'article 1873-3 nouveau du Code civil français, s'appliquant tant en matière d'indivision forcée que de copropriété conventionnelle prévoit que la convention d'indivision peut soit être conclue pour une durée indéterminée (le partage pouvant alors être provoqué à tout moment sauf mauvaise foi ou contretemps) soit pour une durée maximale de cinq ans renouvelable par une décision expresse des parties (Cons. Jurisclasseur - droit civil, verbo " Indivision ").

si l'actionnaire laisse passer le délai de cinq ans et continue néanmoins à exécuter la convention de vote, on peut en inférer que l'actionnaire confirme ainsi l'éventuelle nullité de la convention et qu'une nouvelle période de cinq ans aura ainsi commencé à courir ... qu'il sera toujours possible d'interrompre en invoquant la contrariété à l'intérêt social. En revanche, une reconduction conventionnelle de la convention nous paraît exclue en raison du caractère impératif de la norme limitant la durée de la convention de vote à cinq ans.

35. Quant à l'efficacité des conventions de vote.

L'opinion classique à cet égard consiste à dire que la convention de vote ne concerne que les parties. Par conséquent, l'inexécution de la convention ne peut se résoudre que par des dommages et intérêts à charge de la partie défaillante et les votes émis en violation de la convention restent valables vis-à-vis de la société qui ne peut se voir imposer les effets internes de la convention, sauf à appliquer éventuellement à son encontre la théorie de la tierce complicité ¹⁶².

Le professeur NELISSEN GRALE a heureusement ravivé la discussion à cet égard ¹⁶³. Il affirme tout d'abord clairement que les parties à une convention de vote peuvent, en vertu du principe posant la primauté de l'exécution forcée en nature, se pourvoir devant un juge en vue d'obtenir que celui-ci ordonne à l'actionnaire défaillant de voter dans le sens correspondant à son engagement voire même que celui-ci se substitue à la partie défaillante, son jugement

¹⁶² Voy. M. WYCKAERT, " De conventionele bescherming... ", op. cit., bl. 54; P. DE WOLF et B. FERON, " Les conventions d'actionnaires...", op. cit., nos 36-38 (les auteurs exprimant certains doutes quant à cette thèse classique en se demandant si celle-ci est réellement conforme au principe de la primauté de l'exécution forcée en nature que connaît notre droit); Rapport VERHAEGEN-BAYENET, Sénat, no 1107-3, pp. 92-93.

¹⁶³ J.M. NELISSEN GRALE, " De la validité et de l'exécution de la convention de vote ... ", op. cit., pp. 252-257.

tenant lieu du vote que le débiteur se refuse à exprimer ¹⁶⁴. Quant aux conceptions excluant l'exécution forcée des conventions de vote à l'égard de la société, celles-ci lui semblent insatisfaisantes. Ne conviendrait-il pas d'admettre que la société doit tenir des décisions que les actionnaires prennent quant à l'usage de leur droit de vote en assemblée ? Si l'on acceptait ce point de vue, poursuit l'auteur, le juge pourrait rendre un jugement tenant lieu de délibération pour le cas où il serait établi, en raison de l'importance du pouvoir votal détenu par les actionnaires défailants, que la décision eût été différente si les actionnaires concernés avaient effectivement exécuté leur obligation contractuelle de vote. C'est un raisonnement similaire, conclut l'auteur, qui permet d'annuler les décisions d'une assemblée prises ensuite d'un abus commis par la majorité.

36. Dernière chose à signaler : *l'application de l'article 74ter est étendue aux S.P.R.L., en vertu de l'article 136, alinéa 1er nouveau L.C.S.C.* ¹⁶⁵.

Le caractère " privé " de la S.P.R.L. n'a donc pas semblé devoir justifier une réglementation spécifique aux yeux du législateur.

¹⁶⁴ Cette position favorable à l'exécution forcée des conventions de vote est admise en Allemagne depuis 1967 lorsque la Bundesgerichtshof (BGHZ 48, 163) admit l'exécution forcée d'une convention de vote dans le cadre d'une GmbH. Il s'agissait d'un cas de " collision " entre une clause d'agrément statutaire et une convention de vote (en l'espèce un conjoint associé majoritaire s'était engagé envers son épouse à lui rétrocéder des parts sociales à première demande. Lorsque cette demande vint, l'époux se refusa cependant à voter l'agrément). La BGH confirma la décision au fond qui avait condamné l'époux à voter dans un sens favorable à la demanderesse. " L'exécution forcée de la convention, estime la BGH, ne suscite... aucune objection fondamentale du point de vue du droit des sociétés. Certes, l'émission d'un vote procède de la mise en oeuvre du droit que détient l'associé de contribuer au processus de décision sociétaire. Cependant, étant donné l'importance acquise par les pactes de votation dans la vie juridico-économique, l'observation préénoncée ne peut aboutir à l'exclusion de la faculté d'ordonner le cas échéant l'exécution forcée de ceux-ci... Les effets d'une décision déjà prise en violation de la convention considérée peuvent toujours être effacés pour autant que des droits ne soient pas déjà nés en faveur de tiers consécutivement à la décision querellée " (traduction). Aujourd'hui, le principe de l'exécution forcée des conventions de vote est largement admis par la doctrine allemande (cons. K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, Carl Heymans Verlag, Köln, Berlin, Bonn, 1986, § 21 II; BAUMBACH/HUECK, GmbH-Gesetz, op. cit., § 47, Rn 80).

¹⁶⁵ Seule justification avancée : " Le gouvernement estime qu'en toute logique, cet article est applicable aux S.P.R.L. " (Rapport VERHAEGEN-BAYENET, Sénat, no 1107-3, p. 206).

III. Quelques observations relatives au droit transitoire

37. La loi du 18 juillet 1991 est en vigueur depuis le 5 août 1991. Les sociétés constituées avant cette date doivent mettre leurs statuts en concordance avec les nouvelles dispositions légales pour le 4 février 1993 au plus tard. Alors qu'une volonté de retarder globalement l'application de la loi nouvelle ait-elle existé¹⁶⁶, l'interprétation qui a été donnée par la doctrine à l'article 50 § 2 de la loi du 18 juillet 1991 consiste à faire produire immédiatement (c'est-à-dire dès l'entrée en vigueur) tous ses effets à la nouvelle loi sous la seule réserve des dispositions statutaires contraires à celle-ci qui bénéficient, en quelque sorte, d'un sursis de 18 mois¹⁶⁷. Les sociétés qui auront scrupuleusement suivi les conseils des praticiens éclairés en veillant à disposer de statuts courts¹⁶⁸ auront donc réduit d'autant les opportunités de bénéficier de ce sursis. De plus, l'application immédiate des nouvelles dispositions est susceptible d'empêcher une réflexion sereine en vue d'une éventuelle transformation, en application de l'article 50 § 4¹⁶⁹.

D'autre part, et c'est ce qui nous intéresse au premier chef, les conventions d'actionnaires extrastatutaires n'ont reçu aucune disposition transitoire spécifique avec la conséquence, en suite de l'interprétation doctrinale de l'article 50 § 2 signalée ci-dessus, que certaines conventions d'actionnaires sont tombées sous le couperet des nouvelles dispositions légales dès le 5 août 1991¹⁷⁰.

166 Voy. K. GEENS, " De overgangsbepalingen in de nieuwe vennootschapswetten van 18 en 20 juli 1991 ", T.R.V., 1991, bl. 281, 282.

167 K. GEENS, *ibid.*, bl. 288; H. MICHEL, *ibid.*, pp. 15-19; F. BOUCKAERT, *ibid.*, nr 82; J. LIEVENS, *ibid.*, bl. 171-174.

168 voy. H. MICHEL, *ibid.*, pp. 5-6 (l'auteur exposant les raisons de sa préférence pour la rédaction de statuts courts).

169 J. LIEVENS (*ibid.*, bl. 174) s'interroge quant à l'utilité de cette disposition : à quelle forme pourrait bien songer une S.A. ou une S.P.R.L. pour sa transformation ? Notre réponse à l'auteur est : en une société coopérative à responsabilité limitée. Depuis la réforme du 20 juillet 1991, cette société présente les atouts suivants : un régime de cession des parts amélioré avec un mécanisme d'agrément ne comportant pas les exclusions de l'art. 41 § 2 L.C.S.C. (voy. art. 142 § 1er al. 2 L.C.S.C.), une détermination " à la carte " des droits des associés (voy. art. 145, 4° L.C.S.C.) et l'absence de l'action minoritaire.

170 K. GEENS (*ibid.*, bl. 289-290) et J. LIEVENS (*ibid.*, bl. 175) n'ont d'ailleurs pas manqué de relever l'injustice de cette solution.

Quant au délai de cinq ans posé par l'article 74ter, il faut considérer que le calcul de celui-ci s'effectue à partir de l'entrée en vigueur de la loi du 18 juillet 1991 ¹⁷¹.

38. *En guise de conclusion...*

Nous terminerons comme nous avons commencé : par quelques propos de R. DEMOGUE ¹⁷² dont l'observation pourrait s'avérer à l'avenir fort utile dans le contexte de l'analyse juridique des conventions d'actionnaires :

" Ce que l'on connaît le moins, ce sont toujours les principes généraux. C'est en les examinant pour les affiner sans cesse qu'on peut se garder à la fois d'une équité sans consistance et d'un droit sans justice.

Isabelle Corbisier

Louvain La Neuve, le 3 décembre 1991

¹⁷¹ Nous proposons d'adopter ici un raisonnement similaire à celui qui fut tenu par la jurisprudence à propos de lois nouvelles instaurant de nouveaux délais de prescription (cons. G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, Bruxelles, Bruylant, 1983, pp. 17-19 : "... Lorsqu'une loi établit pour la prescription d'une action un délai plus court que celui qui était fixé par la législation antérieure, ce nouveau délai, si le droit à l'action est né avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, ne commence à courir, sauf volonté contraire certaine du législateur, qu'à partir de cette entrée en vigueur. Toutefois la jurisprudence considère que la durée totale du délai de la prescription ne peut excéder celle du délai fixé par la loi ancienne ". Ratio de cette solution : " Si le point de départ du calcul des délais en cours était le fait ou l'acte fixé dans la loi nouvelle et par ailleurs le même que celui retenu par la loi ancienne, un délai pourrait être " expiré ", compte tenu de la durée plus courte prévue par la loi nouvelle, avant même que n'entre en vigueur cette loi. Or, on ne peut déclarer expiré un délai par l'application d'une durée fixée par une loi non encore entrée en vigueur ").

¹⁷² supra note 1.