

Doctrines

Le nouveau Code des sociétés
(et des associations) : *Capita Selecta*,
par X. Dieux et P. De Wolf 501

Jurisprudence

■ Obligations - Contrat - Licéité
(article 6 C. civ.) - Entrepreneur ne
disposant pas, à la conclusion du contrat,
des compétences professionnelles requises
pour l'exercice de ses activités - Nullité
Cass., 1^{re} ch., 27 septembre 2018,
observations de E. de Duve 528

Chronique

Deuils judiciaires - La vie du palais - Échos
- Enquêtes et reportages.

Bureau de dépôt : Louvain 1
Hébergement, sauf juillet et août
ISSN 0021-812X
P301031

Journal des tribunaux

<http://ft.larcier.be>
29 juin - 6 juillet 2019 - 138^e année
25-26 - N^{os} 6779-6780
Georges-Albert Dal, rédacteur en chef

Doctrines

Le nouveau Code des sociétés (et des associations)¹ : *Capita Selecta*

La loi du 23 mars 2019 introduit le Code des sociétés et des associations (CSA). Ce Code regroupe dans un même corpus, les règles applicables aux sociétés et aux associations. Cette approche plus cohérente du régime des personnes morales s'accompagne d'une modernisation du droit des sociétés la plus ample et la plus radicale depuis 1873. Outre qu'il régit dans un même texte les sociétés et les associations, le Code réduit le nombre de formes de sociétés, simplifie et harmonise le régime des sociétés de personnes, réforme profondément les règles de l'ancienne SPRL (notamment en supprimant, dans la SRL nouvelle, l'exigence d'un capital), modernise le droit de la SA, particulièrement quant aux modalités de sa gestion et en autorisant le vote multiple des associés. Il est ici procédé à un examen synthétique limité au droit des sociétés qui met en exergue les dispositions communes aux personnes morales (à l'exception des règles de comptabilité), ainsi que les règles spécifiques aux sociétés de personnes et aux sociétés par actions visées par le nouveau Code, la société à responsabilité limitée, la société coopérative et la société anonyme.

1 Des ambitions « officielles » et un nouveau cadre conceptuel

A. Un Delaware européen

1. Le nouveau Code des sociétés et des associations, contenu dans une loi du 23 mars 2019, a déjà fait, comme tel et, précédemment, en l'état du projet présenté au Parlement et au Conseil d'État², l'objet de multiples et savants commentaires³. Les buts poursuivis par les auteurs de cette impressionnante réforme, qui font de celle-ci un exemple moderne de « professorenrecht »⁴, ont été présentés à plusieurs reprises : modernisation, flexibilité, simplification, mobilité internationale, le tout destiné à renforcer la position du droit belge dans la compétition entre États rivalisant d'ingéniosité pour attirer sur leur territoire le plus grand nombre d'entreprises et les plus importantes, génératrices d'activités, d'emplois et de recettes fiscales⁵.

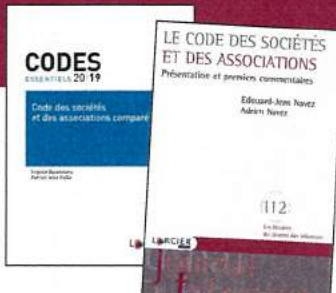
(1) Nous prenons la liberté de mettre entre parenthèses « et des associations », non point parce que nous minimisons cet aspect de la réforme et le rôle que cette variété d'entreprise occupe dans le droit économique (articles 1.1 et XX.1 du Code de droit économique, en abrégé « CDE »), mais uniquement pour faire apparaître que nous ne traiterons ici que des sociétés, au sens de l'article 1:1 du nouveau Code, désigné comme « Code 2019 » ou « CSA », pour le distinguer de l'ancien Code des sociétés, ci-après désigné « Code 2001 » ou « C. soc. ». Un prochain article sera consacré dans ces colonnes aux associations, sous la plume de D. Bogaert.

(2) Les deux avis du Conseil d'État sont reproduits dans les documents parlementaires : Chambre, sess. 2017/2018, Doc. 54, 3119/002 et 3119/007.

(3) Voy., notamment, les communications nombreuses et toutes d'excellente qualité, présentées dans les ouvrages suivants : *La Modernisation du droit des sociétés - À l'initiative du Centre belge de droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2014 ; *Le projet de code des sociétés et des associations*, Bruxelles, Larcier, 2018 ; *Le code des sociétés et des associations - Introduction à la réforme du droit des sociétés*, CUP, Anthemis, 2018 ; *La réforme du droit des sociétés*, rapports au Colloque Vanham & Vanham du 26 avril 2018 ; *Défis et opportunités du nouveau code des sociétés*, rapports au séminaire IFE du 27 septembre 2018 ; *Le nouveau Code des sociétés*, rapports au Colloque Vanham & Vanham du 9 mai 2019 ; les communications aux différentes sessions des journées d'études interuniversitaires présentées à Anvers, Leuven, Gand, Bruxelles Liège et Louvain au cours de l'année 2018 sont en cours de publication.

(4) Sur cette notion, voy. X. DIEUX, « "Efficient Justice Hypothesis" : libres pensées sur une politique du juge en droit économique », in *Hommage à W. Van Gerven*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 221, spécialement p. 222 et la référence à F. RIGAUX, « Le pluralisme culturel et idéologique et le droit international », in *Rapports belges au XII^e congrès international de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, p. 289, spécialement p. 303.

(5) L'avant-projet, et ses objectifs fondamentaux, avait été présenté à la Commission de droit commercial et économique de la Chambre, le 3 décembre 2015 : Chambre, sess., 2015/2016, Doc. 54, 1500/01. Adde l'ex-



CODES
des sociétés et des associations comparés
2019

LE CODE DES SOCIÉTÉS ET DES ASSOCIATIONS
Présentation et premiers commentaires
Edouard-Jean Navez, Adrien Navez

CODE DES SOCIÉTÉS ET DES ASSOCIATIONS COMPARÉ
Virginie Bazelmans, Patrick della Faille
Ce Code offre au lecteur un formidable outil pour lui permettre de maîtriser les innombrables changements apportés au droit des sociétés et des associations.
> Les Codes essentiels Larcier
842 p. • 55,00 € • Édition 2019

LE CODE DES SOCIÉTÉS ET DES ASSOCIATIONS
Présentation et premiers commentaires
Edouard-Jean Navez, Adrien Navez
L'ouvrage identifie, dans un style clair et synthétique, les lignes de force de la réforme et les principales innovations du nouveau Code des sociétés et des associations. Il propose un premier commentaire des nouvelles règles applicables.
> Les Dossiers du Journal des tribunaux
398 p. • 75,00 € • Édition 2019

www.larcier.com
orders@larcier.com
Lefebvre Sarrut Belgium s.a.
Boulevard Baudouin 1^{er}, 25 • B-1348 Louvain-la-Neuve
Tél. 0800/39 067 - Fax 0800/39 068

2. Le programme avait été esquissé par le professeur Koen Geens, à l'occasion du dixième anniversaire du Code des sociétés⁶, dans le prolongement d'un colloque fameux, organisé par lui aussi, quelque temps auparavant, où il avait été question de restaurer une compétition entre législations au sein de l'Union européenne, à rebours, en quelque sorte, de l'entreprise d'harmonisation conduite, depuis la première directive de 1968⁷, sur la base des dispositions pertinentes du Traité⁸. L'ambition fut ensuite endossée par le Centre national de droit des sociétés et le travail, stimulé par l'accession du professeur Koen Geens aux fonctions de ministre des Finances, puis de ministre de la Justice : un alignement des planètes, en somme.

3. À vrai dire, c'est surtout le droit fiscal et l'efficacité d'un droit judiciaire adapté qui se trouvent aux avant-postes, même si le droit matériel des sociétés ne doit pas entraver l'effet recherché et, dans la mesure de ses moyens, y contribuer. De multiples aspects de la réforme ici considérée apportent en effet une contribution essentielle à celui-ci — sans que l'on puisse anticiper si cela suffira pour permettre à la Belgique de devenir un Delaware de l'Europe. Dès à présent, il s'observe en revanche qu'au-delà des multiples innovations spécifiques résultant du Code 2019, dont nous proposons ci-après une présentation sélective, la réforme aura assez profondément transformé le cadre conceptuel qui fournit au droit des sociétés son identité et sa structure générale.

B. L'ancien monde du droit civil

4. La première innovation tient compte des réflexions auxquelles l'architecture générale du droit des sociétés a donné lieu depuis le début de ce siècle, avec une vigueur inédite⁹, même si, à l'observateur à courte vue, elle pourrait faire figure de coquetterie académique : le Code 2019 rompt ostensiblement avec l'ancien monde du droit civil, dont le Code 2001 avait maintenu l'influence en renforçant même celle-ci, au moins en apparence : sont ainsi abolies, aux termes d'un *aggiornamento* attendu, la présentation — véritablement apocryphe — des anciennes dispositions du Code civil relatives au contrat de société (civile) (articles 1832 et s.) comme des « dispositions communes à toutes les sociétés » (Code 2001, articles 18 à 55), ainsi que l'idée qu'il aurait existé une société « de droit commun », calquée sur le modèle de l'ancienne société civile (Code 2001, article 46 et s.)¹⁰.

5. À l'architecture ancienne, qui continuait à refléter une sorte de primat du droit civil, même si le Code 2001 fournissait au droit des sociétés un cadre formellement autonome, se substitue un cadre nouveau, que le plan du Code 2019 reflète avec netteté. Il n'existe plus désormais que deux catégories — radicalement distinctes — de sociétés : les sociétés de personnes (livre 4) et les sociétés par actions (livres 5, 6, 7, 15 et 16), toutes, s'agissant de leur identité en tant que « société », ne conservant en commun que trois dispositions relatives aux « apports », au sens propre du droit des sociétés tel que celui-ci se trouve cristallisé dans les articles 1:8, 1:9 et 1:10 (*infra*, II, A à C).

6. Abstraction faite du but de lucre, sous l'angle duquel les sociétés continuent à être distinguées des associations, l'unité conceptuelle s'arrête là où nous venons de la laisser. Même l'idée, exprimée par l'article 1:1 en termes généraux, selon laquelle toute société pourra d'emblée ne comporter qu'un associé, se trouve contrefaite par les autres dispositions du Code 2019. La société unipersonnelle, qui constitue, par le jeu d'une fiction juridique dont on aurait pu, à vrai dire, se dispenser¹¹, un pur instrument de division patrimoniale et de limitation de responsabilité¹², ne pourra en définitive prendre d'autres formes que celles de la société à responsabilité limitée et de la société anonyme. Les sociétés de personnes restent des contrats (article 4:1) et la société coopérative suppose toujours trois fondateurs (article 6:3) — outre que l'on se demande quel intérêt il pourra, en pratique, y avoir à constituer une société anonyme unipersonnelle.

C. Les sociétés de personnes

7. Quant aux sociétés de personnes, elles comprennent désormais la société simple, qui peut, le cas échéant, prendre la forme d'une société « interne » (article 4:1). La société momentanée ne constitue plus une variété distincte de société (comp. Code 2001, article 47), encore qu'il demeure possible de constituer une société simple « pour une opération déterminée » (article 4:3). Si les associés en conviennent, la société simple pourra être dotée de la personnalité juridique, laquelle devient ainsi optionnelle, et prendre, si l'option est exercée en ce sens, la forme d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite (articles 4:22 et s.). La société agricole¹³ et le groupement d'intérêt économique sont supprimés.

8. Plus fondamentalement, complétant la définition générale de la société telle qu'elle résulte de l'article 1:1 nouveau, l'article 4:1 confirme, mais à propos des seules sociétés de personnes désormais, que la société doit être conclue dans « l'intérêt commun des parties ». Ainsi se manifeste-t-il que toute société de personnes postule, pour exister comme telle, au titre de la cause du contrat en quelque sorte, envisagée comme l'ensemble des mobiles déterminants communs aux parties, une *affectio societatis* qualifiée ou, autrement dit, renforcée par un « intérêt commun ».

9. De même qu'un contrat n'est un contrat de vente que si, conformément à la volonté commune des parties, il implique que l'une s'oblige à transférer la propriété d'un bien en contrepartie du paiement, par l'autre, d'un prix, un contrat n'est un contrat de société que si l'accord des parties est que chacune fera un apport en société, dans l'acception que nous avons décrite. En ce sens, l'idée qu'hors le cas exceptionnel de la société unipersonnelle, une société ne peut exister si toutes les parties ne sont pas animées d'une *affectio societatis* est indiscutable¹⁴, en dépit des observations critiques formulées par une fraction de la doctrine contemporaine¹⁵.

posé des motifs : Chambre, sess. 2017/2018, Doc. 54, 3119/001 et sess. 2018/2019, Doc. 54, 3119/011.

(6) Dix ans d'application du Code des sociétés : « Vingt fois sur le métier remettez votre ouvrage », *J.T.*, 2011, p. 177 ; « Een nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen : lean and mean, fit and proper », in *Quid leges sine cogitatione ? Enkele reflecties over vennootschapsrecht aangeboden aan Jean-Marie Nelissen*, Grad, Jan Ronse Instituut, 2011, p. 74.

(7) Sur la « philosophie » de l'harmonisation, que cette première directive, et celles qui lui feront suite, reflétaient, on relira avec profit : P. VAN OMMESLAGHE, « La première directive du conseil du 9 mars 1968 en matière de sociétés », *CDE*, 1969, p. 495.

(8) K. GEENS et K. HOPT (dir.), *The European Company Law Action Plan Revisited - Reassessment of the 2003 priorities of the European Commission*, Leuven University Press, 2010.

(9) Nous nous permettons de ren-

voyer à cet égard aux études antérieures de X. Dieux (en particulier : « Les structures élémentaires de la société : la trahison des images », in *Droit, Morale et Marché*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 181), dans le seul souci de ne pas nous répéter et pour ne pas alourdir la présente étude d'un appareil de références multiples aux écrits d'autres auteurs et à la jurisprudence pertinente, références que l'on trouvera dans l'étude précitée et les autres, également reproduites dans l'ouvrage précité.

(10) Étude précitée : « Les structures élémentaires de la société : la trahison des images », in *Droit, Morale et Marché*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 181.

(11) J. VAN RYN, « L'entreprise d'une personne à responsabilité limitée », *J.T.*, 1985, p. 277. L'attribution de la personnalité juridique ne suppose pas, en effet, l'existence d'une « société ».

(12) P. VAN OMMESLAGHE, « L'entreprise personnelle à responsabilité limitée - Quels choix

fondamentaux ? », in *Liber amicorum J. Ronse*, p. 379.

(13) Sans préjudice d'un agrément possible comme « entreprise agricole » de toute société dotée de la personnalité juridique (articles 8:2 et 8:3 CSA).

(14) J. VAN RYN, t. I^{er}, 1^{re} éd., n° 336 ; L. FRÉDÉRICQ, t. IV, n° 50 ; R.P.D.B., v° « Société (contrat de) », n°s 395 et s. ; F. PASSELECQ, *Les Nouvelles - Sociétés*, n°s 182 et s. ; en France : C. HOUPIN et H. BOSVIEUX, I^{er}, 7^e éd., n° 49 ; P. MERLE, *Droit commercial - Sociétés commerciales*, 6^e éd., n° 63 ; P. LE CANNU, *Droit des sociétés*, n°s 178 et s. ; M. DEJUCLART et B. IPPOLITO, *Les sociétés commerciales - Cours de droit commercial*, 10^e éd., par. J. DUPICHOT, n° 49. Sur les origines de ce concept, voy. T. MASSART, *Encycl. Dalloz*, v° « Sociétés », n°s 96 et s.

(15) Avant le Code 2019, la doctrine était en réalité partagée entre des partisans de la mise en avant de la notion d'intérêt commun comme critère distinctif du contrat de société, en rem-

placement, en quelque sorte, de l'*affectio societatis*, et ceux qui signalaient le caractère confus ou ambigu de cette dernière notion : DE PAGE, t. V, 2^e éd., n° 7 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Le droit commun de la société et la société de droit commun », in *Aspects récents du droit des contrats*, p. 155, n°s 23 et 24 ; Y. DE CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, Bruxelles, Bruylant, 2004, n° 162 ; T. TILQUIN et V. SIMONART, t. I^{er}, n°s 608 et s. ; D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen - Algemeen deel*, 2016, p. 41 ; J. MALHERBE e.a., *Précis des sociétés*, 3^e éd., n° 469 ; T. TILQUIN, « Les éléments essentiels de la société », in *Le droit des sociétés aujourd'hui : principes, évolutions et perspectives*, 2008, p. 7, n°s 34 et s. ; Comp. K. GEENS, « Overzicht van rechtspraak - Vennootschappen », *T.P.R.*, 2000, p. 99. En France : A. VIANDIER, *La notion d'associé*, 1978, n° 75 ; P. DIDIER, *Droit commercial*, t. II, 1993, p. 68 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*,

10. Cette exigence peut varier selon la forme sociale et le contexte considérés : au niveau le moins élevé de l'échelle des intensités possibles, le « trader » qui achète une action sur un marché secondaire prend, vis-à-vis de la société, la place de son ayant droit ; mais son *affectio societatis* n'excède pas le risque spéculatif qu'il accepte de prendre, à court terme, voire à très court terme, à l'exclusion de tout intérêt commun avec les autres actionnaires, en particulier l'actionnaire de contrôle porteur d'une stratégie de moyen ou de long terme¹⁶. Le Code 2019 met le droit positif en concordance avec cette réalité, en n'exigeant plus, à propos des sociétés par actions, que les actionnaires poursuivent un « intérêt commun », si ce ne leur est évidemment pas interdit¹⁷.

11. Au contraire, au niveau le plus élevé de la même échelle, tous les associés dans une société de personnes devront être animés par un tel « intérêt commun », c'est-à-dire par une *affectio societatis* qualifiée, distincte des apports qu'ils acceptent de soumettre au risque de gain et de perte auquel, sauf clause contraire, l'entreprise commune est exposée¹⁸. La distinction entre sociétés de personnes et sociétés par actions, traditionnellement conçue sur la base de critères particuliers, tenant au régime de l'incessibilité des parts sociales émises par les premières et au caractère *intuitu personae* du contrat, se trouve ainsi confortée, dans le Code 2019, au niveau de la définition même de leurs éléments constitutifs respectifs.

D. Les nouvelles sociétés par actions

12. Quant à la catégorie des sociétés par actions, elle s'enrichit, au terme d'une véritable révolution conceptuelle¹⁹, de la société à responsabilité limitée (livre 5), remplaçant avec un profil nouveau, la société privée à responsabilité limitée, et de la société coopérative (livre 6), qui ne subsiste pour sa part, qu'assortie d'une responsabilité limitée des associés — la société en commandite par actions étant, elle-aussi, supprimée en contrepartie d'une adaptation possible du régime de la gouvernance de la société anonyme (livre 7), laissée au choix des fondateurs (articles 7:101 et s. CSA), sur le modèle, aménagé²⁰, de l'ancienne commandite par actions²¹.

15^e éd., n^{os} 180-182 ; D. SCHMIDT, « De l'intérêt commun des associés », *J.C.P. (G)*, 1994, I, n^o 3793, p. 440 ; M. GERMAIN, « L'intérêt commun des actionnaires », *Cah. Dr. Entr.*, 1996/4, p. 13.

(16) Dans la réalité, il est plus généralement très difficile d'apercevoir un intérêt commun effectif à l'épargne individuelle, aux « hedge funds », aux investisseurs institutionnels, aux traders et à l'actionnaire de contrôle ou « de référence », particulièrement en ce qui concerne tout à la fois (i) le degré de dynamisme et de risque avec lesquels ils sont prêts à accepter que les affaires sociales soient conduites par les dirigeants qui en ont la charge et (ii) le timing de la performance qu'ils attendent de leur investissement. La notion d'intérêt commun, confrontée à cette réalité, paraît très artificielle (Y. DE CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, 2004, n^{os} 196 et s. ; F.-X. LUCAS, « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? », *Rev. dr. Banc. et fin.*, 2002, p. 216 ; P. ETAIN, note sous Cass. fr., 21 octobre 1997, *Petites Affiches*, 11 février 1999, p. 15 ; comp. A. PIROVANO, « La "boussole" de la société - Intérêt commun, intérêt social et intérêt de l'entreprise ? », *D.*, 1997, p. 189.

(17) Dès 1925, le doyen Hamel, en France, exprimait son scepticisme : « est-il même bien certain que la collaboration économique soit une caractéristique de la société ? Certes elle apparaît très nettement dans les sociétés de personnes où les associés collaborent effectivement à la gestion

des affaires sociales. Peut-être existe-t-elle aussi dans certaines sociétés de capitaux constituées avec un petit nombre d'actionnaires. Mais il n'est plus ainsi dans les grandes sociétés par actions contemporaines. L'actionnaire individuellement est très loin de l'organisme actif qui dirige la vie sociale ; il se contente de fournir des capitaux et de recevoir des dividendes » (« L'*affectio societatis* », *R.T.D.Civ.*, 1922, p. 761). La même observation a été formulée quarante ans plus tard par la cour constitutionnelle de la république fédérale d'Allemagne : « L'actionnaire du public se trouve nécessairement dans une large mesure réduit à s'intéresser aux dividendes et au cours des actions. Pour lui, l'action est dès lors typiquement un pur placement de capital plutôt qu'une participation à l'entreprise » (7 août 1962, *Entscheidungen des bundesverfassungsgerichts*, vol. 14, p. 263, spécialement p. 277).

(18) La société de personnes représente ainsi la forme la plus achevée et la plus intégrée des partenariats possibles en matière économique, distincte non seulement des sociétés par actions, mais aussi des autres formes de partenariat, dans un sens plus lâche, que le droit positif organise autrement, sous le couvert du droit commun des contrats ou de régimes juridiques propres à certains contrats spéciaux : contrat d'entreprise, contrat de travail, contrat d'agence commerciale, contrat de concession, contrat de franchise, etc. Une collaboration ou un partenariat « inconnu » peuvent aussi être orga-

13. Toutes les sociétés par actions (sociétés anonymes, sociétés à responsabilité limitée et sociétés coopératives) seront, eu égard à la suppression des sociétés en commandite par actions, des sociétés à responsabilité limitée, cependant que toutes les sociétés de personnes seront, sous les deux seules réserves propres à la société interne et à la société en commandite (articles 4:14, alinéa 2, et 4:22, alinéa 3, CSA), des sociétés à responsabilité illimitée et même, en suite de la suppression de la distinction entre sociétés civiles et sociétés commerciales, à responsabilité solidaire — une solidarité propre au droit des sociétés (articles 4:14 et 4:22 CSA) prenant ainsi son autonomie par rapport à la solidarité coutumière du droit commercial²², dans le prolongement de la suppression d'une autre distinction entre sociétés civiles et sociétés commerciales.

14. Seules, d'autre part, les sociétés par actions continueront à tenir directement et impérativement leur personnalité juridique de la loi. Les deux variétés de sociétés se distinguent, sous cet angle aussi, plus ostensiblement que dans le régime du Code 2001, encore que, de ce point de vue, l'innovation résultant du Code 2019 pourra paraître plus formelle : l'existence d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite simple, dotées de la personnalité juridique par l'effet de la loi, dépendait déjà, sous l'empire du Code 2001 (article 2, § 2), du choix par les fondateurs de la forme sociale sous le couvert de laquelle ils entendaient se grouper, exception faite des sociétés en nom collectif irrégulières, traitées comme telles, avant le Code 2001, sur la base d'une théorie des cadres légaux obligatoires que celui-ci avait toutefois abandonnée²³.

E. Une « anonymisation » silencieuse

15. Révolution conceptuelle, venons-nous d'écrire (*supra*, 1, D), à propos de l'intégration de la société à responsabilité limitée et de la société coopérative dans la catégorie des sociétés par actions. Certes, si l'on apprécie le Code 2019, facialement en quelque sorte, ou littéralement, par rapport au Code 2001, à son texte et aux apparences maintenues par celui-ci. Envisagées à la lumière des réflexions et des évolutions, dont le droit des sociétés a été l'objet depuis la seconde moitié du

nisés sous le couvert d'un contrat qui ne rentre dans aucune catégorie du droit civil ou du droit commercial, conformément au principe traditionnel de l'autonomie de la volonté : voy. F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBEQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 6^e éd., n^{os} 889 et s. ; F. GLANSDORFF, « Les contrats de service - Notion et qualifications », in *Les contrats de service*, J.B.B., 1994, pp. 1 et s. Demogue a, autrefois, poussé au plus loin la notion de « partenariat », en voyant dans tout contrat la source d'un « microcosme » au sein duquel les parties sont, comme telles, des « partenaires » (*Traité des obligations en général*, t. VII, n^{os} 3 et s.), ce qui n'a évidemment jamais fait non plus de tout contrat une société.

(19) Il était déjà question des « titres » dans le Code 2001, s'agissant des parts sociales émises par la société privée à responsabilité limitée (articles 232 et s.) ; mais ces « titres » n'étaient pas de véritables valeurs mobilières, comme les actions émises par les sociétés anonymes, parce qu'y manquait l'attribut essentiel de l'abstraction, même si cette dernière n'atteint pas en matière de valeurs mobilières, le même degré que dans le domaine des effets de commerce : VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. 1^{er}, 1^{re} éd., n^{os} 529 et t. II, 1^{re} éd., n^{os} 912 et 920 ; VAN RYN et HEENEN, t. III, 2^e éd., n^o 99.

(20) Particulièrement en ce que des actionnaires détenant un certain pourcentage des actions pourront désormais introduire une action en ré-

vocation de l'administrateur unique pour de justes motifs (article 7:101 § 4, alinéa 3, CSA), même si son mandat a été rendu statutairement intangible sauf son consentement, conformément à l'article 7:101 § 3, CSA). De plus, en vertu de l'article 7:101 § 4, alinéa 1^{er}, CSA, les statuts, qui rendraient ainsi irrévocable le mandat de l'administrateur unique, peuvent simultanément faire exception à cette irrévocabilité en prévoyant des causes de révocation autres que les causes légales de révocation applicables en tous cas : décès, interdiction, déconfiture, faillite et liquidation.

(21) Sur le régime de l'ancienne société en commandite par actions : T. TILQUIN, « Renouveau de la société en commandite par actions », *Rev. Banque*, 1991, p. 89 ; P. DE WOLF et G. STEVENS, « La société en commandite par actions », in *Traité pratique de droit commercial*, Story-Scientia, 1998, p. 531.

(22) VAN RYN et HEENEN, *Principes de droit commercial*, 2^e éd., t. III, n^o 28.

(23) P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, « Examen de jurisprudence - Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1992, p. 284, n^{os} 36 et s. Cette solution a été abandonnée par le Code 2001 (article 2, § 4, alinéa 2), pour aboutir toutefois à des résultats très semblables : X. DIEUX et Y. DE CORDT, « Examen de jurisprudence - Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 2008, p. 435, n^o 16 et les références.

siècle passé, nombre des « innovations » introduites par le Code 2019 se présentent au contraire comme autant de réponses à des attentes plus ou moins fortes, émanant du monde académique et du monde de la pratique — lesquelles se sont, dans une large mesure, révélées concordantes, ainsi qu'en atteste l'accueil réservé au projet dont nous avons signalé la genèse (*supra*, 1, A).

16. Au terme d'une évolution historique un peu paradoxale, le régime juridique de la société anonyme, originellement apparue comme un instrument financier de rassemblement de capitaux — si peu une société au sens traditionnel du droit civil, la notion de « société anonyme » se présentant même comme un oxymore²⁴ — s'est, à de nombreux égards, transformé au fil du temps en une sorte de modèle pour les sociétés à responsabilité limitée et même, dans une certaine mesure, pour toutes les sociétés de personnes dotées de la personnalité juridique, eu égard aux pratiques statutaires concernant l'organisation de leur fonctionnement²⁵.

17. De ce phénomène d'*anonymisation* du droit des sociétés, en marche depuis longtemps, le Code 2019 offre une illustration supplémentaire et constitue une sorte d'achèvement, non seulement en ce que la société à responsabilité limitée et la société coopérative rejoignent la société anonyme dans la catégorie des sociétés par actions (*supra*, 1, D), mais aussi parce que, s'agissant à tout le moins de la société à responsabilité limitée, les statuts peuvent complètement libéraliser la négociabilité des actions (article 5:63 CSA), à l'instar du régime légal qui reste applicable de plein droit aux sociétés anonymes (article 7:45 CSA), et parce que la société à responsabilité limitée peut aussi être cotée (article 5:2 CSA) — ce qui, comparé au régime de la société privée à responsabilité limitée, constitue certes plus qu'une simple innovation (article 210, alinéa 2, C. soc.)²⁶.

18. En somme, de par les options ainsi ouvertes aux fondateurs ou aux actionnaires en cours de vie sociale, la société à responsabilité limitée peut devenir une société anonyme de substitution, soumise à certaines règles qui, si l'on va dans le détail technique, lui restent propres²⁷, mais dont la particularité essentielle sera de n'être pas soumise au régime du capital statutaire auquel seule la société anonyme reste assujettie : une société anonyme sans capital, en quelque sorte, le principe de l'intangibilité du capital statutaire (article 7:212 CSA) étant remplacé par un régime de protection des capitaux propres, sous le couvert, en particulier, d'un test de solvabilité et d'un test de liquidité (articles 5:142 et 5:143 CSA).

F. Quelques nouvelles définitions : société cotée et entité publique

19. Au passage, on signale que le livre 1^{er} du Code 2019 comprend, outre une définition de la société, de l'association et de la fondation, une série de définitions de concepts utilisés dans la suite du texte. Parmi celles-ci : une nouvelle définition de la « société cotée » (article 1:11) et l'introduction de la notion « d'entité d'intérêt public »

(article 1:12), qui se substituent à la notion de « société faisant publiquement appel à l'épargne » consacrée par l'article 438 du Code 2001. Les dispositions de droit financier des sociétés, telles que ce dernier les avait consacrées, s'appliquaient tantôt à toutes les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, tantôt aux sociétés dont les « titres » étaient admis à la négociation sur un marché réglementé (voy. aussi l'article 4 du Code 2001), tantôt aux sociétés dont seules les « actions » étaient admises à pareille négociation.

20. Désormais, il n'existera plus, pour les besoins du droit des sociétés²⁸, que des sociétés « cotées », définies comme « sociétés dont les actions, les parts bénéficiaires ou certificats sont admis à la négociation sur un marché réglementé » au sens de la loi MIFID II²⁹, le Roi pouvant étendre l'application de tout ou partie des dispositions propres aux dites sociétés « cotées » aux sociétés dont les actions ou les certificats sont admis à la négociation sur un système multilatéral de négociation ou sur un marché organisé au sens de cette même loi (articles 3, 7^o, et 3, 13^o). Certaines dispositions du Code 2019 sont applicables aux sociétés d'intérêt public, c'est-à-dire, outre les sociétés « cotées », une série d'entités visées par l'article 1:12 CSA, parmi lesquelles « les sociétés dont les valeurs mobilières visées à l'article 2, 31^o, b et c » de la loi financière du 2 août 2002 sont admises à la négociation sur un marché réglementé au sens précité³⁰.

21. Il est vrai en effet que le droit financier des sociétés et la notion de sociétés faisant publiquement appel à l'épargne résultaient d'ajouts introduits au fil du temps³¹ dans les anciennes lois coordonnées sur les sociétés commerciales, puis dans le Code 2001, sans plan d'ensemble et selon des critères de sélection très souvent arbitraires. Surtout, les dispositions de droit financier des sociétés intéressent, pour l'essentiel, la protection des « actionnaires » du public et, de ce point de vue, la « gouvernance » des sociétés au financement desquelles ces investisseurs contribuent. Le Code 2019 met le droit positif en concordance avec la réalité de cet objectif.

2 Société, patrimoine et apports

A. Le patrimoine commun

22. Qu'il soit pris acte de la péremption de la vieille idée selon laquelle toutes les formes sociales procédaient de la société civile, le droit civil des sociétés faisant figure de droit commun (*supra*, 1, B), n'implique pas que le concept de société, dans son épure de base, doive disparaître. Le Code 2019 s'ouvre donc par une définition générale de la société, qui subsiste, non seulement parce que subsiste une distinction entre les sociétés (entités animées par un but de lucre) et les associations sans but lucratif, encore que la pertinence et l'opportunité du principe de spécialité légale qui sous-tend cette distinction fasse l'objet d'interrogations³², mais aussi parce que, sauf à faire perdre à la

(24) Étude précitée : « Droit financier des sociétés : Logos & Praxis », R.P.S., 2014, p. 5, spécialement n° 11 ; *Le marché bien tempéré*, L'Académie en Poche, 2014, pp. 57 et s. ; *Adde* : « Plaidoyer pour une nouvelle architecture du droit des sociétés », in *Mélanges Pascal Minne*, p. 55, spécialement pp. 63 et s.

(25) X. DIEUX, « De la société anonyme comme modèle et de la société cotée comme prototype », in *Mélanges L. Simont*, p. 619, spécialement n° 5, outre les trois études précitées en note 24.

(26) Au passage, on signale que le livre 1^{er} du Code 2019 comprend, outre une définition de la société, de l'association et de la fondation, une série de définitions de concepts utilisés dans la suite du texte.

(27) En particulier, le régime de libre négociabilité des actions reste optionnel, en ce sens que, faute de dispositions statutaires en ce sens, la né-

gociation des actions reste soumise à des restrictions qui rappellent celles qui résultent des articles 249 et s. du Code 2001 : articles 5:63 et s. CSA.

(28) C'est-à-dire des sociétés à responsabilité limitée (article 5:2 CSA) et des sociétés anonymes, les actions émises par une société coopérative ne pouvant pas être cotées (article 6:1, § 2, CSA). On trouvera une liste des dispositions propres aux sociétés cotées dans l'article 5:2 précité. Cette liste est cependant incomplète, dans la mesure où il existe des dispositions applicables aux sociétés anonymes cotées, qui ne sont pas applicables aux sociétés à responsabilité limitée cotées : voy., par exemple les articles 7:108, alinéa 3, CSA (administration duale), 7:152 CSA (assemblée générale spéciale) et 7:202 CSA (utilisation du capital autorisé en cas d'OPA). L'article 5:2 CSA ne renvoie pas à l'article 3:6, § 2, CSA concernant la déclaration de gouver-

nance d'entreprise que doit comporter le rapport de gestion. Mais cette disposition s'applique comme telle à toute société cotée, en ce compris les sociétés à responsabilité limitée.

(29) Article 3, 7^o, de la loi du 21 novembre 2017 relative aux infrastructures des marchés d'instruments financiers et portant transposition de la directive 2014/65 UE.

(30) Ainsi les sociétés coopératives, dont des titres, autres que les actions, seraient admis à la négociation sur un marché réglementé deviennent des sociétés d'intérêt public au sens de la disposition visée au texte. La notion d'entité d'intérêt public est essentiellement utilisée dans le domaine du contrôle légal des comptes, eu égard au règlement européen n° 537/2014 du 16 avril 2014. Voy., par exemple, les articles 3:4, 3:6 alinéa 2, 3:6 § 4, alinéa 1^{er}, 3:8 § 1^{er}, 3:11, 3:61 § 3 et 4, 3:63 § 3 à 6, CSA.

(31) Voy., à ce sujet : X. DIEUX et

H. DE WULF, « Les sociétés publiques v. les sociétés privées : nécessité d'une rationalisation », in *La modernisation du droit des sociétés*, op. cit., pp. 89 et s.

(32) P.-A. FORTIERS et A. FRANÇOIS, « Un nouveau regard sur quelques distinctions classiques en droit des sociétés », in *La modernisation du droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 27. Le principe de spécialité légale ne s'impose pas comme une véritable nécessité. On ne le retrouve pas dans d'autres systèmes juridiques (B. GLANSDORFF, « De quelques avatars de la notion de société à la lumière du droit comparé », in *Mélanges P. Van Ommeslaghe*, 2000, p. 447, spécialement n° 6 ; V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, n°s 215 et s. ; M. DENEFF, *Economische activiteiten van v.z.w. en stichting*, n°s 234 et s.). À l'échelle de l'histoire, il n'est apparu dans notre droit qu'assez récem-

figure juridique de la société sa raison d'être même, il est nécessaire d'en fixer l'identité.

23. Suivant l'article 1:1 du Code 2019, ce trait distinctif consiste en ce que des « apports » sont faits à la société pour constituer, avec les actifs qui seront le cas échéant accumulés en cours de vie sociale, son « patrimoine » propre, l'ensemble de tous ces actifs étant affecté au paiement des dettes, conformément aux articles 7 et 8 de la loi hypothécaire. La réforme se signale ici par une remarquable liberté de conception. La consécration légale de l'idée selon laquelle toute société, en ce compris toute société non personnifiée, « a un patrimoine » (article 1:1, CSA), attribut traditionnellement réservé aux sociétés dotées de la personnalité juridique, heurte en effet radicalement les idées reçues et il se comprend que la démarche ait intrigué la section de législation du Conseil d'État³³. Inspirée des travaux combinés des professeurs Geens et Van Ommeslaghe, elle n'a toutefois rien d'hérétique³⁴.

24. Il s'agit seulement en effet de traduire en quelques mots une construction doctrinale nouvelle des effets du contrat de société à l'égard des tiers, déduite du principe de l'opposabilité aux tiers des effets externes de tout contrat, tel que ce principe résulte du droit commun des obligations. En vertu de ce principe, les tiers sont tenus de respecter les effets qui résultent du contrat de société pour les associés, comme tout créancier est tenu de respecter les effets des contrats conclus par ses débiteurs avec d'autres, sauf fraude (article 1167 C. civ.). Pas plus qu'un associé ne saurait, sans méconnaître le contrat de société, disposer des actifs communs pour payer des dettes qui lui sont personnelles, les créanciers personnels d'un associé ne sauraient donc saisir les actifs communs comme tels³⁵.

25. Il en résulte un effet de division patrimoniale, alternatif parce qu'atteint autrement que par l'attribution de la personnalité juridique à une entité, pluri- ou unipersonnelle, dotée comme telle d'un patrimoine propre. La personnalité morale n'a d'ailleurs jamais été la seule technique possible de division patrimoniale³⁶, même si elle a souvent été présentée comme telle du point de vue du droit des sociétés³⁷. La fin d'un certain « civilisme », évoquée au début de la présente étude (*supra*, 1, B), ne justifie donc pas une condamnation inconditionnelle

de tout recours au droit commun, lorsque celui-ci est susceptible de fournir une solution pertinente et utile³⁸.

26. Les articles 4:13 à 4:15 du Code 2019 expriment plus directement cette idée et en exposent les conséquences, pour les associés, pour les créanciers personnels et pour les créanciers « dont la créance trouve sa source dans l'activité de la société ». La technique alternative de division patrimoniale que le Code 2019 consacre de la sorte prolonge d'ailleurs ses effets au-delà de la dissolution de la société, puisque, de même que les sociétés dotées de la personnalité juridique conservent celle-ci pour les besoins de leur liquidation (article 183 C. soc. - article 2:76, CSA), il est aussi prévu que « le patrimoine » de toute société dépourvue de personnalité « est censé subsister pour les besoins de sa liquidation jusqu'à la clôture de celle-ci » (article 4:21, CSA)³⁹.

B. Apport, participation aux bénéfices et contribution aux pertes

27. Quant à la notion d'apport, elle fait l'objet d'une définition désormais expresse (article 1:8 CSA) qui n'en modifie toutefois pas la substance, telle que celle-ci résulte du droit existant⁴⁰. Il s'agit toujours de « mettre à la disposition » de la société une « chose », matérielle ou immatérielle, qui sera comme telle soumise aux aléas sociaux, en ce sens que, sans préjudice de la responsabilité illimitée des associés dans les sociétés de personnes⁴¹, l'apport ne sera rémunéré, en cours de vie sociale, que s'il existe un bénéfice répartisable et que si la distribution en est décidée par celui ou ceux à qui appartient, selon les règles propres à la forme sociale considérée, ce pouvoir de décision — la restitution de l'apport, à la clôture de la liquidation, postulant par ailleurs, sauf le cas de l'apport en jouissance et de l'apport en industrie, que tous les créanciers aient été préalablement désintéressés⁴².

28. L'apport, qui ouvre à un droit social, conditionnel et éventuel⁴³, aux bénéfices, implique ainsi l'obligation de contribuer aux pertes, dans une mesure variable selon que la société est assortie ou non d'un régime de responsabilité limitée. Le Code 2019 confirme en toutes lettres, à propos des sociétés de personnes, cette analyse classique (articles 4:4 et 4:5), la soustraction aux pertes supposant une clause du contrat de société qui y déroge, laquelle ne sera plus désormais consi-

ment, au début du XX^e siècle, non point d'ailleurs comme le fruit d'une réflexion de type juridique, mais par l'effet d'une sorte de basculement idéologique. Alors que les associations s'étaient auparavant heurtées à la méfiance d'une fraction notable de la pensée politique héritée de la Révolution française, aux yeux de laquelle le phénomène associatif recevait une menace pour les institutions émanant de l'ordre étatique séculier, elles ont par la suite, en raison du caractère « désintéressé » de leur objet, bénéficié d'un *a priori* favorable, parallèlement à l'expansion de la démocratie chrétienne et du socialisme (pour un aperçu historique d'ensemble, faisant aussi apparaître la crainte d'une reconstitution de la « mainmorte » : M. DENEFF, *Economische activiteiten van v.z.w. en stichting*, n^{os} 13-43. Adde : DE PAGE, t. II, vol. 1^{er}, 4^e éd., par J.-P. MASSON ; n^{os} 391 et 392, et la référence aux travaux préparatoires de la loi du 27 juin 1921, *Pasin.*, 1921, p. 386 ; J. HANSENNE, « L'a.s.b.l. en 1921 », in *Les a.s.b.l. — Évaluation critique d'un succès*, 1985, p. 3 ; J.-C. SCHOLSEM, « La notion de bénéfice dans le contrat de société », *R.P.S.*, 1969, p. 211, n^{os} 4 et s. et p. 222, n^o 8 ; T. TILQUIN et V. SIMONART, t. I^{er}, n^o 368).

(33) *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2017/2018, 54-3119/002, pp. 7 et s.

(34) P. VAN OMMESLAGHE, « La société de droit commun et le droit commun de la société », in *Aspects récents du droit des contrats*, p. 155,

spécialement n^o 50 ; K. GEENS, « De fundamente van het vennootschapsrecht dooreengeschied voor eeuwenwende », in *De nieuwe vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995*, p. 13, n^{os} 18 et s. et p. 27.

(35) K. GEENS et P. VAN OMMESLAGHE, « L'articulation du régime des sociétés de personnes », in *La Modernisation du droit des sociétés - À l'initiative du Centre belge du droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 15, spécialement p. 23 et la référence aux études antérieures des deux auteurs sur le même sujet, p. 16.

(36) DE PAGE et DEKKERS, t. V, 2^e éd., n^o 979 et s. ; J. HEENEN, « Nature des droits de l'associé sur l'actif d'une société commerciale avant et après sa dissolution », *R.C.J.B.*, 1953, p. 291.

(37) Sur cette technique classique de division patrimoniale (Cass., 5 janvier 1911, *Pas.*, 1911, I, 68 avec les conclusions du procureur général Terlinden), voy. F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, n^{os} 56 et s. ; M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, n^{os} 235 et s. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que la personnalisation de l'entité considérée s'accompagne d'une limitation de responsabilité de son fondateur ou de ses membres. Il suffit que les actifs soient exclusivement affectés au désintéressement des tiers dont la créance est née des activités de ladite entité, à l'exclusion de tout concours avec les créanciers

personnels du fondateur ou des membres de l'entité en cause. Division patrimoniale et responsabilité limitée ne vont pas de pair. La première ne postule pas la seconde, si celle-ci la renforce.

(38) Dans le même esprit, la recodification du régime de la responsabilité civile des administrateurs ou gérants des sociétés dotées de la personnalité juridique demeure enclavée dans les principes généraux de la responsabilité, dans la mesure où il n'y a pas de raison déterminante de les en soustraire, et même si pareil enclavement, sélectif, se trouve assorti de dérogations ou de compléments spécifiques (articles 2:56 et s. CSA) : *infra*, 5.C.

(39) On relira avec intérêt l'étude classique de J. HEENEN, « Nature des droits de l'associé sur l'actif d'une société commerciale avant et après sa dissolution », *R.C.J.B.*, 1953, p. 291.

(40) J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. I^{er}, 1^{re} éd., n^o 330 ; L. FRÉDÉRICQ, t. IV, n^{os} 33 et s. ; H. DE PAGE, t. V, 2^e éd., n^{os} 60 et s. ; T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. I^{er}, n^{os} 476 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, « Examen de jurisprudence - Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1992, p. 230, n^o 4 ; J. VAN RYN et P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence - Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1973, p. 326, n^o 3.

(41) Réserve faite de la société interne et de la société en commandite, dans la mesure où la responsabilité illimitée ne concerne que l'associé gé-

rant et l'associé commandité (article 4:1, alinéa 2 et article 4:22, alinéa 3, CSA).

(42) J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. I^{er}, 1^{re} éd., n^o 330 ; L. FRÉDÉRICQ, t. IV, n^{os} 33 et s. ; DE PAGE, t. V, 2^e éd., n^{os} 60 et s. ; T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. I^{er}, n^{os} 476 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, « Examen de jurisprudence - Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1992, p. 230, n^o 4 ; J. VAN RYN et P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence - Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1973, p. 326, n^o 3. Dans les sociétés à responsabilité illimitée, dont le capital ou les apports ne sont pas protégés, des distributions pourraient, d'un point de vue strictement technique, être faites aux associés en cours de vie sociale, alors même que l'actif social net ne le permettrait pas. Toutefois, de telles distributions pourraient être une source de responsabilité pour ceux qui y procéderaient et pour ceux qui en bénéficieraient, outre les sanctions pénales possibles sur la base des articles 491 ou 492bis du Code pénal. Plus généralement, une mise à disposition, de quelque nature qu'elle soit, en numéraire, en nature ou en industrie, assortie d'un droit à une rémunération indépendante des aléas sociaux, ne serait pas constitutive d'un apport en société.

(43) Cass, 3 novembre 1957, *Pas.*, 1957, I, 485 ; conclusions du procureur général Ganshof Van Der Meersch précédant Cass, 16 décembre 1955, *Pas.*, 1956, I, 376.

dérée comme une clause léonine, nulle comme telle (article 4:2)⁴⁴. Une solution semblable est consacrée dans les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés coopératives et les sociétés anonymes (article 5:14, 6:15 et 7:16, CSA).

C. Apport en industrie et capital humain

29. Toute la souplesse qui caractérise, pour l'essentiel, le nouveau régime de la société à responsabilité limitée — société anonyme de substitution, ainsi qu'on l'a vu — devrait faire de celle-ci, à l'avenir, la forme sociale la plus recherchée, pour peu qu'on se familiarise avec le nouveau régime de protection des capitaux propres. Le caractère novateur de son régime juridique, en ce qui concerne en particulier, la substitution des apports et des capitaux propres au capital statuaire, n'empêche d'ailleurs pas l'introduction dans notre droit d'un concept jusqu'alors véritablement inconnu.

30. Sous réserve du capital fixe minimum dans les sociétés coopératives à responsabilité limitée (article 390 C. soc.), la société coopérative était déjà une société sans capital où seuls comptaient les apports (article 355 § 1^{er}, 1^o, C. soc.). Plus généralement, les sociétés à responsabilité illimitée ont toujours été des sociétés sans « capital statuaire » au sens où cette notion s'entendait, dans le Code 2001, tant pour la société anonyme que pour la société à responsabilité limitée, sociétés à capital « protégé » (articles 320 et 617 C. soc.). Mais l'extension de ce régime à la nouvelle société à responsabilité limitée s'accompagne de la mise en place d'un « système » de protection véritablement alternatif⁴⁵ et il ouvre à de nouvelles formes de collaboration susceptibles d'aboutir à la reconnaissance d'un capitalisme d'un genre nouveau.

31. L'impossibilité de reconnaître aux apports en industrie une place dans le capital statuaire des sociétés à responsabilité limitée, selon le système traditionnel que reproduisait le Code 2001, et que le Code 2019 ne conserve que pour la société anonyme, obligeait les parties à concevoir des constructions de substitution, plus ou moins originales et sophistiquées, de sorte que, pour les sociétés actives dans des secteurs innovants, un juste équilibre puisse être trouvé entre l'inventeur, apporteur en industrie, et l'apporteur de capitaux (en numéraire ou en nature)⁴⁶. La société sans capital (statuaire) s'ouvre au contraire au « capital humain » et devrait permettre de faire l'économie de ces constructions alternatives⁴⁷.

32. Des questions se posent, sur le plan fiscal en particulier⁴⁸, à propos de l'évaluation de l'apport en industrie comme composante des apports et des capitaux propres. Dans le domaine des restructurations, les apports en industrie sont d'autre part exclus des paramètres pris en considération pour la détermination du montant maximum d'une

éventuelle soule en espèces (articles 12:2, alinéa 2 - 12:3, alinéa 2 - 12:4, alinéa 2 - 12:5, alinéa 2 et 12:8, 1^o, CSA). À notre avis l'évaluation de l'apport en industrie peut reposer sur une anticipation raisonnée de sa contribution aux bénéfices futurs et de l'économie résultant de la soumission de sa rémunération aux aléas sociaux, comparée au coût fixe inhérent à une rémunération contractuelle.

33. Comme l'apport en jouissance, qualifiant un apport en nature ou un apport en numéraire, l'apport en industrie implique une obligation de faire dont l'exécution s'étale dans le temps. Or il a été admis que l'apport en jouissance puisse être valorisé en tant qu'apport, même dans les sociétés à capital statuaire⁴⁹. Pourquoi devrait-il en aller autrement dans la nouvelle société à responsabilité limitée, sans capital statuaire quant à elle ? On l'aperçoit difficilement. La contribution du droit des obligations à l'identification de l'objet de l'apport en industrie, comparé à l'objet d'un apport en jouissance, confirme aussi l'utilité d'un retour à cette discipline, lorsque la question le justifie. Il est regrettable qu'en excluant du capital, au sens fiscal, les apports en industrie, le législateur ait stérilisé, sur le plan fiscal au moins, cette partie importante de la réforme, instaurant entre apport en jouissance et apport en industrie, une discrimination qui mériterait d'être censurée par la Cour constitutionnelle (article 2, § 3, 6^o, a, CIR).

3 Société et association

A. Le nouvel article 1:1 du Code 2019 et la jurisprudence de la Cour de cassation

34. Alors que, conformément à l'expression traditionnelle du principe de la spécialité légale (*supra*, n^o 2, A), le projet du gouvernement disposait que toute société avait « pour but » de distribuer ou de procurer un avantage patrimonial, direct ou indirect, à ses associés, il ne s'agit plus, dans le texte définitif de l'article 1:1 CSA, que de l'« un de ses buts », cette rédaction étant le fruit d'un amendement déposé à la Chambre des représentants par un député du parti catholique francophone, qui le justifia dans les termes suivants :

« Cet amendement clarifie la possibilité pour une société d'avoir des buts multiples, y compris des buts désintéressés, tout en réaffirmant que la société a pour but de répartir une partie, au moins, de ses profits à ses associés (alors que toute distribution est exclue dans les associations). Le vrai libéralisme est de laisser aux associés le choix des buts qui conditionnent la poursuite du but intéressé et patrimonial (...).

» Il est utile de préciser la possibilité de buts multiples afin d'éviter tout soupçon que la loi impose la subordination de toutes les activités

(44) Sur la question de la validité des pactes léonins et les opérations assimilées : Cass., 29 mai 2008, *Pas.*, 2008, p. 1363 ; *R.W.*, 2008-2009, p. 1556 et note R. HOUBEN ; *R.D.C.*, 2009, p. 270 et la note N. GOOSSENS ; *T.R.V.*, 2008, p. 655, note T. VLIETINCK ; Cass., 5 novembre 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 1099 ; P.-A. FORIERS, « Portage et clause léonine », in *Hommage à J. Heenen*, 1994, p. 149. Notre étude, « *De lege lata, de lege ferenda* : controverses sur la responsabilité des associés », in *Liber amicorum B. Glansdorff*, 2008, p. 152 ; M. COÏFEL, « Réflexions sur le portage d'actions au regard de l'article 1855 du Code civil », *R.C.J.B.*, 1989, p. 553. Encore l'article 1855, alinéa 2, du Code civil : « Réflexions additionnelles en faveur d'une interprétation renouvelée d'un texte controversé », *R.D.C.*, 1995, p. 133 ; « Un nouveau pas vers la validation des pactes léonins ? », *R.P.S.*, 2009, p. 110 ; « Du nouveau dans le débat sur les pactes léonins ? », *J.D.S.C.*, 2013, p. 61 ; H. DE WULF, « Enkele bedenkingen rond een nuttige rol voor het versleten verbod van leeuwenbeding : bes-

cherming van de vennootschap en haar schuldeisers, niet alleen van de medevennoten », *R.D.C.*, 2012, p. 697 ; C. JASSOGNE, « Sociétés léonines, options et portage d'actions », *R.D.C.*, 1994, p. 979.

(45) Sur les différents systèmes en présence en droit comparé, une optique germanique s'opposant, ici aussi, à une optique anglo-américaine, voy. J.-M. NELISSEN GRADE et M. WAUTERS, « Reforming legal capital : Harmonization or fragmentation of creditor protection ? », in K. GEENS et K. HOPT (dir.), *The European Company Law Action Plan Revisited - Reassessment of the 2003 priorities of the European Commission*, Leuven University Press, 2010, p. 25 ; K. HOPT, « Évolutions récentes du droit allemand et du droit français des sociétés », *Rev. Soc.*, 2009, p. 309, spécialement pp. 312 et s. ; « Company Law Modernization - Transatlantic perspectives », *Rev. Soc.*, 2006, p. 206 ; A. COURET, « Réflexions sur la fin du capital social en droit français », in *Actualités et évolutions comparées du droit allemand et du droit français des sociétés*, 2010, p. 19 ; H. CULOT et

M. VAN BUGGENHOUT, « Droit européen des sociétés : vers une réforme du capital ? », *J.T.D.E.*, 2007, p. 193 ; H. CULOT et P.-Y. THOUMSIN, « Contrôle et maintien du capital : une réforme sans audace », *J.T.*, 2009, p. 93.

(46) X. DIEUX (avec la collaboration de N. VANDERSTAPPEN), « "Start Up" : aspects relevant du droit des sociétés », in « *Joint Ventures* : questions choisies de droit belge et international, CRDVA, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 59, spécialement p. 67 et la référence au « Sweat Equity », ainsi qu'aux mécanismes d'égalisation et de relation.

(47) Sur les applications juridiques possibles de la notion de « capital humain », développée aux États-Unis par l'économiste G. Becker (*Human Capital : A Theoretical And Empirical Analysis*, 1964) dans le prolongement des travaux de T.-W. Schultz, voy. S. SCHILLER et P.-L. PERIN, « Les apports en industrie dans les SAS », *Rev. Soc.*, 2009, p. 59, n^{os} 1 et 2 ; S. SCHILLER, « L'influence de la nouvelle économie sur le droit des sociétés », *Rev. Soc.*, 2001, p. 47 ; T. MASSART, « Les apports de savoir-

faire dans la SAS », *Bull. Joly, Sociétés*, 2009, p. 1154 ; « La société sans apports », *Mélanges P. Didier*, 2008, p. 289 ; N. BINCTIN, *Le capital intellectuel*, 2007 ; « La classification des apports en nature », *Rev. Soc.*, 2009, p. 517. *Adde* l'article fondateur de P. CATALA, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *D.*, 1984, Chron. 97.

(48) R. THONET, « Les conséquences fiscales de la réforme du Code des sociétés et des associations », rapport au colloque Vanham & Vanham du 9 mai 2019 (précité), spécialement p. 13, n^{os} 28 et s.

(49) On considère en effet que l'apport en jouissance est entièrement libéré dès l'instant où le droit, réel ou personnel, de jouissance est constitué ou transféré à la société : VAN RYN et HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. II, 1^{re} éd., n^o 893 ; T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. III, n^o 2360. Pour ce motif également, l'apport en jouissance est admis dans les sociétés dont le capital doit être, en tout ou en partie, libéré immédiatement ou dans un délai légalement déterminé : Code 2001, articles 223, 398 et 448.

d'une société à la distribution ou la procuration d'un avantage direct ou indirect aux associés. Il est de même utile d'inviter les fondateurs d'une société à envisager des buts allant au-delà de la distribution de profit et portant, par exemple, sur la société et l'environnement. Enfin, l'inscription des différents buts dans les statuts de la société donne une protection légale aux directeurs qui considèrent des intérêts non financiers dans leurs décisions. Le seul but de distribuer les profits, s'il n'est pas conditionné par d'autres objectifs, peut mener à de graves abus humains et environnementaux »⁵⁰.

35. Par un arrêt du 30 septembre 2005, la Cour de cassation avait, quant à elle, rappelé que la capacité de toute société dotée de la personnalité juridique et les pouvoirs de ses organes « se limitent aux actes qui comportent pour les associés » un bénéfice patrimonial direct ou indirect⁵¹. Par un arrêt du 28 novembre 2013, elle avait subséquemment énoncé, sous la forme d'un principe général du droit des sociétés, que « l'intérêt social est déterminé par le but de lucre collectif des associés actuels et futurs de la société »⁵². La question se pose donc de savoir si le texte nouveau contredit cette jurisprudence.

B. Intérêt social et répartition des compétences entre les organes sociaux

36. S'agissant de la société anonyme en particulier, la formule employée par le dernier arrêt n'excluait pas — et n'aurait pas pu légalement exclure, eu égard à la répartition des pouvoirs entre le conseil des administrateurs et l'assemblée générale (article 522 C. soc.) — le pouvoir des administrateurs d'apprécier en opportunité le rythme auquel il se justifie de construire un bénéfice distribuable, prenant plus ou moins intensément en compte l'intérêt d'autres parties prenantes, sous le couvert d'une conception « inclusive » de l'intérêt social — réserve faite d'un mandat impératif différent, exprès ou implicite, susceptible de découler aussi de la forme sociale considérée⁵³.

37. On admettra aisément en effet que dans les petites sociétés, auxquelles tant le Code 2019 que le Code 2001, réservent déjà, du point de vue de l'établissement de leurs comptes annuels et du contrôle externe, un statut particulier⁵⁴, l'assimilation des gérants à des

mandataires ou à des « délégués » ne cesse pas de se justifier, imposant en principe à ces derniers, sous la forme d'un mandat impératif implicite, l'obligation de réserver une attention prioritaire, voire exclusive, à l'intérêt des associés dont ils tiennent leurs pouvoirs⁵⁵. La même observation se justifie à propos des sociétés de personnes à responsabilité illimitée, regroupées dans le Code 2019 sous le couvert de la « société simple », dont une éventuelle personnification dépendra de la volonté des fondateurs (article 4:22)⁵⁶.

38. En revanche⁵⁷, l'assimilation des administrateurs de la société anonyme à des mandataires relève d'une méconnaissance profonde de leur position effective dans le fonctionnement organique de la société⁵⁸, si elle peut fournir une indication utile — et encore — concernant le régime juridique de la responsabilité civile des administrateurs⁵⁹. Partout en Europe, depuis la transposition de la première directive européenne de droit des sociétés⁶⁰, un élément essentiel du système de répartition des compétences entre l'assemblée générale des actionnaires et le conseil d'administration tient au principe que ce dernier détient tous les pouvoirs en vue de la réalisation de l'objet social, les actionnaires, réunis au sein de l'assemblée générale, ne disposant plus que des compétences que la loi leur réserve (articles 522 et 531 C. soc.⁶¹ - article 7:93 et 7:124 CSA).

39. Les administrateurs se trouvent de la sorte placés au centre du jeu — vérité première qui se trouve en pratique caractérisée davantage encore dans les cas où la société fait publiquement appel à l'épargne, singulièrement lorsque ses actions, disséminées au sein d'un public anonyme et changeant, sont admises à la négociation sur un marché réglementé ou organisé, où elles peuvent s'échanger à chaque seconde une infinité de fois. Qu'un actionnariat de contrôle ou de référence existe à côté du « free float » nuancera la situation ; encore les dirigeants n'en redeviennent-ils pas pour autant de purs mandataires asservis aux intérêts de ce seul maître. Même en ce cas, leur mission consiste à agir dans l'intérêt de la société toute entière, c'est-à-dire, puisqu'il n'est pas question, s'agissant de ces formes sociales, d'intérêt commun au sens de l'article 4:1 CSA (anciennement article 19 C. soc.) (*supra*, n° 1, C), dans l'intérêt collectif des actionnaires, qu'il leur appartient de déterminer selon les limites tracées ci-dessus⁶².

(50) Doc. 54-3119/008, Chambre, sess. 2017/2018, p.190.

(51) R.D.C., 2006/10, p. 1028 et la note (critique) P.-A. FORTIERS.

(52) *Pas.*, 2013, I, 2384 ; Version originale en néerlandais : « het belang van een vennootschap wordt bepaald door het collectief winstbelang van haar huidige en toekomstige aandeelhouders », *Arr. Cass.*, 2013, p. 2571. Nous signalons qu'il est question des actionnaires dans la version néerlandaise et des associés dans la version française : sur l'importance sémantique de la distinction, voy. X. DIEUX, « Droit financier des sociétés : *Logos & Praxis* », *R.P.S.*, 2014, p. 5, ainsi que *Le marché bien tempéré*, L'Académie en poche, 2014, pp. 57 et s.

(53) X. DIEUX, « L'intérêt social : pour une approche pragmatique », *J.T.*, 2018, p. 597.

(54) Article 93, § 1^{er}, C. soc. - article 3:2 CSA - article 141 C. soc. - article 3:72 CSA - article 99 C. soc. - article 3:11 CSA.

(55) La dimension systémique de telles entreprises est en effet réduite au minimum, si elle n'est pas inexistant, et il n'y a pas de raisons susceptibles de commander que les gérants puissent ou doivent se soucier de l'intérêt des tiers dans une mesure autre que celle dans laquelle les associés, connus et dont les aspirations sont identifiables, auraient été tenus d'y avoir égard, au titre des principes généraux de la responsabilité civile en particulier, s'ils avaient eux-mêmes continué à exploiter personnellement l'entreprise économique formant l'objet de la société (voy.

J. VAN RYN et X. DIEUX, « La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers », *J.T.*, 1988, p. 401, spécialement *sub IV*, où la comparaison est faite entre les gérants ou administrateurs d'une société et l'exploitant individuel d'une entreprise économique). Sur la dimension systémique, variable en nature et en intensité, des entreprises économiques, voy. X. DIEUX, « Shareholdership v. Stakeholdership : what else ? », in *Droit, morale et marché*, 2016, p. 149.

(56) Le régime juridique propre à la société privée à responsabilité limitée et à la société coopérative, en tant que sociétés « mixtes », variantes de la société de personnes en ce qui concerne l'identification des associés et la taille de l'entreprise, aurait aussi pu, sous l'empire du Code 2001, se prêter à une analyse semblable, en principe et sous réserve de circonstances propres à la situation considérée. Qu'en vertu du Code 2019, la société à responsabilité limitée et la société coopérative aient toutes les deux rejoint la société anonyme dans la catégorie des sociétés par actions, ne devrait pas emporter en soi une analyse aujourd'hui différente, singulièrement à la lumière des intentions du législateur dont il résulte que, sauf l'hypothèse un peu contre nature de la société à responsabilité limitée « cotée », cette forme sociale devrait retrouver sa vocation initiale en tant qu'armature juridique des petites et moyennes entreprises, le plus souvent familiales, à la différence des sociétés anonymes, réinstallées quant à

elles dans leur statut originel d'instrument de rassemblement de capitaux destinés aux grandes entreprises (*Doc. parl.*, Chambre, 54 (3119/001), sess. 2017-2018, pp. 10 et 11).

(57) Et sauf l'hypothèse inversement exceptionnelle de la société anonyme de petite taille, toujours possible selon le Code 2019 quoique contraire à son esprit.

(58) Voy. X. DIEUX, *Le marché bien tempéré*, 2014, spécialement p. 86 et A. VERSTEIN, « Trustee or delegate ? Understanding representation to illuminate shareholder governance and regulatory change », *E.C.F.L.R.*, 2012, vol. 9, p. 74. Des raisons de types divers justifient que les administrateurs ne puissent être ramenés à de simples mandataires au sens du droit civil. Certaines de ces raisons sont valables pour toutes les formes sociales : ainsi de l'observation selon laquelle la gestion d'une société implique d'autres actes que les actes de représentation (P. VAN OMMESSLAGHE, « La société de droit commun et le droit commun de la société », in *Aspects récents du droit des contrats*, Éd. Jeune barreau de Bruxelles, 2001, p. 221, n° 50). D'autre part, le système du droit des sociétés soumet les administrateurs à des devoirs différents de ceux d'un mandataire et organise leur statut de manière spécifique, notamment lorsque les administrateurs sont membres d'un collège (D. WILLERMAIN, « Le statut de l'administrateur de sociétés anonymes : principes, questions et réflexions », *R.P.S.*, 2008, p. 207, n° 11). Il y a également une différence entre la position du mandataire, au service ex-

clusif de son mandant, et la position des administrateurs d'une société par actions, légalement ou statutairement négociables, le cas échéant sur un marché réglementé ou organisé (MTF), auxquels appartiennent de véritables arbitrages d'opportunité, comme dit dans la suite du texte.

(59) Si la référence au mandat, contenue dans l'article 527 C. soc. a disparu de l'article 2:56, CSA, encore subsiste-t-elle néanmoins dans l'article 2:51, CSA.

(60) Voy., à ce sujet, X. DIEUX, « L'exercice du pouvoir au sein de la société anonyme », in *Droit, Morale et Marché*, *op. cit.*, p. 329 et les références à la doctrine du professeur Van Ommeslaghe, en particulier.

(61) Il est admis que la rédaction de l'article 531 C. soc., qui n'est que la reproduction de l'article 70 des anciennes lois coordonnées sur les sociétés commerciales, n'est restée telle quelle que par une inadvertance commise à l'occasion de la transposition de la 1^{re} directive par la loi du 6 mars 1973 : L. SIMONT, « La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation sur les sociétés commerciales », *R.P.S.*, 1974, p. 35 ; J. RONSE, *De vennootschapswetgeving*, 1973, n° 308.

(62) Sur l'actionnaire de contrôle et l'actionnaire dit « de référence » et, par différence, le statut de l'actionnaire minoritaire, voy. X. DIEUX, « Plaidoyer pour l'actionnaire de contrôle », in *Droit, morale et marché*, 2016, p. 313 et P.-A. FORTIERS, « Les devoirs fiduciaires de l'actionnaire de contrôle », in *Quid leges sine cogitatione ? - Enkele reflecties over Vennootschapsrecht aangebo-*

40. Sous réserve de la reddition des comptes, annuelle et rétrospective⁶³, c'est donc aux dirigeants de la société qu'appartient en première ligne le pouvoir de prendre les décisions dont les effets retentiront sur la construction, plus ou moins rapide, d'un bénéfice répartissable et sur la situation des « parties prenantes ». Un mandat impératif implicite pourra, le cas échéant, résulter pour l'avenir de l'accueil défavorable qu'à l'occasion de la reddition annuelle des comptes, l'assemblée générale aura éventuellement réservé aux arbitrages d'opportunité auxquels les administrateurs auront procédé en cours d'exercice. L'évolution du cours des actions sur le marché où elles sont négociables pourra aussi constituer un autre signal (« the Wall Street Rule »). Mais sous ces réserves, aucune disposition du Code 2001, ni du Code 2019, ne prévoit qu'il incombe aux dirigeants ou de gérer la société dans le but d'accroître, *au maximum et au plus vite*, la valeur de marché des actions et/ou le dividende distribuable, ou, inversement, d'agir au service d'autres « parties prenantes », dont il s'agirait d'ailleurs d'identifier aussi « l'intérêt commun »⁶⁴.

41. Encore ne leur est-il d'ailleurs pas non plus interdit de privilégier la première voie, au détriment, le cas échéant, de certaines autres parties prenantes, singulièrement lorsque les titres émis par la société sont, à son initiative ou avec son concours, admis à la négociation sur un marché réglementé, ou simplement organisé, aux fins d'en assurer la liquidité. Que les dirigeants estiment devoir jouer le jeu d'une création de valeur à court terme, parce qu'ils estiment que le financement de la société par les marchés financiers en dépend, est une décision d'entreprise également possible, que l'on pourrait d'autant moins invalider comme telle, d'un point de vue juridique, que le droit boursier, comme instrument de la liquidité, en reconnaît la légitimité — autre chose étant la discussion de cette légitimité sur le plan de l'éthique ou de la morale sociale⁶⁵.

C. Concordance des approches

42. La justification de l'amendement qui a donné lieu à la rédaction finale de l'article 1:1 (précité) indique que ce dernier ne modifie pas la situation existante, avec laquelle le texte de la loi est plutôt mis en concordance⁶⁶. Tout au plus la définition nouvelle pourra-t-elle être perçue comme comportant un encouragement des dirigeants à s'affranchir d'une conception trop étriquée de leur rôle, à l'opposé du message que certains auteurs ont cru pouvoir déduire de l'arrêt précité⁶⁷. Que la répartition d'un bénéfice direct ou l'attribution d'un bénéfice indirect puisse ne plus être que « l'un des buts » de la société, sans entraîner une dénégation de celle-ci en tant que telle, n'implique pas qu'une société pourrait être constituée sans but de lucre : l'un des buts de la société, et de son organe d'administration, doit toujours consister dans la construction d'un profit répartissable.

43. La recherche par la société d'un tel profit, non point seulement pour elle-même au titre d'un excédent de recettes sur les dépenses⁶⁸, reste ainsi une caractéristique de toute entité qui se forme comme société. La justification de l'amendement le confirme aussi, en ce qu'il y est expressément rappelé que la société conserve « pour but de répartir une partie, au moins, de ses profits à ses associés ». La référence à d'autres buts que le seul enrichissement des associés est, par ailleurs, exprimée dans des termes qui, sauf mandat impératif différent, en font, non point une obligation, mais une faculté pour les dirigeants, ainsi qu'une cause de justification, dans le cas où les dirigeants sont attaqués par des investisseurs insatisfaits de l'option retenue par ceux-ci quant au rythme de croissance de la valeur de marché des actions⁶⁹.

4 Société et entreprise

A. Absorption de la notion de société par la notion d'entreprise

44. La reconfiguration du droit des sociétés que nous venons de signaler (*supra*, n° 1, C à 3, C), sur la base d'une distinction tranchée entre sociétés de personnes et sociétés par actions, seules les premières conservant un profil hérité de l'ancienne société civile, en même temps que disparaît l'idée d'un droit commun des sociétés inspiré par le régime juridique qui s'appliquait à cette dernière, prend place dans un cadre général qu'une loi du 15 avril 2018 avait, en quelque sorte, pré-adapté, en supprimant la distinction classique entre sociétés civiles et sociétés commerciales (article 3, § 2, C. soc.)⁷⁰. Depuis l'entrée en vigueur de cette loi, il n'existe plus que des sociétés, quelle que soit la nature de leur objet. Le concept de société s'est ainsi, d'une autre façon encore, affranchi du droit civil — ce qui n'exclut d'ailleurs pas, ainsi que nous l'avons vu aussi (*supra*, n°s 25 et 31), tout recours au droit civil et, singulièrement, au droit des obligations contractuelles, si l'on persiste à voir dans celui-ci une branche du droit civil⁷¹.

45. La soustraction du concept de société à la dichotomie entre droit civil et droit commercial, qui a fait suite à une conception étriquée de celui-ci, d'abord présenté comme une agglomération de dérogations au premier⁷², s'observe de pair avec la consécration légale de « l'entreprise » comme sujet de droits et d'obligations, par le (nouveau) Code de droit économique. La notion d'entreprise absorbe ainsi celle de société, pour les besoins du droit économique matériel, la nature civile de l'activité considérée perdant toute pertinence — signe d'une autre transformation conceptuelle par rapport au droit antérieur⁷³.

den aan Jean-Marie Nelissen Grade, 2011, p. 40.

(63) Et de quelques autres participations tenant, dans des situations particulières, à une remontée des compétences à l'assemblée générale des actionnaires : voy., notamment, les compétences de l'assemblée « spéciale », au titre des articles 7:151 et 7:152 CSA (articles 556 et 557 C. soc.), ainsi que les compétences en matière de capital autorisé comme instrument de défense anti-OPA (article 7:202 CSA - article 607 C. soc.).

(64) L'impossibilité d'identifier un intérêt commun aux différentes parties prenantes autres que les actionnaires est l'une des objections opposées par le regretté doyen Glansdorff à une conception inclusive de l'intérêt social : B. GLANSDORFF, « Interventions nouvelles du juge en droit des sociétés », in *L'entreprise économique sous tutelle judiciaire*, 1989, p. 39.

(65) Le régime des OPA obligatoires a, pour ce motif, été considéré comme relevant de l'ordre public par la Cour de cassation de Belgique : Cass., 10 mars 1994, *Pas.*, 1994, I,

237 : Voy. X. DIEUX, « Droit financier des sociétés : Logos & Praxis », *R.P.S.*, 2014, p. 1, spécialement n° 10.

(66) X. DIEUX, « Esprit de lucre et droit des sociétés », in *Mélanges*, en cours de publication.

(67) Pour les commentaires auxquels cet arrêt a donné lieu, voy. J.-M. GOLLIER, « L'intérêt social », *R.P.S.*, 2014, p. 46 ; D. WILLERMAIN, « L'intérêt social selon la Cour de cassation », *R.D.C.*, 2014, p. 855.

(68) Comp. VAN RYN et HEENEN, « Esprit de lucre et droit commercial », *R.C.J.B.*, 1974, p. 325.

(69) X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui - Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, 1995, p. 223, n°s 93 et s. ; Adde X. DIEUX, « L'intérêt social, pour une approche pragmatique », *J.T.*, 2018, p. 597 ; sur les recours des tiers, voy. aussi *infra*, n° 5, B et C.

(70) Sur cette distinction classique et ses conséquences : VAN RYN et HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. 1^{er}, 2^e éd., n°s 353 et s.

(71) Ici n'est pas le lieu de discuter de cette question plus générale. Nous nous bornons à signaler que la doctrine qui, certes alimentée par une

longue tradition, fait du droit des obligations contractuelles une branche du droit civil, n'a plus à vrai dire de sens que d'un point de vue formel, en ce que cette branche du droit continue en effet à être formellement déposée dans le « Code civil ». *Ratione materiae*, le droit des contrats constitue plutôt une branche du droit économique. Nombre des évolutions du droit des contrats trouvent d'ailleurs leur origine dans ce qui a été traditionnellement appelé le droit commercial (voy. X. DIEUX, « Le droit commercial (ou économique) selon l'école de Bruxelles depuis Jean Van Ryn : empirisme, individualisme et "ligne claire" », in *Liber amicorum Nadine Watté*, p. 133, n°s 13 et s.). Du point de vue de la théorie économique ou de l'économie politique, le contrat constitue un instrument juridique de réalisation de « l'économie de marché » : J.-P. HANSEN, *Une quête de Graal*, L'Académie en poche, 2014, pp. 15 et s. ; dans la même série, X. DIEUX, *Le marché bien tempéré*, L'Académie en poche, 2014, pp. 11 et s.

(72) Sur cette question générale, on relira avec profit l'étude de VAN RYN,

« Autonomie nécessaire et permanence du droit commercial », reproduite dans *Recueil Van Ryn*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 341, ainsi que le commentaire du conseiller VEROUGSTRAETE, *Recueil Van Ryn*, pp. 275 et s., spécialement p. 282, dans le sens signalé à la note précédente.

(73) Sur la controverse relative à la reconnaissance de l'entreprise comme sujet de droits et d'obligations, voy. l'étude précitée de X. DIEUX, « Le droit commercial (ou économique) selon l'école de Bruxelles depuis Jean Van Ryn : empirisme, individualisme et "ligne claire" », *Liber amicorum N. Watte*, p. 133, spécialement n°s 24 et s. et la références aux écrits de J. Van Ryn et J. Heenen, d'une part, et de P. Van Omme slaghe, d'autre part, qui ne partageaient pas, sur cette question, les mêmes vues ; sur la consécration de la notion d'entreprise par le nouveau Code de droit économique, voy., notamment, A. AUTENNE et N. THIRION, « La nouvelle définition générale de l'entreprise dans le Code de droit économique : deux pas en avant, trois pas en arrière », *J.T.*,

46. En rapport direct avec le droit des sociétés, cette absorption concerne plus particulièrement le droit de l'insolvabilité (Code de droit économique, livre XX), qui, aux termes des articles L.22, 8^o et XX.1^{er}, s'applique désormais à toutes les sociétés, dotées ou non de la personnalité morale⁷⁴. Lues en combinaison avec les articles 4:13 et 4:14 du Code 2019, ces dispositions impliquent que la société simple peut, comme « organisation », faire l'objet d'une réorganisation judiciaire ou être déclarée en faillite, de même que le gérant d'une société interne, en tant que personne physique ou personne morale. La déclaration de faillite d'une société simple, comme « organisation » au sens de l'article XX.1^{er}, devrait normalement entraîner une déclaration de faillite des associés, en tant que codébiteurs solidaires, par extension à la jurisprudence relative aux sociétés en nom collectif, maintenue par la Cour de cassation⁷⁵ en dépit des critiques dont elle a fait l'objet⁷⁶.

B. Vers un droit économique « global »

47. En marge de la *summa divisio*, nouvelle et tranchée, entre sociétés de personnes et sociétés par actions, dont les sociétés « mixtes » disparaissent⁷⁷, quatre régimes transversaux continueront à s'appliquer à toutes les sociétés dotées, par la loi ou par la volonté des associés, de la personnalité juridique : le régime de la personnalité juridique comme tel (livre 2), le régime des comptes annuels (livre 3)⁷⁸, le régime des restructurations (livre 12) et celui de la transformation nationale ou transfrontalière (livre 14). Le deuxième reste quasiment intact⁷⁹. Le troisième n'est pas bouleversé, s'il connaît quelques aménagements techniques⁸⁰. Le premier fait l'objet de modifications plus ou moins fondamentales selon le cas (*infra*, n^o 5, B et C)⁸¹. La quatrième consacre une solution assurant désormais, du point de vue du droit belge, la mobilité internationale des sociétés, en rapport direct avec l'un des objectifs « officiels » de la réforme (*infra*, n^o 5, D).

48. Ce cadre commun ne procède pas, à la différence du droit économique matériel et du droit de l'insolvabilité, d'une reconnaissance expresse de la notion d'entreprise comme véritable sujet de droits et d'obligations. Il s'en approche toutefois singulièrement : parce que c'est de l'entreprise économique envisagée comme une entité dotée d'un patrimoine propre qu'il s'agit d'organiser le fonctionnement sous le couvert du concept (anthropomorphique) de personnalité juridique ; parce que c'est de l'évolution de ce patrimoine qu'il s'agit de rendre compte, vis-à-vis des créanciers notamment, par les techniques du droit comptable ; parce que c'est de l'entreprise encore, saisie comme telle, au-delà de sa forme juridique qu'elle tient du droit des sociétés, qu'il s'agit d'assurer la continuité à travers les restructurations de type juridique dont elle est susceptible.

49. Ainsi se confirme, autrement encore qu'à travers le rétrécissement de la zone d'influence de l'ancien droit civil des sociétés à la seule société simple, susceptible, en tant que société de personnes, des seules déclinaisons que nous avons évoquées (*supra*, n^o 1, C et D), un effacement du droit civil de portée plus générale, un droit économique « global » se formant comme un ensemble cohérent et conceptuellement intégré, encore qu'il reste formellement dispersé, dont le droit des contrats et des obligations lui aussi n'est plus qu'une des composantes. La construction, en parallèle, du nouveau Code des sociétés et du Code de droit économique, sans oublier le nouveau livre 5 du nouveau Code civil⁸², atteste d'une telle globalisation, réelle même si elle n'est pas ostensiblement revendiquée, ni formellement consacrée⁸³.

5 La personnalité juridique

A. Fonctionnement « organique » des personnes morales

50. Ainsi que nous l'avons signalé, la personnification d'un groupe ou d'un patrimoine constitue l'instrument de division patrimoniale le plus direct, même s'il n'est pas le seul — ce dont le Code 2019 a déduit toutes les conséquences en réalisant autrement cet effet de division pour les sociétés non personnifiées (*supra*, n^o 2, B). La gouvernance de ces dernières demeure d'autre part organisée sur le modèle du mandat contractuel (article 4:8 CSA), en dépit des critiques justifiées dont cette assimilation a fait l'objet⁸⁴. L'article 4:12 CSA transpose néanmoins dans le régime des sociétés de personnes non personnifiées, le principe, propre jusqu'à présent au fonctionnement organique des sociétés dotées de la personnalité juridique, selon lequel les décisions relevant de la compétence des associés se prennent en assemblée, à l'unanimité ou aux majorités prévues par le contrat⁸⁵.

51. Encore n'en résulte-t-il pas que les acteurs à l'intervention desquels les sociétés non personnifiées fonctionneront ainsi, l'assemblée des associés et son ou ses gérants, puissent être assimilés à des « organes » au sens où cette notion s'entend pour ce qui concerne les sociétés dotées de la personnalité juridique. D'une part, selon l'article 4:8 CSA, les gérants restent des mandataires. D'autre part, les décisions que les associés sont censés prendre en assemblée restent les leurs et non point celles d'un organe dont ils seraient les membres. Plus généralement, c'est à propos des seules personnes morales, de droit public et de droit privé, que la théorie de l'organe, avec les conséquences spécifiques qu'elle comporte, du point de vue du droit de

2018, p. 826.

(74) Les procédures de réorganisation et de faillite peuvent être activées et s'appliquent au « débiteur » qui en réunit les conditions d'application (article L.22, 8^o), le « débiteur » s'entendant de « l'entreprise au sens de l'article XX.1^{er} », c'est-à-dire, entre autres et sauf les exceptions visées par l'alinéa 2 de cette disposition : « toute personne morale », mais aussi « toute autre organisation sans personnalité juridique », telle qu'une société simple.

(75) Cass., 19 décembre 2008, R.P.S., 2008, p. 491 et la note V. SIMONART ; R.C.J.B., 2013, p. 399 et la note D. VAN GERVEN.

(76) Voy., notamment, X. DIEUX, « De lege lata, de lege ferenda - Controverses sur la responsabilité des associés », in *Liber amicorum Bernard Glansdorff*, p. 145 ; X. DIEUX, O. CAPRASSE et P. LAMBRECHT, « Examen de jurisprudence - Les sociétés commerciales », R.C.J.B., 2016, p. 84, n^o 16 (par A. AUTENNE) et les références.

(77) Sur le concept de société « mixte » : VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. II, 1^{re} éd., n^o 878.

(78) Pour ce qui concerne les comptes des sociétés non personnifiées, voy. les articles III.82 et s. du Code de droit économique.

(79) *Doc. parl.*, Chambre, 54, 2119/001, sess. 2017/2018, pp. 109 et s. On notera toutefois l'article 3:19 organisant une procédure de rectification des comptes annuels, non seulement en cas d'erreur simplement matérielle, mais aussi en cas d'erreur de fait et de droit, ainsi qu'une obligation de rectification en cas d'infraction au droit comptable « d'une nature telle que les comptes annuels ne donnent pas une image fidèle du patrimoine, de la situation financière, ainsi que du résultat de la société » (sur cette problématique, voy. l'avis de la CNC du 23 avril 2014, ainsi que l'étude classique de J. KIRKPATRICK et D. GARABEDIAN, « La rectification du bilan de la société anonyme en droit privé et en droit fiscal », R.C.J.B., 1992, p. 317).

(80) Clarification de la notion de scission partielle, en ce compris la scission partielle silencieuse (article 12:8, 1^o et 2^o, CSA, ainsi que 12:13, alinéa 2, 12:15 § 3 et 12:17, 2^e alinéa, CSA) et reconnaissance de la scission transfrontalière (articles 12:73 et 12:90 CSA) ; préci-

sion quant à la prétendue « rétroactivité » de la restructuration : la date à laquelle peuvent remonter les effets de l'opération ne peut être antérieure au lendemain de la clôture de l'exercice dont les comptes ont été approuvés par l'assemblée générale des sociétés intéressées (article 12:24, alinéa 2, 5^o, CSA). Par exemple, si l'exercice comptable de la société dont l'absorption est envisagée correspond à l'année civile et que les derniers comptes annuels approuvés se rapportent à un exercice clôturé le 31 décembre 2018, les opérations accomplies par la société absorbante ne peuvent être considérées comme ayant été accomplies pour le compte de la société absorbante, si elles sont antérieures au 1^{er} janvier 2019.

(81) Nous passons, par exemple, sur l'extension de deux à trois mois, du délai de reprise des engagements souscrits au nom d'une société en formation (article 2:2 CSA).

(82) *Doc. parl.*, Chambre, 54, 3709/001, sess. 2018/2019. Voy. aussi, en rapport avec le régime de la responsabilité des administrateurs, le nouveau régime de la responsabilité extracontractuelle tel qu'il résultera des 5.141 et s. du livre 5 du nouveau

Code civil. Que les responsabilités liées à l'état d'insolvabilité se trouvent exportées dans le livre XX du Code de droit économique excédant l'existence d'un ensemble enfermé les limites de chacun des codes considérés : un droit réel ou matériel de l'entreprise résultant de la combinaison du livre 5 du Code civil, du Code des sociétés et du Code de droit économique, sans plus de prévalence du premier sur les autres.

(83) Sur l'influence du droit commercial sur le droit civil dans l'histoire récente de notre droit : revoy. l'étude (précitée) de X. DIEUX, « Le droit commercial (ou économique) selon l'école de Bruxelles depuis Jean Van Ryn : empirisme, individualisme et "ligne claire" », in *Liber amicorum N. Watte*, p. 133, spécialement n^{os} 14 et s.

(84) P. VAN OMMELAGHE, « La société de droit commun et le droit commun de la société », in *Aspects récents du droit des contrats*, p. 155, spécialement n^o 50.

(85) Sur cette question, revoy. X. DIEUX, « De la société anonyme comme modèle et de la société cotée comme prototype », in *Mélanges L. Simont*, p. 619, spécialement n^o 5.

la responsabilité et de la théorie de la représentation, en justice notamment, a été développée⁸⁶.

52. Comme le Code 2001 (article 55*bis* à 200), le Code 2019 (article 2:1 à 2:149) reste ainsi construit sur la base d'une autre *summa divisio* entre les sociétés dépourvues de la personnalité juridique et celles qui en sont dotées, par l'effet de la loi ou, s'agissant des sociétés de personnes, de la volonté des associés (*supra*, n° 1, C et D)⁸⁷. L'article 2:49 CSA rappelle que les personnes morales « agissent par leurs organes », dans des termes proches de l'article 61 C. soc., mais en faisant apparaître plus nettement que cette action intéresse toutes les compétences ressortissant de l'administration de la société, tant dans l'ordre interne que dans l'ordre externe, alors que la disposition correspondante du Code 2001 était placée dans un chapitre concernant la représentation de la société.

53. Il n'existe d'ailleurs pas que des organes d'administration, au sens étroit dans lequel s'entendent les articles 2:49 à 2:59 CSA, c'est-à-dire les gérants ou les administrateurs, agissant individuellement ou en collège (comp. les articles 5:70, 5:73, 6:58, 6:61, 7:85 et suivants CSA). L'assemblée générale des actionnaires, et des associés dans les sociétés en nom collectif ou dans les sociétés en commandite, les commissaires, les liquidateurs et les comités du conseil dans les sociétés anonymes et dans les sociétés à responsabilité limitée cotées, agissent également comme organes, chacun dans la sphère de ses compétences. L'article 2:41 CSA le confirme indirectement, et partiellement au moins, en traitant, dans le chapitre des nullités, des « décisions des organes de personnes morales », en ce compris les « collèges et assemblées prévus par le [...] code » (*infra*, n° 5, B), alors qu'à ce propos — et non sans contradiction — le Code 2001 ne visait expressément que « l'assemblée générale » (comp. l'article 63 avec les articles 64 et 178 C. soc.).

54. Pour le reste, le Code 2019 laisse intacte la distinction, déjà sous-jacente au Code 2001, entre les organes de décision, les organes de représentation, les organes consultatifs, les organes de contrôle externe⁸⁸, les organes de liquidation, outre une autre distinction entre les organes individuels, pluriels ou collégiaux. Un sort particulier est réservé à l'assemblée générale des obligataires, organisée dans les trois sociétés par actions (articles 5:107 et s. CSA, articles 6:92 et s. CSA, articles 7:61 et s. CSA). Coupant désormais court à toute discussion⁸⁹, les articles 5:109, 6:94 et 7:163, CSA disposent « qu'aucune décision de l'assemblée générale des obligataires modifiant les conditions d'émission ne produit ses effets sans l'accord exprès de la société ». L'assemblée des obligataires n'est pas, comme telle, un organe auquel s'identifierait la société et qui serait susceptible de l'engager, au même titre que l'assemblée générale des actionnaires ou l'organe d'administration. Pour autant que nécessaire, les choses sont ainsi clarifiées.

B. Nullité et suspension des décisions prises par les organes d'une société dotée de la personnalité juridique - Abus de majorité et abus de minorité

55. Les sanctions susceptibles d'être attachées aux irrégularités, de forme ou de fond, affectant les décisions d'un organe social ont donné

lieu, dans le passé, à des discussions abondantes⁹⁰. Le Code 2001 reproduisait, dans ses articles 64 et 178, les solutions adoptées aux termes de la réforme du 13 avril 1995, tant en ce qui concerne les causes de nullité possibles qu'en ce qui concerne les titulaires de l'action en nullité. Des hésitations subsistaient cependant, concernant le champ d'application véritable de ces deux dispositions, lesquelles ne visaient expressément que les décisions de l'assemblée générale des associés ou des actionnaires, ainsi que la question de la subsistance, à côté des causes de nullité ainsi énumérées, d'une action fondée sur la théorie de l'abus de majorité, antérieurement construite par la jurisprudence et par la doctrine, sur la base des travaux fondateurs du regretté professeur P. Coppens⁹¹, outre l'articulation du test de matérialité et de l'intention frauduleuse, s'agissant des irrégularités techniques ou de forme⁹².

56. Le Code 2019 apporte à ces trois questions des réponses plus tranchées. En vertu de l'article 2:42 CSA, les causes de nullité visent toute « décision prise par un organe » et elles comprennent désormais les « cas d'abus de droit, d'abus, d'excès ou détournement de pouvoir », l'introduction d'une référence à l'abus de droit et à l'abus de pouvoir devant se comprendre à la lumière de l'article 2:43 CSA. Or, selon l'alinéa 1^{er} cette disposition, « les causes de nullité d'un vote sont les mêmes que celles d'un acte juridique » et « la nullité d'un vote entraîne la nullité de la décision prise si le demandeur prouve que le vote nul a pu influencer la délibération ou le vote ». D'autre part, le cas dans lequel « une minorité de votants abuse de son droit de vote » est évoqué comme tel par la même disposition dans son alinéa 2. Même si le cas, inverse mais de composition semblable, dans lequel « une majorité de votants abuse de son droit de vote » n'est pas expressément évoqué dans ces termes, une lecture combinée des deux dispositions conduit à la conclusion qu'il s'y trouve inclus⁹³, sans préjudice d'ailleurs d'éventuelles actions, complémentaires ou alternatives, en responsabilité contre les co-auteurs de l'abus⁹⁴.

57. Quant aux irrégularités techniques ou de forme, leur régime juridique est uniformisé sur la base d'une alternative claire. Ou bien l'irrégularité considérée « a pu avoir une influence sur la délibération ou le vote », ou bien « elle a été commise dans une intention frauduleuse ». Dans les deux cas, une action en nullité est possible, la preuve de la réalisation de l'une ou de l'autre condition incombant à la partie demanderesse, quelle que soit la nature ou l'objet de l'irrégularité alléguée.

58. Alors que selon l'article 178 du Code 2001, « tout intéressé » pouvait introduire l'action en nullité prévue par l'article 64 (précité), l'article 2:44 du Code 2019 réserve cette action à la société elle-même et à toute « personne qui a un intérêt au respect de la règle méconnue ». Selon l'exposé des motifs, cette formulation englobe « au premier chef les associés, actionnaires, obligataires, et membres des sociétés ou associations, mais aussi les membres des organes d'administration », à l'exclusion « des tiers, tels que les créanciers ou les membres du personnel », qui « n'ont pas intérêt au respect des règles de droit relatives à la forme des résolutions des personnes morales ». Quant aux créanciers, ils ne peuvent exercer l'action en

(86) J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. I^{er}, 1^{re} éd., n° 369 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, coll. De Page, n° 875 et s. ; V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, n° 637 et s.

(87) Selon l'article 2:1 CSA, tout le livre 2, consacré aux « dispositions communes aux personnes morales régies par le présent Code », s'applique à celles-ci. Il en va toutefois autrement du titre 7, concernant la « résolution des conflits internes » (articles 2:60 à 2:69 CSA), qui ne continue à s'appliquer qu'à la société à responsabilité limitée et à la société anonyme, à l'exception des sociétés cotées. Pour une analyse détaillée des quelques innovations techniques que ces dispositions comportent par rapport au Code 2001, voy. E. POTTIER et A. SELYS DE LONG-

CHAMPS, « La censure judiciaire des décisions des organes et les procédures de résolution des conflits internes », à paraître dans les actes du colloque interuniversitaire, étude citée en note 3.

(88) C'est à tort que l'exposé des motifs énonce que le collège des commissaires n'est pas un « organe » (*Doc. parl.*, 54, Chambre, sess. 2017/2018, 3119/001, p. 52). La notion d'organe ne préjuge pas des pouvoirs qui sont ceux de l'organe en question. En l'occurrence, le collège des commissaires est un organe de contrôle externe, dont les compétences et les pouvoirs sont déterminés par la loi.

(89) Voy. M. DUPLAT, in X. DIEUX ; Ph. LAMBRECHT et O. CAPRASSE, « Examen de jurisprudence - Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 2016, p. 298, n° 87.

(90) On relira notamment à ce propos les études antérieures à la réforme de 1995, notamment : J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. I^{er}, 1^{re} éd., n° 709 et s. ; J. HEENEN, « L'observation des règles prescrites pour les délibérations des organes d'une société ou d'une association », *R.C.J.B.*, 1977, p. 558 ; Y. SCHOENTJES-MERCHERS, « La nullité des décisions d'organes de sociétés et en particulier la nullité pour violation d'un principe général de droit », *R.C.J.B.*, 1973, p. 260 ; P.-A. FORIERS, F. MAUSSON et L. SIMONT, « L'abus de pouvoirs et de fonctions en droit commercial belge », *Rapports belges aux journées grecques de l'Association Capitaine*, t. XXVIII, p. 185.

(91) P. COPPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, 1947.

(92) Voy. notamment G. HORSMANS, *Les nullités et les sanctions, in Le nou-*

veau droit des fusions et des scissions de sociétés, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 215 ; D. WILLERMAIN, « L'annulation et la suspension des décisions des organes des sociétés », in *Actualités en droit des sociétés*, coll. UB³, 2006, p. 57.

(93) L'exposé des motifs confirme cette lecture : *Doc. parl.*, 54, Chambre, sess. 2017/2018, 3119/001, p. 53.

(94) Les enseignements de la doctrine et de la jurisprudence antérieure ne sont pas plus remis en cause à cet égard par le Code 2019 que par le Code 2001 : X. DIEUX, « La responsabilité civile des associés en matière de sociétés commerciales », in *Legal Tracks - Essays on contemporary corporate and finance law*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 483.

nullité que pas voie oblique (article 1166 C. civ.) ou tenter une action paulienne (article 1167 C. civ.)⁹⁵.

59. Les auteurs du projet n'ont donc pas suivi les observations du Conseil d'État qui avait prôné un retour à la formulation de l'article 178 C. soc.⁹⁶. La matière était et reste extrêmement délicate⁹⁷. La terminologie utilisée par l'exposé des motifs le confirme et atteste d'un certain malaise. Ainsi y est-il question d'une liste de personnes intéressées « au premier chef » à l'intentement de l'action en nullité, comme s'il pouvait en exister d'autres. D'autre part, les créanciers et des membres du personnel de la société ne sont exclus de cette liste que pour ce qui concerne « les règles de droit relatives à la forme des résolutions », laissant ouverte la question pour ce qui concerne l'abus, l'excès ou le détournement de pouvoirs. La confusion est totale et l'on se trouve là en présence d'une partie de la réforme qui a manqué son but.

60. Au-delà de la formulation nouvelle telle que proposée par l'article 2:44 CSA, la question doit se régler sur la base des principes généraux, qui justifient les solutions suivantes : (i) conformément au droit commun, tout tiers, qui y a un intérêt propre, peut poursuivre la nullité de toute décision dans le cas où l'irrégularité alléguée relève de l'ordre public ; (ii) en dehors de ce cas, un tiers, auquel une irrégularité, de forme ou de fond, a causé un dommage, ne peut poursuivre la nullité de la décision considérée, mais peut agir en réparation, contre la société et/ou les co-auteurs de l'irrégularité, sur la base des principes généraux de la responsabilité, pour autant que la faute présente (aussi) un caractère extracontractuel, ainsi que le confirme l'article 2:56 CSA à propos des administrateurs ou gérants (*infra*, n° 5, D)⁹⁸.

61. Ainsi que nous l'avons rappelé (*supra*, n° 40 et 41), une conception « inclusive » de l'intérêt social n'impose pas aux administrateurs ou gérants une obligation de gérer la société dans l'intérêt de parties prenantes autres que les associés ou les actionnaires, sauf mandat impératif différent (*supra*, n° 3, B à 4, A). La circonstance que des décisions sont prises, sans égard pour ces autres parties prenantes, n'emporte donc pas en soi un abus de majorité, un détournement ou un excès de pouvoirs, ni une faute au sens du droit de la responsabilité. À ce titre, l'observation présentée dans l'exposé des motifs à propos des règles de forme, s'applique aussi aux règles de fond.

62. Par ailleurs, l'article 2:43, CSA met fin aux interrogations et incertitudes concernant la notion d'abus de minorité. Tant le principe que, à supposer le principe admis, les conditions d'application et les sanctions de pareil abus, ont fait l'objet de discussions⁹⁹. Ici aussi, le Code

2019 tranche dans le vif. D'une part, l'idée que l'exercice d'une minorité de blocage puisse être censuré, lorsque les conditions de cet exercice révèlent un abus est admis. D'autre part, la sanction la plus efficace est possible, en ce que « le juge peut, à la demande de l'assemblée concernée ou de la personne morale donner à sa décision la valeur d'un vote émis par cette minorité ». On regrettera toutefois que la solution ne soit pas étendue à l'abus de minorité au sein de l'organe d'administration, encore qu'un raisonnement par analogie pourra y conduire, d'autant plus que l'exposé des motifs ne confirme pas l'exclusive visée au texte¹⁰⁰.

C. La responsabilité civile des administrateurs ou gérants, ainsi que des liquidateurs

63. La responsabilité civile des administrateurs ou gérants d'une personne morale fait l'objet dans le Code 2001, comme autrefois dans les lois coordonnées sur les sociétés commerciales, d'un régime différent pour les sociétés à responsabilité limitée et les autres, les cas spéciaux de responsabilité découlant du droit des sociétés, en dehors de la pure faute de gestion, ne concernant que les premières¹⁰¹. D'autre part, les conditions selon lesquelles les tiers, créanciers en particulier, peuvent, en dehors de ces cas spéciaux, engager la responsabilité des administrateurs ou gérants sur la base des articles 1382 ou 1383 du Code civil ont fait l'objet d'une jurisprudence évolutive et hésitante de la Cour de cassation¹⁰², parallèlement aux évolutions auxquelles les conditions de la coexistence des responsabilités contractuelle et aquilienne ont donné lieu¹⁰³.

64. Le Code 2009 apporte d'abord en cette matière d'importantes clarifications sur le plan technique, mettant fin aux incertitudes et à l'insécurité juridique relative résultant de certains tâtonnements observés dans la doctrine et dans la jurisprudence. En premier ordre, le régime de la responsabilité des administrateurs ou gérants est unifié et, sauf exceptions¹⁰⁴, concernera désormais, dans les mêmes termes, toutes les sociétés dotées de la personnalité juridique (articles 2:1 et 2:56 CSA)¹⁰⁵. D'autre part, ce régime concernera dans son ensemble les administrateurs ou gérants de fait, aussi bien que les administrateurs ou gérants de droit (article 2:56, alinéa 1^{er}, CSA). Toutes ces personnes sont responsables « envers la personne morale » de toutes « fautes commises dans l'exécution de leur mission » et cette responsabilité est également encourue « envers les tiers pour autant que la faute commise présente un caractère extracontractuel » (article 256, alinéa 1^{er}, CSA)¹⁰⁶ et sans qu'il soit nécessaire qu'une disposition spéciale du Code le prévoit.

(95) *Doc. parl.*, 54, Chambre, sess. 2017/2018, 3119/001, pp. 54 et 55.

(96) *Doc. parl.*, 54, Chambre, sess. 2017/2018, 3119/002, p. 37.

(97) X. DIEUX, « Shareholders v. Stakeholders : what else ? », in *Droit, morale et marché*, p. 149, spécialement pp. 174 et s.

(98) Cette solution résulte du droit commun et la circonstance que l'article 2:56 la rappelle à propos de la responsabilité civile des administrateurs ou gérants ne l'exclut pas dans les autres cas, par exemple en cas d'irrégularité commise au sein d'une assemblée générale d'actionnaires ou d'associés.

(99) V. SIMONART, « La substitution de la décision du juge à celle de l'assemblée générale », note sous *Bruxelles*, 6 décembre 2011, *R.P.S.*, 2012, p. 523 ; J. BOSSUYT, « Misbruik van minderheidspositie in de algemene vergadering », *D.A. O.R.*, 2012, p. 4595 ; Sur l'abus de minorité en général, X. DIEUX, « L'abus de majorité et de minorité dans les personnes morales fonctionnant selon le principe majoritaire », in *Droit, morale et marché*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 419 et la référence à l'étude fondatrice de L. SIMONT, « Réflexions sur l'abus de minorité », in *Mélanges J. Ronse*, p. 130 ; P. VAN OMMESSLAGHE et X. DIEUX, « Examen de

jurisprudence », *R.C.J.B.*, 1993, p. 811, n° 144 et 145 ;

D. WILLERMAIN, in X. DIEUX, P. LAMBRECHT et O. CAPRASSE, « Examen de jurisprudence - Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 2016, p. 145, n° 43.

(100) *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2017/2018, 54, 3119/001, p. 53.

(101) On rappelle que les dispositions du Code 2001 énonçant des responsabilités propres au droit des sociétés (singulièrement en cas de violation d'une disposition du code lui-même ou des statuts) ne concernaient que les sociétés privées à responsabilité limitée (article 263), les sociétés anonymes (article 528) et les sociétés coopératives à responsabilité limitée (article 408).

(102) Voy. X. DIEUX, « La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers », in *Droit, morale et marché*, p. 391 ; D. WILLERMAIN, in DIEUX, CAPRASSE et LAMBRECHT, « Examen de jurisprudence - Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 2016, p. 154, n° 49 et s.

(103) P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 813 et s.

(104) L'action en comblement de passif et les responsabilités particu-

lières pour dettes fiscales et de sécurité sociale (articles 265, 409 et 530 C. soc.), de même que la responsabilité pour « wrongful trading », ont été antérieurement exportées dans le Code de droit économique en vertu d'une loi du 11 août 2017 (article XX.225 à XX.227 CDE). Les responsabilités spéciales en matière de conflits d'intérêts (articles 264 et 529 C. soc.) restent propres aux sociétés par actions (articles 5:78, 6:66 et 7:122 CSA).

(105) Il en va de même de l'action en comblement de passif et des responsabilités particulières pour dettes fiscales et de sécurité sociale (articles 265, 409 et 530 C. soc.), de même que de la responsabilité pour « wrongful trading », antérieurement exportées dans le Code de droit économique en vertu d'une loi du 11 août 2017 (articles XX.225 à XX.227 CDE).

(106) Il est remarquable que, pas plus que l'exposé des motifs (*Doc. parl.*, Chambre, sess. 2017/2018, 54, 3119/001, p. 59), l'article 2:56 CSA ne confirme pas la distinction entre le cas où la responsabilité extracontractuelle de l'administrateur est mise en cause par le titulaire d'une créance contractuelle impayée par la société et le cas où l'action est introduite par tout autre tiers, alors que l'organe a

été assimilé à un agent d'exécution par la Cour de cassation. Conséquemment, il n'est pas non plus prévu que le dommage dont il est réclamé réparation doive, dans le premier cas, être distinct du dommage résultant de l'inexécution du contrat (sur ces conditions, selon la jurisprudence de la Cour de cassation (P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 820 ; Cass., 29 septembre 2006, *Pas.*, 2006, I, 1911). On ne trouve toutefois pas dans l'exposé des motifs l'expression d'une intention d'abandonner ces conditions. Il ne paraît donc pas que l'article 2:56 CSA puisse s'interpréter dans le sens de pareil abandon. Cela étant, lorsque la cause du dommage consistera en une faute d'imprévoyance, qualifiant l'inexécution d'une obligation contractuelle (comp. Cass., 21 septembre 2012, *Pas.*, 2012, I, 1719), la dimension extracontractuelle de celle-ci retiendra automatiquement sur le caractère du dommage, puisqu'une imprévoyance fautive postule que celui dont la responsabilité est mise en cause aurait pu, et donc dû, prévoir que son comportement serait de nature à provoquer la survenance du dommage qui s'est produit (P. VAN OMMESSLAGHE).

65. La solidarité entre membres d'un collège n'est plus limitée aux seuls cas où la loi le prévoit (article 2:56 alinéa 2, CSA), en particulier le cas où la faute consiste en une violation du Code des sociétés ou des statuts. Elle ne reste réservée à cette dernière hypothèse qu'en cas d'administration plurielle non collégiale (article 2:56, alinéa 3, CSA) — l'exception ne pouvant dès lors viser la société anonyme, l'organe d'administration y étant nécessairement collégial (article 7:85 CSA) sauf le cas de l'administrateur unique (article 7:101 CSA). Dans tous les cas, tout administrateur ou gérant peut toutefois échapper à la solidarité quant aux fautes auxquelles il n'a pas concouru et qu'il a dénoncées aux autres administrateurs ou gérants (article 2:56, alinéa 4, CSA).

66. En considération des extensions, nouvelles ou confirmées, de la responsabilité des administrateurs ou gérants, telles qu'elles résultent des dispositifs précités, un nouvel équilibre, courageux quoique critiqué par certains auteurs¹⁰⁷, est proposé entre la nécessité d'une juste répression de la légèreté ou de l'audace excessives et une sévérité incompatible avec l'inévitable et nécessaire prise de risque que comportent la plupart des décisions stratégiques de nature économique¹⁰⁸. La consécration légale du principe de l'appréciation marginale (article 2:56 CSA), d'origine doctrinale et jurisprudentielle¹⁰⁹, de même qu'un régime impératif de plafonnement des indemnités (articles 2:57 et 2:58 CSA)¹¹⁰, contribuent à l'équilibre ainsi recherché, confirmant la liberté de conception dont le nouveau Code est animé, à l'exclusion de toute parti pris de nature politique ou idéologique (comp. *supra*, n° 4, A).

67. Outre plusieurs modifications d'ordre technique, plus ou moins substantielles, parmi lesquelles l'instauration d'une responsabilité (limitée) des actionnaires après la clôture de la liquidation à raison des dettes impayées (article 2:103, § 2, CSA) et l'organisation d'une procé-

sure de réouverture de la liquidation en cas d'apparition, après clôture, d'actifs « oubliés » (article 2:105 CSA)¹¹¹, le Code 2019 précise et revoit le régime de la responsabilité des liquidateurs. Conformément à la doctrine développée sur la base de l'ancien article 186 des lois coord., reproduit dans l'article 192 C. soc., l'article 2:106 CSA explicite que l'extension automatique aux tiers de l'action en responsabilité contre le liquidateurs en raison d'une faute commise par ceux-ci dans l'exécution de leur mission ne concerne que les créanciers¹¹², l'action en responsabilité des autres tiers supposant la démonstration d'une faute extracontractuelle spécifique (article 2:106, alinéa 2, CSA). Le régime de solidarité entre les liquidateurs est d'autre part calqué sur celui qui s'applique aux administrateurs ou gérants (article 2:106, alinéas 3 à 6, CSA)¹¹³.

D. Transformation transfrontalière

68. Le livre 2, consacré à la personnalité morale, se termine par des dispositions de droit international privé, dont résulte en particulier un abandon du lieu du siège social réel au profit du siège statutaire comme critère d'application du droit belge des sociétés (article 2:146 CSA), à lire en combinaison avec le nouvel article 110 du Code de droit international privé et avec les dispositions du livre 14 intéressant la transformation transfrontalière (articles 14:15 et s. CSA), lesquelles consacrent le principe de la continuité de la personnalité juridique « lorsqu'une société transfère son siège statutaire à l'étranger ». Le concept d'« émigration » est ainsi appliqué aux sociétés dotées de la personnalité juridique (article 14:18 et s. CSA). Combiné avec le concept inverse d'« immigration » (article 14:28 et s. CSA), ces dispositions assurent la mobilité internationale des sociétés dotées de la personnalité juridique, la « nationalité » de la société cessant, pour de bon, de constituer un élément essentiel¹¹⁴.

GHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 820 ; J. VAN RYN et X. DIEUX, « La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers - Observations complémentaires », *R.P.S.* ; 1989, spécialement p. 102).

(107) Voy., en particulier, L. CORNELIS et A. FRANÇOIS, « Les résidus de la responsabilité des administrateurs », en cours de parution dans les actes du colloque interuniversitaire cités en note 3.

(108) P. VAN OMMELAGHE, « Développements récents de la responsabilité civile professionnelle en matière économique », in *L'évolution récente du droit commercial et économique*, Éd. Jeune barreau de Bruxelles, 1978, p. 9 ; l'observation est en réalité de tous les temps, si elle a été signalée dans le prolongement de la première crise pétrolière : voy. aussi J. VAN RYN, « Les grands courants du droit commercial contemporain », *J.T.*, 1980, p. 160, n° 9.

(109) On se référera à cet égard à l'étude séminale de J. RONSE, « Marginale toetsing in het privaatrecht », *T.P.R.*, 1977, p. 207, à la doctrine duquel se sont ralliés les meilleurs auteurs : J. VAN RYN, *op. cit.* ; P. VAN OMMELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 834. Elle ne fait toutefois pas l'unanimité : voy., notamment W. DERIJCKE, « La "marginale toetsing" : aboli alibi d'inanité sonore », in *Le juge des sociétés et des associations*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 191 ; L. CORNELIS et A. FRANÇOIS, *op. cit.*, note 32.

(110) À l'instar, même si les plafonds

sont différents, du régime applicable aux commissaires : article 140/1 C. soc. ; article 3:71 CSA et la référence à l'article 24, § 1^{er}, de la loi du 7 décembre 2016 portant organisation de la profession et de la supervision publique des réviseurs d'entreprises. Les raisons exposées au texte justifient que le régime spécial, mais pas unique, ainsi prévu par le Code 2019 devrait échapper à une censure de la Cour constitutionnelle, telle qu'évoquée par le Conseil d'État (*Doc. parl.*, 54, Chambre, sess. 2017/2018, 3119/002, p. 12).

(111) On relèvera en outre une réorganisation partielle de la procédure de dissolution et de clôture en un seul acte (article 2:80 CSA), la nouvelle règle selon laquelle la désignation des liquidateurs par l'assemblée générale de la société dissoute ne doit plus être confirmée par le tribunal que s'il est anticipé que la liquidation sera déficitaire (article 2:84 CSA) ; l'organisation d'un dialogue entre les liquidateurs et les administrateurs ou gérants en vue de l'établissement d'un bilan d'ouverture (articles 2:90 à 2:92 CSA) ; une reconfiguration des pouvoirs des liquidateurs, particulièrement en ce qui concerne la représentation à l'égard des tiers (articles 2:87 et 2:93 CSA) ; une exception possible à la collégialité de principe (articles 2:82 et 2:93 CSA) ; une limitation au cas où la liquidation sera déficitaire de l'obligation de soumettre le plan de répartition au tribunal pour accord (article 2:97, § 2, CSA) ; Pour un exposé systématique des aspects nouveaux du régime de la liquidation, voy. R. AYDOGDU, « Le nouveau régime de dissolution et de liquidation des sociétés dans le Code des sociétés et des associations », in *rapports*

au Colloque Vanham & Vanham du 9 mai 2019.

(112) VAN RYN et HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. II (1^{re} éd.), n° 1110.

(113) Les conditions d'exercice de l'action en responsabilité, lorsque celle-ci n'est pas le fait d'un créancier ou d'un tiers, sont également précisées par l'article 2:107 CSA. Avant la clôture de la liquidation, c'est à l'assemblée générale des associés ou des actionnaires que l'initiative appartient, sans préjudice de l'action minoritaire dans les sociétés par actions. Après la clôture, l'action appartient individuellement à tout associé ou actionnaire.

(114) Ces questions sont débattues depuis longtemps, en rapport avec la détermination de la « lex societatis » et des conflits « mobiles » : s'agissant de la doctrine traditionnelle, on relira avec profit l'étude classique de J. VAN RYN, « Conséquences juridiques du transfert en Belgique du siège social d'une société étrangère et du transfert à l'étranger du siège social d'une société belge », *R.C.J.B.*, 1966, p. 399. Voy. aussi : J. HEENEN, « À propos de la nationalité des sociétés par actions », in *Évolutions récentes du droit des affaires*, 1992, p. 95 ; J. VERHOEVEN, « Condition des étrangers, conflit de lois et sociétés offshore », note sous Cass., 15 décembre 1994, *R.C.J.B.*, 1997, p. 17 ; T. TILQUIN, « L'incorporation comme facteur de rattachement de la lex societatis », *R.P.S.*, 1998, p. 22 ; S. GILCART, « À propos des associations, de leur siège social et de la loi applicable », note sous Bruxelles, 15 juillet 1998, *R.G.D.Civ.*, 2000, p. 204 ; R. PRIoux, « Les sociétés étrangères dans le Code des sociétés - Une occasion manquée », *J.T.*,

2003, p. 17 ; V. MARQUETTE et N. WATTE, « Les sociétés : questions choisies de droit international privé », in *Liber amicorum Yvette Merckiers*, die Keure, 2001, p. 665 ; R. JAFFERAI, « L'application du droit belge aux sociétés de droit étranger - Une esquisse des contours de la lex societatis », *R.D.C.*, 2004, p. 764 ; P. WAUTELET, « Quelques réflexions sur la lex societatis dans le Code de droit international privé », *R.P.S.*, 2006, p. 5 ; C. TUBEUF, *Droit applicable à la personne morale - Le Code de droit international privé commenté*, 2006, p. 575 ; J. ERAUW, « Woonplaats en gewone verblijfplaats », in *Le Code de droit international privé commenté*, 2006, p. 24 ; V. SIMONART, « L'application du droit belge aux sociétés constituées dans un autre État de la communauté et, en particulier, aux limited », *R.P.S.*, 2008, p. 111 ; A. AUTENNE et E.-J. NAVEZ, « Cartesio - Les contours incertains de la mobilité transfrontalière des sociétés revisités », *C.D.E.*, 2009, p. 9 ; E.-J. NAVEZ, « La transformation transfrontalière des sociétés est désormais pleinement consacrée par le droit de l'U.E. : qu'attend encore le législateur belge pour mettre en œuvre cette prérogative », *R.P.S.*, 2012, p. 243 ; P.-H. CONAC, « La C.J.U.E. reconnaît le transfert international de siège et ouvre la voie à une directive », *D.*, 2012, p. 3009 ; A. VAN HOE, « We zijn er bijna, maar nog niet helemaal : grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen na Vale », *T.R.V.*, 2013, p. 539 ; J. HEYMANN, « Transformation transfrontalière d'une société et liberté d'établissement », *R.C.D.I.P.*, 2013, p. 236.

6 La société à responsabilité limitée (SRL)

A. Introduction

69. Siègne de la matière. — Le livre 5 (articles 5:1 à 5:158) du Code 2019 traite de la SRL. Il est subdivisé en huit titres consacrés (i) à la nature et la qualification de la SRL, (ii) à la constitution, (iii) aux titres et à leur transfert, (iv) aux organes de la société et à l'assemblée générale des obligataires, (v) au patrimoine de la société, (vi) à la démission et à l'exclusion à charge du patrimoine social, (vii) à la durée et la dissolution et (viii) aux dispositions pénales.

70. Le choix de la liberté encadrée. — Dans sa volonté de simplification et de flexibilisation des règles, le législateur assigne un rôle particulier à la SRL, celui de devenir « la forme naturelle pour toutes les autres sociétés [que la SA] » car « sa souplesse lui permettra de constituer une forme adaptée tant aux petites qu'aux grandes entreprises qui souhaitent conserver un caractère fermé »¹¹⁵.

Pour atteindre cet objectif, le Code 2019 a procédé à des choix nets, parfois radicaux, tranchant avec le régime antérieur applicable à la SPRL :

- la SRL est une société sans capital, le législateur privilégiant une approche « plus réaliste et plus économique » attentive à un « juste équilibre entre la protection des tiers et la liberté contractuelle »¹¹⁶. La notion d'apport est certes maintenue mais il n'y a plus de lien étroit qui s'établit entre cet apport et les droits octroyés en échange aux associés. Les fondateurs retrouvent une pleine liberté en la matière ;

- les règles touchant à l'administration de la société et aux cessions d'actions deviennent supplétives. Il est donc permis de faire de la SRL « tantôt une société très fermée, tantôt une société très ouverte »¹¹⁷. La SRL peut ainsi être cotée ;

- tous types de titres peuvent désormais être émis par la SRL (absence de *numerus clausus*), y compris des obligations convertibles ou des droits de souscription, autrefois réservés à la SA ;

- il est fait abandon du principe ancien « une action, une voix », les statuts pouvant créer des actions à vote multiple ;

- la liberté laissée aux fondateurs est encadrée par des règles impératives et accompagnée d'une réglementation supplétive claire, d'application quand les statuts n'ont rien prévu, de manière à ne pas créer la confusion chez les entrepreneurs débutants qui auraient adopté des statuts peu élaborés¹¹⁸.

Il sera traité ci-après des règles nouvelles qui régissent la SRL, à savoir, la suppression du capital et la protection du patrimoine (B), le régime des titres et de leur cession (C), l'administration (D), et la démission et l'exclusion (E). Le cadre restreint des présentes ne permet en effet pas de traiter des autres matières, calquées, pour l'essentiel, sur les règles du Code des sociétés applicables aux SPRL, voire aux règles de la SA¹¹⁹.

B. Suppression du capital social et protection du patrimoine de la société

1. Capital - notion - suppression

71. La SRL, une société dépourvue de capital. — « La société à responsabilité limitée est une société dépourvue de capital dont les actionnaires n'engagent que leur apport » (article 5:1 CSA). La notion de capital de la SRL est supprimée car, selon les auteurs du Code 2019, elle n'offre pas aux créanciers la protection efficace qui en était attendue, tout en confrontant les sociétés à des frais et à des procédures

bureaucratiques¹²⁰. La lourdeur des règles applicables à l'ancienne SPRL relève, à l'examen, d'un accident de l'histoire, à la suite de la transposition en droit belge de la deuxième directive européenne en matière de sociétés et à son extension à la SPRL qui sortait du champ d'application de cette directive.

72. La Flex-BV néerlandaise. — La Besloten Vennootschap (BV) et la Flex-BV ont été créées aux Pays-Bas respectivement en 1971 et en 2012 pour éviter l'application des obligations découlant de la première et de la quatrième directive européenne. La loi de 2012 a accru la liberté de constitution de ce type de société et modifié le régime de protection du capital, donnant lieu, de manière attendue, à une pratique fort éloignée des règles de la SA¹²¹. La matière ne fait désormais plus l'objet de règles formelles. Celles-ci sont remplacées par des normes générales qui ont pour effet de rendre l'organe de gestion responsable de la bonne santé financière de la société¹²².

C'est la Flex-BV qui a servi d'inspiration et de modèle aux rédacteurs du Code 2019.

73. À quoi sert le capital ? — Constitué par la somme des apports des fondateurs, le capital social constitue, pour les formes de sociétés à responsabilité limitée, la garantie des créanciers¹²³. Le capital social a une signification juridique précise : il exprime « la limite en dessous de laquelle il est interdit de ramener la valeur de l'actif social net par des distributions de dividendes ou par des remboursements aux associés »¹²⁴. Il s'agit, en pratique, de veiller à ce que la société conserve en avoir réel, pour la garantie de ses créanciers, un actif net au moins égal au capital originaire¹²⁵.

La garantie légale consiste en un actif social minimal à constituer lors de la fondation de la société et à conserver en cours de vie sociale. Son montant minimal est le capital social.

74. Le système est simple mais souvent mal compris, principalement à cause d'idées préconçues en matière de terminologie. « Le capital social n'est pas synonyme de fortune sociale, ni d'actif social (...) le capital est une simple technique (...) obligeant les fondateurs à doter leur société d'une certaine fortune, puis à essayer de la maintenir au moins dans une certaine mesure »¹²⁶.

75. Le capital n'est qu'une rubrique, en principe fixe, figurant au passif du bilan de la société. Il diffère de la notion d'« actif net » qui constitue la différence entre l'actif social et les dettes sociales (article 5:142, alinéa 3, CSA). L'actif net n'est ni un ensemble de biens, ni une dette mais une valeur qui représente une réalité économique (différence entre deux éléments variables). En tant que réalité économique variable (différence entre deux réalités économiques), il n'est pas une rubrique du bilan, même s'il peut être calculé à partir des rubriques du bilan¹²⁷.

76. C'est donc, très logiquement, par rapport à la préservation de l'actif net de la société, que le Code des sociétés mesurait l'efficacité des mesures de protection des actionnaires et des créanciers. Le niveau d'actif net était comparé, dans les cas prévus par la loi (lors de distributions de dividendes ou en cas de pertes par exemple), au montant du capital ou à une portion de ce montant.

Examinons les moyens mis en place par le Code 2019, pour assurer, dans le sillage de la suppression de la notion de capital, la protection de ces mêmes actionnaires et créanciers.

2. Constitution - capitaux propres de départ

77. Les capitaux propres (suffisants) de départ. — Les notions de « capitaux propres » et de « financement des activités »¹²⁸ de la société-

(115) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, Exposé des motifs, *Doc. parl., Chambre*, 2017-2018, n° 3119/001, p. 11.

(116) *Ibidem*, p. 12.

(117) *Ibidem*, p. 13.

(118) Sauf le cas de la suppression du capital, on notera la grande convergence des règles de la SRL et de la SA.

(119) Pour un examen complet des règles applicables à la SRL, voy. A.-

P. ANDRÉ-DUMONT et T. TILQUIN (coord.), *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, 470 p.

(120) Exposé des motifs, *Doc. parl., Chambre*, 2017-2018, n° 3119/001, p. 12.

(121) P. VAN SCHILFGAARDE, *Van de BV en de NV*, 16^e éd., Deventer, Kluwer, 2013, p. 39.

(122) F.K. BUIJN et P.M. STORM, « Ondernemingsrecht BV en NV in de praktijk », *op. cit.*, p. 18.

(123) J. HEENEN, « Le capital social des sociétés par actions - théories et réalités », in *Liber amicorum Krings*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 168.

(124) Cass., 28 juin 1973, *Pas.*, 1973, I, 1017 ; P. COLLE et P. DE WOLF, « La protection financière des tiers - Moyens de contrôle et d'action », *Rev. prat. soc.*, 2015, p. 653.

(125) J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. 1, 1^{re} éd., Bruxelles,

Bruylant, 1954, n° 335.

(126) R. RUEDIN, *Droit des sociétés*, Berne, Stämpfli, 2007, p. 198.

(127) R. RUEDIN, *op. cit.*, p. 200.

(128) Selon l'exposé des motifs, « La suppression de l'obligation de disposer d'un capital minimum est compensée par une exigence de posséder un patrimoine initial suffisant (...) la disposition en projet précise que le patrimoine initial doit être composé de moyens propres, mais que pour l'évaluation du caractère suffisant de

té se substituent ici à la notion de « capital » : « Les fondateurs veillent à ce que la société à responsabilité limitée dispose lors de sa constitution de capitaux propres qui, compte tenu des autres sources de financement, sont suffisants à la lumière de l'activité projetée » (article 5:3 CSA).

Si la notion de capital minimum (souscrit et libéré) est supprimée, la condition de caractère suffisant des capitaux propres (ou du patrimoine initial), par rapport à l'activité projetée, est maintenue. Telle est la finalité du plan financier qui vise à responsabiliser les fondateurs sur le caractère suffisant des capitaux propres de départ.

78. Le plan financier. — Comme dans le Code 2001, préalablement à la constitution de la société, les fondateurs remettent au notaire instrumentant un plan financier justifiant le montant des capitaux propres de départ à la lumière de l'activité projetée de la société pendant une période d'au moins deux ans (article 5:4, § 1^{er}, CSA).

Tranchant avec le régime antérieur (article 215 C. soc.), le contenu minimum du plan financier est à présent déterminé par le Code. Il doit au moins comporter les éléments suivants : (i) une description précise de l'activité projetée ; (ii) un aperçu de toutes les sources de financement à la constitution en ce compris, le cas échéant, la mention des garanties fournies à cet égard ; (iii) un bilan d'ouverture établi conformément au schéma visé à l'article 3:3, ainsi que des bilans projetés après douze et vingt-quatre mois ; (iv) un compte projeté de résultats après douze et vingt-quatre mois, établi conformément au schéma visé à l'article 3:3 ; (v) un budget des revenus et dépenses projetés pour une période d'au moins deux ans à compter de la constitution ; (vi) une description des hypothèses retenues lors de l'estimation du chiffre d'affaires et de la rentabilité prévus ; (vii) le cas échéant, le nom de l'expert externe qui a apporté son assistance lors de l'établissement du plan financier¹²⁹ ».

3. Constitution - souscription des actions - apports

79. Souscription des actions. — Les actions émises par la société doivent être intégralement et inconditionnellement souscrites (article 5:5 CSA). Les règles de souscription des actions varient peu par rapport au régime ancien. Elles sont tantôt clarifiées tantôt adaptées au régime de la SA¹³⁰.

80. Apport obligatoire. — Le Code 2019 rappelle que chaque action est émise en contrepartie d'un apport (article 5:40 CSA). Les apports en numéraire et en nature concouraient, classiquement dans le Code 2001, à constituer le capital. Ces apports étaient rémunérés, dans la SA et dans la SPRL, en actions de capital. Les apports en industrie étaient récompensés, dans la seule SA, par des parts bénéficiaires (titres hors capital).

Que sont devenues ces règles à la suite de l'abandon de la notion de capital pour la SRL, dans le Code 2019 ?

La notion d'apports en nature telle qu'elle figure à l'article 218 du Code 2001 (« apport autre qu'en numéraire consistant en éléments susceptibles d'évaluation économique à l'exclusion d'actifs constitués par des engagements concernant l'exécution de travaux ou de prestations de services ») n'est pas reprise dans le livre 5 du Code.

Elle est définie dans le livre 1^{er}, consacré aux dispositions introductives, comme étant l'apport de tout bien corporel ou incorporel autre qu'une somme d'argent (article 1:8, § 2, alinéa 2, CSA).

Il n'importe pas de savoir, dans le nouveau contexte de la SRL, quelles sont les valeurs d'apports qui peuvent être rémunérées par des parts représentatives du capital social. Il s'agit simplement d'évaluer les éléments de patrimoine de la société. Les apports en industrie ne sont dès lors plus prohibés et le régime de base du contrôle des apports en nature doit leur être appliqué¹³¹.

81. Le maintien du contrôle des apports en nature. — Contre l'avis du Conseil d'État¹³² qui souligne que le contrôle ne se justifie pas dès lors que l'apport ne participe plus à la formation d'un capital conçu comme une garantie pour les tiers, le Code 2019 maintient le principe du contrôle des apports en nature par un professionnel du chiffre. Alors que ce maintien risque de nuire à l'attractivité de la SRL, les auteurs du projet évoquent, à l'appui de la solution retenue, le souci de protection des actionnaires minoritaires, la nécessaire détermination des capitaux propres suffisants et, enfin, le fait que le contrôle contribue à assurer l'image fidèle des comptes annuels¹³³.

La procédure de contrôle des apports en nature mise en place à l'article 5:7, § 1^{er}, CSA est quasi-identique à celle du Code 2001. La séquence des opérations est cependant inversée. Les fondateurs établissent d'abord un projet de rapport spécial sur l'intérêt de l'apport pour la société, rapport qui décrit et évalue cet apport et indique la rémunération attribuée en contrepartie de l'apport.

Ce « rapport en projet » est communiqué au réviseur d'entreprises qui apprécie ensuite l'évaluation qui est faite par les fondateurs.

Dans leur rapport, les fondateurs indiquent le cas échéant, les raisons pour lesquelles ils s'écartent des conclusions du rapport du réviseur.

Ces rapports sont déposés et publiés conformément aux articles 2:8 et 2:14, 4^o, CSA.

82. Libération des apports. — Le Code 2001 imposait, dès la constitution, une libération partielle des parts sociales souscrites en numéraire et entière des parts sociales correspondant à des apports en nature (article 223 C. soc.). Désormais et sauf disposition contraire dans l'acte constitutif, tous les apports sont intégralement libérés à la constitution (article 5:8 CSA).

La preuve d'une attestation bancaire de dépôt de l'apport en numéraire est maintenue (article 5:9, alinéa 1^{er}, CSA)¹³⁴. Si la société n'est pas constituée dans le mois de l'ouverture du compte spécial, les fonds sont restitués à leur demande à ceux qui les ont déposés (article 5:9, alinéa 3, CSA)¹³⁵.

Un régime particulier est mis en place en matière de libération des apports en industrie. Deux cas d'inexécution non fautive sont visés par le Code 2019¹³⁶ : (i) la cause rendant définitivement impossible l'exécution de ses obligations par le débiteur d'un apport en industrie (entraînant la caducité de ses actions — article 5:10, alinéa 1^{er}, CSA), (ii) la cause étrangère créant une impossibilité temporaire d'exécuter ses obligations pour une période de plus de trois mois (entraînant la suspension des droits sociaux pour toute la durée de cette impossibilité qui dépasse cette période de trois mois — article 5:10, alinéa 2, CSA).

Il est permis aux statuts de déroger à ces dispositions.

Le cas de l'inexécution fautive des obligations du débiteur de l'apport en industrie ne sont pas visées par le Code¹³⁷.

ce patrimoine initial, il peut être tenu compte d'autres sources de financement telles que des emprunts subordonnés qui peuvent également contribuer à un financement adéquat des activités de la société » (Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 128).
(129) Bien que recommandée par les auteurs du projet, particulièrement aux entrepreneurs débutants, l'assistance d'un expert externe n'est pas rendue obligatoire « afin de ne pas alourdir les frais de constitution dans tous les cas » (Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 129).
(130) Ainsi en va-t-il de l'interdiction pour la société de souscrire ses

propres actions. Une exception, qui valait déjà pour la société anonyme (article 627, alinéa 2, C. soc. et article 7:5, § 2, CSA) est étendue à la SRL. Elle vise la souscription d'actions d'une société ou de certificats par une société filiale qui, en sa qualité d'opérateur professionnel sur titres, est une société de bourse ou un établissement de crédit (article 5:6, § 2, CSA).
(131) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 130. Voy. aussi l'article 5:10 CSA relatif au sort des actions attribuées au débiteur d'un apport en industrie dans l'incapacité d'exécuter ses obligations. Il est aussi permis de s'interroger sur l'efficacité du rôle du révi-

seur d'entreprises appelé à examiner la description et l'évaluation d'un apport en industrie.

(132) C.E., avis n° 61.988/2 du 9 octobre 2017, p. 53.

(133) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 130.

(134) Le système néerlandais de la BV n'impose plus la production d'une attestation bancaire dont l'utilité pratique a été jugée très limitée (P. VAN SCHILFGAARDE, « Van de BV en de NV », *op. cit.*, p. 83).

(135) Ce délai était de trois mois dans le Code des sociétés (article 224, alinéa 3, C. soc.).

(136) Le Code transpose à la SRL les règles relatives à la théorie des

risques en matière contractuelle en distinguant selon que l'impossibilité d'exécution est définitive ou temporaire (Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 131).

(137) Il est recommandé par les auteurs du Code que les statuts prévoient un pacte commissaire exprès aux termes duquel, dans pareil cas d'inexécution fautive, les actions représentatives de l'apport en nature sont résolues en tout ou en partie pour l'avenir. Il est également suggéré que les statuts précisent le régime de la cession des actions attribuées en rémunération d'un apport en industrie. Ce type d'apport présente en principe un caractère *intuitu perso-*

83. Le quasi-apport. — Les dispositions relatives au quasi-apport (articles 220-222 C. soc.) ne sont pas maintenues. Elles sont remplacées par l'application des règles relatives aux conflits d'intérêts, censées offrir les garanties nécessaires¹³⁸. Le contrôle des quasi-apports a également été abandonné dans le système néerlandais de la BV¹³⁹.

4. Responsabilité des fondateurs

84. Principes. — Le Code 2019 réintègre, en les adaptant à la suppression de la notion de capital, les règles des articles 229 et 230, C. soc. en matière de responsabilité des fondateurs¹⁴⁰.

La SRL est en outre alignée sur le régime applicable aux SA, déjà sous l'ancien Code. Il est ainsi permis, aux conditions de l'article 5:11, alinéa 2, CSA (repris de l'article 450, alinéa 2, C. soc.), de stipuler que certains comparants ne soient tenus que pour de simples souscripteurs et non comme des fondateurs, échappant ainsi à la responsabilité attachée à la qualité de fondateur. Cet incontestable avantage n'est donc plus l'apanage de la SA.

85. Garanties et responsabilités. — Une distinction est opérée, par deux dispositions impératives, entre les obligations de garantie auxquelles les fondateurs sont tenus et les causes de responsabilité des fondateurs.

Nonobstant toute disposition contraire, les fondateurs garantissent les tiers contre tout dommage lié à la violation des règles en matière de souscription et de libération des actions (article 5:15 CSA).

Les fondateurs sont par ailleurs solidairement responsables envers les intéressés du préjudice découlant de la nullité de la société, de l'absence ou de la fausseté de mentions prescrites par le Code 2019, ou de la surévaluation manifeste des apports en nature. Il en va de même des engagements de la société, dans une proportion fixée par le juge, en cas de faillite prononcée dans les trois ans de l'acquisition de la personnalité juridique, si les capitaux propres de départ étaient manifestement insuffisants pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins¹⁴¹ (article 5:16 CSA).

La distinction est importante car la limitation de la responsabilité des administrateurs conformément à l'article 2:57, CSA¹⁴² ne s'applique qu'à la responsabilité *sensu stricto* et non aux obligations de garantie¹⁴³.

5. Patrimoine de la société

a. Apports supplémentaires et émission de nouvelles actions

i) Dispositions communes

86. Principes. — L'émission d'actions nouvelles nécessite une modification des statuts, le cas échéant en appliquant l'article 5:102 (modification des droits attachés aux classes d'actions). Les actions émises doivent être intégralement et, nonobstant toute disposition contraire, inconditionnellement souscrites (article 5:120, § 1^{er}, CSA).

Il s'agit d'une reprise *mutatis mutandis* de la règle applicable, sous l'égide du Code 2001, aux augmentations de capital.

87. Apports supplémentaires sans émission de nouvelles actions. — Lorsqu'il n'y a pas d'émission d'actions nouvelles, l'assemblée générale statuant à la majorité simple, a le pouvoir d'accepter des apports supplémentaires (article 5:120, § 2, CSA). Il n'y a donc pas lieu en ce cas, de respecter les formes et majorités requises pour la modification des statuts. Contre la recommandation du Conseil d'État, les auteurs du Code 2019 affirment que dans une société dépourvue de capital, un apport supplémentaire sans émission de nouvelles actions revêt un caractère différent qui ne nécessite pas d'adaptation aux statuts¹⁴⁴.

La décision de l'assemblée générale doit cependant, de manière surprenante, être constatée par acte authentique (article 5:120, § 2, *in fine*, CSA). L'intervention du notaire est ainsi requise. L'organe d'administration se chargera de comptabiliser ces apports à la rubrique comptable prévue à cet effet. C'est par ce moyen que les tiers seront informés et non plus par la consultation des statuts.

88. Rapports de l'organe d'administration et du commissaire (article 5:121, § 1^{er}, CSA). — Par analogie avec l'article 582 C. soc. dans la SA, dans le cas d'apports avec émission d'actions nouvelles, l'organe d'administration doit désormais rédiger un rapport qui justifie spécialement le prix d'émission et décrit les conséquences de l'opération sur les droits patrimoniaux (le droit au bénéfice et le droit sur le boni de liquidation) et les droits sociaux (en particulier le droit de vote) des actionnaires¹⁴⁵.

Dans les sociétés où un commissaire a été désigné, ce dernier rédige aussi un rapport.

Ces rapports sont déposés et publiés conformément aux articles 2:8 et 2:14, 4^o. Ils sont annoncés dans l'ordre du jour. Une copie peut en être obtenue conformément à l'article 5:84.

En l'absence des rapports de l'organe d'administration et du commissaire, la décision de l'assemblée générale est nulle.

89. Renonciation au rapport (article 5:121, § 2, CSA). — Par décision unanime de l'assemblée générale à laquelle tous les actionnaires sont présents ou représentés, il est permis de renoncer au rapport visé ci-dessus, pour autant qu'aucun apport en nature n'intervienne.

90. Émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription (article 5:122, CSA). — Une obligation similaire (rédaction d'un rapport de l'organe d'administration et contrôle du commissaire) existe en cas d'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription. Le rapport de l'organe d'administration doit en outre « justifier l'opération proposée ». Cette différence de régime, par rapport aux règles applicables à l'émission d'actions, a suscité l'interrogation du Conseil d'État mais a néanmoins été maintenue eu égard à la nature jugée spéciale de l'opération¹⁴⁶.

Il ne peut ici être renoncé au rapport par une décision unanime des actionnaires « en raison du délai entre l'émission et la conversion ou l'exercice du droit »¹⁴⁷.

91. Droit de souscrire des actions nouvelles. — Ce droit est réservé aux personnes répondant aux conditions d'agrément (définies à l'article 5:63 CSA) pour pouvoir devenir actionnaire (article 5:123 CSA). Cette disposition tient compte des restrictions légales et statutaires applicables à la cession de titres au sein de la SRL.

ii) Apports en numéraire

92. Droit de préférence. — En cas d'émission d'actions à souscrire en numéraire, le principe du droit de préférence des actionnaires existants est maintenu dans le Code 2019. Il s'applique également lors d'émission d'obligations convertibles et de droits de souscription. Le cas échéant, il s'exerce par classe d'actions (article 5:128 CSA).

Le droit de préférence doit être exercé dans un délai d'au moins quinze jours à dater de l'ouverture de la souscription (article 5:129 CSA).

93. Limitation ou suppression du droit de préférence. — Le droit de préférence peut être limité ou supprimé selon des règles proches de celles de l'ancien Code, tant en matière de SPRL que de SA¹⁴⁸.

94. Libération et contrôle des apports (article 5:132 CSA et 5:133 CSA). — Les règles applicables à la libération des apports en numéraire à la constitution de la société, visées à l'article 5:9 du Code 2019,

nae. La cession de ses actions par le débiteur de pareil apport ne le libérerait pas de ses obligations (Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 132).

(138) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, pp. 130-131.

(139) La notion de quasi-apport est reprise, en droit néerlandais, sous le vocable allemand de

« Nachgründung ».

(140) Pour une synthèse de la matière, dans le système ancien, voy. C. JASSOGNE, « Les responsabilités », *T.P.D.C.*, t. IV, vol. 2, Kluwer, 2014, pp. 601-613.

(141) Sur la responsabilité des fondateurs en cas de faillite, voy. G. HORSMANS, « La société privée à responsabilité limitée », *op. cit.*, pp. 200-202.

(142) Sur les nouvelles règles de limitation de responsabilité dans le Code 2019, cons. P. DE WOLF, « La responsabilité des administrateurs ou la recherche de l'impossible équilibre », *T.A.A.*, juin 2019, www.icci.be, spécialement n°s 9 à 12.

(143) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 176.

(144) Exposé des motifs, *Doc. parl.*,

Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 170.

(145) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 171.

(146) *Ibidem*.

(147) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 172.

(148) Articles 5:130 et 5:131, CSA.

sont applicables *mutatis mutandis* à la libération d'apports en numéraires effectués dans le cadre d'émissions d'actions nouvelles (*supra*, n° 82).

Il en est de même des règles de l'article 5:7 du Code 2019 relatives aux apports en nature.

iii) Délégation de pouvoirs à l'organe d'administration

95. Principes. — Le Code 2019 introduit pour la SRL « une délégation de pouvoirs facultative à l'organe d'administration, par analogie avec le capital autorisé dans la SA »¹⁴⁹.

Les statuts peuvent conférer à l'organe d'administration, pendant une période de cinq ans, renouvelable, le pouvoir d'émettre des actions nouvelles, des obligations convertibles ou des droits de souscription (article 5:134, alinéa 1^{er}, CSA). À peine de nullité, un rapport spécial sur les circonstances particulières dans lesquelles ce pouvoir peut être exercé et les objectifs ainsi visés est rédigé (article 5:134, alinéa 2, CSA).

96. Des limitations relatives (soumises à autorisation expresse) et absolues sont fixées par le Code 2019 au pouvoir de l'organe d'administration d'émettre des titres nouveaux (articles 5:135 et 5:136 CSA).

Pour garantir la même flexibilité que dans la SC, les statuts peuvent prévoir que les émissions par l'organe d'administration ne seront actées devant notaire qu'une fois par an, avant la fin de chaque exercice (article 5:137, § 2, CSA)¹⁵⁰.

b. Maintien du patrimoine de la société

i) Les distributions aux actionnaires et tantièmes

97. La notion de distribution. — La notion de distribution couvre (i) les distributions aux actionnaires, (ii) les tantièmes ainsi que (iii) le remboursement des apports en numéraire ou en nature. L'extension de la notion de distribution au remboursement des apports est une conséquence de la disparition de la notion de capital¹⁵¹.

98. Répartition des pouvoirs. — L'assemblée générale a le pouvoir de décider de l'affectation du bénéfice et du montant des distributions (article 5:141, alinéa 1^{er}, CSA).

Comme dans la SA, les statuts peuvent désormais déléguer à l'organe d'administration le pouvoir de procéder, dans les limites fixées aux articles 5:142 et 5:143, à des distributions provenant de l'exercice en cours ou du bénéfice de l'exercice précédent, tant que les comptes annuels de cet exercice n'ont pas été approuvés, le cas échéant réduit de la perte reportée ou majoré du bénéfice reporté (article 5:141, alinéa 2, CSA)¹⁵².

La décision de « distribuer » les apports ne peut cependant être déléguée à l'organe d'administration. Sauf s'ils ont été rendus statutairement indisponibles, les apports originaux ne peuvent être distribués que par une décision de l'assemblée générale prise à la majorité simple¹⁵³. Il en va de même du pouvoir de distribuer des réserves. Ce pouvoir ne peut être délégué au risque de conférer à l'organe d'administration le pouvoir d'annuler une décision antérieure de l'assemblée générale concernant l'affectation du bénéfice¹⁵⁴.

99. Limitations. Double test. — Toute distribution est soumise à de strictes conditions, dont la mise en œuvre constitue une innovation majeure¹⁵⁵. En vertu du Code 2019, les distributions ne peuvent avoir pour effet de rendre négatifs les capitaux propres de la société (test d'actif net) ni que la société ne puisse plus payer ses dettes exigibles après la distribution (test de liquidité)¹⁵⁶.

Le premier test incombe à l'assemblée générale, le second à l'organe d'administration.

Selon l'exposé des motifs, ces règles visent à empêcher, « mieux que ne le font les dispositions actuelles relatives à la distribution des bénéfices », que les distributions ne s'effectuent au détriment des créanciers¹⁵⁷. Les auteurs du Code 2019 ajoutent que « bien qu'il soit évident que dans d'autres formes de sociétés également, telle la SA, la société ne peut pas procéder à la distribution de bénéfices si celle-ci compromettrait le remboursement de ses dettes, l'obligation de réaliser un test de liquidité et d'en faire un rapport n'est imposée que dans la SRL comme contrepartie de la suppression du capital »¹⁵⁸.

Test d'actif net

100. Principe. — Aucune distribution ne peut être décidée si l'actif net est négatif ou le deviendrait à la suite d'une telle distribution (article 5:142, alinéa 1^{er}, CSA).

101. Capitaux propres indisponibles. — Si la société dispose de capitaux propres qui sont légalement ou statutairement indisponibles, aucune distribution ne peut être effectuée si l'actif net est inférieur au montant de ces capitaux propres indisponibles ou le deviendrait à la suite d'une telle distribution. Pour l'application de cette disposition, la partie non amortie de la plus-value de réévaluation est réputée indisponible (article 5:142, alinéa 1^{er}, CSA).

102. Notion d'actif net. — L'actif net correspond au total de l'actif, déduction faite des provisions, des dettes et, sauf cas exceptionnels à mentionner et à justifier dans l'annexe aux comptes annuels, des montants non encore amortis des frais d'établissement et d'expansion et des frais de recherche et de développement (article 5:142, alinéa 3, CSA).

L'actif net est établi sur la base des derniers comptes annuels approuvés.

Toutefois, pour ce qui est de la distribution des bénéfices de l'exercice en cours, les informations nécessaires au test doivent ressortir d'un état récent¹⁵⁹ résumant la situation active et passive. Dans les sociétés dans lesquelles un commissaire est nommé, ce dernier évalue cet état. Son « rapport d'examen limité » est joint à son rapport de contrôle annuel (article 5:142, alinéa 2, CSA).

103. Le test d'actif net peut ainsi amener l'assemblée générale à devoir effectuer une double opération, selon que la société dispose ou non de capitaux propres légalement ou statutairement indisponibles. Dans ce cas précis, en effet, outre le test d'actif net proprement dit, il conviendra de vérifier que la distribution ne réduise pas l'actif net à un montant inférieur au montant des capitaux propres indisponibles¹⁶⁰.

Test de liquidité

104. Principe. — Une décision de distribution prise par l'assemblée générale ne produit ses effets qu'après que l'organe d'administration aura réalisé un test de liquidité conduisant au constat qu'à la suite de la distribution, la société pourra, en fonction des développements auxquels elle peut raisonnablement s'attendre, continuer à s'acquitter de ses dettes au fur et à mesure de leur échéance pendant une période d'au moins douze mois à compter de la date de la distribution (article 5:143, alinéa 1^{er}, CSA).

Ce délai de douze mois est un délai minimum. Il correspond au calendrier auquel cet organe doit déjà veiller lors de la vérification de l'hypothèse de continuité, exercice étroitement apparenté au test de liquidité¹⁶¹.

105. Éléments à prendre en considération (approches historique et prospective). — Le test de liquidité se basera sur le bilan de la société en tenant compte également des événements dont l'organe de gestion

(149) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 175.

(150) *Ibidem*.

(151) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 176.

(152) Ce régime est analogue à celui de la distribution des dividendes intérimaires dans la SA.

(153) Exposé des motifs, *Doc. parl.*,

Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 176.

(154) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 177.

(155) Pour des illustrations pratiques et des exemples chiffrés, cons. P. DE WOLF, « La SRL, une société sans capital mais dotée de règles (strictes) de protection des tiers », in *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Lar-

cier, 2019, pp. 62-64.

(156) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 176.

(157) *Ibidem*.

(158) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 180.

(159) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 178 : « Le fait que l'état doit être

récent signifie qu'il ne peut être dépassé ».

(160) Il faut noter que le régime de la BV néerlandaise se limite à un test portant sur l'effet de la distribution par rapport aux seules réserves légales ou statutaires.

(161) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 179.

a déjà connaissance et qui sont susceptibles d'avoir dans l'avenir un impact important sur la position de liquidité de la société¹⁶².

L'organe d'administration veillera donc à prendre en compte les développements futurs qui n'apparaissent pas encore comme tels dans le bilan. À propos du bilan, les auteurs du Code suggèrent d'examiner l'importance de l'actif net et du « quick ratio » dont la position de liquidité peut se déduire : Ce dernier indice financier fait apparaître le rapport entre, d'une part, les actifs circulants d'une société, à l'exclusion des stocks et, d'autre part, les créances à court terme¹⁶³.

Si l'organe d'administration n'a pas connaissance de circonstances particulières ayant un impact sur la position de liquidité de la société dans un avenir « raisonnablement prévisible », il peut se baser, en outre sur une projection des flux financiers historiques pour la prochaine période de 12 à 24 mois. Si les méthodes qui précèdent ne permettent pas à l'organe d'administration de déterminer clairement si, après la distribution, la société pourra payer ses créances exigibles, des examens complémentaires sont recommandés, comme le recours à des « tableaux détaillés de mutations de valeurs projetées ».

106. Justification dans un rapport. — L'organe d'administration justifie sa décision dans un rapport qui n'est pas déposé (article 5:143, alinéa 2, CSA). La rédaction de ce rapport n'est pas prescrite à peine de nullité¹⁶⁴. Pour les sociétés qui ont nommé un commissaire, ce dernier évalue les données comptables et financières historiques et prospectives de ce rapport. Il mentionne dans son rapport de contrôle annuel qu'il a exécuté cette mission (article 5:143, alinéa 2, CSA).

Sanctions et responsabilités

107. Responsabilité solidaire (dans le seul cas de la violation de l'article 5:143 CSA). — Si lors de la prise de décision de l'organe d'administration, les membres de l'organe d'administration savaient ou, au vu des circonstances, auraient dû savoir, qu'à la suite de la distribution, la société ne serait manifestement plus en état de s'acquitter de ses dettes comme il est dit à l'article 5:143, ils sont solidairement responsables envers la société et les tiers de tous les dommages qui en résultent (article 5:144, alinéa 1^{er}, CSA).

Cette responsabilité fait l'objet d'un contrôle marginal du juge, conformément au principe repris à l'article 2:56, alinéa 1^{er}, CSA. Le caractère marginal du contrôle est renforcé par le libellé de l'article 5:143, alinéa 1^{er}, CSA.

108. Obligation de remboursement (en cas de violation des articles 5:142 et 5:143, CSA). — La société est en droit de demander remboursement de toute distribution effectuée en violation des articles 5:142 et 5:143 par les actionnaires qui l'ont reçue, qu'ils soient ou non de mauvaise foi¹⁶⁵ (article 5:144, alinéa 2, CSA).

Les administrateurs qui ont contrevenu à l'article 5:142 ou à l'article 5:143 s'exposent également à des sanctions pénales (article 5:158 CSA).

ii) Acquisition d'actions ou de certificats propres

109. Les règles du Code. — L'acquisition d'actions et de certificats propres est simplifiée et adaptée à la suppression du capital.

110. Conditions de l'acquisition (article 5:145, CSA). — L'acquisition par la société de ses propres actions ou certificats s'y rapportant est soumise à la décision préalable de l'assemblée générale des actionnaires selon les règles applicables aux modifications statutaires. La somme affectée à cette acquisition doit être susceptible d'être distribuée conformément aux articles 5:142 et 5:143. Le Code reste globalement dans la ligne du régime ancien et continue à s'inspirer du texte de la deuxième directive. Il s'en distancie cependant en n'étendant pas

aux filiales le régime applicable au rachat d'actions propres, d'application impérative dans la SA¹⁶⁶.

111. Il faut souligner que la règle fixant à un maximum de 20 % du capital les actions pouvant être rachetées, est supprimée. Outre qu'elle pouvait être contournée en procédant à des achats successifs, elle n'est plus imposée depuis 2006 par l'Union européenne.

112. Sanction (article 5:146 CSA). — Les actions et certificats acquis en violation des conditions ci-avant sont nuls de plein droit. Lorsqu'un certificat est frappé de nullité de plein droit, l'action dont la société acquiert la propriété de ce fait est simultanément nulle de plein droit. L'organe d'administration fait mention expresse de la nullité dans le registre des actions (article 5:146 CSA).

113. Exceptions (article 5:147 CSA). — Les articles 5:142 (test d'actif net), 5:143 (test de liquidité) et 5:149, alinéa 1^{er} (aliénation des actions moyennant décision d'une assemblée générale extraordinaire) ne s'appliquent pas : 1^o) aux actions ou aux certificats acquis par la société à la suite d'une transmission de patrimoine à titre universel ; 2^o) aux actions ou aux certificats acquis lors d'une vente faite conformément aux articles 1494 et suivants du Code judiciaire en vue de recouvrer une créance de la société sur le propriétaire de ces actions ou certificats.

114. Sort des actions et des certificats acquis. — Le Code consacre le droit de la société d'annuler ou de conserver en portefeuille les actions ou certificats acquis. Il n'y a plus d'obligation d'aliéner les actions, mais un droit d'aliéner.

115. Conservation ou annulation des actions et certificats. — Les actions ou certificats acquis peuvent être annulés ou détenus en portefeuille. Une annulation requiert une modification des statuts (article 5:148, § 1^{er}, CSA). Aussi longtemps que les actions sont comptabilisées à l'actif du bilan, une réserve indisponible, égale à la valeur à laquelle les actions sont portées à l'inventaire, doit être constituée (article 5:148, § 2, alinéa 1^{er}, CSA). En cas de nullité ou d'annulation des actions, cette réserve indisponible est supprimée. Si par infraction à la disposition qui précède, la réserve indisponible n'avait pas été constituée, les réserves disponibles ou, à défaut, d'autres éléments des capitaux propres, doivent être diminués à due concurrence (article 5:148, §2, alinéa 2, CSA).

116. Suspension des droits afférents aux actions acquises. — Les droits de vote et aux dividendes attachés aux actions acquises sont suspendus jusqu'à ce que les actions aient été aliénées (article 5:148, § 3, alinéa 1^{er}, CSA). Le droit aux dividendes attaché à ces actions est frappé de caducité aussi longtemps que les actions demeurent dans le patrimoine de la société (article 5:148, § 3, alinéa 2, CSA). Il est donc complètement fait abstraction des actions propres rachetées lors des distributions aux actionnaires¹⁶⁷.

117. Suspension des droits afférents aux certificats acquis. — Le droit aux dividendes attaché aux certificats acquis est également frappé de caducité. Le droit de vote attaché aux actions auxquelles se rapportent les certificats acquis est suspendu dans la mesure où ces certificats ont été émis avec la collaboration de la société (article 5:148, § 4, CSA).

118. Aliénation des actions et certificats acquis. Principes. — En cas d'aliénation, la décision doit être prise par l'assemblée générale statuant comme en matière de modifications statutaires en respectant strictement l'égalité de traitement des actionnaires (article 5:149, alinéas 1 et 2, CSA). L'autorisation de l'assemblée générale n'est pas requise pour l'aliénation au personnel d'actions ou de certificats acquis à cette fin (article 5:149, alinéa 3, CSA). Lorsqu'une société devient propriétaire de ses propres actions ou certificats à titre gratuit, ces titres sont nuls de plein droit¹⁶⁸.

(162) *Ibidem*.

(163) *Ibidem*. Le Quick Ratio est un système répandu de mesure de la capacité d'une entreprise à couvrir ses engagements à court terme. En ce sens, M. J. PAQUET, « Analyse financière » : www.ipcf.be/uploads/documents/ANALYSE_FINANCIERE_SYLLABUS.pdf.

(164) Le rapport poursuit un triple

objectif : (i) inciter l'organe d'administration à faire preuve de la diligence requise lors de l'exécution du test de liquidité, (ii) mettre les fournisseurs de crédit en mesure de s'assurer que la distribution ne mettra pas en péril la position de liquidité de la société et (iii) donner à l'organe d'administration l'occasion de se constituer des éléments de preuve pour le cas où la régularité d'une distribution

serait contestée ultérieurement (Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 180).

(165) Comp. article 7:214 CSA (applicable à la SA), où le remboursement ne peut être exigé qu'en cas de mauvaise foi des bénéficiaires.

(166) Pour la SA, application des articles 7:221 à 7:225 CSA. Le droit commun continue cependant à s'ap-

ppliquer, si une filiale devait opérer comme simple prête-nom de la SRL. Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 181.

(167) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 182.

(168) L'article 5:146 est applicable par analogie (article 5:150, alinéa 4, CSA).

iii) Financement de l'acquisition d'actions ou de certificats de la société par des tiers

119. Assistance financière. — Les avances de fonds, prêts et sûretés consentis par la société en vue de l'acquisition de ses actions par des tiers sont des opérations reprises sous le vocable d'*assistance financière*. Le législateur a repris le régime en vigueur depuis 2009 (article 329 C. soc.), dans une version toutefois simplifiée. « Le champ d'application reste cependant identique, en ce compris l'interprétation qui en est donnée par la jurisprudence »¹⁶⁹.

iv) Prise en gage d'actions ou de certificats propres

120. Suppression de règles spécifiques. — La disposition relative à la prise en gage de parts propres (article 330 C. soc.) est supprimée « en raison de son inefficacité »¹⁷⁰. Les opérations pouvant donner lieu à une prise en gage d'actions propres restent soumises aux règles relatives à la gestion des conflits d'intérêts (article 5:76 CSA) et aux règles de l'article 5:152 CSA.

v) Rachat de toutes les parts sans droit de vote

121. Suppression de règles spécifiques. — Le Code ne prévoit plus de régime exceptionnel concernant le rachat de toutes les parts sans droit de vote (article 331 C. soc.). Cette question est laissée à la liberté statutaire, en marge des dispositions des articles 5:145 et suivants du Code.

vi) Pertes sociales

122. Obligation permanente de surveiller la continuité de l'entreprise. — Le Code oblige l'organe d'administration, lorsque des faits graves et concordants sont susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise, à délibérer sur les mesures qui devraient être prises pour assurer la continuité de l'activité économique pendant une période minimale de douze mois (article 2:51 CSA).

Cette obligation à charge de l'organe d'administration existe même en présence d'un commissaire. Le « délai raisonnable » est remplacé par un délai de douze mois au moins.

123. La procédure de sonnette d'alarme. — La procédure de sonnette d'alarme visée à l'article 332 C. soc. est maintenue dans une version cependant adaptée au nouveau contexte de la SRL. À l'instar de ce que le Code prévoit en matière de distributions aux actionnaires, deux éléments devront retenir l'attention de l'organe d'administration : la situation de l'actif net, d'une part, et la situation de liquidité, d'autre part, (article 5:153, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et § 2, CSA). Dans l'un ou l'autre cas, l'organe d'administration est tenu de convoquer l'assemblée générale afin de décider de la poursuite de l'activité ou de la dissolution de la société.

Les obligations légales n'imposent pas un *monitoring* constant des critères applicables, mais uniquement lors d'un contrôle dans le cadre de l'établissement des comptes annuels ou d'un éventuel état intermédiaire de l'actif et du passif. « L'organe d'administration n'est pas tenu de constater formellement qu'aucun des deux critères n'est atteint. Cela évite de faire peser des obligations de rapport récurrentes et superflues sur des sociétés qui sont en bonne santé financière »¹⁷¹.

Aussi, après que l'organe d'administration a rempli une première fois les obligations prévues par le Code, il n'est plus tenu de convoquer l'assemblée générale pour les mêmes motifs pendant les douze mois suivant la convocation initiale (article 5:153, § 4, CSA).

124. Propositions de l'organe d'administration à l'assemblée générale. — L'organe d'administration doit, dès que l'une de ces deux situations se présente (problème de solvabilité ou de liquidité), convoquer l'assemblée générale en vue de l'informer et de lui proposer soit

la dissolution, soit les mesures destinées à assurer la continuité de la société (article 5:153, § 1^{er}, alinéa 2, CSA).

En l'absence de capital, la réduction de l'actif net dans le cadre de la procédure de sonnette d'alarme n'est plus liée à un seuil de capital (le quart ou la moitié) sous lequel l'actif net est réduit à la suite de perte. Le Code ne prévoit donc plus, comme dans le régime anciennement en vigueur, de *quorum* de vote différencié pour décider de la dissolution. Les règles relatives à la modification des statuts sont donc applicables (article 5:100 CSA).

125. Sanctions. — Comme dans le système ancien, lorsque l'assemblée générale n'a pas été convoquée conformément à l'article 5:153, § 1^{er}, CSA, le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire¹⁷², présumé résulter de cette absence de convocation (article 5:153, § 3, CSA).

C. Le régime des titres et de leur cession

1. Catégories de titres

126. Fin du *numerus clausus*. — Une SRL peut désormais émettre tous les titres qui ne sont pas interdits par la loi ou en vertu de celle-ci (article 5:18 CSA). Le Code traite spécifiquement des actions, des obligations, des certificats et des droits de souscription. Le remplacement des « parts » par les « actions » fait écho à la faculté pour les statuts de prévoir que les actions sont librement cessibles, comme dans la SA.

De manière générale, les règles de la SA ont inspiré le nouveau régime applicable aux obligations convertibles et aux droits de souscription, catégories de titres interdites aux SPRL sous le régime ancien. Le nouveau Code ne prévoit cependant pas la possibilité de créer des parts bénéficiaires, pouvant être émises dans la SA, pour rémunérer un apport en industrie. En l'absence de capital, l'apport en nature inclut l'apport en industrie (*supra*, n° 80), ce qui rend inutiles les parts bénéficiaires dans la SRL¹⁷³.

2. La forme des titres

127. Sauf le cas de la SRL cotée, qui peut émettre des actions dématérialisées si les statuts le permettent, les actions sont nominatives (article 5:18, alinéa 2, CSA). Les autres titres émis par une SRL sont nominatifs ou, si les statuts le permettent, dématérialisés.

3. Les droits attachés aux actions et les classes d'actions

128. Dans le sillage de la suppression du capital, sont abrogées les règles en vertu desquelles les parts de SPRL représentent une quote-part identique du capital, confèrent un droit égal dans la répartition des bénéfices et des produits de la liquidation et donnent chacune droit à une voix¹⁷⁴.

Le Code privilégie désormais la liberté contractuelle. Le droit de vote et le droit aux bénéfices et au boni de liquidation peuvent être librement modulés. Des droits différents peuvent dès lors être attachés à des actions représentant des apports identiques et, inversement, des droits identiques peuvent être attachés à des actions émises contre deux apports différents¹⁷⁵.

Cette liberté est cependant encadrée par certaines règles impératives. D'autres règles, supplétives, pallient le silence des statuts.

Parmi les règles impératives, soulignons :

— l'obligation d'émettre au moins une action et l'obligation de prévoir qu'au moins une action doit avoir le droit de vote (article 5:40 CSA) ;

— chaque action est émise en contrepartie d'un apport (article 5:40 CSA - *supra*, n° 80) ;

(169) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 183.

(170) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 184.

(171) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 185.

(172) La présomption peut être renversée si, par exemple, les membres

de l'organe d'administration peuvent faire valoir avec vraisemblance que si l'assemblée générale avait été réunie, elle n'eût pas décidé la dissolution de la société, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 186.

(173) H. CULOT et O. MARESCAL, « Les titres et leur transfert dans la SRL », in *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019 : les

auteurs proposent une interrogation pertinente, bien que d'un intérêt pratique réduit, sur les caractéristiques essentielles d'une action de SRL, comparée à celles d'une action de SA. Dès lors que l'action d'une SRL ne représente pas le capital (notion supprimée) et que les droits y attachés sont définis par les statuts, elle a en réalité, selon ces auteurs, toutes les caractéristiques d'une part bénéfi-

ciaire de SA.

(174) R. AYDOGDU, « La nouvelle société à responsabilité limitée : gouvernance et droits des actionnaires plus flexibles », in *La réforme du droit des sociétés*, colloque Vanham & Vanham 26 avril 2018, p. 8.

(175) *Ibidem*.

- chaque action participe au bénéfice ou au solde de la liquidation¹⁷⁶ (article 5:41, alinéa 1^{er}, CSA) ;
- des droits de vote ne peuvent être attachés qu'à des actions (article 5:41, alinéa 2, CSA) ;
- les statuts peuvent limiter le nombre de voix dont chaque actionnaire dispose dans les assemblées, à condition que cette limitation s'impose à tout actionnaire quels que soient les titres pour lesquels il prend part au vote (article 5:45 CSA) ;
- en cas d'émission d'actions sans droit de vote, celles-ci donnent néanmoins droit à une voix par action dans certains cas (article 5:47 CSA).

Au rang des règles supplétives, il convient de mentionner que :

- chaque action donne droit à une part égale du bénéfice et du solde de liquidation (article 5:41, alinéa 1^{er}, CSA) ;
- chaque action donne droit à une voix (article 5:42, alinéa 1^{er}, CSA).

129. Classes d'actions. — Lorsqu'il est attaché à une action ou à une série d'actions d'autres droits que ceux attachés à d'autres actions émises par la même société, chacune de ces séries constitue une classe à l'égard des autres séries d'actions. Les actions avec des droits de vote différents ou sans droit de vote constituent toujours des classes distinctes (article 5:48 CSA). La modification des droits attachés aux classes d'actions est régie par une procédure particulière (article 5:102 CSA).

4. Le transfert des titres

130. Libre cessibilité de principe. — Les statuts peuvent désormais mettre en place un régime de cession libre des titres. La cessibilité des actions ou de titres donnant accès à des actions et des autres titres peut être limitée, selon les cas, par les statuts, les conditions d'émission de titres ou par des conventions (articles 5:67 et 5:68 CSA).

Dans le silence des statuts, un régime supplétif est mis en place par le Code, correspondant à l'ancien régime impératif de la SPRL, légèrement adapté. Tout transfert d'actions est, sauf exceptions, soumis à l'agrément des actionnaires, selon une procédure stricte (articles 5:63 à 5:65 CSA).

131. Cession d'une action non libérée. — En cas de cession d'une action non libérée, le cédant et le cessionnaire sont, nonobstant toute disposition contraire, tenus solidairement de la libération envers la société et les tiers. En cas de cessions successives, tous les cessionnaires consécutifs sont tenus solidairement (article 566, alinéa 1^{er}, CSA).

Sauf convention contraire, le cédant d'une action non libérée auquel la libération est demandée par la société ou un tiers, peut exercer un recours pour ce qu'il a payé contre le cessionnaire auquel il a cédé ses actions et tout cessionnaire ultérieur (article 566, alinéa 2, CSA)¹⁷⁷.

D. Administration

132. Les règles d'administration de la SRL sont modifiées sur de nombreux points qui la rapproche, une fois de plus, de la SA, à commencer par la terminologie, puisque la notion d'administrateur se substitue désormais à celle de gérant.

133. Composition - nomination - révocation (articles 5:70 et 5:71 CSA). — La SRL est administrée par un ou plusieurs administrateurs constituant un collège ou non. Les administrateurs ne peuvent, en cette qualité, être liés à la société par un contrat de travail.

Ils sont nommés par l'assemblée générale (ou, la première fois dans l'acte constitutif) pour une durée déterminée ou indéterminée. Ils peuvent aussi être nommés dans les statuts.

La révocation d'un administrateur nommé dans les statuts requiert une modification des statuts. Dans les autres cas, il revient aux statuts et à l'assemblée générale, à l'instar des nouvelles règles mises en place dans la SA (*infra*, nos 158 à 160) de décider des règles applicables à la révocation (exclusion éventuelle de la révocabilité *ad nutum*, octroi possible d'un délai de préavis ou d'une indemnité à l'administrateur révoqué, révocation pour de justes motifs sans préavis ni indemnité).

134. Pouvoirs (article 5:73 CSA). — En cas de pluralité d'administrateurs, il y a lieu de distinguer deux hypothèses : (i) soit ils ne forment pas de collège, auquel cas ils disposent, comme sous l'égide de l'ancien Code, de pouvoirs concurrents ou conjoints, (ii) soit ils forment un collège, désormais soumis à des règles inspirées de la SA, en matière de pouvoirs de gestion et de représentation.

135. Conflits d'intérêts (articles 5:76 à 5:78, CSA). — Le régime des conflits d'intérêts figurant dans l'ancien Code (articles 259 à 261) est adapté sur deux points. Le premier a trait à la nouvelle obligation faite à tout administrateur en position de conflit d'intérêts de s'abstenir par rapport à une décision (article 5:76, § 1^{er}, *in fine*, CSA). Le second se rapporte à la suppression de l'intervention du mandataire *ad hoc* désigné par l'assemblée générale lorsque le conflit d'intérêts concerne un administrateur unique. En pareil cas, il soumet la décision ou l'opération à l'assemblée générale. Si l'administrateur unique est aussi l'actionnaire unique, il peut prendre la décision ou réaliser l'opération lui-même (article 5:76, §§ 3 et 4, CSA).

136. Gestion journalière. — Le Code innove en permettant à l'organe d'administration de charger une ou plusieurs personnes de la gestion journalière de la société. Il est ici renvoyé aux commentaires relatifs au statut et aux pouvoirs (nouvellement définis) du délégué à la gestion journalière, figurant à la section consacrée à la SA (*infra*, nos 203 à 208).

E. Démission ou exclusion à charge du patrimoine social

137. Principes. — La disparition de la notion de capital de la SRL a, logiquement, entraîné celle de la réduction de capital.

Par quel système fallait-il la remplacer ?

Les auteurs du CSA soulignent l'intérêt que présente, dans le Code des sociétés, le système de la démission à charge du patrimoine de la société dans la s.c.. Si le rachat de parts dans la SPRL est également possible, il ne peut se faire avec la même souplesse que dans la s.c. dont le mécanisme d'admission et de démission sans modification statutaire constitue un avantage majeur. La suppression du capital de la SRL¹⁷⁸ a incité les auteurs du CSA à innover en s'inspirant de la flexibilité des règles applicables à la société coopérative, « tout en veillant suffisamment aux intérêts des créanciers dans un environnement sans capital »¹⁷⁹.

Le CSA permet désormais aux statuts de la SRL de prévoir que les actionnaires ont le droit de démissionner de la société « à charge de son patrimoine » (article 5:154, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, CSA). L'actionnaire démissionnaire verra donc sa part de retrait remboursée par la société. La société peut également exclure un actionnaire qui pourra recouvrer « la valeur de sa part de retrait » également à charge de la société (article 5:155 CSA). La SRL se dote ainsi d'un système de démission et d'exclusion similaire à celui qui s'appliquait, dans le cadre du Code 2001, à la SCRL.

(176) Le Code 2019 spécifie que « chaque action participe au bénéfice ou au solde de la liquidation ». Le mot « ou », dont on ne perçoit pas la portée réelle, ne figure pas dans la phrase suivante du même alinéa, relative au régime supplétif.

(177) R. Aydogdu remarque que la solution consacrée par le Code 2019 est à rebours de la décision récente de la Cour de cassation (Cass., 9 mars 2017, *J.L.M.B.*, 2018, pp. 292-294)

qui décide, en matière de cession de parts non libérées de s.p.r.l., que la société ne peut réclamer à l'associé cédant les appels de fonds postérieurs à l'inscription de la cession au registre des associés (R. AYDOGDU, « La nouvelle société à responsabilité limitée : gouvernance et droits des actionnaires plus flexibles », *op. cit.*, p. 13).

(178) Dans la première version du projet de Code 2019, il était prévu de

faire un usage restreint de la société coopérative et de la réserver aux formes de collaboration coopératives strictement définies par la loi. Ceci aboutissait notamment à rendre la SC non utilisables par des sociétés professionnelles de titulaires de professions libérales. L'intérêt pour la SRL en sortait, en principe, renforcé. Les arbitrages politiques qui ont précédé l'adoption du Code par le vote de la Chambre du 27 février 2019 ont

conduit cependant à l'adoption, pour la s.c., de règles assez proches du régime antérieur. Il faudra examiner l'impact de ce changement de cap sur les statistiques de constitutions de SRL et de SC, après l'entrée en vigueur du Code 2019.

(179) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 186.

138. Règles applicables à la démission. — Les statuts règlent les modalités de la démission (article 5:154, § 1^{er}, CSA).

Nonobstant toute disposition statutaire contraire, la démission n'est autorisée qu'à partir du troisième exercice suivant la constitution¹⁸⁰.

Le Code fixe encore un ensemble de règles supplétives : (i) l'obligation de démissionner pendant les six premiers mois de l'exercice social, (ii) un actionnaire qui démissionne le fait pour l'ensemble de ses actions qui seront annulées, (iii) la démission prend effet le dernier jour du sixième mois de l'exercice, et la valeur des parts de retrait doit être payée au plus tard dans le mois qui suit, (iv) le montant de la part de retrait pour les actions du démissionnaire est équivalent au montant réellement libéré et non encore remboursé pour ces actions sans cependant être supérieur au montant de la valeur d'actif net de ces actions telle qu'elle résulte des derniers comptes annuels approuvés¹⁸¹.

Le montant dû à l'actionnaire démissionnaire est une distribution visée aux articles 5:142 et 5:143 CSA, de sorte que les tests d'actif net et de liquidité doivent être effectués. Nonobstant toute disposition statutaire contraire, si la part de retrait ne peut être payée en tout ou en partie en application de ces articles, le droit au paiement est suspendu jusqu'à ce que les distributions soient à nouveau permises. Le montant restant dû sur la part de retrait devra être payé avant toute autre distribution aux actionnaires¹⁸². Aucun intérêt n'est dû sur ce montant.

L'organe d'administration doit faire rapport à l'assemblée générale des demandes de démission intervenues au cours de l'exercice précédent (article 5:154, § 2, CSA).

139. Le recours obligatoire au notaire. — Le Code précise encore que les démissions et modifications statutaires qui en découlent sont établies, avant la fin de chaque exercice, par un acte authentique reçu à la demande d'organe d'administration (article 5:154, § 3, CSA).

L'intervention notariale est maintenue malgré les réticences exprimées par le Conseil d'État, et ce dans un souci de maintenir à jour les statuts. Toutefois, afin de ne pas imposer de trop lourdes formalités, il suffira de procéder à cette mise à jour annuellement. Pour le surplus, le registre d'actions reflète à chaque moment la situation correcte de l'actionariat¹⁸³.

Les auteurs du Code s'éloignent à nouveau de l'objectif vanté de souplesse de la SRL en faisant du recours à l'acte authentique, une spécificité du régime de démission dans la SRL, sans véritable justification.

140. Règles applicables à l'exclusion. — Les statuts peuvent prévoir que la société peut exclure un actionnaire pour justes motifs ou pour tout autre motif indiqué dans les statuts¹⁸⁴. La proposition motivée d'exclusion est communiquée à l'actionnaire par voie électronique, sauf si l'actionnaire a choisi de communiquer avec la société par courrier, auquel cas la proposition lui est communiquée par pli recommandé (article 5:155, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, CSA).

L'assemblée générale, seule compétente pour prononcer une exclusion, doit inviter l'actionnaire dont l'exclusion est demandée à faire connaître ses observations par écrit, selon les mêmes modalités (par voie électronique ou par pli recommandé) et ce dans le mois de la communication de la proposition d'exclusion. L'actionnaire doit être entendu à sa demande. La décision d'exclusion doit être motivée (article 5:155, § 1^{er}, alinéa 2 à 4, CSA).

Sauf disposition statutaire contraire, l'actionnaire exclu recouvre la valeur de sa part de retrait conformément à l'article 5:154 CSA (article 5:155, § 3, CSA). Les règles applicables à l'évaluation de la part de retrait du démissionnaire (*supra*, n° 138) s'appliquent dès lors également dans le cas de l'évaluation de la part de retrait de l'actionnaire exclu.

L'organe d'administration communique la décision d'exclusion à l'actionnaire concerné, inscrit l'exclusion au registre des actions dont les données sont mises à jour (article 5:155, §§ 2 et 4, CSA) et, à l'instar des règles applicables en cas de démission, un acte authentique est établi avant la fin de l'exercice, établissant les exclusions intervenues et les modifications statutaires qui en découlent (article 5:155, § 5, CSA).

141. Retrait et exclusion judiciaires. — Il faut souligner que le régime de démission et d'exclusion statutaires décrit ci-avant coexiste avec les règles de retrait et d'exclusion judiciaires, applicables aux seules SRL non cotées. Les règles du Code 2019¹⁸⁵ sont très largement inspirées de celles qui figurent dans le Code 2001.

7 La société coopérative (SC)

142. Le maintien d'une forme de société coopérative. — L'ancien Code reconnaissait deux formes de sociétés coopératives : la SCRI (à responsabilité illimitée) et la SRL (à responsabilité limitée). La première a été supprimée, obligeant les SCRI constituées avant la date d'entrée en vigueur du Code à se transformer en une autre forme. À défaut de se faire d'ici le 31 décembre 2023, elles seront transformées de plein droit en sociétés en nom collectif¹⁸⁶.

Il ne subsiste désormais que la société coopérative (SC) qui recouvre sa particularité initiale, consistant à mener une entreprise sur le modèle coopératif. La SC a pour but principal, selon le Code, la satisfaction des besoins et/ou le développement des activités économiques et/ou sociales de ses actionnaires ou bien de tiers intéressés notamment par la conclusion d'accords avec ceux-ci en vue de la fourniture de biens ou de services ou de l'exécution de travaux dans le cadre de l'activité que la société coopérative exerce ou fait exercer. La société coopérative peut également avoir pour but de répondre aux besoins de ses actionnaires ou de ses sociétés mères et leurs actionnaires ou des tiers intéressés que ce soit ou non par l'intervention de filiales. Elle peut également avoir pour objet de favoriser leurs activités économiques et/ou sociales par une participation à une ou plusieurs autres sociétés (article 6:1, § 1^{er}, CSA).

Si la forme légale de la société coopérative est utilisée par des sociétés qui ne répondent pas à ces exigences, la dissolution judiciaire peut être prononcée par le tribunal sur requête d'un actionnaire, du ministère public ou de tout intéressé (article 6:127 CSA). Cette sanction peut s'appliquer tant aux sociétés coopératives constituées sans remplir les conditions légales, qu'aux sociétés qui ont cessé de les remplir au cours de leur existence¹⁸⁷.

143. Agrément. — Une société coopérative peut être agréée conformément aux dispositions du livre 8, en application de la loi du 20 juillet 1955 portant institution d'un Conseil national de la coopération, de l'entrepreneuriat social et de l'entreprise agricole et de ses arrêtés d'exécution¹⁸⁸. Une agrégation offre un certain nombre d'avantages fiscaux. Lorsqu'elle est agréée, elle sera désignée, en abrégé, selon le cas, soit de « SC agréée », soit, lorsqu'elle remplit les conditions de l'entreprise sociale, de « SC agréée comme ES »¹⁸⁹. Le non-respect des conditions d'agrément peut également entraîner la dissolution judiciaire.

144. Régime légal. — La société coopérative est traitée séparément dans le Code (livre 6, articles 6:1 à 6:128), sans assimilation au régime de la SRL, comme initialement prévu¹⁹⁰ par le législateur.

(180) S'agissant d'une disposition impérative, les statuts peuvent prévoir des dispositions plus strictes en prescrivant un temps d'attente plus long que deux exercices après la constitution, « ou le faire par une classe d'actions spécifiques », Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 187.
(181) Cette valeur est calculée en divisant l'actif net (tel que défini dans l'article 5:142, alinéa 3, CSA) par le nombre d'actions émises (en tenant

compte, le cas échéant, de l'existence de classes d'actions, puis qu'une classe peut représenter une partie proportionnelle plus importante de cet actif net) (Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 187).
(182) « En toute hypothèse, les autres créanciers sont payés par préférence aux actionnaires », Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 188.
(183) Exposé des motifs, *Doc. parl.*,

Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 188.
(184) À la différence de la démission, l'exclusion peut intervenir même pendant les deux années qui suivent la date de constitution de la société (article 5:155, § 3, CSA).
(185) Articles 2:60 à 2:69 CSA.
(186) Chapitre IV, section II, article 41, § 2, de la loi introduisant le Code des sociétés et des associations.
(187) Exposé des motifs, *Doc. parl.*,

Chambre, 2017-2018, n° 3119/001.
(188) Sur le plan international, le modèle coopératif est reflété par les principes de l'ACI (*International Cooperative Alliance - ICA*).
(189) Cette formule est ainsi offerte aux actuelles sociétés à finalité sociale qui pour la plupart sont des SC. Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, pp. 11, 14-15.
(190) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001,

Quelques caractéristiques de la SC doivent être mentionnées :

— la SC est une société dont les actionnaires n'engagent que leur apport (article 6:2 CSA) et qui, à l'instar de la SRL, doit disposer, non plus d'un capital minimum mais de capitaux propres suffisants à la lumière de l'activité projetée (article 6:4 CSA), justifiés par un plan financier établi préalablement à la constitution de la société (article 6:5 CSA) ;

— la SC ne peut émettre que des actions nominatives avec droit de vote. Les actions peuvent être assorties d'un droit de vote multiple, dans un cadre analogue à celui qui a été mis en place pour la SRL (articles 6:39 à 6:41 CSA). Elle peut aussi émettre des obligations, éventuellement sous la forme dématérialisée (voire au porteur lorsque les obligations sont émises exclusivement à l'étranger et régies par un droit étranger). Elle ne peut recourir à la certification de ses titres ;

— Les SC qui sont des entreprises réglementées au sens de l'article 3, 42°, de la loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et des sociétés de bourse peuvent émettre tout autre titre que leur statut légal leur permet d'émettre, dématérialisé ou non ;

— la SC est administrée par un ou plusieurs administrateurs constituant un collège ou non (article 6:58 CSA), qui, à leur tour, peuvent charger une ou plusieurs personnes de la gestion journalière (article 6:67 CSA) ;

— toute distribution est soumise, comme dans la SRL, aux tests d'actif net (article 6:115 CSA) et de liquidité (article 6:116 CSA).

145. Démission et exclusion. — Le Code maintient les règles qui étaient l'apanage de la société coopérative, en matière de démission et d'exclusion à charge du patrimoine social, aujourd'hui partie intégrante des règles applicables à la SRL.

Dans le cadre d'un régime toutefois différent de celui adopté pour la démission et l'exclusion d'actionnaires de SRL, le Code 2019 distingue les cas (i) de démission volontaire d'un actionnaire (article 6:120 CSA), (ii) de démission de plein droit ou « de perte de qualité » (article 6:122 CSA), si, lorsque les statuts le prévoient, un actionnaire ne répond plus aux exigences statutaires pour devenir actionnaire et (iii) d'exclusion d'un actionnaire pour justes motifs¹⁹¹.

Qu'en est-il des notions de « retrait de parts » (article 374 C. soc.) et de « retrait de versements » (article 377 C. soc.) ?

Le retrait de parts s'apparente à une démission partielle¹⁹² et ouvre un droit, au retrayant, au remboursement de ses parts (à concurrence de la quotité pour laquelle il démissionne). Il faut noter que la disposition du Code 2019 en vertu de laquelle la démission porte sur l'ensemble des actions du démissionnaire est supplétive. Le Code semble donc permettre aux statuts de prévoir un régime de démission partielle.

Le retrait de versements vise le cas de l'associé qui reprend tout ou partie de son apport mais sans réduire l'étendue de ses obligations (réduction de libération et non de souscription)¹⁹³. Autrefois encadré par les règles applicables à la libération minimale des apports (article 397 C. soc.), ce type de retrait était soumis à l'autorisation préalable de l'assemblée générale ou d'un autre organe habilité par les statuts. S'agissant d'une distribution, cette opération est désormais soumise, comme dans la SRL, à des règles spécifiques, visant au maintien du patrimoine de la société, telles que les tests d'actif net et de liquidité.

8 La société anonyme (SA)

A. Introduction

146. Siège de la matière. — Le livre 7 (articles 7:1 à 7:232) du Code 2019 traite de la SA. Il est subdivisé en sept titres consacrés (i) à la nature et la qualification de la SA, (ii) à la constitution, (iii) aux titres et à leur transfert, (iv) aux organes de la société et à l'assemblée générale des obligataires, (v) au capital, (vi) à la durée et la dissolution et (vii) aux dispositions pénales.

147. Rendre à la SA sa vocation historique. — La marge d'adaptation du droit de la SA est plus réduite, eu égard aux contraintes du droit européen. Cela étant, les auteurs du Code 2019 visent à rendre à la SA sa vocation historique, à savoir « rassembler suffisamment de capitaux pour développer une entreprise d'une certaine envergure, où l'identité des coactionnaires est d'un intérêt accessoire. Elle est conçue pour les grandes sociétés qui ont un actionnariat important »¹⁹⁴.

Si la SA ne subit pas une refonte aussi profonde que la SRL, elle fait néanmoins l'objet d'un « lifting » d'ampleur. Outre l'introduction de la SA unipersonnelle, deux grandes nouveautés sont introduites, qui marqueront le fonctionnement de la SA à l'avenir, à savoir (i) la possibilité pour les statuts de la SA cotée de prévoir un droit de vote double pour les actionnaires fidèles et l'introduction du droit de vote multiple dans la SA non cotée et (ii) la gouvernance.

Il sera traité, dans la présente section, successivement du vote multiple dans la SA non cotée (B), du droit de vote double dans les sociétés cotées (C) et de l'administration de la SA (administration moniste, administrateur unique, administration duale et gestion journalière) (D).

B. Le droit de vote multiple

148. À valeur égale, chaque action donne droit à une voix (articles 541 C. Soc. et 7:51 CSA). La prohibition du vote multiple contenue dans cette règle remonte à 1934¹⁹⁵. Elle a souvent été jugée trop radicale par la doctrine qui a décrit les mécanismes permettant d'obtenir un droit de vote renforcé, notamment par l'émission de titres hors capital¹⁹⁶.

Dans les SA non cotées, la règle est désormais supplétive (article 7:52 CSA), le droit de vote multiple étant encadré par des dispositions impératives et supplétives, similaires à celles qui existent pour la SRL (*supra*, n° 128).

La liberté statutaire est grande. Se basant sur l'absence d'abus dans les SCRL pour lesquelles le droit de vote multiple est autorisé depuis des années ainsi que sur les systèmes étrangers, le législateur n'a pas jugé utile, dans les sociétés non cotées, de poser une limite ou de fixer un multiplicateur maximal¹⁹⁷.

C. Le droit de vote double dans la SA cotée

149. Principe. — Le législateur permet également aux sociétés cotées de déroger au principe « une action-une voix », mais de manière limitée, en permettant à l'assemblée générale, de conférer un double droit de vote au profit des actionnaires qui ont libéré leurs actions et les ont conservées sans interruption au nom du même actionnaire, pendant deux ans au moins (article 7:53, § 1^{er}, alinéa 1, CSA).

Un double objectif est poursuivi par ce « droit de vote de loyauté » qui est (i) d'encourager l'engagement des actionnaires dans une vision à long terme, promue par la révision de la directive 2007/36/CE¹⁹⁸ et (ii) de favoriser le financement des sociétés par le recours à la cotation

p. 193.
⁽¹⁹¹⁾ À la différence du régime applicable à la SRL où l'exclusion doit être prévue dans les statuts (article 5:155 CSA), l'exclusion est, dans la SC, de droit, « nonobstant toute disposition statutaire contraire » (article 6:123 CSA).
⁽¹⁹²⁾ P. NICAISE et K. DEBOECK, *Vade Mecum des sociétés coopératives*, Bruxelles, Créadif, 1995, pp. 60 et

61.
⁽¹⁹³⁾ *Ibidem*.
⁽¹⁹⁴⁾ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 11.
⁽¹⁹⁵⁾ Pour une étude ancienne et nuancée du vote plural, de ses avantages et des inconvénients, cons. J.-M. MARX, *Le vote plural et les procédés de maîtrise dans les sociétés anonymes*, Bruxelles, 1929 (166 p.).

⁽¹⁹⁶⁾ F. T'KINT, « Les actions et le droit de vote », *R.P.S.*, 1989, p. 259 et s.
⁽¹⁹⁷⁾ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 197.
⁽¹⁹⁸⁾ Directive du Parlement européen et du Conseil 2007/36/CE du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires des sociétés cotées, *J.O.*, L 184,

pp. 17-27 et proposition de directive du Parlement et du Conseil du 9 avril 2014 modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, et la directive 2013/34/UE en ce qui concerne certains éléments de la déclaration sur la gouvernance d'entreprise.

en bourse en empêchant que les actionnaires de contrôle n'évitent de procéder à de telles opérations par peur d'une perte de contrôle.

150. Le modèle français. — Le législateur s'est inspiré du modèle français¹⁹⁹ de la « loi Florange » qui impose un délai de conservation des actions pendant deux ans.

À la différence du mécanisme qui prévaut en France, le droit de vote dit « de loyauté » n'est cependant pas automatiquement conféré à celui qui détient des actions de manière ininterrompue durant deux ans. Le Code exige que l'assemblée générale se prononce de manière formelle, par une décision prise à la majorité des deux tiers des voix exprimées²⁰⁰. Si l'assemblée générale recourt à cette possibilité, la décision doit valoir pour toutes les actions qui satisfont aux conditions (article 7:53, § 1^{er}, alinéa 1, CSA)²⁰¹.

Il faut souligner que l'introduction du droit de vote double n'impose pas en soi l'application de l'article 7:155 relatif à la modification des droits des classes d'actions car le droit de vote double appartient au titulaire de l'action et n'est pas lié à l'action (article 7:53, § 3, CSA). Tous les actionnaires peuvent bénéficier sur un pied d'égalité du double droit de vote si les conditions requises par la loi sont remplies²⁰².

151. Comment se prouve la loyauté ? — En guise de preuve, le Code 2019 prévoit que seules les actions entièrement libérées qui sont inscrites durant une période ininterrompue de deux ans au nom du même actionnaire dans le registre des actions nominatives peuvent bénéficier du double droit de vote (article 7:53, § 1^{er}, alinéa 2, CSA). Il n'est pas exigé que le délai de deux ans débute lors de l'introduction du double droit de vote dans les statuts ou le jour de la cotation en bourse. Les actions libérées et inscrites au registre des actions nominatives durant deux ans au nom du même actionnaire offrent à leur titulaire le double droit de vote et ce dès la modification des statuts ou dès la cotation en bourse.

152. Incidence du transfert d'actions. — Ce droit appartenant au titulaire de l'action, il faut s'interroger sur l'effet produit par un transfert d'actions ? Le transfert de l'action ou la conversion de l'action nominative en action dématérialisée entraîne la perte du double droit de vote (article 7:53, § 2, alinéa 1^{er}, CSA)²⁰³.

Il existe des exceptions concernant diverses hypothèses telles que le transfert par suite de succession, de liquidation de régime matrimonial ou de cession au profit d'un successeur (y compris les transferts d'actions détenues par une société si le contrôle de cette société est cédé aux mêmes personnes) ou en cas de cession dans le cadre d'une certification des actions (article 7:53, § 2, alinéas 2 à 4, CSA). Il en va de même en cas de fusion ou de scission de la société cotée, opérations qui restent sans effet sur le droit de vote double pour autant que les statuts le prévoient (article 7:53, § 2, *in fine*, CSA).

153. Sociétés qui envisagent la cotation. — Une société non cotée dont les statuts prévoient, conformément à l'article 7:52 un droit de vote multiple pour une ou plusieurs classes d'actions, peut instaurer un double droit de vote en vue de sa cotation, après avoir supprimé le droit de vote multiple en se conformant à l'article 7:155 (article 7:53, § 4, CSA).

Avant son entrée en bourse, la société devra donc avoir supprimé le droit de vote multiple en respectant la procédure prescrite pour la mo-

dification des droits des classes d'actions. Elle pourra ensuite introduire, par une modification des statuts, le droit de vote double²⁰⁴.

D. L'administration de la SA

1. Introduction

154. L'optimisation de l'administration de la SA retient l'attention du législateur à intervalles réguliers. La loi du 2 août 2002, dite « de corporate governance » a constitué une étape importante de la réforme des organes sociaux en introduisant (i) le comité de direction (organe optionnel), (ii) les comités consultatifs (optionnels), (iii) les règles de renforcement de l'indépendance du commissaire, et (iv) des règles d'amélioration du fonctionnement des assemblées générales. D'autres réformes ont suivi, relatives au contrôle interne et au comité d'audit (loi du 17 décembre 2008), au renforcement du gouvernement d'entreprises dans les sociétés cotées, imposant le comité de rémunération, la déclaration de gouvernement d'entreprise et des règles spécifiques en matière de rémunération des dirigeants (loi du 6 avril 2010) et à la désignation du code de gouvernement d'entreprise à respecter par les sociétés cotées (AR du 6 juin 2010).

Certaines questions sont cependant apparues au cours des dernières années, appelant une réponse de la loi, relatives notamment à l'inefficacité du comité de direction, à la révocabilité *ad nutum* des administrateurs ou aux contours imprécis de la gestion journalière. L'introduction de la SA unipersonnelle et la disparition concomitante de la société en commandite par actions (SCA), ont naturellement fait émerger la question de l'administrateur unique.

Le Code 2019 traite de toutes ces questions au livre 7, titre 4, chapitre 1^{er}, CSA, comportant 5 sections : (i) administration moniste, (ii) l'administrateur unique, (iii) administration duale, (iv) gestion journalière et (v) responsabilités. Les règles nouvelles qu'elles contiennent sont examinées successivement ci-après.

2. Administration moniste

a. Composition de l'organe d'administration collégial

156. Organe collégial. — Le Code 2019 (article 7:85, § 1^{er}, CSA) reprend les articles 521, alinéa 1^{er}, 517 et 518, § 1^{er}, C. soc., moyennant de légères modifications d'ordre principalement linguistique²⁰⁵.

Cette disposition confirme (i) que les administrateurs forment un collège (auquel, sauf dispositions contraires des statuts ou dispositions particulières du Code, les règles ordinaires des assemblées délibérantes s'appliquent — article 2:41 CSA), (ii) que les administrateurs doivent être au nombre de trois (ou deux tant que la société ne compte que deux actionnaires) et (iii) que le mandat d'administrateur de SA doit être exercé dans un statut d'indépendant²⁰⁶.

157. Durée du mandat. — Nommés par l'assemblée générale des actionnaires, les administrateurs sont désignés pour la première fois dans l'acte constitutif, pour six ans au plus. Leur mandat peut être renouvelé de manière illimitée (article 7:85, § 2, alinéa 1^{er}, CSA).

À cet égard, le Code 2019 clarifie, à la suggestion du Conseil d'État²⁰⁷, ce qu'est la durée d'un mandat.

Sauf disposition statutaire contraire ou à moins que l'assemblée générale n'en décide autrement lors de leur nomination, leur mandat court de l'assemblée générale qui les a nommés jusqu'à l'assemblée géné-

(199) Pour une perspective comparative, voy. A. COIBION et J. FILBICHE, « Le droit de vote double dans les sociétés cotées - Analyse comparative de quelques implications en matière d'OPA, de fusion ou scission et d'introduction en bourse », *T.R.V.-R.P.S.*, 2019, pp. 208-220.

(200) Sur l'application du quorum des deux tiers, voy. J. DELVOIE et S. DECLERCQ, « De invoering van meervoudig stemrecht in loyaleitss-tremrecht in bestaande vennootschappen », *T.R.V.-R.P.S.*, 2019, pp. 143-147.

(201) Eu égard à la difficulté d'atteindre la majorité requise (majorité qualifiée pour la modification des

statuts) dans les sociétés déjà cotées, il a été suggéré, pendant le processus d'élaboration du Code 2019, de « diminuer » cette majorité. En ce sens, P. LAMBRECHT, « Titres de sociétés, Le projet actuel du nouveau Code des sociétés et des associations », colloque du Centre du droit des sociétés, 8 novembre 2017.

(202) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 210.

(203) Le droit de vote de loyauté ne peut donc être valorisé, ni la prime de contrôle qui lui est éventuellement liée car les actions doivent être inscrites de manière ininterrompue au

nom d'un même actionnaire. Aussi, en cas de transfert de l'action, l'acquéreur devra attendre au moins deux ans avant de pouvoir lui-même bénéficier du double droit de vote. Par contre, en cas de transfert à titre universel, comme en cas de fusion ou de succession, le double droit de vote est maintenu (Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 163).

(204) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 210.

(205) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 225.

(206) Cela n'empêche évidemment

pas la dualité de fonctions (soit l'exercice, en sus de la fonction d'administrateur, d'autres fonctions, si un lien de subordination existe entre lui et la société pour cette fonction distincte). Un employé d'une société mère peut aussi assumer un mandat d'administrateur dans une filiale : Cet employé devra toutefois devenir indépendant à titre complémentaire pour ce mandat d'administrateur (Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 225).

(207) CE section de législation, avis n° 61.998/2, pp. 63-64.

rale ordinaire ayant lieu dans l'année comptable durant laquelle leur mandat prend fin selon la décision de nomination (article 7:85, § 2, alinéa 2, CSA).

Ceci rencontre le cas d'un administrateur nommé au cours d'une assemblée générale à une date autre que celle de l'assemblée générale ordinaire. Si la fin de mandat ne correspond pas exactement à une assemblée ordinaire, le mandat est alors prolongé jusqu'à la prochaine assemblée ordinaire, même si, en définitive, la durée effective du mandat peut excéder la durée limitée fixée.

158. Révocation du mandat sans motif (avec ou sans préavis ou indemnité) - article 7:85, § 3, alinéas 1^{er} et 2, CSA). — La révocabilité *ad nutum* des administrateurs perd son caractère d'ordre public et revêt désormais un caractère supplétif. Les vifs débats soulevés par la question sont reflétés par l'exposé des motifs. Le caractère d'ordre public²⁰⁸ du droit de révocation *ad nutum* de l'assemblée générale n'empêche pas, en réalité, le contournement de la règle par divers moyens²⁰⁹, rien ne justifiant en pareil cas de maintenir une règle inhibant à bien des égards l'action des administrateurs.

159. Le Code 2019 consacre donc la révocabilité *ad nutum* avec effet immédiat — sans motif ni indemnité — à titre de règle supplétive. La règle peut être modulée (par l'assemblée générale) ou supprimée (par les statuts).

L'assemblée générale peut mettre un terme à tout moment, avec effet immédiat et sans motif au mandat de chaque administrateur. Toutefois, sauf disposition statutaire contraire, l'assemblée générale peut dans tous les cas, au moment de la révocation, fixer la date à laquelle le mandat prendra fin ou octroyer une indemnité de départ²¹⁰ (article 7:85, § 3, alinéa 1^{er}).

Par dérogation à la disposition qui précède, les statuts peuvent prévoir qu'il ne peut être mis fin au mandat d'un administrateur que moyennant le respect d'un délai de préavis ou l'octroi d'une indemnité de départ (article 7:85, § 3, alinéa 2).

160. Révocation pour de justes motifs (sans préavis ni indemnité) — article 7:85, § 3, alinéa 3, CSA). — L'assemblée générale peut toutefois, en toute hypothèse, mettre un terme au mandat d'un administrateur pour de justes motifs, sans préavis ni indemnité²¹¹.

161. Démission. — La cessation de fonction d'administrateur est traitée avec plus de rigueur et de transparence que par le passé²¹²; la démission ne doit pas être acceptée par la société mais elle ne doit pas être donnée de manière intempestive par l'administrateur, qui doit rester en fonction jusqu'à ce que la société puisse raisonnablement pourvoir à son remplacement.

Afin d'éviter toute discussion lors de la publication, il est confirmé que l'administrateur peut lui-même publier la fin de son mandat, si la société reste en défaut de le faire (article 7:85, § 4, CSA).

162. Sociétés cotées - Administrateur indépendant. — On rappelle que les sociétés cotées doivent créer un comité d'audit (*infra*, n° 177) et un comité de rémunération (*infra*, n° 178). La présence d'administrateurs indépendants est requise au sein de ces comités.

Aux neuf critères formels de l'article 526ter C. soc. permettant de définir l'administrateur indépendant, le Code substitue un système souple qui « combine une définition générale de la notion d'administrateur indépendant avec un mécanisme de gouvernance dans le code de gouvernance d'entreprise révisé »²¹³.

En vertu du Code 2019, un administrateur de société cotée est considéré comme indépendant s'il n'entretient pas avec la société ou un actionnaire important de celle-ci de relation qui soit de nature à mettre son indépendance en péril. Il est fait application des critères prévus dans le code belge de gouvernance d'entreprise que le Roi désigne conformément à l'article 3:6, § 2, alinéa 4. Le Roi doit veiller à ce que ce code contienne une liste de critères adéquats. Un candidat administrateur qui remplit ces critères est présumé, jusqu'à preuve du contraire, être indépendant (article 7:87, § 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2, CSA). Lorsque le conseil d'administration présente à l'assemblée générale la candidature d'un administrateur indépendant qui ne remplit pas ces critères, il expose les motifs qui le conduisent à considérer que le candidat est effectivement indépendant (article 7:87, § 1^{er}, alinéa 3, CSA).

L'exposé des motifs précise encore que le code de gouvernance d'entreprise²¹⁴ contiendra les critères formels de la recommandation européenne²¹⁵. Ces critères deviendront ainsi des critères de *soft law* auxquels il sera permis d'indiquer qu'ils ne s'appliquent pas dans tel ou tel cas lorsque le conseil d'administration aura établi, à la satisfaction de l'assemblée générale, que le candidat n'entretient pas avec la société ou un actionnaire important de celle-ci, de relation qui soit de nature à mettre son indépendance en péril (principe *comply or explain*). Une large majorité des États membres adhère à cette approche²¹⁶.

La suggestion du Conseil d'État de protéger les administrateurs indépendants contre une révocation *ad nutum* est également renvoyée au code de gouvernement d'entreprise²¹⁷.

b. Rémunération (articles 7:89 à 7:92 CSA)

165. Compétence exclusive de l'assemblée générale. — L'assemblée générale est désormais compétente, en vertu de l'article 2:50 CSA, de décider de cette rémunération.

L'exposé des motifs souligne la nouveauté de la règle et la compétence de l'assemblée sur le principe et le contenu de la rémunération des administrateurs, y compris en fin de mandat. Cette compétence exclusive lui est déjà reconnue à l'heure actuelle, mais elle est parfois perdue de vue²¹⁸. Cette disposition ne s'applique pas aux modalités de missions complémentaires confiées à des administrateurs (comme une mission de gestion journalière ou une mission dans le cadre d'un contrat de travail) ou des missions confiées à des non-administrateurs qui relèvent, en général, de l'organe d'administration²¹⁹.

166. Principe : le mandat d'administrateur est rémunéré. — Le Code 2019 introduit une nouvelle disposition qui confirme une règle généralement admise. Sauf disposition statutaire contraire ou à moins que l'assemblée générale n'en décide autrement lors de leur nomination, les administrateurs sont rémunérés pour l'exercice de leur mandat (article 7:89 CSA).

(208) Ce principe interdit de soumettre la révocation à un quorum de vote renforcé (75 % par exemple) ou d'assortir la révocation du paiement d'une indemnité par la société.

(209) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 225.

(210) « On pense par exemple à la réduction du nombre de mandats d'administrateur à la suite d'une réorganisation ou à la cessation d'un certain nombre de mandats après une fusion ou une acquisition », Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 226.

(211) Dans le cas d'une grave infraction pénale dans la sphère professionnelle ou d'une fraude fiscale. Si le motif légal invoqué n'est pas ac-

cepté, il appartient au juge de décider quelles en sont les conséquences, par exemple le rétablissement du mandat de l'administrateur concerné, ou l'indemnisation pour cessation abusive du mandat (Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 226).

(212) Sur les problèmes posés par la démission dans le Code 2001, voy. P. STROOBANT, M. FYON, A.-P. ANDRÉ-DUMONT, « Nomination et cessation des fonctions des dirigeants de sociétés », in Y. DE CORDT (dir.), *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 100 et s.

(213) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, pp. 226-227.

(214) En vertu de l'arrêté royal du

12 mai 2019 (M.B., 17 mai 2019), les sociétés belges cotées sont désormais tenues de désigner le Code belge de gouvernance d'entreprise 2020 comme code de référence au sens de l'article 3:6, § 2, alinéa 4, du Code des sociétés et associations. L'arrêté royal du 6 juin 2010 portant désignation du Code de gouvernement d'entreprise à respecter par les sociétés cotées est abrogé. Le même régime transitoire que la loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses est prévu. En conséquence, l'arrêté royal du 12 mai 2019 s'applique aux nouvelles personnes morales à partir du 1^{er} mai 2019. Il s'applique aux personnes morales existantes à partir du

1^{er} janvier 2020, sauf si elles ont décidé de se soumettre au code avant cette date.

(215) Recommandation de la Commission européenne du 15 février 2005 concernant le rôle des administrateurs non exécutifs et des membres du conseil de surveillance des sociétés cotées et les comités du conseil d'administration ou de surveillance, 2005/162/CE, Annexe II.

(216) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 227.

(217) *Ibidem*.

(218) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 56.

(219) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001,

167. Rémunération dans les sociétés cotées. Dispositions regroupées. — Le Code 2019 regroupe aux articles 7:90 à 7:92 les règles qui figurent aux articles 520^{bis}, 520^{ter} et 554, alinéas 4 à 8, C. soc.²²⁰, « à peine adaptées eu égard aux choix politiques faits en 2010 »²²¹. Ces choix ne sont pas remis en cause. Il est cependant mis fin à certaines controverses ou incertitudes.

Il est procédé à une reprise par le Code 2019 des règles du Code 2001 relatives à la rémunération variable d'un administrateur exécutif d'une société cotée (article 7:90 CSA), à l'acquisition d'actions ou exercice d'options sur actions à titre de rémunération d'un administrateur de société cotée (article 7:91 CSA) et à l'indemnité de départ supérieure à 12 ou à 18 mois de rémunération (article 7:92 CSA).

À ce propos, le Code 2019 prévoit, et c'est une nouveauté, que si une convention conclue avec un administrateur exécutif ou un autre dirigeant visé à l'article 3:6, § 3, alinéa 3²²², ou un délégué à la gestion journalière d'une société cotée prévoit une indemnité de départ supérieure à 12 mois de rémunération tels que visés à l'article 3:6, § 3, alinéa 2, 6^o, elle est, nonobstant toute disposition statutaire ou clause contractuelle contraire, toujours conclue sous la condition suspensive de son approbation par l'assemblée générale.

En outre, si l'indemnité de départ est supérieure à 18 mois de rémunération telle que visée à l'article 3:6, § 3, alinéa 2, 6^o, l'assemblée générale ne peut l'approuver que sur la base d'un avis conforme et motivé du comité de rémunération.

Il est ainsi mis fin à la controverse suscitée par l'article 554, alinéa 4, C. soc. dont une certaine lecture laissait à penser que l'assemblée générale ne devait être saisie qu'en cas d'octroi d'une indemnité supérieure à 18 mois²²³.

c. Pouvoirs et fonctionnement du conseil d'administration

168. Gestion, représentation et dépassement de l'objet social. Reprise intégrale des règles antérieures. — Les articles 7:93 et 7:94 CSA reprennent dans leur quasi-intégralité les règles du Code des sociétés applicables : (i) aux pouvoirs de gestion (article 7:93, § 1^{er}, CSA reprenant l'article 522, § 1^{er}, alinéa 1 et 2) et de représentation (article 7:93, § 2, CSA reprenant l'article 522, § 2, C. soc.) du conseil d'administration, ainsi que (ii) aux conséquences du dépassement de l'objet social par le conseil d'administration, les administrateurs ou les délégués à la gestion journalière (article 7:94 CSA reprenant l'article 526 C. soc.). Ces dispositions anciennes, parfois complexes à appliquer, ont fait l'objet d'abondants commentaires auxquels il est ici renvoyé²²⁴.

169. Délibération par écrit (article 7:95, alinéa 2, CSA). — Le Code 2019 assouplit la prise de décision par écrit et la soumet désormais à la seule condition d'unanimité (article 7:95, alinéa 2, CSA). Il est ainsi opportunément mis fin à la condition d'urgence, imposée par l'article 521, alinéa 1 et 2, C. soc.

170. Conflit d'intérêts entre la société et son administrateur (article 7:96 CSA). — Le régime de l'article 523 C. soc. a été repris par le Code 2019, avec un changement de fond important, étant la généralisation du devoir d'abstention dans tous les cas où un administrateur a un intérêt opposé à la société (et non plus seulement dans les sociétés faisant appel public à l'épargne, qualification au demeurant supprimée par le Code 2019).

171. Conflits d'intérêt dans une société cotée (article 7:97 CSA). — Le Code 2019 reprend l'article 524 C. soc. qui vise à prévenir les conflits d'intérêt entre une société cotée et son actionnaire de contrôle²²⁵. Le champ d'application est toutefois élargi (i) aux relations de la société cotée avec tout actionnaire de contrôle, quelle que soit sa forme, et (ii) à certaines opérations préparatoires²²⁶. Les auteurs du Code ont en revanche renoncé à élargir le champ d'application de cette disposition, lourde et complexe, aux sociétés non cotées²²⁷.

172. Champ d'application (relations visées). — Le principe figurant à l'article 524 C. soc. est repris par le Code 2019. Aussi, pour toute décision ou opération en exécution d'une décision relevant du conseil d'administration d'une société cotée et concernant une personne physique ou une personne morale liée à cette société cotée, mais qui n'est pas une des filiales de celle-ci, le conseil d'administration applique la procédure qui est établie aux paragraphes 3 et 4 (article 7:97, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, CSA).

Entrent dans le champ d'application toutes les décisions ou opérations de la société cotée ou de ses filiales avec l'actionnaire de contrôle ou d'autres personnes morales qu'il contrôle pour autant que ces dernières ne se situent pas dans le périmètre du sous-groupe contrôlé par la société cotée. La rédaction de l'article 7:97, § 1^{er}, alinéa 1, CSA, clarifie à cet égard en le simplifiant le texte de l'article 524 C. soc.²²⁸.

173. Première extension opérée par le CSA. — Si, comme il vient d'être rappelé, échappent, en principe, à ce régime les opérations entre sociétés se situant dans le périmètre du sous-groupe de la société cotée, il est fait exception à cette règle si une des filiales concernées de la société cotée est détenue, directement ou indirectement, à hauteur de 25 % au moins par l'actionnaire de contrôle autrement que par l'intermédiaire de la société cotée (ce pourcentage de 25 % est calculé soit en fonction du capital, soit en fonction du droit aux bénéfices, par exemple si la filiale concernée n'a pas de capital) (article 7:97, § 1^{er}, alinéa 2, CSA)²²⁹.

174. Seconde extension opérée par le CSA. — Pour tenir compte des recommandations récentes de la FSMA d'appliquer volontairement l'article 524 C. soc., les auteurs du Code 2019 ont décidé d'ériger ces recommandations en obligation légale et de les appliquer à certaines opérations.

Ainsi, est désormais soumise à la procédure (des paragraphes 3 et 4), la décision du conseil d'administration d'une société cotée de soumettre à l'assemblée générale pour approbation (i) une proposition d'apport en nature, y compris un apport d'universalité ou de branche d'activité, par une personne physique ou une personne morale liée à cette société cotée, (ii) un projet de fusion, de scission, d'opération assimilée au sens de l'article 12:7 avec, ou l'apport d'une universalité, à une société liée à cette société cotée (article 7:97, § 2, alinéa 1^{er}, CSA).

Cette disposition n'est pas applicable lorsque la société liée à la société cotée est une filiale de celle-ci à moins qu'il ne s'agisse d'une filiale dans laquelle la personne physique ou morale qui détient le contrôle ultime de la société cotée détient directement ou indirectement, au travers d'autres personnes physiques ou morales que la société cotée, une participation représentant au moins 25 % du capital de cette filiale ou lui donnant droit, en cas de distribution de bénéfices par cette filiale, à au moins 25 % de ces bénéfices (article 7:97, § 2, alinéa 2, CSA).

p. 57.

(220) Pour une synthèse, voy. P. DE WOLF et G. STEVENS, « La société anonyme », *T.P.D.C.*, t. 4, vol. 2, Kluwer, Waterloo, 2013, pp. 200-206 et les réf. citées.

(221) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 228.

(222) [...] on entend par "autres dirigeants" les membres de tout comité où se discute la direction générale de la société organisé en dehors de l'article 7:104 (c'est-à-dire : administration duale).

(223) E. POTTIER, « La société anonyme : nouveautés en matière de gouvernance », in *La réforme du droit des sociétés*, séminaire Vanham,

26 avril 2018, p. 9.

(224) Voy. l'excellente synthèse de D. WILLERMAIN, « Les pouvoirs des dirigeants d'entreprise, spécialement des administrateurs de sociétés anonymes : état des lieux et réflexions », in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, op. cit., pp. 123-174 et P. DE WOLF, « Le conseil d'administration : répartition, délégation de pouvoirs et mandats spéciaux », *J.T.*, 1998, pp. 217 et s.

(225) P. HERMANT, « Les responsabilités des administrateurs dans les groupes de sociétés », séminaire Vanham, 31 janvier 2019, pp. 12-18.

(226) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 230.

(227) « On a choisi de ne pas élargir le champ d'application de la procédure aux sociétés non-cotées, parce qu'elle est lourde et complexe. Un tel élargissement impliquerait par exemple l'obligation de nommer des administrateurs indépendants dans chaque société anonyme. En outre, la nature et la composition de l'actionnariat dans des sociétés non cotées sont très diverses, de sorte qu'il serait difficile de mettre en place une procédure de conflits d'intérêts adaptée à une telle variété de situations. En pratique on rencontre d'ailleurs des solutions statutaires inspirées par l'article 524 C. soc. : les auteurs du projet ont voulu préserver cette flexibilité » (Exposé des motifs, *Doc.*

parl., Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, pp. 232-233).

(228) *Ibidem*.

(229) « Dans ce cas, en effet, il est raisonnable de penser que la société cotée ou une autre de ses filiales pourrait opérer un transfert de valeurs injustifié vers la filiale concernée dans laquelle l'actionnaire de contrôle détient une participation substantielle, soit directement, soit par le biais de sociétés qu'il contrôle et qui se situent hors du périmètre de consolidation de la société cotée » (Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 230).

175. Procédure et action en nullité (article 7:97, §§ 3 à 5, CSA). — Les anciennes règles subsistent et, dans certains cas, sont clarifiées.

d. Comités au sein du conseil d'administration

176. Principe. — La loi du 2 août 2002 de *corporate governance*, a permis la création de comités facultatifs au sein du conseil d'administration. L'article 7:98 du Code 2019 reprend en termes identiques l'article 522, § 1^{er}, alinéa 3, C. soc. Il est loisible aux sociétés de créer, selon les cas, des comités d'audit, de nomination, de rémunération et de stratégie.

La création des comités d'audit et de rémunération a été rendue obligatoire dans les sociétés cotées répondant à certains critères de taille, respectivement par la loi du 17 décembre 2008 (article 526bis C. soc.) et par la loi du 6 avril 2010 (article 526quater C. soc.).

177. Comité d'audit (obligatoire) dans les sociétés cotées et les entités d'intérêt public. — Les sociétés cotées²³⁰ et les entités d'intérêt public visées à l'article 1:12, 2^o ²³¹, constituent un comité d'audit²³² au sein de leur conseil d'administration (article 7:99, § 1^{er}, CSA). L'article 7:99 CSA reprend l'article 526bis C. soc. moyennant des adaptations purement stylistiques et l'ajout de l'obligation de se réunir régulièrement.

178. Comité de rémunération (obligatoire) dans les sociétés cotées. — L'article 7:100 CSA reprend l'article 526quater C. soc., moyennant des adaptations purement stylistiques.

3. L'administrateur unique

179. Innovation importante : « l'intégration de la société en commandite par actions dans la société anonyme ». — Le législateur a supprimé, parmi d'autres formes de sociétés, la société en commandite par actions. L'intérêt que présentait cette forme de société²³³ (notamment comme structure de contrôle dans les groupes familiaux) est connu. Le droit de veto de l'associé commandité permet en effet d'assurer à ce dernier que les statuts ne seront pas modifiés, ni sa révocation votée, sans son accord. Le système peut être préservé par l'option de l'administrateur unique dans la société anonyme.

a. Principes et fonctionnement (article 7:101 CSA)

180. Option statutaire. — Les statuts peuvent prévoir que la société est administrée par un administrateur unique, qui peut être nommé dans les statuts (article 7:101, § 1^{er}, alinéa 1, CSA).

181. Société cotée ou disposition légale imposant une administration collégiale. — Dans une société cotée ou lorsqu'une disposition légale impose une administration collégiale, l'administrateur unique doit être une société anonyme administrée par un organe collégial. Dans ce cas, la section 1^{re} (administration moniste) s'applique par analogie tant à l'administrateur unique qu'à son organe d'administration et aux membres de celui-ci » (article 7:101, § 1^{er}, alinéa 2).

Si l'administrateur unique est une société anonyme avec une administration duale, les dispositions de la section 3 (administration duale) sont d'application par analogie tant à l'administrateur unique qu'à son conseil de surveillance et à son conseil de direction et à leurs membres » (article 7:101, § 1^{er}, alinéa 2).

182. Désignation d'un successeur de l'administrateur unique. — Les statuts peuvent nommer un successeur de l'administrateur unique (article 7:101, § 1^{er}, alinéa 4). Il s'agit d'une reprise du mécanisme utilisé pour la SCA consistant à nommer un gérant suppléant appelé à succéder au gérant de la SPRL, constituée en tant qu'associé commandité. Le recours à la SPRL se justifiait en effet, en pratique, par la nécessité de limiter les effets de la responsabilité solidaire de l'associé commandité.

183. Solidarité. — Les statuts peuvent prévoir que l'administrateur unique est solidairement et indéfiniment responsable des obligations de la société. Dans ce cas, l'administrateur ne peut être personnellement condamné en raison des obligations de la société tant que cette dernière n'a pas été elle-même condamnée (article 7:101, § 2, CSA). Cette disposition surprend. Si elle se justifie sans doute à l'égard des SCA appelées à opter pour le régime de la SA (*infra*, n° 187), on peut toutefois douter de son utilité dans les autres cas.

184. Droit de veto. — Les statuts peuvent prévoir que le consentement de l'administrateur unique est exigé pour toute modification de statuts, pour toute distribution aux actionnaires ou pour sa révocation (article 7:101, § 3, CSA). Une double limite du droit de l'administrateur unique de se maintenir en place est toutefois fixée par le Code 2019 à l'article 7:101, § 4, CSA (*infra*, n° 186).

185. Cessation des fonctions. Généralités. — Le décès, l'interdiction, la déconfiture, la faillite et la liquidation de l'administrateur unique et toute autre cause mentionnée dans les statuts emportent de plein droit la cessation de ses fonctions (article 7:101, § 4, alinéa 1^{er}, CSA).

186. Cessation des fonctions. Révocation par l'assemblée générale et révocation judiciaire. — Deux voies sont ouvertes, pour contourner le droit de veto de l'administrateur unique.

Même si le consentement de l'administrateur unique est nécessaire à sa révocation en vertu d'une disposition statutaire, l'assemblée générale peut mettre fin à son mandat sans son consentement, aux conditions de *quorum* et de majorité requises pour la modification des statuts, pour de justes motifs (article 7:101, § 4, alinéa 2, CSA). Les justes motifs peuvent être contestés en justice par l'administrateur unique. Il appartient alors au juge de décider s'il est opportun de maintenir l'administrateur dans ses fonctions ou de l'indemniser pour sa révocation²³⁴.

Les titulaires d'actions avec droit de vote qui représentent au moins 10 % ou, pour une société cotée, 3 % du capital, peuvent néanmoins désigner à l'unanimité un mandataire spécial, actionnaire ou non, chargé d'introduire une demande de révocation de l'administrateur unique pour de justes motifs. Cette demande est portée devant le président du tribunal de l'entreprise du siège de la société siègeant comme en référé. L'exploit introductif d'instance mentionne l'identité du mandataire spécial chez qui il est fait élection de domicile (article 7:101, § 4, alinéa 3, CSA).

187. Transformation d'une SCA en SA Droit transitoire. — Les dispositions transitoires de la loi introduisant le Code des sociétés et des associations traitent spécifiquement de la transformation de la SCA en SA, avant le 1^{er} janvier 2024²³⁵.

Elles se résument comme suit :

— la transformation requiert une modification des statuts. La procédure de transformation des sociétés prévue au livre 14, titre 1^{er}, chapitre 2, du Code 2019 ne s'applique pas ;

— les associés commandités restent tenus solidairement et indéfiniment à l'égard des tiers des engagements de la société antérieurs à l'opposabilité aux tiers de l'acte de transformation conformément à l'article 2:18 du Code 2019 ;

— les statuts d'une société anonyme dans laquelle une société commandite par actions est transformée ne peuvent limiter les droits de veto dont le gérant statutaire dispose avant la transformation aux termes de l'article 659 du Code des sociétés ou sur la base des statuts que si le gérant statutaire consent à cette limitation.

b. Conflits d'intérêts (articles 7:102 et 7:103 CSA)

188. Conflit d'intérêt - Champ d'application (article 7:102, § 1^{er}, CSA). — Lorsque l'administrateur unique est appelé à prendre une dé-

(230) « Par "société cotée", il faut entendre la société dont les actions, les parts bénéficiaires ou les certificats se rapportant à ces actions sont admis aux négociations sur un marché réglementé visé à l'article 3, 7^o, de la loi du 21 novembre 2017 relative aux infrastructures des marchés d'instruments financiers et portant transposition de la directive 2014/65/UE »

(article 1 : CSA).

(231) Il s'agit des « sociétés dont les valeurs mobilières visées à l'article 2, 31^o, b) et c), de la loi du 2 août 2002 sur la surveillance du secteur financier et les services financiers, sont admis aux négociations sur un marché réglementé visé à l'article 3, 7^o, de la loi du 21 novembre 2017 relative aux infrastructures des marchés d'in-

struments financiers et portant transposition de la directive 2014/65/UE ».

(232) Pour un examen approfondi, voy. M. DE WOLF et P. DE WOLF, « Contrôle interne, gestion des risques et contrôle externe - De nouveaux champs d'action pour l'organe de gestion, le comité d'audit et le commissaire », in *Droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 79-119.

(233) Pour une brève description des enjeux liés à la disparition de la SCA, voy. P. DE WOLF, « *In memoriam* la société en commandite par actions », *J.T.*, 2017, pp. 471-472.

(234) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 235.

(235) Chapitre IV, section II de la loi, article 41, § 4.

cision ou à se prononcer sur une opération relevant de sa compétence à propos de laquelle il a un intérêt direct ou indirect de nature patrimoniale qui est opposé à celui de la société, il soumet cette décision ou cette opération à l'assemblée générale. En cas d'approbation de la décision ou de l'opération par celle-ci, l'organe d'administration peut l'exécuter.

Lorsque l'administrateur unique, personne morale, est doté d'un organe d'administration collégial, il faut distinguer deux cas de figure :

— soit un membre de cet organe d'administration a un intérêt direct ou indirect de nature patrimoniale qui est opposé à l'intérêt de la société : l'article 7:96 est d'application ;

— soit tous les administrateurs de l'organe d'administration de l'administrateur unique ont un intérêt opposé, la décision ou l'opération est soumise à l'assemblée générale (en cas d'approbation de la décision ou de l'opération par celle-ci, l'organe d'administration peut l'exécuter). Si l'administrateur unique est également l'actionnaire unique, il peut prendre la décision ou réaliser l'opération lui-même.

189. Exceptions (article 7:102, § 2, CSA). — À moins que l'administrateur unique soit également l'actionnaire unique, les règles qui précèdent ne s'appliquent pas dans certains cas, identiques aux exceptions visées à l'article 7:96 CSA (*supra*, n° 170).

190. Formalités et nullité (article 7:103 CSA). — Des formalités sont imposées, selon le cas, (i) à l'assemblée générale, aux autres administrateurs, ou à l'administrateur unique qui est également l'actionnaire unique et (ii) au commissaire, s'il en a été nommé un. En outre, des recours analogues à ceux qui existent en matière de conflit d'intérêts dans le système moniste, sont institués.

4. Administration duale

191. Ratio legis. — Les auteurs du projet soulignent l'importance de cette partie de la réforme, compte tenu de l'échec du système dual mis en place en 2002²³⁶ : « On sait que le système instauré par la loi du 2 août 2002 est à différents égards peu élaboré et qu'il permet un grand nombre d'options aux sociétés concernées, qui sont en général plutôt sophistiquées. En outre, ce système n'est pas impératif. Pour toutes sortes de raisons, la pratique ne l'a pas accueilli avec enthousiasme. Elle est au contraire restée majoritairement fidèle aux régimes duaux *ad hoc*, qui peuvent être différents d'une société à l'autre et qui suscitent parfois des questions quant à leur compatibilité avec les règles générales du droit des sociétés en matière d'administration, de pouvoir de représentation et de partage de responsabilité entre les administrateurs exécutifs et les administrateurs non exécutifs »²³⁷.

Il s'agit donc d'offrir, en particulier aux grandes sociétés, un régime dual réel, clair et bien élaboré, en vue d'accroître l'attrait du régime dual légal et mener à une rationalisation des régimes existants et à une plus grande sécurité juridique²³⁸.

a. Organes et composition

192. Régime facultatif. — Faute de consensus pour rendre le régime dual obligatoire dans certaines sociétés (par exemple les sociétés cotées ou d'une certaine taille), celui-ci est optionnel. Les statuts peuvent ainsi prévoir que l'administration de la société est assurée par un conseil de surveillance et un conseil de direction, chacun dans les limites des pouvoirs qui lui sont attribués (article 7:104 CSA).

193. Conseil de surveillance - Composition, statut, nomination. — Le conseil de surveillance est un organe collégial qui compte au moins trois membres, personnes physiques ou morales. Les membres du conseil de surveillance ne peuvent être en même temps membres du conseil de direction²³⁹. Les membres du conseil de surveillance ne peuvent, en cette qualité, être liés à la société par un contrat de travail. Ils sont nommés par l'assemblée générale des actionnaires ; ils peuvent être désignés pour la première fois dans l'acte constitutif. Ils

sont nommés pour six ans au maximum, mais leur mandat est renouvelable de manière illimitée. Sauf disposition contraire dans les statuts ou à moins que l'assemblée générale n'en décide autrement lors de leur nomination, leur mandat court de l'assemblée générale qui les a nommés jusqu'à l'assemblée générale ordinaire ayant lieu dans l'année comptable durant laquelle leur mandat prend fin selon la décision de nomination.

194. Conseil de surveillance - Révocation des membres (article 7:195, § 4, CSA) - Démission des membres (article 7:195, § 5, CSA). — Des règles identiques à celles qui s'appliquent aux administrateurs dans le système moniste (article 7:85, §§ 3 et 4, CSA — *supra*, n° 158 à 160) s'appliquent au conseil de surveillance.

195. Conseil de direction - Composition, nomination, statut. — Le conseil de direction est un organe collégial qui compte au moins trois membres, personnes physiques ou morales. Les membres du conseil de direction ne peuvent être en même temps membres du conseil de surveillance. Ils ne peuvent, en cette qualité, être liés à la société par un contrat de travail ; ils sont désignés et révoqués par le conseil de surveillance (article 7:107, CSA).

196. Rémunération. — Les membres du conseil de surveillance et les membres du conseil de direction sont en principe rémunérés pour l'exercice de leur mandat (article 7:108 CSA). Les articles 7:90 à 7:92 [applicables aux sociétés cotées] s'appliquent par analogie aux membres du conseil de surveillance et du conseil de direction d'une société cotée.

b. Pouvoirs et fonctionnement

197. Conseil de surveillance. — Le conseil de surveillance est chargé : (i) de la politique générale et la stratégie de la société ; (ii) de tous les actes qui sont réservés spécifiquement au conseil d'administration au sens de la section 1^{re} (administration moniste) par d'autres dispositions du présent code, (iii) de rédiger tous les rapports prévus par le code ainsi que tous les projets prescrits par les livres 12 et 14 et (iv) d'exercer la surveillance du conseil de direction²⁴⁰ (article 7:109, § 1^{er}, CSA).

Les membres du conseil de surveillance peuvent se partager entre eux les tâches du conseil de surveillance.

Pour l'exercice de ses compétences exclusives, le conseil de surveillance est doté d'un pouvoir de représentation externe, y compris la possibilité de déléguer ce pouvoir à un nombre limité de membres (article 7:109, § 2, CSA).

Enfin, comme la surveillance du conseil de direction revient exclusivement au conseil de surveillance, il lui appartient de se prononcer par un vote spécial sur la décharge des membres du conseil de direction (article 7:109, § 3, CSA) et, le cas échéant, d'exercer une action sociale à l'encontre des membres du conseil de direction (article 7:156, alinéa 2, CSA).

198. Conseil de direction. — Le conseil de direction exerce tous les pouvoirs d'administration visés à l'article 7:93, § 1^{er} [d'un conseil d'administration moniste] qui ne sont pas réservés au conseil de surveillance conformément à l'article 7:109 (article 7:110 CSA).

Le conseil de direction représente la société à l'égard des tiers, y compris en justice, avec faculté de déléguer ce pouvoir à certaines personnes (article 7:110, alinéa 2, CSA — à l'identique du régime applicable dans le système moniste).

199. En synthèse. — Le conseil de direction a donc la compétence exclusive pour le fonctionnement opérationnel de la société et dispose des compétences résiduelles. Le pouvoir de représentation général revient exclusivement au conseil de direction : le conseil de surveillance dispose uniquement d'un pouvoir de représentation dans les matières qui lui sont réservées²⁴¹.

(236) Pour une synthèse du fonctionnement du comité de direction, voy. Y. DE CORDT e.a., « Société anonyme », *R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 335-351.

(237) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 236.
(238) *Ibidem*.

(239) En tant que *lex specialis*, la loi du 25 avril 2014 et la loi du 13 mars 2016 qui définissent le modèle belge selon lequel les membres d'un comité de direction d'établissements de crédit et d'entreprises d'assurance doivent être administrateurs, demeurera provisoirement d'application (Exposé des motifs, *Doc. parl.*,

Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 237).

(240) Voy. les nombreux exemples fournis par l'exposé des motifs (Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 238).

(241) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 239. Comme pour la répartition

des compétences entre l'assemblée générale et l'organe d'administration dans un régime d'administration moniste, les statuts peuvent prévoir que certaines décisions prises par le conseil de direction doivent être préalablement approuvées par le conseil de surveillance. De telles clauses statutaires n'ont qu'un effet purement in-

200. Interactions entre conseil de surveillance et conseil de direction. — Pour le bon exercice de la tâche de surveillance et en vue d'évaluer correctement sa propre responsabilité et de rédiger le rapport de gestion, le Code (article 7:111 CSA) prévoit « un flux d'informations émanant du conseil de direction²⁴² ».

201. Conflit d'intérêts au sein du conseil de surveillance et conseil de direction. — Les articles 7:115 à 7:117 reprennent les articles 7:96 et 7:97, mais en les adaptant à l'administration duale : en cas de conflit d'intérêts personnel d'un membre du conseil de direction, celui-ci renvoie la matière pour décision au conseil de surveillance.

Les décisions qui nécessitent l'application de la procédure relative au conflit d'intérêts de l'actionnaire de contrôle dans une société cotée sont également une compétence exclusive du conseil de surveillance.

202. Comités consultatifs au sein du conseil de surveillance. — Les articles 7:118 à 7:120 CSA sont une version adaptée à l'administration duale des articles 7:98, 7:99 et 7:100 CSA respectivement.

5. Gestion journalière

203. Ratio legis. — Le Code 2001 ne définissait pas la gestion journalière, laissant au juge le soin de pourvoir à une définition. Les arrêts de la Cour de cassation des 17 septembre 1968²⁴³ et 26 février 2009²⁴⁴ ont suscité à cet égard de nombreuses incertitudes. En particulier, la définition des actes de gestion journalière, comme étant ceux qui n'excèdent pas les besoins de la vie quotidienne de la société et les actes de peu d'importance et nécessitant une prompt solution, a conduit à une grande incertitude et à un « décalage complet entre le droit et la pratique²⁴⁵ ».

L'exigence d'une condition cumulative prive en réalité le délégué à la gestion journalière d'agir dans les affaires non urgentes, créant un risque accru d'invalidation des actes posés par ce dernier, au motif qu'ils le seraient en dehors de sa sphère de compétence.

204. Désignation. — Le conseil d'administration, l'administrateur unique ou, dans la structure duale, le conseil de direction, peut charger une ou plusieurs personnes, qui agissent chacune individuellement, conjointement ou collégalement, de la gestion journalière de la société, ainsi que de la représentation de la société en ce qui concerne cette gestion. L'organe d'administration qui a désigné l'organe de gestion journalière est chargé de la surveillance de celui-ci (article 7:21, alinéa 1, CSA).

205. Étendue des pouvoirs. — La gestion journalière de la société comprend tous les actes et les décisions qui n'excèdent pas les besoins de la vie quotidienne de la société ainsi que les actes et les décisions qui en raison de l'intérêt mineur qu'ils représentent ou en raison de leur caractère urgent ne justifient pas l'intervention du conseil d'administration, de l'administrateur unique ou du conseil de direction (article 7:21, alinéa 2, CSA).

Dans cette nouvelle définition, deux (des trois) critères fixés par la Cour de cassation, rappelés ci-avant, sont désormais alternatifs. Relèvent donc de la gestion journalière les actes et les décisions qui soit n'excèdent pas les besoins de la vie quotidienne de la société, soit représentent un intérêt mineur, soit ont un caractère urgent²⁴⁶.

206. Opposabilité des clauses de double signature. — La disposition selon laquelle la gestion journalière est confiée à une ou plusieurs personnes, qui agissent chacune individuellement, conjointement ou collégalement, est opposable aux tiers (aux conditions fixées à l'article 2:18). Les restrictions apportées au pouvoir de représentation de l'organe de gestion journalière ne sont toutefois pas opposables aux tiers, même si elles sont publiées (article 7:121, alinéa 3, CSA).

207. Compétence concurrente. — Dans le régime dual, c'est le conseil de direction qui a le pouvoir de déléguer la gestion journalière, puisque la gestion journalière fait partie des devoirs que la loi lui attribue. Il est aussi précisé que l'organe d'administration exerce la surveillance de l'organe chargé de la gestion journalière. Les deux organes conservent une compétence concurrente (il s'agit d'une délégation de compétences et non d'un transfert de compétences)²⁴⁷.

Dans une société cotée, les articles 7:90 à 7:92 CSA relatifs à la rémunération s'appliquent par analogie à chaque membre de l'organe de gestion journalière (article 7:121, alinéa 4, CSA).

Xavier DIEUX
Professeur ordinaire à l'ULB
Avocat

Patrick DE WOLF
Maître de conférences à l'UCLouvain
Avocat

terne, et ne sont pas opposables aux tiers.

(242) *Ibidem*.

(243) Cass., 17 septembre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 61.

(244) Cass., 26 février 2009, *R.D.C.*, 2009, p. 948.

(245) E. POTTIER, « La société anonyme : nouveautés en matière de gouvernance », in *La réforme du droit des sociétés*, séminaire Vanham & Vanham, 26 avril 2018, p. 18 et les réf. citées.

(246) Exposé des motifs, *Doc. parl.*,

Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 24-241. Aucune distinction n'est opérée selon la nature de l'acte ou de la décision. Ainsi, la décision de soumissionner à un marché public ou d'intenter une procédure d'annulation devant la Cour constitutionnelle

ou le Conseil d'État peuvent relever de la gestion journalière.

(247) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 241.