



1

Le polymorphisme du paysage sociétaire belge a-t-il toujours un sens ?

Pierre NICAISE

Maître de conférences à l'Université catholique de Louvain
Notaire à Gréz-Doiceau
et

Edouard-Jean NAVEZ

Licencié en notariat
Assistant à l'Université catholique de Louvain

Introduction	6
SECTION I	
Les origines de la diversité dans le paysage sociétaire belge	9
SECTION II	
Les particularités de certaines formes sociétaires au regard des impératifs de contrôle et de stabilité	17
SECTION III	
La typologie des sociétés dans une perspective évolutive	30
Conclusions	51

Introduction

Les initiateurs d'un projet entrepreneurial sont fréquemment animés par des objectifs particuliers qui vont au-delà du simple intérêt à exercer une activité en société.

Tantôt, le choix du type de société pourra être influencé par la volonté de maintenir le caractère familial de l'actionnariat ou d'en restreindre l'accès, le souci de conserver le contrôle de l'entreprise, l'ambition d'assortir la transmission patrimoniale de modalités particulières, etc.

Le droit belge connaît une multitude de formes sociétaires qui ont chacune vu le jour dans un contexte historique particulier.

C'est ainsi que le Code des sociétés distingue d'abord, parmi les sociétés non dotées de la personnalité juridique, la société de droit commun, la société momentanée et la société interne.

Au nombre des sociétés qui bénéficient de la personnalité juridique, le Code des sociétés énumère successivement, aux §§ 2 et 3 de l'article 2, les différentes formes sociales qu'il entend régir, à savoir :

- la société en nom collectif (SNC) ;
- la société en commandite simple (SCS) ;
- la société privée à responsabilité limitée (SPRL) ;
- la société coopérative à responsabilité limitée ou illimitée (SCRL et SCRI) ;
- la société anonyme (SA) ;
- la société en commandite par actions (SCA) ;
- le groupement d'intérêt économique (GIE) ;
- la société européenne (SE) ;
- la société coopérative européenne (SCE) ;
- la société agricole (S. Agr.).

Si, à l'origine, la mise en place des différents véhicules répondait à une logique et des préoccupations propres, le maintien de cette diversité dans le paysage sociétaire belge pose aujourd'hui question ¹.

1. Voy. not. J.-P. BOURS, « Les sociétés commerciales : le choix de la forme », in *Chronique de droit à l'usage du Palais*, t. VII, *Le droit des sociétés*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989 ; M. COIPEL, « Unité et diversité dans le paysage des groupements de personnes ou de biens en droit privé », in *Le nouveau droit des ASBL et des fondations. La loi du 2 mai 2002*, coll. Centre d'études Jean Renauld, vol. 10, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 5 et s. ; Th. TILQUIN, *Traité des sociétés*, t. I, Diegem, Kluwer, 1996, pp. 281 et s. ; P. NICAISE, « La suppression des titres au porteur : la fin d'un mythe ? », in *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 820 ; K. GEENS, « Tweehonderd jaar vennootschapsrecht in vogelvlucht », in *Bicentenaire du Code de commerce*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 98 et s.

Introduction

L'évolution du droit des sociétés, impulsée au niveau communautaire et répercutée en droit interne, amène en effet à remettre en cause le schéma global sur lequel reposent les distinctions entre les formes sociétaires.

Une première idée sous-jacente est qu'aujourd'hui, les rapports entre les différents ordres juridiques nationaux peuvent se concevoir en termes concurrentiels, les législateurs étant alors perçus comme engagés dans un processus d'émulation réciproque, induit et arbitré par le choix des opérateurs économiques privés².

Les réformes du droit des sociétés observées aux quatre coins de l'Europe doivent donc être appréhendées à l'aune de cette évolution.

Sous l'impact conjugué de la globalisation³ et du phénomène de concurrence régulatoire (cf. *infra*), l'on assiste actuellement à un mouvement de convergence des formes sociétaires nationales vers un modèle souple, libéral, de type anglo-américain⁴.

Parallèlement, les réflexions relatives à la modernisation du droit des sociétés sont orientées, aussi bien sur le plan communautaire⁵ qu'au niveau interne, vers les impératifs de simplification et de flexibilisation des régimes applicables aux PME.

Le droit belge des sociétés a, pour sa part, connu de profondes mutations au cours de ces quarante dernières années, qui ont progressivement mené à l'éclatement de la *summa divisio* en droit des groupements⁶ et à la remise en question des classifications qui transcendaient traditionnellement le droit des sociétés.

2. H. MUIR WATT, « La concurrence entre systèmes juridiques », *La lettre de Prospective*, rubrique « Tribunes », 24 mai 2004, p. 1 ; *id.*, « La liberté d'établissement des sociétés commerciales exerçant une activité intracommunautaire », *Rev. crit. DIP*, 2004/1, p. 175, où l'auteur rappelle que la liberté d'établissement implique désormais qu'une société valablement constituée selon la loi d'un État membre doit pouvoir accéder sans entrave au statut d'opérateur sur le marché des autres États en conservant son avantage comparatif.

3. A. COURET, « Mondialisation et droit des sociétés. La structure juridique des entreprises (corporate governance) », *R.I.D.E.*, t. XVI, 2002/2-3, pp. 339 et s., et les commentaires de J. PAILLUSSEAU et P. BEHRENS.

4. Voy. not. J.A. McCahery, P. Moerland, T. Raaijmakers et L. Renneboog, *Corporate Governance Regimes Convergence and Diversity*, Oxford University Press, 2002 ; K.J. Hopt, E. Wymeersch, H. Kanda et H. Baum, *Corporate Governance in Context Corporations, States and Markets in Europe, Japan, and the US*, Oxford University Press, 2005.

5. Pour un exemple récent, voy. la proposition de règlement du Conseil relatif au statut de la société privée européenne, présentée par la Commission le 25 juin 2008, COM (2008) 396.

6. A. Benoit-Moury, « La création d'une société à finalité sociale. Son impact sur la classification des groupements en droit belge et sur la théorie de la commercialité », *Act. dr.*, 1997, p. 716 ; M. Coipel, « Pour une nouvelle étape dans la distinction entre association et société », in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 549 et s.

LE POLYMORPHISME DU PAYSAGE SOCIÉTAIRE BELGE A-T-IL TOUJOURS UN SENS ?

Ces évolutions témoignent de la remise en question progressive du paradigme dominant le droit des groupements dans notre pays et appellent de nouvelles réflexions sur les vertus de l'unité et/ou la pertinence du maintien d'une certaine diversité ⁷.

Faisant ainsi écho au souhait du Professeur Horsmans, qui a récemment appelé de ses vœux à un « Big Bang » sociétaire ⁸, nous pensons qu'il convient de remettre sur le métier une série de principes et de distinctions dont seule la tradition commande le maintien.

À titre d'exemple, l'on constate en pratique que les classifications traditionnelles – société de personnes et de capitaux, société civile et société commerciale, etc. – sont progressivement supplantées par le critère de l'appel public à l'épargne, qui apparaît désormais comme l'élément essentiel pour justifier la mise en place de règles complexes, rigides et protectrices.

Dans cette perspective, le caractère potentiellement ouvert ou fermé d'une forme sociétaire tend à devenir le critère déterminant pour l'application des règles en droit des sociétés ⁹.

À l'inverse, les sociétés dites « fermées » ne pourraient-elles pas être constituées sous l'égide d'un statut unique qui, en faisant la part belle à la liberté contractuelle, présenterait les mêmes virtualités que toutes les autres figures sociétaires ?

Bien qu'un peu excessive sans doute, cette présentation n'en demeure pas moins confirmée par la réalité des chiffres relatifs aux constitutions d'entreprises.

Dans les lignes qui suivent, nous nous attacherons à mettre en lumière l'intérêt du choix de la forme sociale pour atteindre les objectifs poursuivis par les fondateurs, et en particulier le maintien du contrôle.

Dans un premier temps, nous brosserons un rapide tableau des formes sociales les plus importantes (II), avant de les mettre en perspective sous différents angles (III) ayant un impact significatif du point de vue du contrôle.

Dans la seconde partie de ce rapport, nous lancerons quelques pistes permettant d'alimenter le débat portant sur l'intérêt du maintien du *statu quo* dans le paysage sociétaire, compte tenu des grandes lignes de force qui commandent l'évolution du droit des sociétés (IV).

7. Sur cette question, voy. M. COIPEL, « Unité et diversité dans le paysage des groupements de personnes ou de biens en droit privé », *op. cit.*, pp. 5 et s. ; *id.*, « Méthode horizontale et nouveau paradigme en matière de personnes morales de droit privé », in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Gent, Story-Scientia, 1986, pp. 195-217.

8. G. HORSMANS, « Le Big Bang sociétaire », in *Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, pp. 543 et s.

9. Voy. dans le même sens, P.-H. CONAC, « La distinction des sociétés cotées et non cotées », *Rev. soc.*, 1/2005, pp. 67 et s. Voy. égal. X. DIEUX, « De la société anonyme comme "modèle" et de la société cotée comme "prototype" », in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 619 et s.

I

Les origines de la diversité dans le paysage sociétaire belge

Le titre III du Livre I du Code de commerce de 1807 ne connaissait que quatre formes de sociétés commerciales :

- la société en nom collectif ;
- la société en commandite ;
- la société anonyme ;
- les associations en participation.

Par la suite, le législateur est intervenu à diverses reprises pour amender et compléter les règles en vigueur, et ainsi façonner le droit des sociétés que l'on connaît aujourd'hui.

L'une des étapes majeures de cette évolution fut consacrée par la loi du 18 mai 1873, qui a introduit la société coopérative et revu en profondeur les dispositions relatives à la société anonyme et à la commandite.

Il fallut cependant attendre la loi du 9 juillet 1935 pour que soit instituée la SPRL, alors société de personnes à responsabilité limitée.

En 1979, le législateur s'est lancé dans une voie, heureusement oubliée aujourd'hui, de la création d'une forme nouvelle de société en considération de son objet. La loi du 12 juillet 1979 a ainsi créé la société agricole, censée répondre aux besoins spécifiques du monde agricole. Le succès ne fut pas au rendez-vous. Il existe en effet moins de 1.000 sociétés agricoles à l'heure actuelle.

Le groupement d'intérêt économique (GIE) fut quant à lui introduit en 1989, dans la foulée du règlement européen créant le groupement européen d'intérêt économique (GEIE)¹⁰. La création du GIE résulte d'une méprise : le législateur a cru que l'implémentation du règlement européen sur le GEIE impliquait l'obligation de créer un GIE de droit belge, alors qu'un renvoi au droit des sociétés aurait suffi¹¹.

C'est également le droit européen qui est à l'origine des nouvelles formes sociétaires que sont la société européenne et la société coopérative européenne. Ces sociétés ne sont toutefois pas véritablement européennes au sens où leur régime serait identique dans tous les États membres ; elles sont de type européen

10. Voy. G. HORSMANS et P. NICAISE, « Les groupements et leur constitution », in *Les groupements d'intérêt économique*, Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 7 et s.

11. M. COIPEL, « Unité et diversité dans le paysage des groupements de personnes ou de biens en droit privé. Première partie. Regards sur un paysage remodelé », *op. cit.*, p. 33.

car, compte tenu des nombreux renvois au droit national et de la liberté laissée aux États membres, il existe autant de variantes que d'États membres ¹².

L'introduction de chaque nouvelle forme de société répondait à des considérations historiques, politiques, économiques ou sociales qu'il peut être utile de rappeler brièvement, pour les principales d'entre elles.

1.1 La société anonyme ¹³

Apparue officiellement avec le Code de commerce, qualifiée d'« anonyme » parce qu'aucun associé n'y est responsable *in infinitum* et qu'aucun nom ne peut figurer dans la raison sociale ¹⁴, la SA se caractérise par la responsabilité limitée de l'actionnaire à son apport. Cet élément apparut indispensable afin d'attirer les capitaux vers ce type de société.

En effet, dès l'origine, la société anonyme a été conçue comme un instrument permettant de drainer des capitaux importants, qu'une personne seule ne pourrait réunir ¹⁵.

Elle est, dans l'esprit du législateur, la forme la plus favorable aux grandes entreprises ¹⁶. « Machines juridiques à regrouper des capitaux » ¹⁷, les sociétés anonymes sont indissociables du régime capitaliste ; elles n'ont pas été créées pour autre chose que pour servir le capitalisme ¹⁸ et en favoriser le développement.

Institutions jugées nécessaires mais dangereuses ¹⁹, les sociétés anonymes inquiètent autant par leur puissance économique potentielle ²⁰ que par la limitation de la responsabilité des actionnaires. ²¹

C'est la raison pour laquelle le Code de commerce subordonne à l'autorisation préalable des pouvoirs publics la création de ce type de société. Cette

12. P. NICAISE, « La société européenne : une société de type européen », *J.T.*, 2002, p. 490.

13. Voy. P. NICAISE, « La société anonyme », in *Traité pratique de droit commercial*, t. IV, Diegem, Story-Scientia, 1998, pp. 109 et s.

14. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *La société anonyme au XIX^e siècle*, Paris, P.U.F., 1985, p. 14.

15. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. I, 1^{ère} éd., Bruxelles, Bruylant, 1954, p. 319, n° 460.

16. L. FRÉDÉRICQ, *Principes de droit commercial belge*, t. II, Gand, Van Rysselberghe et Rombaut, 1930, p. 98, n° 619.

17. D. VIDAL, *Droit des sociétés*, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 351, n° 940.

18. G. RIPERT, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1951, p. 113.

19. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 21 ; R. PIRET, L'évolution de la législation belge sur les sociétés anonymes, 1946, n° 23.

20. J. GUILLERY, *Des sociétés commerciales en Belgique. Commentaire de la loi du 18 mai 1873*, 2^e éd., Bruxelles/Paris, Bruylant/Marescq, 1882, p. 156, n° 477. Voy. égal., en ce sens, les réf. citées par A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 24.

21. « (...) la garantie que le public trouve dans la responsabilité individuelle n'existe plus dans la société anonyme » (FOULD, lettre du 8 juin 1863, cité par A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 22).

autorisation se donne « à cause de la forme de la société anonyme et non en raison de la branche d'industrie qu'on se propose d'exploiter »²² ; elle traduit la méfiance du législateur à l'égard de l'institution de la société anonyme.

Sous la pression des milieux économiques, qui s'accommodent difficilement de la lenteur et des lourdeurs du système de l'autorisation, et de « l'arbitraire des décisions gouvernementales et de l'incompétence des fonctionnaires chargés d'instruire les demandes »²³, le législateur belge, à l'unisson des législateurs européens, libéra, en 1873, la société anonyme de cette tutelle de l'État que représentait l'autorisation préalable. La loi du 18 mai 1873 proclame la liberté absolue de constituer des sociétés anonymes, à la seule condition de respecter les quelques règles que la loi formule²⁴.

Et le Professeur Van Ryn de commenter ainsi le succès de cette réforme : « La loi de 1873 donna un vigoureux élan au développement des sociétés anonymes. Réservée, par sa nature même, aux grandes entreprises, la forme de société anonyme est désormais à la disposition de tous les hommes d'affaires. Les sociétés anonymes d'importance moyenne ou réduite se multiplient »²⁵.

Si la loi du 18 mai 1873 constitue toujours la base du droit actuel des sociétés commerciales belges²⁶, elle a, depuis lors, subi de nombreuses modifications.

La société anonyme n'a pas échappé à ce vent de réformes. On peut même dire qu'elle constitua la pierre angulaire de celles-ci, par l'attention qu'y consacra le législateur.

Deux facteurs ont contribué à cette évolution du statut de la société anonyme.

Au premier rang, figure sans aucun doute l'influence communautaire. Le droit des sociétés est certainement l'un des domaines du droit des affaires où cette influence est la plus perceptible²⁷.

En second rang, et souvent parallèlement, il a fallu adopter le droit des sociétés à l'évolution du droit financier et boursier. Ce « bouillonnement » du droit financier a fortement influé sur le statut de la société anonyme et consacré l'émergence d'un « droit des sociétés à deux vitesses »²⁸.

22. Instruction ministérielle du 22 octobre 1817 du ministre de l'Intérieur, in *Dalloz. Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, 1859, v° Société, p. 689.

23. J. VAN RYN, *op. cit.*, p. 317, n° 458.

24. C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3^e éd. par A. BENOIT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 3.

25. J. VAN RYN, *op. cit.*, p. 317, n° 458.

26. G. HORSMANS, « Les sociétés commerciales », *Précis de droit commercial*, t. III, U.C.L., 1993-1994, p. 5.

27. Y. GUYON, « La coordination communautaire du droit des sociétés », *Rev. trim. dr. europ.*, 1990, p. 241.

28. E. WYMEERSCH, « Inleiding, Algemene Begrippen, Kapitaalvorming », in *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1991*, Antwerpen, Maklu, 1992, p. 83, n° 99. Ce mouvement n'est pas propre à la Belgique. Voy., pour une approche en droit comparé, T. TILQUIN, « La société privée et la société faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne. Évolutions récentes », *R.D.C.*, 1993, pp. 750-759.

LE POLYMORPHISME DU PAYSAGE SOCIÉTAIRE BELGE A-T-IL TOUJOURS UN SENS ?

Depuis la loi du 18 juillet 1991, on doit en effet admettre qu'il n'existe plus un type de société anonyme, mais deux variantes de société anonyme. Un corpus spécifique de règles a en effet été édicté pour les sociétés ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne.

Est apparue ainsi une nouvelle distinction ou « *summa divisio* »²⁹ entre, d'une part, les sociétés anonymes faisant ou ayant fait appel public à l'épargne et, d'autre part, les autres sociétés anonymes, que l'on pourrait qualifier de « privées ».

Cette tendance fut réaffirmée par la loi du 13 avril 1995³⁰, qui confirme le principe d'un droit des sociétés anonymes à deux vitesses et qui, en portant le montant du capital minimum de la SA de 1.250.000 francs belges à 2.500.000 francs belges, rejoint la conception originaire de la société anonyme : « la société anonyme est par excellence la forme de société destinée aux entreprises d'une dimension importante, pour lesquelles elle a été conçue... L'augmentation proposée du capital minimum à deux millions cinq cent mille francs devrait amener les petites sociétés anonymes à adopter une forme juridique plus conforme à leur nature réelle. Pour ces sociétés, la S.P.R.L. sera dans bien des cas la forme juridique la plus appropriée »³¹.

La loi du 14 décembre 2005 portant suppression des titres au porteur renforce cette dernière tendance et marque une nouvelle étape dans l'évolution de la société anonyme³².

Les chiffres de constitution de sociétés confirment cette évolution : en 1998, on constituait respectivement 3.546 SA et 13.325 SPRL ; en 2006, les chiffres étaient de 2.277 SA et 18.733 SPRL (source : site internet de Statbel). La société anonyme ne représentait quant à elle plus que 2,27 % des entreprises créées en 2008 (source : Graydon Belgium – communiqué de presse du 31 décembre 2008).

1.2 La société en commandite par actions

C'est à la loi du 18 mai 1873 que l'on doit l'apparition d'un régime juridique spécifique à la société en commandite par actions³³.

29. T. TILQUIN, « La société privée et la société faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne. Évolutions récentes », *op. cit.*, p. 747, n° 73.

30. Voy. l'exposé introductif du Ministre, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1993-1994, n° 1086-2, pp. 2 et s. Pour un commentaire de la loi du 13 avril 1995, voy. H. MICHEL et P. NICAISE, « Droit des sociétés. Un nouvel épisode : la loi du 13 avril 1995 (première approche) », *Rev. not. belge*, 1995, pp. 465 et s.

31. *Doc. parl.*, Sén., sess. 1993-1994, n° 1086-2, p. 35.

32. Voy. P. NICAISE, « La suppression des titres au porteur : la fin d'un mythe ? », in *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 807-819.

33. Voy. P. DE WOLF, « La société en commandite par actions », in *Traité pratique de droit commercial*, t. IV, Diegem, Story-Scientia, 1998, pp. 527 et s.

La société en commandite – qu'elle soit simple ou par actions – se caractérise par l'existence de deux catégories d'associés :

- un ou des « commandités » qui gèrent la société et encourent une responsabilité illimitée ;
- un ou des « commanditaires » qui se bornent à apporter des fonds et qui ne sont tenus qu'à concurrence de leur mise.

Ce type de société, qui remonte au Moyen-âge, est né d'une coutume propre au commerce maritime. « Primitivement, le contrat de commande intervenait entre un marin et un capitaliste ; ce dernier fournissait soit un navire, soit des marchandises, soit des fonds, contre la promesse de participer aux bénéfices de l'expédition. Si l'entreprise échouait, le bailleur de fonds perdait sa mise.

« Cette pratique s'étendit ensuite au commerce terrestre, et, au XVII^e siècle, elle se développa particulièrement à raison de deux causes concurrentes.

D'une part, la combinaison permettait aux nobles et aux gens de robe, à qui le commerce était interdit, de s'intéresser à des affaires lucratives ; le nom du commanditaire restait, en effet, ignoré du public. D'autre part, la défense faite par l'église de réclamer des intérêts sur les sommes prêtées n'était pas violée par cet arrangement. Le commanditaire n'est pas un prêteur ; les sommes qu'il peut toucher en rémunération de sa mise constituent non un intérêt, mais une participation aux bénéfices »³⁴.

La scission du régime de la commandite par la loi de 1873 trouve son origine dans les nombreux abus et escroqueries auxquels donna lieu l'utilisation de cette forme sociétaire.

L'article 38 du Code de commerce de 1808 permettait en effet que le capital de la société en commandite soit divisé en actions. Or, en faisant usage de cette faculté, « on échappait à la rigueur des dispositions régissant les sociétés anonymes, les seules sociétés par actions expressément visées par le Code, qui subordonnait d'ailleurs leur création à une autorisation gouvernementale »³⁵. La loi de 1873 mit fin à cette situation en introduisant pour la commandite par actions les mêmes garanties de responsabilité, de publicité, de contrôle que pour la société anonyme³⁶.

La commandite par actions a dû son succès, jusqu'en 1873, au fait qu'elle pouvait se constituer sans l'autorisation préalable exigée pour la SA³⁷. L'alignement de son régime sur celui de la SA et la suppression de l'autorisation préalable pour la constitution d'une SA – réformes portées toutes deux par la loi de 1873 – ont marqué son déclin.

34. L. FRÉDÉRICO, *op. cit.*, n° 698.

35. *Les Nouvelles, Droit commercial*, v° Société en commandite par actions, n° 3254.

36. L. FRÉDÉRICO, *op. cit.*, n° 787.

37. J. VAN RYN, *op. cit.*, p. 515.

Ce déclin fut tel qu'on projeta ou proposa à diverses reprises la suppression de cette forme de société³⁸ : elle ne semblait plus répondre à aucun besoin réel.

La société en commandite par actions fait toutefois l'objet, tant en Belgique qu'en France, d'un renouveau certain depuis plusieurs années³⁹. L'on s'est, dans un premier temps, rendu compte que la SCA pouvait être une structure adéquate de défense de l'entreprise contre toute tentative de contrôle, en particulier sous forme d'offre publique d'acquisition⁴⁰. La pratique et la doctrine ont également constaté qu'elle pouvait constituer un véhicule juridique intéressant pour assurer la transmission d'une entreprise familiale⁴¹.

1.3 la société privée à responsabilité limitée⁴²

D'abord qualifiée de « société de personnes à responsabilité limitée », la SPRL fut créée en 1935, sur base du modèle allemand⁴³, dans le but d'instaurer une forme de société permettant à la petite entreprise familiale de séparer son capital du patrimoine du chef d'entreprise, tout en conservant son caractère familial. La proposition

38. Voy. notamment le projet dit 387 (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1979-1980, n° 387/1, p. 8) et la proposition Verhaegen (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1983-1984, n° 926/1). La même tendance s'est également affirmée en France (voy. F. BUCHER, « Du bon usage de la commandite par actions », *Rev. soc.*, 1994, pp. 415 et 416).

39. Voy. :

En France : A. VIANDIER, J. HILAIRE, H. MERLE et H. SERBAT (dir.), *La société en commandite entre son passé et son avenir*, Paris, Librairies techniques, 1983 ; J.-P. BERTREL, « Vers un renouveau de la société en commandite par actions », *Banque*, 1986, pp. 363 et s. ; C. CHAMPAUD, « Le réveil des commandites par actions », *Vie Jud.*, n° 2303, 23 mai-3 juin 1990 ; M. TURCK, « Société en commandite par actions et effet de levier juridique », *J.C.P.*, éd. E., I, n° 377, pp. 349 et s. ; F. BUCHER, « Du bon usage de la commandite par actions », *op. cit.*, pp. 415 et 416.

En Belgique : L. DECONINCK, « De commanditaire vennootschap op aandelen : rechtshistorisch curiosum of bruikbare vennootschapsvorm ? », *T.R.V.*, 1989, pp. 186 et s. ; J. VAN BAELE (dir.), *Miskende vennootschapsvormen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1991 ; P. DE BANDT, « De omzetting van een N.V. in een commanditaire vennootschap op aandelen : een passende beschermingsconstructie in het kader van onvriendelijke overnames », *Jura Falc.*, 1991, pp. 67 et s. ; T. TILOUIN, « Le renouveau de la société en commandite par actions », *Rev. Banque*, 1991, pp. 89 et s. ; FÉDÉRATION DES ENTREPRISES DE BELGIQUE (dir.), *Transmission et protection des entreprises familiales*, Bruxelles, éd. F.E.B., 1992.

40. Voy. F. BUCHER, *op. cit.*, p. 417 ; M. TURCK, *op. cit.*, p. 349, n° 1 ; P. DE BANDT, *op. cit.*, pp. 67 et s.

41. K. GEENS, « Étude d'une construction comparable à la certification », in *Transmission et protection des entreprises familiales*, Bruxelles, éd. F.E.B., 1992, pp. 11-39 ; P. NICAISE, « La société en commandite par actions : bilan et perspectives », in *Le droit des sociétés. Aspects pratiques et conseils des notaires*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 130 et s. ; J. MALHERBE et D. de LAVELEYE, « La holding belge, utilisation par les résidents et les non-résidents », in *Planification successorale et structures sociétaires. Comment choisir, optimiser, gérer et... liquider ?*, Louvain-la-Neuve, Anthesis, 2009, p. 20, n° 11.

42. Sur les origines de cette forme sociale, voy. J. VAN HOUTTE, *Traité des Sociétés de personnes à responsabilité limitée*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1962.

43. M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *Rép. not.*, t. XII, l. IV, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 1.

originaire qualifiait d'ailleurs ce type de société de « société familiale ». Son but premier était la protection des familles nombreuses, afin de mettre à l'abri des sorties d'indivision forcée – si souvent ruineuses – l'entreprise familiale.

Parce qu'elle était destinée à un cercle restreint – familial –, le législateur avait doté la SPRL de règles de fonctionnement relativement simples et souples : un seul gérant suffit, alors qu'en SA, trois administrateurs sont normalement nécessaires ; ce gérant peut être nommé « à vie », alors que le mandat d'un administrateur est limité à six ans.

La SPRL a connu un essor considérable. On compte aujourd'hui plus de 207.000 SPRL (source : site internet de Statbel), en ce compris les sociétés privées à responsabilité limitée unipersonnelles. En effet, depuis 1987, la loi autorise la création par une personne seule d'une société privée à responsabilité limitée, permettant ainsi notamment d'isoler le patrimoine personnel du commerçant du risque commercial.

Comme pour la société anonyme, le régime juridique de la SPRL a évolué sous la pression des directives européennes, soit parce que celles-ci visaient directement la SPRL, soit parce que, dans un souci d'harmonisation, le législateur belge a étendu les règles applicables aux SA à la SPRL. L'arrêté royal du 8 octobre 2008 (*M.B.*, 30 octobre 2008) illustre une nouvelle fois cette tendance. Bien que les modifications apportées par la directive 2006/68/CE du 6 septembre 2006 à la directive 77/91/CEE du Conseil concernant la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital ne visaient que la société anonyme, le législateur belge a jugé opportun d'en étendre l'application aux autres formes de sociétés à responsabilité limitée « compte tenu de la structure de notre Code des sociétés et conformément à l'approche suivie dans le passé par le législateur » (rapport au Roi). Comme d'aucuns, on ne peut que regretter la position particulièrement « conservatrice » du législateur belge à cet égard ⁴⁴.

Les différentes modifications intervenues avec et depuis le Code des sociétés au régime de la SPRL s'inscrivent dans la même ligne et montrent indéniablement un rapprochement entre le régime de la SPRL et celui de la SA qui ne fait pas appel public à l'épargne. ⁴⁵

I.4 La société coopérative à responsabilité limitée

La société coopérative est née d'un mouvement d'idées qui s'est développé dans toute l'Europe occidentale dans la seconde moitié du XIX^e siècle, en réaction au capitalisme ⁴⁶.

44. H. CULOT et P.-Y. THOUMSIN, « Contrôle et maintien du capital : une réforme sans audace », *J.T.*, 2009, p. 98, n° 46.

45. Voy. M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *op. cit.*, n° 8-4.

46. Voy. P. NICAISE, *Le nouveau droit des sociétés coopératives*. La loi du 20 juillet 1991, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 9-13.

LE POLYMORPHISME DU PAYSAGE SOCIÉTAIRE BELGE A-T-IL TOUJOURS UN SENS ?

Les théoriciens de ce mouvement prônent la création de groupements de production, de consommation ou de crédit afin « de faire réaliser aux intéressés la plus grande économie possible sur l'acquisition ou la location de choses dont ils ont besoin, soit de leur faire obtenir la plus forte rémunération de leur travail ». ⁴⁷

La réalisation de ces objectifs implique la suppression de tout intermédiaire, qu'il soit distributeur, producteur ou banquier. Elle va de pair avec une participation accrue des membres du groupement. C'est le principe de la « double qualité » : le coopérateur est en même temps membre, client ou fournisseur du groupement ⁴⁸. Ce système implique que la répartition des profits se réalise non pas en raison du capital investi, mais sous forme de ristournes, proportionnellement au nombre et à l'importance des opérations traitées par chacun des membres avec la société.

Lorsqu'il fut envisagé, en 1865, de refondre le droit des sociétés, bien peu étaient ceux qui se préoccupaient du mouvement coopératif.

Ce n'est qu'à la suite du rapport de Monsieur Waelbroeck que le législateur se décida à introduire la forme coopérative. « L'essence de cette société, c'est... une réunion ouvrière, une association où la personne dénouée de ressources est le véritable répondant, par sa réputation, son activité, sa probité incontestée » ⁴⁹.

Toutefois, la définition légale qui fut donnée en 1873 de la société coopérative ne traduisait en rien ces aspirations sociales.

En ne retenant de l'esprit coopératif que deux caractères insuffisamment significatifs (variabilité du personnel et du capital, incessibilité des parts aux tiers), le législateur a permis que se glissent dans le moule coopératif une foule d'entreprises sans point commun avec celles animées par le véritable idéal coopératif.

Le législateur a tenté de remédier à ce divorce entre l'esprit de la loi et la pratique coopérative en instaurant, en 1955, le Conseil national de la coopération, chargé de donner un « label » de qualité aux sociétés animées par l'idéal coopératif originaire.

Ceci n'empêcha pas une explosion du nombre de constitutions de sociétés coopératives jusqu'en 1991. En effet, les réformes du droit des sociétés intervenues en 1984 et 1985 n'avaient que très peu affecté le régime juridique de la société coopérative, celle-ci continuant à échapper à nombre de règles contraignantes

47. A. NAST, *Le régime juridique des coopératives. Principes coopératifs et exposé synthétique de la législation*, Paris, 1919.

48. M. SAINT ALARY, « Éléments distinctifs de la société coopérative », *Rev. trim. dr. comm.*, 1952, p. 485.

49. J. GUILLERY, *Des sociétés commerciales en Belgique. Commentaire de la loi du 18 mai 1873*, t. III, 1876, pp. 80-81.

pesant sur les SA et SPRL. Les chiffres attestent de ce « Coopérative-boom »⁵⁰ : on a créées en 1988, 8.424 coopératives, contre 6.607 SA et 6.787 SPRL pluri-personnelles⁵¹.

La loi du 20 juillet 1991 a voulu mettre fin aux trop nombreux abus auxquels donnait lieu l'utilisation de la forme coopérative. « Le gouvernement ne veut en aucun cas qu'en raison des critères formels souples de la société coopérative actuellement en vigueur, il y ait un recours à ce type de personne morale pour éluder certaines législations et réglementations en matière de droit des affaires et de droit social »⁵².

C'est ainsi que le législateur a réorganisé le régime de la société coopérative sur base du critère de la responsabilité, partant du principe qu'une responsabilité limitée des associés doit s'accompagner de garanties envers les tiers et dès lors d'un régime comparable à celui des SA et SPRL.

Les diverses réformes législatives intervenues depuis lors, que ce soit par les lois des 29 juin 1993 et 13 avril 1995 ou par le Code des sociétés, n'ont fait qu'accentuer ce rapprochement entre le régime de la société coopérative à responsabilité limitée (SCRL) et celui des SA et SPRL.

Il convient néanmoins de souligner que malgré ces tours de vis successifs du législateur, la SCRL continue à bénéficier d'un espace de liberté beaucoup plus grand que celui des SA et SPRL. Malheureusement, cette liberté statutaire est souvent méconnue des praticiens et peut-être injustement appréciée par les milieux d'affaires. Les chiffres corroborent ce constat : de 24.081 sociétés en 1998, on est tombé à 15.896 en 2006 ; seulement 752 sociétés coopératives ont été créées en 2006 (source : site internet de Statbel).

II

Les particularités de certaines formes sociétaires au regard des impératifs de contrôle et de stabilité

L'entreprise⁵³ constitue un lieu par excellence où se rencontrent des intérêts divers, tantôt convergents, tantôt divergents⁵⁴. Elle met aux prises des acteurs

50. P. NICAISE, *Vade-mecum des sociétés coopératives*, 2^e éd., Bruxelles, Créadif, 1995, p. 12.

51. Voy. B. COUPE, « Faillites et créations de sociétés par forme juridique », *Bull. A.C.*, Namur, 1989, n° 2, p. 6, cité par P. NICAISE, *Le nouveau droit des sociétés coopératives. La loi du 20 juillet 1991*, op. cit., p. 6.

52. *Doc. parl.*, Sén., sess. 1990-1991, n° 1374-1, p. 62.

53. Sur l'appréhension de la notion d'entreprise par le droit, voy. J.-P. ROBÉ, « L'entreprise en droit », *Droit et Société*, 29-1995, pp. 117-136.

54. E. CAUSIN, « Corporate governance : le gouvernement d'entreprise », *D.A. O.R.*, 2002, n° 61-62, p. 74.

LE POLYMORPHISME DU PAYSAGE SOCIÉTAIRE BELGE A-T-IL TOUJOURS UN SENS ?

multiples et selon la configuration de la société, les intérêts de ceux qui détiennent la *propriété* des parts ou actions peuvent se heurter à ceux des acteurs qui disposent du *pouvoir* au sein des organes sociaux.

De même, la structure de l'actionnariat et son caractère plus ou moins dispersé peuvent engendrer, dans les sociétés cotées, des problèmes relevant de la problématique de l'« agence » auxquels le droit des sociétés a tenté de longue date d'apporter une réponse satisfaisante ⁵⁵.

De ce point de vue, le mouvement de la *corporate governance* est important en ce qu'il a introduit un nouveau schéma explicatif de la société commerciale, centré essentiellement sur l'organisation des rapports entre les actionnaires et l'organe d'administration ou de gestion, en vue d'une répartition claire et équilibrée des tâches de gestion et de contrôle ⁵⁶.

En droit belge, la notion de contrôle est définie à l'article 5, § 1^{er}, du Code des sociétés comme « le pouvoir de droit ou de fait d'exercer une influence décisive sur la désignation de la majorité des administrateurs ou gérants de celle-ci ou sur l'orientation de sa gestion » ⁵⁷.

La problématique est vaste, tant les objectifs des uns et des autres sont variables et dépendent de multiples facteurs. Par ailleurs, les impératifs de stabilité et les nécessités de prévoir des mécanismes de contrôle de la gestion ne s'imposent pas avec la même vigueur selon l'entreprise envisagée.

D'abord, les préoccupations liées au contrôle de la gestion se posent en des termes fondamentalement différents en fonction de la taille d'une société et de son caractère plus ou moins fermé.

Dans une grande majorité de petites sociétés, le contrôle de la gestion est, en effet, presque inhérent à la qualité d'associé, puisque les décisions sont prises par un petit nombre de personnes qui se connaissent et ont naturellement tendance à en référer les unes aux autres.

Cela ne signifie pas pour autant que l'utilité des mécanismes de contrôle de la gestion n'apparaisse que dans les grandes sociétés à l'actionnariat diffus. En effet, dans de nombreuses sociétés familiales, des objectifs de transmission ou de croissance de l'entreprise sont souvent liés à la nécessité du maintien de son contrôle.

55. Y. DE CORDT, « Les lignes de force », in *Évolution et perspectives du droit des sociétés. Anno 2006*, coll. Centre d'études Jean Renauld, vol. 13, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 15.

56. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Précis de droit des sociétés*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'UCL, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 835.

57. Sur les différentes modalités du contrôle et les notions périphériques, voy. T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. III, Bruxelles, Kluwer, 2005, pp. 161 et s. ; G. KEUTGEN et Ph. LAMBRECHT, « La dimension des sociétés – Emprunts au droit comptable et au droit financier », in *Le nouveau Code des sociétés*, coll. Centre d'études Jean Renauld, vol. 8, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 215 et s.

Les particularités de certaines formes sociétaires au regard des impératifs de contrôle...

D'autre part, la définition des objectifs et de la stratégie diffère selon que l'on est en présence d'une entreprise reposant sur un actionnariat familial, salarié, ou composé d'investisseurs publics, institutionnels ou encore de particuliers ordinaires.

II.1 Les motifs qui président au choix d'une forme sociétaire

Comme on l'a dit, les associés et les responsables de la gestion ont généralement des attentes différentes, qui se superposent à la traditionnelle figure de l'intérêt social. Si les premiers ambitionneront le plus souvent de pérenniser, valoriser ou optimiser leur investissement, les seconds seront vigilants à la stabilité du pouvoir et à ses modalités d'exercice ⁵⁸.

L'on peut ainsi distinguer divers critères qui devront être pris en compte en fonction des objectifs poursuivis par les fondateurs (renforcement du contrôle, maintien du caractère familial de l'entreprise, verrouillage de l'actionnariat, etc.).

Ces critères procèdent de considérations diverses, d'ordre économique, comptable, fiscal, social, psychologique ou déontologique.

Sur le plan du droit des sociétés, qui, seul, retiendra notre attention, les fondateurs sont généralement attentifs aux dispositions relatives au montant du capital minimum, au régime de responsabilité des fondateurs et des mandataires ⁵⁹ ainsi qu'aux règles de fonctionnement de l'organe de gestion. La taille de l'entreprise et sa vocation à l'ouverture doivent également, dans cette perspective, être pris en considération.

II.1.1 Considérations liminaires

Les fondateurs souhaitent en premier lieu opter pour une forme sociétaire qui offre le double avantage de la personnalité juridique et de la responsabilité limitée. Sont donc concernées prioritairement, la société anonyme, la société privée à responsabilité limitée, la société coopérative à responsabilité limitée et, dans une certaine mesure, la société en commandite par actions ⁶⁰.

58. Y. GUYON, *Traité des contrats. Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, Paris, L.G.D.J., 1993, pp. 50 et s.

59. L'on rappellera à cet égard qu'à l'exception du gérant de la société en commandite par actions, qui est solidairement responsable, le régime de la responsabilité des administrateurs et gérants est identique pour toutes les sociétés à responsabilité limitée.

60. L'on pourrait également citer la SE, le GIE et le GEIE, mais ces sociétés revêtent une importance pratique très limitée. Pour un panorama de la société européenne, voy. D. VAN GERVEN et P. STORM, *The European Company*, vol. 1, Cambridge University Press, 2006. Pour un panorama du GIE et du GEIE, voy. V. SIMONART, « Le groupement d'intérêt économique (G.I.E. et G.E.I.E.) », *Rép. not.*, t. XII, 1. IX, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2002 ; M. COIPEL, « Évolutions du paysage des personnes morales de droit privé », *Chronique de droit à l'usage du Palais*, t. VII, *Le droit des sociétés*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, nos 5 et 6.

Ce premier élément permet déjà de comprendre pourquoi l'importance des autres types de sociétés tend à devenir tout à fait marginale ⁶¹.

Un autre aspect à prendre en considération est le caractère ouvert ou fermé que l'on souhaite conférer à la société. L'intérêt de la distinction repose sur les possibilités de cession des titres sociaux et les modalités d'entrée de nouveaux associés dans la société. Bien que des mécanismes contractuels existent pour niveler les distinctions, l'on gardera à l'esprit que grâce aux restrictions qu'elle impose à l'accession à son actionnariat, une société fermée permet de conserver une meilleure mainmise sur le contrôle ⁶².

De même, en l'état actuel du droit, la distinction entre les sociétés de capitaux et de personnes revêt encore une certaine importance, puisque seules les premières permettent, le cas échéant, de recourir à l'appel public à l'épargne. L'on notera par contre que les sociétés de personnes offrent généralement davantage de stabilité à l'organe de gestion ⁶³.

Cela étant, il convient de reconnaître qu'au fil du temps, l'évolution économique et juridique a érodé les spécificités qui existaient à l'origine dans le paysage sociétair ⁶⁴. L'on a donc assisté à un nivellement progressif des différentes formes juridiques ⁶⁵, si bien qu'aujourd'hui, les dispositions spécifiques à une forme sociétair se sont raréfiées.

Il en demeure toutefois certaines, et parmi elles, on peut citer, à titre d'exemples, les règles relatives à la responsabilité des fondateurs ⁶⁶, au statut des dirigeants, à la composition et au fonctionnement de l'organe de gestion, à la cessibilité des titres, au caractère potentiellement unipersonnel de la société, aux exigences en matière de formation et de libération du capital, à l'appel public à l'épargne, etc.

Nous verrons cependant qu'à côté des régimes légalement organisés, la pratique a mis en place, dans l'espace laissé au champ contractuel, une série de mécanismes permettant de « stabiliser l'actionnariat ou de préserver des équilibres de pouvoirs entre divers groupes d'actionnaires qui se partagent le contrôle de la société » ⁶⁷.

61. Sur le régime juridique des sociétés non dotées de la personnalité juridique, voy. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *op. cit.*, pp. 299 et s.

62. H. MICHEL, « Le notaire face au droit des sociétés », in *Le droit des sociétés. Aspects pratiques et conseils des notaires*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 39.

63. P. DE WOLF, « La société holding en Belgique : définition et régime juridique », *Droit Fiscalité belge*, 26 mars 2004, disponible sur www.businessandlaw.be.

64. Pour une comparaison graphique des formes sociales les plus courantes, voy. P. NICAISE et S. MAQUET, « Constitution, structure et gestion des sociétés à responsabilité limitée », in *Le nouveau Code des sociétés*, coll. Centre d'études Jean Renauld, vol. 8, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 287 et s.

65. A. BENOIT-MOURY, « Le nouveau droit des sociétés », *Chron. not.*, vol. XXII, p. 238.

66. La SA permet en effet à certains actionnaires d'échapper à la responsabilité de fondateur en se bornant à souscrire des actions contre espèces, dans les conditions prévues à l'art. 450 du C. soc.

67. E. POTTIER, « Les cessions d'actions ou de parts au sein des sociétés anonymes, des sociétés privées à responsabilité limitée et des sociétés coopératives », in *Le statut des actionnaires (S.A., S.P.R.L., S.C.). Questions spéciales*, CUP, vol. 89, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 9.

II.1.2 Mise en perspective des formes sociales les plus courantes

A. Composition et structure de l'organe de gestion

Sous l'angle de la gestion, la société anonyme⁶⁸ est administrée par un organe collégial (art. 517 et s., C. soc.) qui dispose des pleins pouvoirs (art. 522, § 1^{er}, C. soc.)⁶⁹ et dont la nature et le fonctionnement sont plus élaborés que dans la SPRL. En outre, la possibilité d'une délégation de la gestion journalière est consacrée légalement (art. 525, C. soc.), tandis que l'institution d'un comité de direction (art. 524bis, C. soc.) permet de mettre en place, dans les sociétés qui le souhaitent, un semblant de structure dualiste.

D'autre part, la position des administrateurs est plus précaire que celle du gérant de la SPRL, puisque leur mandat ne peut excéder 6 années et est révocable *ad nutum*.

La société privée à responsabilité limitée⁷⁰ se distingue de la SA par un régime légal souple accordant une plus grande liberté statutaire.

L'administration de la SPRL peut être confiée à un gérant unique, à plusieurs gérants ou à tous les associés. Ce dernier cas se présente lorsque ceux-ci sont peu nombreux (2 fondateurs, possédant une participation égalitaire, qui constituent une SPRL sont souvent nommés gérants, voire gérants statutaires). Si on ne désigne pas de gérant, la gérance est dévolue à tous les associés par l'effet de la présomption de mandat mutuel en vertu de l'article 36 du Code des sociétés⁷¹.

S'il y a plusieurs gérants, il est en outre possible d'organiser une gestion collégiale, calquée dans une certaine mesure sur celle de la SA.

Un autre trait marquant de la SPRL est la stabilité particulière qui peut être accordée au gérant lorsqu'il est désigné par les statuts et cumule la qualité d'associé. Dans cette hypothèse, celui-ci n'est révocable que pour motifs graves (hypothèse qui conduit souvent, après une action judiciaire, à la dissolution de la société)⁷².

68. P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCO, *Les sociétés anonymes. Constitution et fonctionnement*, coll. Tirés à part du Répertoire Notarial, Bruxelles, Larcier, 2005 ; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *op. cit.*, pp. 369 et s.

69. Dans certains cas, les statuts prévoient cependant des clauses plus restrictives que le prescrit légal, qui viennent limiter la compétence de l'organe de gestion en soumettant, par exemple, certaines opérations à l'autorisation préalable de l'assemblée générale. La licéité de telles clauses est admise tant qu'elles ne portent pas sur des prérogatives légalement attribuées au conseil d'administration. Elles demeurent cependant inopposables aux tiers.

70. M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *op. cit.*

71. Et antérieurement en vertu de l'art. 1859, 1^o, du C. civ.

72. L'on sera toutefois attentif à la procédure d'exclusion, qui permet d'évincer un associé (art. 334 et s., C. soc.), même s'il est gérant statutaire.

LE POLYMORPHISME DU PAYSAGE SOCIÉTAIRE BELGE A-T-IL TOUJOURS UN SENS ?

La société coopérative⁷³ dispose quant à elle d'un important avantage comparatif qui réside dans la liberté d'organisation résultant des articles 378 et 382 du Code des sociétés et qui permet de modaliser aussi bien la gestion que la prise de décisions.

Les statuts pourront ainsi librement déroger à la révocabilité *ad nutum* de l'administrateur, par exemple en la soumettant à une condition de majorité particulière ou à l'existence d'un motif légitime⁷⁴.

Dans la commandite par actions⁷⁵, le conseil d'administration cède la place à un ou plusieurs gérants dont le régime diffère sensiblement de celui des administrateurs.⁷⁶

D'abord, la gestion est assurée par un ou plusieurs commandités et leur désignation doit obligatoirement être prévue par les statuts, contrairement à ce qui prévaut dans la SPRL. Le gérant est irrévocable sauf motif grave ou disposition contraire prévue dans les statuts.

Cependant, sa situation est plus stable que celle d'un gérant de SPRL, puisque, d'une part, le motif légitime devra être apprécié judiciairement et, d'autre part, son accord est requis pour la modification des statuts⁷⁷.

En cas de pluralité de gérants, la loi ne tranche cependant pas la question de savoir à qui appartient le pouvoir de représentation. Doit-on appliquer le régime de droit commun de la SPRL conférant à chaque gérant le pouvoir de représentation ? Doit-on, au contraire, appliquer le régime de la SA et postuler l'existence d'un collège de gestion ?

À l'instar de P. De Wolf, il nous paraît que, sauf disposition contraire des statuts, le principe de collégialité applicable aux décisions du conseil d'administration des SA doit être transposé aux SCA, conformément à la règle de renvoi de l'article 657 du Code des sociétés⁷⁸.

En outre, le ou les gérants disposent, sauf disposition contraire des statuts, d'un droit de veto sur les décisions de l'assemblée générale, ce qui constitue le contrepoids de leur responsabilité illimitée (art. 659, C. soc.).

73. H. DU FAUX, « Les sociétés coopératives », *Rép. not.*, t. XII, l. V, Bruxelles, Larcier, 1994 ; P. NICAISE, *Vade-mecum des sociétés coopératives*, 2^e éd., *op. cit.* ; J.-P. BOURS et O. CAPRASSE, « La société coopérative », *Traité pratique de droit commercial*, t. IV, Diegem, Story-Scientia, 1998, nos 984 et s.

74. J. MALHERBE et D. de LAVELEYE, *op. cit.*, p. 21.

75. P. DE WOLF, « La société en commandite par actions », *Traité pratique de droit commercial*, t. IV, Diegem, Story-Scientia, 1998 ; P. NICAISE, « La société en commandite par actions : bilan et perspectives », *op. cit.*, pp. 117 et s.

76. Pour rappel, la société prenant en principe fin à la mort du gérant, il sera opportun de prévoir expressément le contraire dans les statuts.

77. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *op. cit.*, pp. 369 et s.

78. P. DE WOLF, « La société en commandite par actions », *op. cit.*, p. 55.

En pratique, l'on a souvent mis en avant l'utilité de cette forme sociétaire dans le cadre des transmissions d'entreprises dans lesquelles le *pater familias* entendait se ménager le pouvoir de décision. Dans cette perspective, deux solutions sont possibles :

- soit il transforme la société existante en SCA avec comme commandité-gérant une SPRL unipersonnelle dont il est lui-même gérant statutaire ; éventuellement il désignera dans cette SPRL unipersonnelle des gérants suppléants (l'un de ses enfants, p. ex.) ;
- soit il crée une société holding sous forme de SCA à laquelle il est fait apport de l'ensemble des titres de la société familiale. Cette société holding aura pour commandité-gérant une SPRL de management comme prévu ci-dessus.

Le recours à la commandite n'est cependant pas sans danger et pourrait, le cas échéant, donner lieu à certains conflits entre les associés d'une même famille.

B. Les titres et leur transfert

L'une des particularités de la SA demeure la possibilité d'émettre une grande variété de titres (art. 460, C. soc.) dont la libre négociabilité est organisée par la loi. Des restrictions conventionnelles à la cessibilité peuvent cependant être prévues à titre temporaire (art. 510, C. soc.) et il est possible, dans une certaine mesure, de modaliser les droits attachés aux titres en créant des actions sans droit de vote ou encore des actions « privilégiées », c'est-à-dire donnant droit à certains avantages par rapport aux actions ordinaires.

Si la SA constitue la structure archétypique des sociétés de capitaux, elle dispose, au même titre que la commandite par actions, la SE et la coopérative, de la faculté de pouvoir faire appel publiquement à l'épargne. Dans cette hypothèse, elle sera soumise à l'ensemble des règles particulières réservées à ce type d'entreprises.

L'on notera encore qu'avec l'abolition progressive des titres au porteur⁷⁹, la SA aura bientôt perdu l'une de ses particularités qui rendait la forme anonyme attractive aux yeux des adeptes de la donation manuelle⁸⁰.

La SPRL ne peut quant à elle émettre que des parts sociales et des obligations, qui seront obligatoirement nominatives⁸¹. Au surplus, si les statuts

79. L. 14 décembre 2005, *M.B.*, 23 décembre 2005 (la version correcte est publiée au *M.B.* du 6 février 2006, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2004-2005, n° 51 1974/001).

80. Il n'en reste pas moins qu'à la différence des SPRL, la SA dispose de la possibilité d'émettre des actions, des parts bénéficiaires, des obligations ou des droits de souscription sous forme dématérialisée (art. 453, 5°, 460, al. 2, 468, 469 à 475, C. soc.).

81. L'on ne pourrait donc envisager la création de parts bénéficiaires non représentatives du capital, ni de warrants, ni d'obligations convertibles (art. 232, C. soc.).

LE POLYMORPHISME DU PAYSAGE SOCIÉTAIRE BELGE A-T-IL TOUJOURS UN SENS ?

peuvent, à l'instar de ce qui prévaut en SA, limiter le nombre de voix dont chaque associé dispose à l'assemblée ou prévoir des parts sans droit de vote, il est par contre interdit en SPRL de prévoir des parts privilégiées.

Par ses origines, la SPRL est une société fermée, bien que l'on puisse nuancer aujourd'hui la pertinence de cette caractéristique⁸². Il n'en demeure pas moins qu'à ce titre, la cessibilité des parts sociales est limitée par la loi (art. 210, C. soc.), en manière telle que les statuts ne pourraient prévoir qu'une clause plus restrictive. *A fortiori*, la SPRL ne pourrait recourir à l'épargne publique.

En coopérative, il est loisible aux associés de créer des parts sociales nominatives, avec ou sans droit de vote, ou des obligations, à l'exclusion des parts bénéficiaires. Les parts sociales ainsi créées peuvent en outre être modalisées afin de conférer aux associés des droits différents.

Elles sont par ailleurs insaisissables (art. 361, C. soc.), ce qui signifie que les droits des créanciers sont limités au montant de la valeur des parts qui serait attribuée à leur débiteur à la dissolution de la société, ainsi qu'aux intérêts et dividendes revenant éventuellement à l'associé saisi.

Les parts peuvent être cédées à des associés dans les conditions prévues par les statuts. En ce qui concerne les tiers, la cession est possible si ceux-ci sont nominalement désignés dans les statuts ou s'ils font partie de catégories déterminées dans les statuts et remplissent les conditions requises par la loi ou les statuts pour être associés (art. 366, C. soc.). En sens contraire, les statuts peuvent stipuler l'incessibilité absolue à des tiers.

Les possibilités relativement souples de sortie et d'exclusion, qui constituaient un des grands attraits des sociétés coopératives, ne constituent plus tout à fait pour elles un monopole, puisque le Code des sociétés prévoit des mécanismes d'exclusion et de rachat forcé pour les SA et les SPRL.

Par contre, l'on relèvera que sur le plan financier, le fonctionnement des sociétés coopératives n'est guère contraignant : ainsi, la société coopérative n'est pas soumise aux procédures relatives au rachat par une société de ses propres titres, à l'existence de participations réciproques, à la reconnaissance d'un droit de souscription préférentielle et aux souscriptions en dessous du pair comptable, etc.⁸³.

En ce qui concerne la société en commandite par actions, il est renvoyé aux règles qui régissent la société anonyme (art. 657, C. soc.).

82. M. COIPEL, « Point de vue – La SPRL n'est plus vraiment une société fermée », *Rev. prat. soc.*, 2006, pp. 533-539 ; *id.*, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *op. cit.*, n° 6.

83. A. BENOIT-MOURY, *Prévention et solution des conflits d'actionnaires*, Seminar Services, le 21 novembre 1997, p. 36.

C. Le pouvoir votal

La faculté de modaliser le droit de vote à l'assemblée générale constitue un enjeu majeur, puisque cet organe dispose du pouvoir de nommer et révoquer les membres de l'organe de gestion ainsi que de modifier la charte sociale ⁸⁴.

L'on sait que le droit belge consacre le principe de l'interdiction du vote plural (pour la SPRL : art. 275, C. soc ; pour la SA, art. 541, C. soc.), puisque chaque action « confère de plein droit un nombre de voix proportionnel à la partie du capital qu'elle représente » ⁸⁵.

À cet égard, la position de la Belgique est assez singulière, comme en témoigne une étude récente réalisée par Deminor Rating sur l'ensemble des sociétés européennes du FTSE Eurofirst 300 Index, qui révèle que seulement 65 % d'entre elles respectent le principe « une action, une voix » ⁸⁶.

Dans la pratique, il est cependant recouru à certains mécanismes qui permettent *de facto* de contourner cette interdiction ou d'en limiter les effets indésirables ⁸⁷ :

1. d'abord, les statuts peuvent prévoir l'émission d'actions sans droit de vote, dans les conditions prévues par le Code des sociétés (pour la SA : art. 480, C. soc. ; pour la SPRL, art. 240, C. soc.) ⁸⁸. Ces titres confèrent une rentabilité supérieure à leur titulaire mais les empêchent d'intervenir dans la plupart des décisions qui ont trait à la gestion de la société ;
2. de même, 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 (pour la SA : art. 544, C. soc. ; pour la SPRL : art. 277, C. soc.).

L'on pourra ainsi prévoir des réductions progressives ou dégressives de la puissance votale, des réductions à partir de certains seuils, une réduction à un pourcentage des actions représentées à l'assemblée, etc. ⁸⁹.

84. Sur la question connexe des droits de l'actionnaire liés au fonctionnement de la société, voy. not. M. WYCKAERT, « De bepaling van de fractiewaarde van aandelen zonder nominale waarde in de N.V. en van de aan deze aandelen verbonden rechten », *T.R.V.*, 1991, pp. 387-461.

85. Art. 541, al. 2, C. soc. (comp. avec l'art. 238 du C. soc pour les SPRL).

86. DEMINOR RATING, *Application of the one share – one vote principle in Europe*, March 2005, p. 3, cité dans l'étude du Belgian Governance Institute pour la Commission de la Chambre chargée des problèmes de droit économique et commercial, « Un modèle belge d'actions à vote plural compatible avec la gouvernance d'entreprise », Bruxelles, octobre 2006, p. 14.

87. M. FYON, « Le capital social : une notion en voie d'érosion ? », in *Le droit des sociétés aujourd'hui : principes, évolutions et perspectives*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 2008, pp. 94 et 95.

88. La formulation de l'art. 382 du C. soc. confirme que la possibilité est également offerte dans la société coopérative de créer des parts sans droit de vote ou d'émettre différentes catégories de parts ayant chacune un droit de vote spécifique.

89. Pour une liste plus complète de ces possibilités, voy. I. CORBISIER, « La société et ses associés », in *Droit des sociétés : les lois des 7 et 13 avril 1995*, coll. Centre d'études Jean Renauld, vol. 6, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 192-193.

LE POLYMORPHISME DU PAYSAGE SOCIÉTAIRE BELGE A-T-IL TOUJOURS UN SENS ?

En coopérative, la flexibilité organisée par l'article 382 du Code des sociétés permet de déroger au principe « une action, une voix » et ainsi de rompre avec la proportionnalité existant entre le capital et le pouvoir ;

3. il est également possible de renforcer la position de certains actionnaires en prévoyant l'émission de parts bénéficiaires, qui constituent des titres non représentatifs du capital. Ceux-ci ne peuvent être émis qu'en SA ou en SCA, puisque les articles 232, alinéa 3, et 356, alinéa 2, du Code des sociétés interdisent leur création en SPRL et en SC.

Dans les limites tracées par la loi, les statuts peuvent attribuer un droit de vote aux titulaires de parts bénéficiaires (art. 542, C. soc.), qui sera d'autant plus significatif que l'actionnariat de capital sera dispersé⁹⁰.

D'autre part, les parts bénéficiaires permettent, du moins si la société est fermée⁹¹, un renforcement du contrôle au sein de l'organe de gestion par des clauses statutaires appropriées.

Les statuts pourraient ainsi prévoir qu'un administrateur doit nécessairement être désigné à partir d'une liste présentée par les titulaires de parts bénéficiaires, que le conseil d'administration ne peut délibérer que si la moitié de ses membres sont présents, en ce compris l'administrateur désigné par les titulaires de parts bénéficiaires, que les parts bénéficiaires sont incessibles, etc. ;

4. le pouvoir votal pourra encore être modalisé au moyen de conventions entre associés, mais celles-ci feront l'objet d'un examen particulier ci-après.

D. La liberté statutaire

Dans les SA et les SPRL, l'organisation légale du pouvoir interne et de la représentation externe laisse peu de place à la liberté et à la créativité⁹².

En dépit de certaines particularités, l'on peut en effet constater une forte parenté de la SPRL avec le régime juridique applicable aux SA fermées.

L'on peut toutefois relever quelques distinctions, notamment au niveau du nombre minimal de fondateurs, de la responsabilité de ceux-ci, etc. D'autre part, certains mécanismes ont été organisés pour la SA, sans être étendus aux autres formes de sociétés. L'on songe, par exemple, à la technique du capital autorisé, par laquelle le conseil d'administration pourra procéder à une augmentation de capital sans devoir requérir le consentement de l'assemblée générale.

90. F. T'KINT, « Le vote à l'assemblée générale », in *La tenue des assemblées générales dans les sociétés anonymes*, Séminaire Vanham & Vanham, avril 1997, p. 36.

91. La réglementation applicable aux sociétés ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne freine l'application de ce procédé aux sociétés publiques.

92. H. MICHEL, *op. cit.*, p. 35.

La société coopérative s'est quant à elle vue doter, dès l'origine, d'un statut extrêmement souple qui fut la source de nombreux abus.

Dès lors, à travers plusieurs réformes, le législateur s'est attaché à aligner le régime de la SCRL sur celui de la SPRL et de la SA. Il subsiste néanmoins certaines caractéristiques qui justifient le maintien de cette forme sociétaire.

Lorsqu'il faut faire du sur mesure (pour s'adapter à certaines particularités, aux souhaits exprès des promoteurs ou plus généralement de certaines sociétés familiales constituées pour planifier un patrimoine ou procéder à un arrangement de famille), la souplesse et la liberté statutaire incomparables de la SCRL peuvent être envisagées.

En effet, de par sa flexibilité, la SCRL se prête particulièrement bien, au même titre que la SCA, à une scission entre la propriété et le pouvoir⁹³. Elle souffre cependant encore d'un discrédit certain qui résulte de l'héritage d'un passé parfois peu glorieux, davantage lié à l'utilisation qui en a été faite qu'à sa nature propre.

Cependant, si l'on compare la SPRL à la société coopérative à responsabilité limitée, un élément est défavorable à cette dernière : elle doit comprendre au moins trois associés qui revêtent obligatoirement la qualité de fondateur (art. 351, C. soc.).

II.2 Examen de quelques instruments de contrôle

Si le choix de la forme sociétaire peut influencer la manière dont vont être structurés les rapports entre la propriété et le pouvoir, d'autres techniques permettent d'organiser le contrôle de la gestion dans une société.

Il semble cohérent de distinguer au moins trois catégories de mécanismes permettant d'organiser le contrôle de la gestion : les mécanismes structurels, les mécanismes statutaires et les mécanismes extrastatutaires⁹⁴. Dans le cadre de ce rapport, nous nous limiterons à un examen sommaire de quelques-unes de ces techniques.

II.2.1 Les mécanismes structurels

Comme l'a souligné V. Simonart, la technique la plus radicale conduirait à la mise en place d'une nouvelle structure sociétaire⁹⁵ qui introduirait la liberté contractuelle au cœur même des statuts⁹⁶.

93. *Ibid.*, p. 33.

94. Étude du Belgian Governance Institute pour la Commission de la Chambre chargée des problèmes de droit économique et commercial, « Un modèle belge d'actions à vote plural compatible avec la gouvernance d'entreprise », Bruxelles, octobre 2006, p. 14.

95. V. SIMONART, « La contractualisation des sociétés, ou les aménagements contractuels des mécanismes sociétaires », *Rev. prat. soc.*, 1995, p. 78.

96. I. CORBISIER, « Pour une nouvelle dimension contractuelle et une personnalité morale non obligatoire en droit des sociétés », *Rapport aux XIV^{èmes} Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Louvain-la-Neuve, U.C.L., 19-20 novembre 1992, n° 18.

LE POLYMORPHISME DU PAYSAGE SOCIÉTAIRE BELGE A-T-IL TOUJOURS UN SENS ?

Plus raisonnablement, l'on peut utiliser les formes existantes et les potentialités offertes par leur régime juridique pour aménager les structures liées à la gestion ou au capital.

À titre d'exemple, l'on rappellera ainsi que par le biais de la nomination d'un gérant-commandité personne morale, la SCA a connu un regain d'intérêt qui n'avait pas été anticipé par le législateur.

Cette pratique, couplée aux caractéristiques inhérentes à la SCA, offre ainsi un intéressant outil de contrôle, notamment dans les sociétés d'exploitation familiales.

Cela étant, face aux avantages d'autres procédés de transmission, et singulièrement la technique de la certification⁹⁷, l'intérêt de la société en commandite par actions semble limité.

Le recours à la figure du holding permet également, dans certaines conditions, d'assurer un contrôle sur une cascade de sociétés en introduisant un capital de départ relativement limité⁹⁸. Dans cette hypothèse, les fonds propres sont évidemment financés par la multitude d'actionnaires minoritaires situés aux échelons inférieurs de la pyramide.

La société holding constitue, en outre, un instrument intéressant permettant de centraliser, au sein d'une même entité juridique, des activités différentes, de séparer les risques commerciaux des risques financiers, d'assurer la pérennité d'un group familial, etc.⁹⁹.

II.2.2 Les mécanismes statutaires

L'organisation juridique des relations sociales peut bien entendu faire l'objet de clauses statutaires qui porteront le plus souvent sur l'exercice du droit de vote. Le Code des sociétés permet ainsi, dans certaines hypothèses, d'émettre des titres sans droit de vote ainsi que des parts bénéficiaires assorties d'un droit de vote.

Il est également permis, dans certaines sociétés, d'émettre des parts de fondateur ou des parts bénéficiaires (cf. *supra*) ainsi que des titres assortis de prérogatives particulières, permettant d'influencer la composition de l'organe de gestion, d'instaurer un quorum spécifique de présence à l'assemblée générale, etc.

97. Sur la technique de la certification, nous renvoyons au rapport de V. SIMONART présenté ci-après, ainsi qu'à H.-P. LEMAITRE et M. DALLE, « La certification de titres émis par des sociétés commerciales », *J.T.*, 1999, p. 417 ; J. MALHERBE et M. FYON, « La certification de titres émis par des sociétés anonymes dans le Code des sociétés », in *Le nouveau Code des sociétés*, coll. Centre d'études Jean Renaud, vol. 8, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 363 et s. ; C. GRUN, « Le point sur la certification de titres émis par une société anonyme », *D.A. O.R.*, 2005, pp. 291 et s.

98. J. MALHERBE et D. de LAVELAYE, *op. cit.*, pp. 15 et s.

99. P.-F. COPPENS, *Les nouveaux atouts de la fiscalité belge pour les entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 74 et 75.

Ces clauses ne pourraient toutefois pas contrevenir aux règles d'ordre public ou impératives, comme, par exemple, la prohibition du vote plural.

Très fréquemment, les statuts prévoient encore d'autres clauses qui restreignent la cessibilité des titres en prévoyant un agrément ou une clause de préemption. Et là aussi, l'autonomie des associés sera limitée par le respect des règles légales impératives.

Pour de plus amples détails sur cette problématique, nous renvoyons au rapport présenté ci-après par Me François T'Kint.

II.2.3 Les mécanismes extrastatutaires

Il est fréquent, principalement dans les sociétés de capitaux, où la dimension institutionnelle est très marquée, d'aménager les structures internes ou externes au moyen de conventions extrastatutaires¹⁰⁰. La pratique de ces conventions entre associés ou « pactes d'actionnaires » est consacrée pour les sociétés anonymes par les articles 510 et 551 du Code des sociétés.

Bien que le champ d'application, la valeur normative et l'opposabilité de telles clauses soient moins étendus que ceux des dispositions statutaires, il n'est pas rare en pratique que les impératifs de discrétion et de flexibilité commandent le recours à ce type de conventions¹⁰¹.

La doctrine distingue traditionnellement les conventions qui restreignent la cessibilité des titres de celles qui portent sur l'exercice du droit de vote¹⁰².

Schématiquement, l'article 510 du Code des sociétés autorise, aux conditions qu'il énumère, les clauses d'inaliénabilité, de préemption ou d'agrément. La pratique a également vu l'apparition d'autres clauses connexes (option d'achat ou de vente, clause de sortie commune, etc.), dont la validité ne fait plus aucun doute.

Les finalités de ces clauses sont variées¹⁰³, mais en modalisant l'ouverture ou la fermeture de la société, elles instaurent ou stabilisent le pouvoir dans le chef de certains actionnaires¹⁰⁴.

100. V. SIMONART (« La contractualisation des sociétés, ou les aménagements contractuels des mécanismes sociétaires », *op. cit.*, p. 77) définit la contractualisation comme « le phénomène qui consiste à aménager les structures liées à la gestion ou au capital de la société par des conventions extrastatutaires entre des associés ou des actionnaires, ou d'autres personnes intéressées par son fonctionnement ».

101. D. WILLERMAIN, « Les pactes d'actionnaires : principes fondamentaux – Clauses relatives à l'exercice du pouvoir », in *Legal Tracks I – Essays on the contemporary corporate and Finance law*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 217.

102. P. DE WOLF, « Exercice du pouvoir et fonctionnement de la SA : un régime de liberté (moins) surveillée », *J.T.*, 2003, p. 589.

103. S. PRAT, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert des valeurs mobilières*, Paris, Litec, 1992, pp. 13 et s.

104. Y. DE CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 563.

L'article 551 du Code des sociétés régleme quant à lui les conventions de vote (ou pactes de votation), dont la licéité est désormais admise¹⁰⁵ et consacrée. La nécessité de ces clauses découle du fait que « la maitrise du pouvoir requiert (...) une influence sur la composition des organes de gestion et, partant, une emprise sur l'assemblée générale »¹⁰⁶.

Elles peuvent prévoir l'engagement de voter dans un sens déterminé à l'assemblée générale, la répartition des mandats des dirigeants ainsi que leur non-révocabilité, ou encore influencer de différentes manières le fonctionnement des organes de gestion¹⁰⁷.

L'on gardera cependant à l'esprit qu'en dépit de la validité de telles clauses, la problématique des sanctions en cas d'inobservation de celles-ci demeure une source de difficultés en l'absence de théorie générale applicable à chaque cas d'espèce¹⁰⁸.

De plus longs développements seront consacrés à cette problématique dans l'exposé présenté par Messieurs O. Caprasse et R. Aydogdu.

III

La typologie des sociétés dans une perspective évolutive

Depuis de nombreuses années, l'une des difficultés auxquelles les législateurs nationaux et européen sont confrontés consiste à rendre compte du souhait des opérateurs économiques de voir la formulation du donné juridique simplifiée, aussi bien au stade de la constitution que dans le fonctionnement de la société¹⁰⁹.

Si, sur le plan communautaire, l'on constate une prise en considération croissante de cet impératif¹¹⁰, il n'en a pas toujours été ainsi sur le plan interne.

105. Cass., 13 avril 1989, *R.D.C.*, 1989, p. 878.

106. Y. DE CORDT, L'égalité entre actionnaires, *op. cit.*, p. 678.

107. P. DE WOLF, « Exercice du pouvoir et fonctionnement de la SA : un régime de liberté (moins) surveillée », *op. cit.*, pp. 595-597.

108. *Ibid.*, p. 597.

109. G. HORMANS, « Le Big Bang sociétaire », *op. cit.*, pp. 553 et 555.

110. Voy. à cet égard, « Examen stratégique du programme "mieux légiférer" dans l'Union européenne », COM(2006) 689 final du 14 novembre 2006, et « Deuxième examen stratégique du programme "mieux légiférer" dans l'Union européenne », COM(2008) 32 final du 30 janvier 2008 ; voy. égal. la communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Programme d'action pour la réduction des charges administratives dans l'Union européenne », COM (2007) 23 final ; la communication de la Commission relative à la simplification de l'environnement des sociétés en matière juridique, comptable et de contrôle des comptes, COM (2007) 394 final du 10 juillet 2007 ; la résolution du Parlement européen du 21 mai 2008 sur la simplification de l'environnement des sociétés en matière juridique, comptable et de contrôle des comptes, 2007/2254(INI).

Le droit belge des sociétés est ainsi emprunt de certaines lourdeurs et d'une complexité qui sont difficilement justifiables, singulièrement du point de vue des petites et moyennes entreprises (cf. *infra*).

Dès lors, pourquoi ne pas unir les débats et ainsi profiter des discussions relatives à l'étendue de la simplification et ses vertus, pour s'interroger non seulement sur la pertinence de l'unité et/ou la diversité dans le paysage sociétaire, mais également sur le maintien des catégories traditionnelles qui gouvernent le droit des groupements.

Nous ne brosserons pas ici un tableau complet des évolutions qui animent le droit des sociétés. Nous limiterons notre analyse à l'examen de quelques lignes de force qui illustrent les orientations futures en cette matière.

Pour se faire, le détour par l'examen des initiatives communautaires majeures est indispensable. Le droit européen constitue, en effet, une source primordiale du droit des sociétés¹¹¹, ce qui implique inévitablement que les objectifs et les priorités définis à ce niveau sont amenés, à plus ou moins brève échéance, à trouver un écho en droit interne.

III.1 Les évolutions et les perspectives en droit communautaire¹¹²

À la suite des scandales financiers qui ont émaillé le début du XXI^e siècle, la Commission européenne a mis sur pied un Plan d'action consacré à la modernisation du droit des sociétés et au renforcement du gouvernement d'entreprise, dans l'espoir de restaurer la confiance des investisseurs en attente de davantage de transparence¹¹³.

Dans sa communication, la Commission a ainsi énoncé une série d'objectifs à atteindre et les initiatives à prendre pour y parvenir. Elle a en outre préconisé leur mise en œuvre selon un agenda en trois phases : court (2003-2005), moyen (2006-2008) et long terme (à partir de 2009).

111. La compétence réglementaire de la Communauté trouve ainsi sa source, selon le cas, dans les art. 44, 94, 293 ou 308 du Traité de Rome. Les art. 43 et 48 CE doivent également être mis en évidence parce qu'ils définissent le droit d'établissement des sociétés dans les États membres. Sur ces influences, voy. not. G. HORSMANS, « Le droit des sociétés dans le Marché commun », in *L'instauration du Marché intérieur le 1^{er} janvier 1993*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 1989, pp. 287 et s.

112. Pour une vue d'ensemble de ces questions, voy. S. GRUNDMANN, *European Company Law*, vol. 1, Anvers-Oxford, Intersentia, 2007.

113. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne – Un plan pour avancer », COM (2003) 284 final du 21 mai 2003 ; voy. égal. pour les travaux initiaux, le rapport du Groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés du 4 novembre 2002, « Un cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés », dit « rapport Winter ».

LE POLYMORPHISME DU PAYSAGE SOCIÉTAIRE BELGE A-T-IL TOUJOURS UN SENS ?

Dans les grandes lignes, les préoccupations principales avaient trait à la *corporate governance* ¹¹⁴ – et aux multiples débats que soulève cette problématique –, à la question du maintien et de la modification du capital, au fonctionnement des groupes de sociétés, aux restructurations et à la mobilité des entreprises, aux nouvelles formes sociétaires européennes, à la promotion du principe de transparence et ce, dans le respect de la typologie des formes sociétaires nationales ¹¹⁵.

Dans un contexte marqué par l'essor des nouvelles technologies et la mobilité des entreprises, l'objectif du Plan d'action de la Commission était double.

D'abord, il entendait renforcer les droits des actionnaires et corrélativement la protection des *stakeholders*, tout en prévoyant des mesures différenciées et respectueuses des différentes catégories de sociétés. Ainsi, s'il était prévu de mettre en place « un cadre plus strict pour les sociétés cotées et les sociétés faisant appel public à l'épargne, (...) pour les autres sociétés, les initiatives législatives devront pleinement tenir compte de leur forme et de leur taille, en ménageant un cadre plus souple pour les PME » ¹¹⁶.

Ensuite, le plan d'action visait à promouvoir l'efficacité et la compétitivité des entreprises, ce qui nécessite l'existence d'un environnement réglementaire sain et d'un « juste équilibre entre actions au niveau de l'UE et actions au niveau national. Certaines règles du droit des sociétés se prêtent probablement mieux à un traitement, et à une actualisation, au niveau national, et il n'est en outre pas exclu qu'un certain degré de compétition entre règles nationales contribue positivement à l'efficacité du marché intérieur ».

En 2005 et 2006, alors même qu'un premier train de mesures avait déjà été adopté avec succès ^{117 118}, la Commission entreprit de réévaluer complètement les

114. H. LAGA et F. PARREIN, « Corporate Governance in a European perspective », in *The European Company Law Action Plan 2003 revisited*, Actes du colloque organisé par le Jan Ronse Instituut voor Vennootschappen, KULeuven, 9 janvier 2009 ; X, *Corporate Governance. Transparence et protection des investisseurs dans les sociétés cotées*, Bruxelles, Bruylant, 2005 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Corporate Governance », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 993 et s. Sur les origines de cette notion, voy. AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of corporate governance : analysis and recommendations*, American Law Institute Publishers, 1994.

115. Pour un examen des traits marquants liés à ces problématiques, voy. G. CARTON de TOURNAI, « La modernisation du droit européen des sociétés et son impact sur le droit belge des sociétés », *Dr. banc. fin.*, 2003, pp. 327-342 ; T. TILQUIN et V. SIMONART, *op. cit.*, pp. 31 et s. ; K.J. HOPT, « European Company Law and Corporate Governance : Where Does the Action Plan of the European Commission Lead ? », *ECGI, Law Working Paper n° 52/2005* ; Y. DE CORDT, « Les lignes de force », *op. cit.*, pp. 26 et s. ; Y. DE CORDT et P. COLLARD, « Chronique de droit des sociétés (1^{er} janvier 2007-31 décembre 2007) », *J.D.E.*, 2008, pp. 89 et s. ; Th. BAUMS, « European Company Law beyond the 2003 Action Plan », *ECGI, Law Working Paper n° 81/2007*.

116. COM (2003) 284 final du 21 mai 2003, p. 9.

117. Voy., p. ex., Déc. de la Commission du 15 octobre 2004 d'établir un Forum européen du gouvernement d'entreprise, *J.O.U.E.*, L 321 du 22 octobre 2004, p. 53, et Déc. de la Commission du

priorités du Plan d'action afin de les mettre davantage en phase avec les objectifs renouvelés de la stratégie de Lisbonne ¹¹⁹ et de réexaminer la pertinence des initiatives qui n'avaient pas encore été mises en place ¹²⁰.

28 avril 2005 de créer un groupe d'experts non gouvernementaux sur le gouvernement d'entreprise et le droit des sociétés, *J.O.U.E.*, L 126 du 19 mai 2005, p. 40 ; Rec. n° 2004/913/CE de la Commission du 14 décembre 2004 encourageant la mise en œuvre d'un régime approprié de rémunération des administrateurs des sociétés cotées, *J.O.U.E.*, L 385 du 29 décembre 2004, pp. 55 et s. ; Rec. de la Commission du 15 février 2005 concernant le rôle des administrateurs non exécutifs et des membres du conseil de surveillance et les comités du conseil d'administration ou de surveillance, *J.O.U.E.*, L 52 du 25 février 2005, pp. 51 et s. ; Dir. 2007/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées, *J.O.U.E.*, L 184 du 14 juillet 2007, pp. 17 et s. ; Dir. 2006/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 modifiant les directives du Conseil 78/660/CEE concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, 83/349/CEE concernant les comptes consolidés, 86/635/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des banques et autres établissements financiers, et 91/674/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des entreprises d'assurance, *J.O.U.E.*, L 224 du 16 août 2006, p. 1 ; Dir. 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés et modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, et abrogeant la directive 84/253/CEE du Conseil, *J.O.U.E.*, L 157 du 9 juin 2006, p. 87 ; Dir. 2006/68/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 modifiant la directive 77/91/CEE du Conseil relative à la constitution de la société anonyme, ainsi qu'au maintien et aux modifications de son capital, *J.O.U.E.*, L 264 du 25 septembre 2006, p. 32 ; Dir. 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, *J.O.U.E.*, L 310 du 25 novembre 2005, p. 1.

118. Plus récemment, d'autres initiatives furent mises en place, et parmi celles-ci, on retiendra : Dir. 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes, *J.O.U.E.*, L 300 du 17 novembre 2007, p. 47 ; proposition de règlement du Conseil relatif au statut de la société privée européenne, présenté par la Commission le 25 juin 2008, COM(2008) 396 ; proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 77/91/CEE, 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil ainsi que la directive 2005/56/CE en ce qui concerne les obligations en matière de rapports et de documentation en cas de fusions ou de scissions, COM(2008) 576 du 25 septembre 2008 ; proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 68/151/CEE du Conseil et la directive 89/666/CEE du Conseil en ce qui concerne les obligations de publication et de traduction de certaines formes de société, COM(2008) 194 final du 17 avril 2008 ; proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE en ce qui concerne certaines obligations de publicité pour les entreprises de taille moyenne et l'obligation d'établir des comptes consolidés, COM(2008) 195 final du 17 avril 2008.

119. À cet égard, la Commission a présenté, le 16 décembre 2008, un train de mesures « visant à soutenir la mise en œuvre du plan européen pour la relance économique et à renforcer la stratégie de Lisbonne pour la croissance et l'emploi » (voy. IP/08/1987) ; sur cette question, voy. O. BAILLY, « La relance de la stratégie de Lisbonne ou la quête d'un partenariat politique », *Rev. Marché commun*, juin 2005, p. 357.

120. Voy. le Working Paper de la DG Marché intérieur et services, « Consultation on Future Priorities for the Action Plan on Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union », 20 décembre 2005, http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/consultation/consultation_en.pdf ; voy. égal. la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions, « Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne : une stratégie de simplification de l'environnement réglementaire », COM (2005) 535 final du 25 octobre 2005.

III.1.1 Définition des nouvelles priorités

Sous l'impulsion du Commissaire Ch. McCreevy, la Commission lança une nouvelle consultation publique sur les futures priorités du plan d'action, dont les résultats furent dévoilés en mai 2006^{121 122}.

À l'heure actuelle, les grands axes du processus de modernisation demeurent orientés vers la résolution des difficultés soulevées par la mobilité des entreprises et les méthodes de restructuration, la mise en place de nouveaux groupements européens, la *corporate governance* – et dans ce cadre, la protection des actionnaires, l'amélioration des règles régissant l'organe de gestion et la responsabilité des contrôleurs – et la remise en question des règles entourant le capital social.

D'autre part, l'on peut observer que plusieurs avancées enregistrées depuis la réévaluation du Plan d'action exercent une influence directe ou indirecte sur la structure des rapports entre les tenants du capital et l'organe de gestion¹²³ – et plus largement, l'ensemble des parties prenantes à la vie de l'entreprise. Il semblait donc opportun de faire brièvement la synthèse des orientations les plus notables.

- a) En premier lieu, l'on retiendra la décision de la Commission du 15 octobre 2004 de mettre en place un Forum européen du gouvernement d'entreprise¹²⁴ *chargé d'examiner les meilleures pratiques dans les*

121. Rapport de synthèse de la DG Marché intérieur et services, « Consultation and Hearing on Future Priorities for the Action Plan for Company Law and Corporate Governance in the European Union. Summary Report », http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/consultation/final_report_en.pdf ; voy. égal. la résolution du Parlement européen sur les développements récents et les perspectives du droit européen (2006/2051 (INI)) du 4 juillet 2006.

122. K. VAN HULLE, « De toekomst van de Europese harmonisatie inzake het vennootschapsrecht », *T.R.V.*, 2006, pp. 150-167 ; K. GEENS, « De nieuwe harmonisatiedynamiek van het vennootschapsrecht : een "erste klas" begrafenis van het Europees vennootschapsrecht na vijftig jaar ? », *T.R.V.*, 2006, pp. 75-89.

123. S. COOLS, « La répartition juridique des pouvoirs au sein des sociétés d'Europe continentale et des sociétés américaines », *Rev. prat. soc.*, 2007, pp. 149 et s. ; K. KIM, P. KITSABUNNARAT-CHATJUTHMARD et J. NOFSINGER, « Large Shareholders, Board Independence, and Minority Shareholder Rights : Evidence from Europe », *Journal of Corporate Finance*, vol. 13, n° 5, 2007, pp. 859 et s. ; M. BECHT, P. BOLTON et A. ROËL, « Corporate Governance and Control », *ECGI, Finance Working Paper*, n° 2/2002 (version mise à jour en 2005) ; K.J. HOPT et P. LEYENS, « Board Models in Europe. Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy », *ECGI, Law Working Paper* n° 18/2004 ; D. MEEUS et S. RUTTEN, « Europese Corporate Governance aanbevelingen inzake bestuurdersvergoedingen (over fat cats and rewards for failure) », *T.R.V.*, 2004, pp. 265 et s. ; D. HURSTEL et J. MOUGEL, « La loi Sarbanes-Oxley doit-elle inspirer une réforme du gouvernement d'entreprise en France ? », *Rev. soc.*, 2003, pp. 13 et s.

124. Déc. de la Commission du 15 octobre 2004 d'établir un Forum européen du gouvernement d'entreprise, *J.O.U.E.*, L 321 du 22 octobre 2004, p. 53. Voy. égal. Déc. de la Commission du 28 avril 2005 de créer un groupe d'experts non gouvernementaux sur le gouvernement d'entreprise et le droit des sociétés, *J.O.U.E.*, L 126 du 19 mai 2005, p. 40.

États membres en vue d'encourager la convergence des Codes nationaux de gouvernement d'entreprise et de conseiller la Commission.

Il s'agit là d'une alternative intéressante à l'élaboration d'un Code européen du gouvernement d'entreprise dont la nécessité avait été déniée.

- b) En matière de restructuration des entreprises, la 10^e directive relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux a été adoptée le 26 octobre 2005 ¹²⁵. L'initiative est importante en ce qu'elle vient faciliter la réalisation d'opérations qui nécessitaient jusque-là le recours à des techniques de substitution complexes et coûteuses. Elle offre également aux PME, auxquelles le statut de société européenne n'est pas adapté, la possibilité de réorganiser leurs activités à l'échelle communautaire ¹²⁶.
- c) Au nom des impératifs de simplification administrative et d'amélioration de la réglementation ¹²⁷, la directive 2007/63/CE du 13 novembre 2007 ¹²⁸ est venue modifier les articles 9 et 11 de la directive 78/855/CEE du Conseil concernant les fusions des sociétés anonymes et les articles 8 et 9 de la directive 82/891/CEE du Conseil concernant les scissions des sociétés anonymes. Elle a donc pour objet d'offrir la possibilité aux actionnaires de renoncer au rapport écrit de l'expert sur le projet de fusion ou de scission, à l'instar de ce qui est prévu pour les fusions transnationales.

En outre, la Commission européenne a récemment présenté une proposition de directive qui réduira encore les formalités administratives que doivent remplir les sociétés anonymes européennes en cas de fusion ou de scission ¹²⁹.

125. Dir. 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, *J.O.U.E.*, L 310 du 25 novembre 2005, p. 1.

126. C. VERDURE, « La réglementation des fusions transfrontalières : une nouvelle étape dans la modernisation du droit européen des sociétés », *Rev. dr. intern. comp.*, 2008/1, pp. 121-122 ; M. EVRARD et E. VAN DER VAEREN, « Les fusions transfrontalières : un pas de plus vers une Europe harmonisée », *D.A. O.R.*, 2007, n° 81, p. 112 ; M. WYCKAERT, « Grensoverschrijdende fusies », *T.R.V.*, 2006, pp. 90 et s. ; Th. DELVAUX, « Fusions internationales et libertés de circulation », note sous C.J.C.E., 13 décembre 2005, *SEVIC Systems AG*, aff. C-411/03, *J.T.*, 2006, p. 146 ; H. LE NABASQUE, « L'incidence des normes européennes sur le droit français applicable aux fusions et au transfert de siège social », *Rev. soc.*, janvier-février 2005, pp. 81-101 ; F. BLANQUET, « Droit communautaire des sociétés de capitaux : quelles tendances générales prévisibles à l'aune du 3^e millénaire ? – Les fusions transfrontalières et la mobilité des sociétés », *Rev. soc.*, janvier-mars 2000, pp. 115-128.

127. Voy. COM(2007) 23 final, qui prévoit, dans son annexe III, dix propositions d'« actions rapides » visant à alléger les charges pesant sur les entreprises.

128. Dir. 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes, *J.O.U.E.*, L 300 du 17 novembre 2007, p. 47.

129. IP/08/1407 du 25 septembre 2008.

LE POLYMORPHISME DU PAYSAGE SOCIÉTAIRE BELGE A-T-IL TOUJOURS UN SENS ?

Telle que formulée actuellement, la proposition vise notamment à réduire les exigences de notification des entreprises en cas de fusion ou de scission, notamment lorsque les actionnaires considèrent que certains rapports sont inutiles, ou dans le cadre des fusions et scissions « simplifiées » entre les sociétés mères et leurs filiales. En deuxième lieu, elle permet également d'éviter les doubles notifications lorsque d'autres règles de l'UE imposent également des exigences de ce type. Enfin, elle octroie aux entreprises la possibilité d'utiliser l'internet et le courrier électronique pour publier les projets de fusion ou de scission et transmettre aux actionnaires les documents requis ¹³⁰.

- d) La directive 2006/46/CE du 14 juin 2006 est quant à elle venue modifier certains aspects des directives comptables européennes afin, entre autres, d'assurer une plus grande transparence et de garantir une meilleure information sur les pratiques de gouvernement d'entreprise ¹³¹ ¹³².

Dans le respect de la typologie des sociétés, et singulièrement de leur taille, ce texte vient imposer aux entreprises qu'il entend régir la diffusion d'informations supplémentaires dans les annexes des comptes annuels et, le cas échéant, dans les rapports consolidés. Les informations visées ont trait aux transactions effectuées avec des parties liées, ainsi que la nature, les objectifs, les risques et l'impact financier des opérations hors bilan.

L'article 7 de la directive prévoit en outre, dans le chef des sociétés cotées, l'obligation d'inclure dans leur rapport de gestion une déclaration sur les règles et pratiques de la gouvernance d'entreprise applicables au sein de leur entreprise, devant contenir au minimum les informations portant sur (i) le Code de gouvernement d'entreprise respecté par l'entreprise et la justification des dérogations éventuelles aux règles y établies (cf. le principe *comply or explain*), (ii) les caractéristiques des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques dans le cadre de l'établissement des informations financières, (iii) les mécanismes de défense anti-OPA, (iv) la description des droits des actionnaires et les modalités d'exercice

130. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 77/91/CEE, 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil ainsi que la directive 2005/56/CE en ce qui concerne les obligations en matière de rapports et de documentation en cas de fusions ou de scissions, COM(2008) 576 du 25 septembre 2008.

131. Dir. 2006/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 modifiant les directives du Conseil 78/660/CEE concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, 83/349/CEE concernant les comptes consolidés, 86/635/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des banques et autres établissements financiers, et 91/674/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des entreprises d'assurance, *J.O.U.E.*, L 224 du 16 août 2006, p. 1.

132. Sur ces questions, voy. K. VAN HULLE et F. HELLEMANS, « Belgian and European Accounting Law 30 years after the Fourth EC Directive. A route planner in a landscape scattered with (a growing number of) crossroads », in *The European Company Law Action Plan 2003 revisited*, Actes du colloque organisé par le Jan Ronse Instituut voor Vennootschappen, KULeuven, 9 janvier 2009.

de ces droits, (v) la composition et le mode de fonctionnement des organes administratifs, de gestion et de surveillance et de leurs comités.

La directive réaffirme par ailleurs le principe de la responsabilité collective des administrateurs par rapport à l'information légale obligatoire et les comptes annuels.

- e) En ce qui concerne les droits des actionnaires, l'on retiendra l'adoption de la directive 2007/36/CE du 11 juillet 2007, qui vient renforcer l'exercice des droits politiques des actionnaires de sociétés cotées – droit de vote sans réunion physique, par voie électronique, droit de poser des questions et d'obtenir des réponses, droit de présenter des résolutions – et leur accès à l'information¹³³. En levant une série d'obstacles formels à la participation « utile » aux assemblées, la directive entend ainsi faciliter le contrôle et responsabiliser l'ensemble des actionnaires¹³⁴.

Quant au très controversé principe « une action, une voix », garant de la « démocratie des actionnaires » chère à la Commission, il a été décidé, suite à une étude externe et une analyse d'impact, de ne pas intervenir en portant atteinte à la proportionnalité entre la propriété et le contrôle¹³⁵.

- f) Le droit communautaire s'est également enrichi d'une directive relative aux offres publiques d'acquisition¹³⁶. Il s'agit d'un texte de compromis visant à « assurer, à l'échelle de la Communauté, la clarté et la transparence en ce qui concerne les questions juridiques à régler en cas d'offres publiques d'acquisition et d'empêcher que les plans de restructuration

133. Dir. 2007/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées, *J.O.U.E.*, L 184 du 14 juillet 2007, pp. 17 et s. Sur l'obligation pour les sociétés cotées de publier certaines informations, voy. égal. Dir. 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2004 sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2001/34/CE, *J.O.U.E.*, L 390 du 31 décembre 2004, p. 38.

134. Y. DE CORDT et Ch. BRÜLS, « La protection des actionnaires en droit communautaire », *J.D.E.*, 2007, pp. 129 et s., et les réf. citées ; F. DE BAUW, « Les assemblées générales dans les sociétés cotées et la directive 2007/36/CE », in *Le droit des sociétés aujourd'hui : principes, évolutions et perspectives*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 2008, pp. 149 et s.

135. Ch. McCREEVY, House of Lords – All Party Parliamentary Corporate Governance Group, London, 6 décembre 2007, communiqué de presse, 7 décembre 2007, 07/797 ; K. GEENS et C. CLOTTENS, « One Share One Vote : on the Balance between Fairness and Efficiency », in *The European Company Law Action Plan 2003 revisited*, Actes du colloque organisé par le Jan Ronse Instituut voor Vennootschappen, KULeuven, 9 janvier 2009.

136. Dir. 2004/25/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition, *J.O.U.E.*, L 142 du 30 avril 2004, pp. 12-23. Sur la portée de cette directive, voy. Y. DE CORDT, « Les enjeux de la directive 2004/25/CE du 21 avril 2004 », in *La réforme de la réglementation sur les offres publiques d'acquisition* (Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. HAMER coord.), Bruxelles, Kluwer, 2007, pp. 1-51.

d'entreprises dans la Communauté soient faussés du fait de différences arbitraires dans les cultures d'administration et de gestion » ¹³⁷.

- g) Une autre initiative notable relative à l'indépendance et la responsabilité des contrôleurs aux comptes figure dans la directive 2006/43/CE du 17 mai 2006 ¹³⁸. Ce texte, qui a vu le jour au lendemain de grands scandales financiers, met l'accent sur certaines obligations des cabinets d'audit et contrôleurs légaux en matière d'indépendance, de neutralité et d'honorabilité. La directive contient en outre des dispositions relatives à l'agrément et la révocation du contrôleur ; elle prévoit la mise sur pied, dans les sociétés cotées et les autres entités d'intérêt public, d'un « comité d'audit », qui permettra entre autres d'améliorer les fonctions du conseil de surveillance.
- h) La directive 2006/68/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 ¹³⁹ a modifié certaines dispositions de la directive 77/91/CEE en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital. Les principales innovations de ce texte consistent en l'exemption, pour certaines opérations impliquant un apport en nature, de l'obligation de recourir à un rapport d'expert pour valoriser ledit apport, l'assouplissement des règles relatives à l'interdiction pour une société de fournir une assistance financière en vue de l'acquisition de ses actions par des tiers et l'assouplissement des règles relatives aux rachats d'actions propres.

Plus fondamentalement, la Commission a proposé dans son Plan d'action, comme priorité à moyen terme, de mener une étude de faisabilité d'une alternative au régime de maintien du capital tel qu'établi par la deuxième directive sur le droit des sociétés ¹⁴⁰. Les résultats de cette étude lancée en 2006 furent publiés en janvier 2008.

L'idée serait de proposer un régime alternatif, garantissant la protection des actionnaires et des créanciers, qui ne serait plus fondé sur la notion de capital légal, mais sur l'obligation de réaliser un test de solvabilité préalable à tout versement de dividendes ou autre forme de distribution.

137. Dir. 2004/25/CE, 3^e consid.

138. Dir. 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés et modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, et abrogeant la directive 84/253/CEE du Conseil, *J.O.U.E.*, L 157 du 9 juin 2006, p. 87.

139. Dir. 2006/68/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 modifiant la directive 77/91/CEE du Conseil relative à la constitution de la société anonyme, ainsi qu'au maintien et aux modifications de son capital, *J.O.U.E.*, L 264 du 25 septembre 2006, p. 32.

140. M. FYON, « Le capital social : une notion en voie d'érosion ? », in *Le droit des sociétés aujourd'hui : principes, évolutions et perspectives*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 2008, pp. 75 et s. ; P. LE CANNU et G. PARLEANI, « Le financement du capital », *Rev. soc.*, 1/2005, pp. 13 et s. ; H. CULOT et M. VAN BUGGENHOUT, « Droit européen des sociétés : vers une réforme du "capital" ? », *J.D.E.*, 2007, pp. 193 et s. et réf. citées.

- i) En ce qui concerne la composition du conseil d'administration et la rémunération des dirigeants, l'on notera l'adoption de deux recommandations portant sur la rémunération ¹⁴¹ et l'indépendance ¹⁴² des administrateurs.

Cette dernière recommandation met en évidence l'importance des administrateurs non exécutifs dans les organes d'administration, principalement pour assurer un caractère collégial aux décisions prises. Elle souligne la nécessité de prévoir parmi eux un nombre significatif d'administrateurs indépendants dont le rôle est crucial dans les domaines où il existe un risque important de conflit d'intérêts. Enfin, la résolution apporte d'utiles précisions sur cette notion de conflit d'intérêts ; elle milite, au surplus, en faveur de la mise en place de comités divers – comité de nomination, de rémunération, d'audit, etc. ¹⁴³.

- j) Dans la continuité du *Small Business Act* ¹⁴⁴, la Commission européenne a présenté, le même jour, une proposition de règlement relatif au statut de la société privée européenne (ci-après « SPE ») ¹⁴⁵. L'idée fondamentale qui préside à l'élaboration de ce nouveau véhicule est de fournir aux PME qui ont vocation à la mobilité, un véhicule souple et adapté à leurs besoins.

Au stade actuel des négociations, il semble à nouveau que le problème de la participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise soit la principale pierre d'achoppement à l'adoption de la proposition ¹⁴⁶.

Pour autant, les auteurs du texte ne poursuivent pas l'ambition d'utiliser la SPE pour réaliser une avancée sur le volet social et, dès lors, les difficultés devraient se poser en des termes moins aigus qu'à l'occasion des débats relatifs à la SE.

D'autre part, un important enjeu politique porte sur la question de savoir quel degré de simplification et d'allègement doit atteindre la SPE par rapport aux régimes moins libéraux existant dans certains États ¹⁴⁷. Cela

141. Rec. n° 2004/913/CE de la Commission du 14 décembre 2004 encourageant la mise en œuvre d'un régime approprié de rémunération des administrateurs des sociétés cotées, *J.O.U.E.*, L 385 du 29 décembre 2004, pp. 55 et s.

142. Rec. de la Commission du 15 février 2005 concernant le rôle des administrateurs non exécutifs et des membres du conseil de surveillance et les comités du conseil d'administration ou de surveillance, *J.O.U.E.*, L 52 du 25 février 2005, pp. 51 et s.

143. Y. DE CORDT et P. COLLARD, *op. cit.*, p. 91.

144. « Un *Small Business Act* pour l'Europe », COM(2008) 394 final du 25 juin 2008, non publiée au *Journal officiel*.

145. Proposition de règlement du Conseil relatif au statut de la société privée européenne, présenté par la Commission le 25 juin 2008, COM (2008) 396. Pour un commentaire de cette proposition, voy. E.-J. NAVEZ, « La société privée européenne : enfin un véhicule d'intégration économique pour les PME ? », *Rev. prat. soc.*, 2009, à paraître.

146. « La PME européenne piétine », *L'Echo*, 3 décembre 2008.

147. M. COIPEL, « Faut-il simplifier le régime juridique de la SPRL ? », in *Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, Bruxelles, Bruylant, 2008, n° 3.

renvoie à la problématique des exigences en termes de capital minimum, à l'intensité du rattachement au droit national par rapport à la liberté contractuelle, aux modalités de déplacement du siège social, etc.

- k) Enfin, la Commission a établi une nouvelle liste d'« actions rapides » visant à réduire les charges administratives inutiles qui pèsent sur les PME. Les initiatives envisagées portent sur l'abolition de l'obligation de publier des informations commerciales dans les bulletins nationaux (modification de la directive 68/151/CEE), l'allègement des coûteuses obligations de traduction lors de la création de succursales dans d'autres États membres (modification de la directive 89/666/CEE), la réduction des obligations de publicité en matière de comptabilité pour les entreprises de taille moyenne (modification de la directive 78/660/CEE) et la suppression de l'obligation d'établir des comptes consolidés pour les sociétés mères dont les filiales présentent un intérêt négligeable ^{148 149}.

D'autres initiatives ont par contre été abandonnées. À titre d'exemples, l'on songe ainsi aux propositions de règlements portant statut de l'association européenne et de la mutualité européenne, ainsi qu'aux directives correspondantes relatives à la participation des travailleurs ¹⁵⁰.

Jugeant son intervention superflue en la matière, la Commission a également décidé de stopper ses travaux relatifs à la mise en place d'une 14^e directive relative au transfert transnational de siège statutaire ¹⁵¹. Dès lors, en l'état du droit communautaire, la mobilité des entreprises reste encadrée par la jurisprudence de la Cour de justice.

À cet égard, l'on notera que si le transfert du siège de direction effectif d'une société est encore incertain dans son volet droit de sortie, la possibilité de déplacement du siège statutaire vient d'être consacrée par la Cour de justice, dans son arrêt *Cartesio*.

Cette avancée doit être soulignée, puisque le transfert de siège statutaire n'était réalisable, auparavant, qu'au terme d'un détour par une fusion transfrontalière ou la constitution d'une société européenne ¹⁵².

148. IP/08/598 du 17 avril 2008.

149. Voy. la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 68/151/CEE du Conseil et la directive 89/666/CEE du Conseil en ce qui concerne les obligations de publication et de traduction de certaines formes de société, COM(2008) 194 final du 17 avril 2008, et la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE en ce qui concerne certaines obligations de publicité pour les entreprises de taille moyenne et l'obligation d'établir des comptes consolidés, COM(2008) 195 final du 17 avril 2008.

150. Voy. COM(2005) 462 final du 27 septembre 2005.

151. Voy. l'étude d'impact de la directive sur les transferts transfrontaliers du siège statutaire des sociétés de capitaux, SEC(2007) 1707 du 12 décembre 2007.

152. Sur ces questions, voy. M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, Paris, L.G.D.J., 1997 ; M. WYCKAERT et F. JENNÉ, « Cross border mobility », in *The European Company Law*

En ce qui concerne la problématique de la responsabilité des administrateurs en cas de défaillance de la société, la consultation publique a mis en évidence l'absence d'utilité d'une intervention¹⁵³. L'on a ainsi estimé qu'une réglementation différenciée de la « négligence sanctionnable » ou « *wrongful trading* » ne faisait pas obstacle au bon fonctionnement du Marché intérieur¹⁵⁴. En droit belge, la matière est actuellement couverte par les dispositions relatives à l'action en comblement de passif.

La consultation a également mis en lumière les réticences relatives à la proposition d'harmoniser les règles relatives à l'interdiction d'exercer la fonction d'administrateur dans la Communauté pour sanctionner la fourniture d'informations trompeuses, financières ou autres, et d'autres formes de comportements dommageables¹⁵⁵.

Des opinions mitigées ont en outre été enregistrées concernant la possibilité d'offrir aux entreprises, à tout le moins les sociétés cotées, l'opportunité d'opter entre une structure d'organisation moniste ou duale, telle qu'elle est proposée dans le règlement relatif à la société européenne¹⁵⁶.

De même, bien que les préoccupations liées à la transparence et les obligations d'information y relatives demeurent une priorité, la mise en place de règles communautaires globales d'encadrement des groupes et des pyramides abusives n'a pas été jugée souhaitable par une majorité d'entreprises interrogées¹⁵⁷.

Quoi qu'il en soit, il est indiqué de rester vigilant aux résultats des diverses consultations en cours (analyses d'impact et études de faisabilité), qui définiront, à tout le moins partiellement, les priorités futures des institutions communautaires.

Action Plan 2003 revisited, Actes du colloque organisé par le Jan Ronse Instituut voor Vennootschappen, KULeuven, 9 janvier 2009 ; W. BRATTON, J. McCAHERY et E. VERMEULEN, « How does corporate mobility affect lawmaking ? A comparative analysis », *ECGI, Law Working Paper* n° 91/2008 ; A. AUTENNE et Th. BOSLY, « La mobilité transfrontalière des sociétés en droit européen », in *Évolution et perspectives du droit des sociétés. Anno 2006*, coll. Centre d'études Jean Renauld, vol. 13, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 26 et s. ; A. AUTENNE et M. DE WOLF, « La mobilité transfrontalière des sociétés en droit européen : le cas particulier du transfert de siège social – Regards croisés de droit des sociétés et de droit fiscal », *Cah. dr. eur.*, 2007/5, pp. 359 et s. ; A. AUTENNE et E.-J. NAVEZ, « Cartesio, les contours incertains de la mobilité des sociétés revisités », *Cah. dr. eur.*, 2009, à paraître.

153. Voy. le rapport de synthèse sur la consultation publique, p. 2.

154. Voy. la résolution du Parlement européen sur les développements récents et les perspectives du droit européen (2006/2051 (INI)) du 4 juillet 2006, pt 20.

155. Voy. le rapport de synthèse sur la consultation publique, p. 2.

156. Voy. cependant l'avis favorable du Parlement européen dans sa résolution (2006/2051 (INI)) du 4 juillet 2006, pt 26.

157. Voy. le rapport de synthèse sur la consultation publique, p. 22. Sur cette question, voy. Th. TILQUIN, « La gouvernance d'entreprise et les groupes de sociétés », in *Les relations intragroupes*, coll. Le droit des affaires en évolution. n° 15, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 57 et s.



III.1.2 La méthode retenue

Au-delà de l'impératif de restauration de la confiance des investisseurs, la modernisation du droit des sociétés poursuit aujourd'hui l'objectif de rendre l'économie européenne la plus compétitive possible et ce, en optimisant le fonctionnement du Marché intérieur.

À cette fin, il convient de s'interroger sur les méthodes qui permettront de fournir aux entreprises actives sur le marché communautaire, un environnement entrepreneurial favorable, exempt de toute contrainte injustifiée.

Or, dans ce contexte, le choix du *modus operandi* pose question. La simplification tant souhaitée doit-elle se concrétiser par la modernisation des directives existantes – assortie d'une suppression des doublons et des incohérences –, comme c'est le cas actuellement, ou nécessite-elle l'abrogation de ces textes¹⁵⁸ au profit de nouveaux instruments, ou encore par l'élaboration d'un véritable *European Company Law* qui viendrait réaliser, dans le respect du principe de subsidiarité, une harmonisation horizontale de l'acquis communautaire ?¹⁵⁹

En effet, la codification ne présenterait-elle pas l'avantage de donner un panorama complet des règles, permettant d'éliminer les doubles emplois et de définir nettement les lignes de démarcation entre les dispositions qui doivent régir toutes les sociétés et celles réservées aux sociétés ouvertes à l'épargne publique ?¹⁶⁰

D'autre part, doit-on privilégier l'autorégulation, c'est-à-dire la voie de la *soft law*, ou, au contraire, la piste de la *hard law*, synonyme d'harmonisation normative ? Et si l'on opte pour un instrument réglementaire, ne serait-il pas préférable de transmettre la norme à l'intervention de recommandations qui ne nécessitent pas de recourir au processus de codécision, ni à une quelconque mesure de mise en œuvre ?¹⁶¹

Compte tenu du contexte politique européen, il ne fait aucun doute que les solutions adoptées résulteront de compromis âprement négociés, conciliant pragmatisme et flexibilité.

158. L'on songe, p. ex., à la 2^e directive, aux 3^e et 6^e directives, ou à la 12^e directive relative au droit des sociétés.

159. Th. BAUMS, « European Company Law beyond the 2003 Action Plan », *op. cit.*, p. 13.

160. *Ibid.*

161. *Ibid.*, p. 15.

III.1.3 L'harmonisation et la concurrence entre les ordres juridiques : quelques constats

La jurisprudence européenne a conféré un contenu concret au principe de liberté d'établissement consacré par les articles 43 et 48 CE ¹⁶² et a contribué du même coup à accentuer le phénomène de *law shopping* ¹⁶³ inhérent à la coexistence des différents droits nationaux.

Corrélativement, l'exercice de cette liberté a entraîné une mise en concurrence des différentes formes de sociétés des États membres, qui peuvent être plus ou moins librement importées et exportées d'un pays à un autre. Dès lors, un nombre croissant d'entrepreneurs entend désormais tirer parti des disparités existantes dans le droit des sociétés des États membres pour constituer une société sous l'égide d'une législation considérée comme plus libérale et ensuite exercer leurs activités dans un autre État – dit d'accueil –, en s'appuyant sur la liberté d'établissement garantie par le Traité CE ¹⁶⁴.

En ce qui concerne les sociétés dites fermées – du type de la SPRL –, les facteurs de compétition entre les différentes formes sociétaires nationales résident, en marge des considérations fiscales, dans le montant du capital minimum, un système de publicité des actes et documents efficace, sanctionnant effectivement les manquements, un processus de constitution rapide et facile, la possibilité de transférer le siège social dans un autre État, la responsabilité des fondateurs et des organes de gestion ou encore la simplicité générale du droit des sociétés à respecter, etc. ¹⁶⁵.

162. Voy. C.J.C.E., 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, aff. C-212/97, *Rec.*, 1999, p. I-1459 ; *R.D.C.*, 1999, p. 364, note M. CRUYSMANS ; C.J.C.E., 5 novembre 2002, *Überseering*, aff. C-208/00, *J.T.D.E.*, 2003, p. 18 ; C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd.*, aff. C-167/01, *Rec.*, 2003, p. I-10115 ; *R.D.C.*, 2004, p. 90 et note H. DE WULF ; C.J.C.E., 13 décembre 2005, *SEVIC Systems AG*, aff. C-411/03, *Rec.*, 2005, p. I-10805 ; J.T., 2006, p. 145, note Th. DELVAUX ; *R.D.C.*, 2006, p. 404, note J. WOUTERS ; C.J.C.E., 16 décembre 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató Bt*, aff. C-210/06, non encore publié au *Recueil*. Pour un commentaire récent de cette jurisprudence, voy. A. AUTENNE et E.-J. NAVEZ, *op. cit.* Voy. égal. C.J.C.E., 10 juillet 1986, *Segers*, aff. 79/85, *Rec.*, 1986, p. 2375 ; C.J.C.E., 27 septembre 1988, *The Queen v Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc*, aff. 81/87, *Rec.*, 1988, p. 5483.

163. M. MENJUCQ, « L'articulation du droit d'établissement communautaire et des droits nationaux relatifs au rattachement juridique des sociétés », *J.C.P.*, 2003, p. 365 ; A. NUYS, « Forum Shopping et abus de Forum Shopping dans l'espace judiciaire européen », in *Liber Amicorum John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 245 et s. ; J.-P. DEGUÉE, « 'Forum Shopping', usage ou abus de la liberté d'établissement », obs. sous C.J.C.E., 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *Rev. prat. soc.*, 2000, pp. 51-83.

164. E.-J. NAVEZ et G. GUYOT, « La Private Limited Company de droit anglais : une alternative à la SPRL ? », *Rev. not. belge*, 2008, p. 122.

165. T. TILQUIN et V. SIMONART, *op. cit.*, p. 14.

Du point de vue des entreprises cotées, il s'agira notamment de la protection de la société contre les variations de contrôle, de l'exercice plus ou moins aisé des droits politiques aux assemblées générales par des actionnaires étrangers, d'un système d'information adapté aux besoins des investisseurs institutionnels, de la possibilité d'ajuster facilement les structures d'administration et de direction en vue de la cotation, de l'existence de tribunaux spécialisés efficients, etc.¹⁶⁶.

Or, l'on a constaté que le phénomène de concurrence régulatoire¹⁶⁷ qui est apparu dans ce contexte engendre à son tour progressivement un nouveau type d'harmonisation spontanée¹⁶⁸, issue et, en quelque sorte, dirigée par le marché¹⁶⁹, qui vient compenser les insuffisances de l'harmonisation traditionnelle orchestrée par les instances communautaires¹⁷⁰.

Dès lors, les autorités communautaires doivent-elles s'échiner à fédéraliser le droit des sociétés en mettant en place des règles uniformes par la voie de directives ou de l'introduction d'une nouvelle forme sociétaire européenne, ou privilégier la coexistence de solutions différenciées qui entretiennent les rivalités étatiques ?¹⁷¹.

166. *Ibid.*

167. Sur cette notion, voy. M. BECHT, C. MAYER et H.F. WAGNER, « Where Do Firms Incorporate », *ECGI, Law Working Paper* n° 70/2006, p. 3 ; L. ENRIQUES et M. GELTER, « How the Old World Encountered the New One : Regulatory Competition and Cooperation in European Corporate and Bankruptcy Law », *ECGI, Law Working Paper* n° 63/2006 ; J. ARMOUR, « Who should make corporate law ? EC Legislation versus Regulatory Competition », *ECGI, Law Working Paper* n° 54/2005 ; M. GELTER, « The Structure of Regulatory Competition in European Corporate Law », *Journal of Corporate Law Studies*, octobre 2005, pp. 247-284 ; Th. DELVAUX, « La concurrence entre ordres juridiques est-elle efficace ? – Quelques réflexions à propos de la liberté d'établissement des sociétés », *Rev. prat. soc.*, 2004, p. 212 ; Ph. MALHERBE et J.-M. JONET, « Concurrence entre juridictions en droit américain des sociétés. Un regard européen sur le syndrome du Delaware », *Rev. dr. int. comp.*, 2003, p. 141 et s. ; G. HERTIG et J.A. McCAHERY, « Company and Takeover Law Reforms in Europe : Misguided Harmonization Efforts or Regulatory Competition ? », *ECGI, Law Working Paper* n° 12/2003 ; M. KAHAN et E. KAMAR, « The Myth of State Competition in Corporate Law », *Stanford Law Review*, vol. 55, n° 3 (décembre 2002), pp. 679-749 ; L.A. BEBCHUK, « The desirable limits on State Competition in Corporate Law », *Harvard Law Review*, vol. 105, n° 7 (mai 1992), pp. 1435-1510.

168. G. CANIVET, « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français », *XVI^e Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Brisbane, 14-20 juillet 2002, pp. 6 et s.

169. Voy. T. TILQUIN et V. SIMONART, *op. cit.*, pp. 12-13, qui parlent à ce propos d'un « effet Delaware », traduisant l'idée qu'il y aurait un « marché des sociétés », au sens d'un marché des réglementations des divers États ; en sens contraire, B. LECOURT, *L'influence du droit communautaire sur la constitution de groupements*, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 55, n° 93.

170. Certains auteurs mettent cependant en évidence que les initiatives nationales qui se développent en réaction à ce phénomène conduisent finalement à une certaine hétérogénéité. Voy. Th. BAUMS, « Loi modèle européenne en droit des sociétés », *Rev. soc.*, 1/2008, p. 83. L'on pense pour notre part qu'à terme, un effet d'entraînement donnera lieu à un mouvement de convergence. Cela est déjà perceptible si l'on analyse le régime juridique des différentes formes sociétaires simplifiées qui voient le jour dans de nombreux pays européens.

171. Une autre piste consisterait en l'adoption d'un *European Model Company Law Act*, homogène et facultatif pour les États membres. Sur cette question, voy. Th. BAUMS, « Loi modèle européenne en droit des sociétés », *op. cit.*, pp. 81 et s.

Dès l'abord, un constat s'impose : l'Europe connaît actuellement une « crise existentielle » qui remet en question sa capacité à constituer une unité politique, similaire à l'Union économique. L'une des difficultés réside dans le fait qu'avec 27 voix distinctes, le navire européen est devenu délicat à manœuvrer et les accords sont beaucoup plus difficilement atteints.

Dans ce contexte, il apparaît nécessaire de recourir à une autre méthode d'harmonisation, davantage respectueuse du champ de compétence des législateurs nationaux, acceptable politiquement et protectrice de la liberté contractuelle des acteurs économiques.

Il est vrai que le recours à des solutions pragmatiques a permis de nouvelles avancées en matière d'harmonisation, mais bien souvent, comme ce fut le cas avec la directive OPA, et dans une certaine mesure avec le statut de société européenne, les objectifs durent être revus à la baisse pour parvenir à un accord entre les chefs d'État et de gouvernement.

Comme le souligne J.-J. Daigre, « quant au contenu des projets actuels, une lecture rapide suffit à faire percevoir le changement (...) Les projets actuels deviennent de plus en plus généraux et imprécis (...) On peut même avoir le sentiment qu'au fur et à mesure des discussions, le contenu des projets se réduit à peau de chagrin. C'est la subsidiarité poussée à l'extrême »¹⁷².

L'idée que l'on peut avancer est que le maintien d'un éventail de solutions nationales mettra en lumière les avantages comparatifs de certains États, ce qui sera de nature à inciter les autres, par un effet d'entraînement, à rendre plus libérale leur propre réglementation. Dans cette logique, l'absence de normes uniformes pourrait favoriser la mise en relief de l'incongruité de certains particularismes nationaux et, par là, l'idéal de convergence.

Comme on a pu lire, « il n'est pas vrai dans l'absolu que le processus de compétition soit en antithèse avec celui de rapprochement : en effet, les forces de marché pourraient introduire des règles plus efficaces dans tous les systèmes juridiques avec un effet final d'uniformité de modèles d'organisation de l'entreprise »¹⁷³.

En effet, il semble cohérent de postuler qu'en tant qu'agents économiques rationnels, les États calqueront leurs comportements sur les systèmes juridiques efficaces et qui recueillent les faveurs des entreprises – étant entendu que l'un des postulats de la logique du marché est l'hétérogénéité des préférences.

Reprenant à notre compte la thèse du Professeur H. Muir Watt, l'on peut raisonnablement espérer qu'un système fondé sur une loyale concurrence entre

172. J.-J. DAIGRE, « Du fruit d'une expérience d'enseignement à Louvain : Existe-il un droit commun des sociétés en Europe ? », in *Liber Amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 279.

173. E. WYMEERSCH, « Company Law in Europe and European company law », *First European Jurists Forum*, Nürnberg, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001, p. 85.

LE POLYMORPHISME DU PAYSAGE SOCIÉTAIRE BELGE A-T-IL TOUJOURS UN SENS ?

les différentes législations étatiques sera capable d'impulser l'évolution nécessaire à la promotion de l'efficacité et de la compétitivité des entreprises ¹⁷⁴.

Plus généralement, il est nécessaire de s'interroger sur le bien-fondé du postulat selon lequel la concurrence législative permettrait d'apporter à l'économie européenne une solution pragmatique pour rencontrer les objectifs que nous avons évoqués ci-avant.

Un premier élément dont on doit prendre acte est la pertinence du modèle compétitif à rendre compte des évolutions récentes du droit communautaire, et en particulier de la jurisprudence de la Cour de justice, dans le domaine du droit des sociétés ¹⁷⁵. L'appel à la notion de concurrence entre les ordres juridiques figure ainsi expressément dans les conclusions de l'Avocat général Alber sous l'arrêt *Inspire Art* ¹⁷⁶.

Dans une perspective comparatiste, l'on soulignera également qu'aux États-Unis, la notion de concurrence législative est généralement perçue comme un facteur important d'émulation entre législateurs fédérés, stimulant l'innovation et la réactivité des droits aux besoins des opérateurs économiques ¹⁷⁷.

Dans la conception américaine dominante, les forces du marché – notamment sous la forme des pressions d'un actionnariat mobile, susceptible de sanctionner tout choix attentatoire à ses intérêts en délaissant la société – seraient suffisantes à discipliner la compétition législative et à empêcher qu'elle ne dégénère en une *race to the bottom*, une « course vers le bas », c'est-à-dire vers la loi la plus favorable aux dirigeants, au détriment des intérêts des actionnaires.

À certains égards, ce modèle concurrentiel est séduisant parce qu'il associe réalisme politique et orthodoxie économique : valoriser la souveraineté étatique et l'efficacité des marchés peut, en effet, sembler être une formule gagnante ¹⁷⁸. Par ailleurs, un modèle calqué sur le fédéralisme compétitif américain apparaît pertinent et réaliste dans le contexte réglementaire et institutionnel européen,

174. La théorie avancée dans les lignes qui suivent a été empruntée à H. MUIR WATT, « Concurrence d'ordres juridiques et conflit de lois de droit privé », in *Le droit international privé : esprit et méthode. Mélanges P. Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 615 et s. ; voy. égal. *id.*, « La concurrence entre systèmes juridiques », *op. cit.* ; *id.*, « La liberté d'établissement des sociétés commerciales exerçant une activité intracommunautaire », note sous l'arrêt *Inspire Art*, *Rev. crit. DIP*, 2004/1, pp. 181 et s. ; *id.*, « Peut-on évaluer l'efficacité des systèmes de droit ? », *Economic Law and Globalisation*, Paris, Science Po, 2008.

175. H. MUIR WATT, « La liberté d'établissement des sociétés commerciales exerçant une activité intracommunautaire », *op. cit.*, p. 181.

176. Voy. concl. av. gén. ALBER sous C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd.*, aff. C-167/01, *Rec.*, p. I-10115, n° 139.

177. H. MUIR WATT, « La liberté d'établissement des sociétés commerciales exerçant une activité intracommunautaire », *op. cit.*, p. 181.

178. J. PISANI-FERRY, « L'Europe économique entre deux modèles », *Sociétal*, n° 43, janvier 2004, p. 4.

actuellement marqué par la coexistence des principes de reconnaissance mutuelle et de subsidiarité – garants de la diversité – avec les grandes libertés de circulation ¹⁷⁹.

Afin d'encadrer ces pratiques, les forces du marché – l'on pense en premier lieu à l'actionnariat institutionnel – servent en principe de contrepoids au pouvoir de décision dont sont investis les dirigeants sociaux, et découragent par là même tant les comportements opportunistes de leur part que les efforts des États de les séduire en offrant un régime excessivement laxiste ¹⁸⁰.

Cependant, un débat important s'est engagé depuis de nombreuses années sur l'effectivité de ces mécanismes de contrôle, dans la mesure où ils sont difficilement aptes à prendre en considération les intérêts de l'ensemble des *stakeholders* ¹⁸¹. En effet, si certains voient dans le système compétitif une « source inépuisable d'innovation » ¹⁸² ou un moyen progressif d'éliminer des formalités inutiles et des dispositions peu efficaces, il en est d'autres qui estiment que ce système aboutit à une course au droit le plus laxiste, c'est-à-dire à une détérioration progressive de minima du droit des sociétés ¹⁸³.

En guise de bilan, l'on se bornera à rappeler qu'à l'heure actuelle, la priorité est donnée aux solutions pragmatiques qui tiennent compte de la susceptibilité des législateurs nationaux.

Ainsi, l'on privilégie tantôt l'initiative législative (règlement ou directive) lorsque la mise en place de solutions uniformes est souhaitable et envisageable, tantôt des instruments non législatifs (décision ou recommandation). Enfin, dans certaines matières, la Commission n'estime pas son intervention opportune et lui préfère le maintien d'un large panel de solutions nationales. De la sorte, une certaine pression est exercée sur les Parlements nationaux, qui sont incités à améliorer leur réglementation.

III.2 De quelques réformes dans les États voisins

Sous l'influence du phénomène concurrentiel et du processus d'internationalisation des exigences de la *corporate governance* ¹⁸⁴, plusieurs États ont mis en

179. H. MUIR WATT, « La liberté d'établissement des sociétés commerciales exerçant une activité intracommunautaire », *op. cit.*, pp. 182-183.

180. *Ibid.*

181. *Ibid.*

182. M. BOULOUKOS, *La société européenne : d'une société communautaire, à une société nationale de type communautaire*, Mémoire de DEA, Faculté de Droit, Université Robert Schuman, Strasbourg, 2003, p. 52.

183. W.L. CARY, « Federalism and Corporate Law : Reflections upon Delaware », *Yale Law Journal*, 1974, 83, pp. 663 et s. ; voy. aussi R. ROMANO, « The state competition debate in Corporate Law », *Cardozo Law Review*, 8, 1987, p. 709.

184. A. COURET, *op. cit.*, pp. 339 et s.

LE POLYMORPHISME DU PAYSAGE SOCIÉTAIRE BELGE A-T-IL TOUJOURS UN SENS ?

chantier des réformes de leur droit des sociétés afin d'en renforcer l'attractivité et, par là, promouvoir la croissance et l'emploi.

Sans rentrer dans le détail des différentes législations nationales ¹⁸⁵, l'on épinglera, ça et là, quelques initiatives récentes dans les États voisins.

- a) Le *Royaume-Uni* a récemment décidé de moderniser le *Companies Act* de 1985, qui constituait depuis de nombreuses années la pierre angulaire du droit anglais des sociétés. Actuellement, il a cédé la place ¹⁸⁶ au *Companies Act 2006*, préparé et négocié au cours d'une période d'élaboration entamée en 1998 et concrétisé par le *Royal Assent* du 8 novembre 2006. Il s'agit de l'acte le plus long de toute l'histoire du Parlement britannique, avec un contenu de 1.300 sections couvrant un total d'environ 700 pages et représentant ainsi la plus grande réforme du droit des sociétés depuis plus de 20 ans.

La philosophie de cette réforme se résume en deux objectifs : attractivité et simplicité, tant au niveau de la constitution que de la gestion. D'une part, l'attractivité se traduit par un allègement des exigences entourant la *Limited*. D'autre part, la simplicité implique une souplesse dans la gestion de la société et les procédures qui l'entourent. Cet objectif sera rencontré par un recours important aux nouvelles technologies ¹⁸⁷.

- b) Le *droit luxembourgeois* des sociétés fait quant à lui l'objet, depuis quelques années, d'un mouvement de modernisation intense qui s'est concrétisé à plusieurs reprises par une modification de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.

L'on citera notamment la loi du 25 août 2006 qui a organisé la possibilité pour les sociétés anonymes d'opter entre une structure moniste ou dualiste. Cette loi offre également la possibilité aux SA de revêtir la forme unipersonnelle.

Deux lois du 23 mars 2007 viennent quant à elles réformer le régime des fusions et des scissions, en ce compris les restructurations à caractère transfrontalier ¹⁸⁸.

Un avant-projet de loi prévoit en outre de compléter ces avancées par une modernisation plus profonde de la législation en vigueur, notamment sur base de solutions libérales qui existent à l'étranger. Dans ce cadre, la

185. Pour un panorama récent, voy. E. WYMEERSCH, « Comparative Study of the Company Types in Selected EU States », *Financial Law Institute*, Working Paper Series 2008/10 (octobre 2008).

186. Son entrée en vigueur dans l'ordre juridique est cependant progressive.

187. E.-J. NAVEZ et G. GUYOT, *op. cit.*, p. 129.

188. A. PRÜM (coord.) *e.a.*, *Le nouveau droit luxembourgeois des sociétés*, Collection de la Faculté de droit, d'économie et de finance de l'Université de Luxembourg, Bruxelles, Larcier, 2008 ; I. CORBISSIER et A. PRÜM, « Le droit luxembourgeois des sociétés. Une conception contractuelle et une personnalité morale non obligatoire », in *Bicentenaire du Code de commerce*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 139 et s.

possibilité d'introduire une forme sociale simplifiée, sur le modèle de la S.A.S. française, est aussi analysée.

- c) La *France* poursuit également son mouvement de simplification entamé il y a quelques années avec l'introduction récente de la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, qui aboutit à rapprocher le régime de la SARL de celui de la SAS ¹⁸⁹.

Cette loi vient ainsi s'ajouter à un train d'autres dispositions qui ont réformé le régime de la SARL au cours des dernières années ¹⁹⁰.

Les principales mesures ont trait au fonctionnement de la SARL (participations aux assemblées en recourant à la télécommunication, allègement des formalités pour les SARL unipersonnelles dont l'associé est le gérant), à de nouveaux assouplissements du régime de la SAS en matière de capital minimum et à la suppression du recours obligatoire à un commissaire aux comptes.

Désormais, à l'instar de ce qui prévaut pour les SARL, le capital social pourra être librement fixé par les statuts, sans aucun minimum légal à respecter, en dérogation à l'article L. 224-2 du Code de commerce.

L'on peut en outre constater que depuis son institution par la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994, la SAS n'a cessé de voir son régime assoupli, au point de devenir une concurrente de la SARL et de l'EURL et d'être aujourd'hui le véhicule privilégié de nombreuses PME souhaitant bénéficier d'une société de capitaux aux règles simplifiées.

Conçue initialement comme un instrument de coopération entre entreprises au capital important, la SAS a vu son champ d'application élargi aux petites entreprises, à l'occasion de la réforme introduite par la loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 ¹⁹¹.

Cette société est caractérisée par la place importante laissée à la liberté statutaire. Elle permet ainsi de bénéficier d'une grande souplesse, aussi bien dans le fonctionnement de la société qu'au niveau de la prise de décision.

189. B. SAINTOURENS, « Les réformes du droit des sociétés par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie », *Rev. soc.*, 3/2008, pp. 477 et s. ; P. LE CANNU, « La SAS dans la concurrence des formes de sociétés », *Bull. Joly*, 2008, p. 236.

190. Sur ces modifications, voy. B. SAINTOURENS, « Réformes du droit des sociétés par les lois du 26 juillet et du 2 août 2005 », *Rev. soc.*, 2005, pp. 529-535 ; *id.*, « L'attractivité renforcée de la SARL après l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 », *Rev. soc.*, 2004, pp. 207-222 ; E. BROCARD, « De l'utilité de constituer un SARL ? Propos hétérodoxes à l'occasion des lois du 1^{er} août 2003 relatives à l'initiative économique et à la rénovation urbaine », *Rev. soc.*, 2004, pp. 825 et s. ; J. MONNET, « SARL et l'ordonnance du 25 mars 2004 : une véritable réforme », *Dr. soc.*, juillet 2004, pp. 6 et s. ; P. LE CANNU, « La loi pour l'initiative économique et le droit des sociétés », *Rev. soc.*, 2003, pp. 409-427.

191. F. HOLDER, « Nouvelles dispositions en matière de droit des sociétés », *Rapport au Congrès national des Tribunaux de Commerce*, Paris, 22 novembre 2002, p. 27.

- d) L'on constate également un important mouvement en faveur d'une modernisation du droit des sociétés aux *Pays-Bas* ¹⁹². Un rapport a ainsi été présenté en mai 2004 par un groupe d'experts qui a planché sur la simplification et la flexibilisation du régime de la *Besloten vennootschap* ¹⁹³.

Dans la foulée de ce rapport, un important projet de modernisation a été imaginé afin de réformer la BV sur base de nouvelles règles soumises à l'examen en 2005 et 2006. En outre, un projet de loi devrait aboutir prochainement à la mise en place d'une Flex-BV ¹⁹⁴.

La nouvelle BV sera notamment caractérisée par la suppression des exigences de capital minimum et l'introduction de tests de solvabilité. Dans ce contexte, l'obligation de disposer d'une attestation bancaire et d'un plan financier au moment de la constitution disparaîtrait également. Un nouveau régime de responsabilité des administrateurs sera en outre mis en place, ainsi qu'une révision des règles applicables aux conflits entre actionnaires. Les règles de participation aux assemblées générales sont de même simplifiées, au même titre que les procédures de nomination des administrateurs et des commissaires. Enfin, la procédure de certification des titres est également réformée.

- e) *L'Allemagne* vient d'entériner la plus grande réforme du droit des sociétés depuis plus d'un siècle avec l'entrée en vigueur, au 1^{er} novembre 2008, de la loi portant modernisation du droit des sociétés à responsabilité limitée et relative à la lutte contre les abus (« *Gesetz zur Modernisierung des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und zur Bekämpfung von Missbräuchen* ») ¹⁹⁵.

Cette nouvelle loi réforme le régime de la société à responsabilité limitée, dénommée la *GmbH – Gesellschaft mit beschränkter Haftung* –, et constitue la réponse du législateur au phénomène de multiplication du nombre de *Limited* britanniques actives sur le territoire allemand.

Afin de rendre la *GmbH* plus attractive et compétitive par rapport à ses voisines européennes, le législateur allemand a notamment abaissé les

192. R.G.J. NOWAK et F.J.P. VAN DEN INGH, *Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht. De pre-parlementaire geschiedenis*, Anvers, Kluwer, 2006 ; L. TIMMERMAN, « Gedragsrecht, belangenpluralisme en vereenvoudiging van het vennootschapsrecht. Wat moet dwingend blijven in het vennootschapsrecht van de toekomst ? », *Ondernemingsrecht*, 2005, pp. 2 et s.

193. Ce rapport, qui fut remis le 6 mai 2004, est disponible sur le site du ministère de la Justice néerlandais.

194. Le projet de loi intitulé « Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht » a été soumis à la Deuxième Chambre le 31 mai 2007. Il vient modifier le livre 2 du Code civil qui régleme les sociétés privées à responsabilité limitée. Pour davantage de précision, voy. le projet de loi : *Kamers-tuk*, 2006-2007, 31058, n° 2, et l'exposé des motifs : *Kamerstuk*, 2006-2007, 31058, n° 3.

195. Pour une synthèse des réflexions antérieures, voy. Ch. TERBRACK, « Deutschland », *Handbuch des internationalen GmbH-Rechts* (R. SÜB et Th. WACHTER dir.), Angelbachtal, Zerb, 2006, p. 523, nos 3 et 4.

Conclusions

exigences en termes de capital minimum à 10.000 euros tandis qu'une nouvelle forme de société, « GmbH light », à savoir la « société d'entrepreneur » (Unternehmergesellschaft), peut désormais être fondée avec un capital de 1 euro.

III.3 Les perspectives en droit belge

Dans l'optique de simplifier l'environnement juridique des petites entreprises, le gouvernement a adopté, le 10 octobre 2008, le Plan d'action fédéral pour les PME, qui prévoit notamment la mise en place d'une nouvelle forme de société réservée aux starters, la « SPRL-starter ».

Il s'agit d'une société où le capital de départ serait très faible et devrait être porté au minimum exigé par la loi pour une SPRL classique endéans les 5 ans de sa constitution. La société devrait en outre être accompagnée par un professionnel du chiffre (comptable, expert-comptable...).

C'est là une initiative heureuse qui a d'ores et déjà été saluée par la Fédération des entreprises de Belgique¹⁹⁶. Pour autant, le régime juridique de ce nouveau véhicule n'a pas encore été dévoilé et l'on ignore les modalités de son entrée en vigueur¹⁹⁷.

Conclusions

Comme nous l'avons souligné en introduction, il serait opportun d'organiser une réflexion globale sur la composition du paysage sociétaire belge afin de faire correspondre davantage le donné juridique avec la réalité des attentes des opérateurs économiques.

Si l'on souhaite que le droit demeure un outil fiable, une correspondance doit être maintenue avec les réalités économiques et les normes doivent tenir compte de l'érosion des concepts traditionnels relevée par la meilleure doctrine.

L'on a ainsi pu entendre divers plaidoyers pour l'abolition de la prééminence donnée à la finalité poursuivie, au profit d'une priorité qui serait rendue à la structure sociétaire elle-même. Outre l'abolition des distinctions fondées sur

196. E. DE VITS, « La FEB passe au crible le plan d'action fédéral pour les PME », communiqué de presse de la FEB du 10 octobre 2008.

197. Pour des propositions de simplification, voy. M. COIPEL, « Faut-il simplifier le régime juridique de la SPRL ? », *op. cit.*, n^{os} 12 et s.

LE POLYMORPHISME DU PAYSAGE SOCIÉTAIRE BELGE A-T-IL TOUJOURS UN SENS ?

le but de lucre et la nature de l'activité exercée, c'est la distinction entre le droit civil et le droit commercial qui pose aujourd'hui question ¹⁹⁸.

D'autre part, si l'on compare horizontalement ¹⁹⁹ le paysage sociétaire belge, il apparaît que moyennant quelques aménagements législatifs, il serait possible de rencontrer la majorité des attentes particulières des entrepreneurs avec un nombre restreint de formes sociales disposant d'une large liberté contractuelle.

À cet égard, les statistiques disponibles en termes de constitution d'entreprises confirment l'intérêt croissant pour la SPRL au détriment des autres sociétés, et singulièrement de la SA.

Plusieurs auteurs se sont ainsi prononcés en faveur de l'unification des sociétés contractuelles, dont la coexistence a perdu toute sa raison d'être. Dans cette perspective, la société momentanée et la société interne deviendraient des modalités de la société de droit commun, qui coexisterait désormais avec la société en nom collectif et la société en commandite simple ²⁰⁰.

De même, le manque d'intérêt pratique du groupement d'intérêt économique et de la société agricole et leur absence de réel avantage comparatif – confirmé par le faible nombre de ces sociétés en activité – commandent que l'on réfléchisse sérieusement à leur maintien ²⁰¹.

Quant à la distinction traditionnelle entre la SA et la SPRL, l'on est en droit de se demander si elle se justifie toujours, compte tenu du décroissement réalisé progressivement par les interventions législatives successives.

198. Voy. sur ces questions, G. HORMANS, « Le Big Bang sociétaire », *op. cit.*, pp. 549 et s. ; M. COIPEL, « Unité et diversité dans le paysage des groupements de personnes ou de biens en droit privé », *op. cit.*, p. 13.

199. Sur les vertus de cette méthode, voy. not. M. COIPEL, « Unité et diversité dans le paysage des groupements de personnes ou de biens en droit privé », *op. cit.*, p. 21 : « il subsiste plusieurs règles qui pourraient être améliorées ou modifiées si elles étaient passées au crible d'une analyse horizontale systématique ».

200. K. GEENS, « Tweehonderd jaar vennootschapsrecht in vogelvlucht », *op. cit.*, pp. 98-108 ; M. COIPEL, « Unité et diversité dans le paysage des groupements de personnes ou de biens en droit privé », *op. cit.*, p. 28.

201. Voy. dans le même sens, M. COIPEL, « Évolutions du paysage des personnes morales de droit privé », *op. cit.*, pt 6.5. ; G. CARLE et D. PUTZEYS, « Le groupement européen d'intérêt économique et le groupement d'intérêt économique (belge) : un outil sociétaire récent à disposition des entreprises ? », in *La coopération entre entreprises*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 172 : « D'une manière générale, le groupement ne présente rien de fondamentalement nouveau et reste périlleux à utiliser » ; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *op. cit.*, n° 1734 : « Globalement donc, par rapport à la société en nom collectif ou à la société en commandite simple, la société agricole se caractérise par un certain nombre d'exigences, voire de rigidités, supplémentaires (...) l'attrait éventuel de la société agricole est plutôt à rechercher sur d'autres plans que le droit des sociétés proprement dit ».

Conclusions

Si l'on conçoit aisément que la structure de la société anonyme convienne aux grandes entreprises, il est nécessaire de prévoir une véritable forme de société « allégée » pour les entreprises débutantes (« starters »)²⁰².

Comme l'a préconisé le rapport Winter relatif à la modernisation du droit des sociétés²⁰³, il conviendrait désormais d'organiser davantage la typologie des formes sociales et leurs règles de constitution et de fonctionnement selon la *summa divisio* suivante : les sociétés cotées, les sociétés « ouvertes », c'est-à-dire celles dont l'actionnariat est dispersé, et les sociétés fermées²⁰⁴.

À l'échelle supranationale, ces distinctions sont d'ailleurs clairement perceptibles dans la majeure partie des initiatives récentes mises en place par les institutions communautaires.

Au niveau de la création de la norme, la simplicité et la flexibilité devraient commander l'élaboration des règles destinées aux PME – constituant la majeure partie des deux premières catégories d'entreprises selon la classification préconisée par le Groupe d'experts –, tandis qu'une réglementation sévère et complexe ne devrait prévaloir que si ces exigences sont dûment justifiées.

Enfin, des solutions uniques doivent être *a priori* privilégiées pour les entreprises de la même catégorie, sauf si la nécessité d'une solution diversifiée s'impose.

Nous ne sommes pas convaincus par les arguments qui militent en faveur du maintien en l'état du paysage sociétaire belge²⁰⁵. Au contraire, nous estimons qu'en limitant l'éparpillement du droit des sociétés, le législateur ferait œuvre utile, tant au profit de la qualité et de la cohérence des textes qu'au niveau de la connaissance et de l'interprétation qui en est donnée²⁰⁶.

202. P. NICAISE, « La suppression des titres au porteur : la fin d'un mythe ? », *op. cit.*, p. 820.

203. Rapport du Groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés du 4 novembre 2002, « Un cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés », p. 38.

204. Voy. pour un tel plaidoyer, E. WYMEERSCH, « Comparative Study of the Company Types in Selected EU States », *Financial Law Institute*, Working Paper Series 2008/10 (octobre 2008) ; P.-H. CONAC, *op. cit.*, p. 68.

205. Th. TILQUIN et V. SIMONART, *op. cit.*, pp. 294-298.

206. M. COIPEL, « Évolutions du paysage des personnes morales de droit privé », *op. cit.*, pt 10.