



JURISPRUDENCE

Sociétés en général
Étonnante désignation du tiers estimateur de l'article 1843-4 du code civil par le juge des requêtes
Com. 9 janvier et 6 février 2019, note Jacques Moury

p. 450

Sociétés à responsabilité limitée
Exigence statutaire d'unanimité et volonté du seul majoritaire
Com. 20 février 2019, note Dominique Schmidt

p. 455

Pouvoir des associés de convoquer une assemblée et révocation du gérant : le juge lié
Com. 6 février 2019, note Arnaud Lecourt

p. 457

Sociétés par actions simplifiées
SAS et convention de *management* : l'exigence de conditions strictes
Com. 12 décembre 2018, note Laurent Godon

p. 465

Sociétés civiles
Expertise *in futurum* : motif légitime et droit de communication des associés
Paris, 9 octobre 2018, note Julien Delvallée

p. 472

DALLOZ

REVUE DES SOCIÉTÉS

Juillet-Août 2019 - n° 7-8

La réforme du droit belge des sociétés

Un nouveau code libéral des sociétés et des associations

Yves de Cordt et Henri Culot

p. 435

Chronique de droit des marchés financiers

Pierre-Henri Conac, Bénédicte François et Anne-Catherine Muller

p. 487



Version numérique incluse*



Imprimé par (delphine.chaput@uclouvain.be) Tous droits réservés

N° 7-8 - Juillet-Août 2019 / **SOMMAIRE****Actualités** 430

par Bénédicte François

Étude 435La réforme du droit belge des sociétés
Yves De Cordt et Henri Culot

435

Jurisprudence 450**Sociétés en général**L'étonnante désignation du tiers estimateur de
l'article 1843-4 par le juge des requêtes
Note sous Com. 9 janv. 2019 et 6 févr. 2019
note Jacques Moury 450**Sociétés à responsabilité limitée**Exigence statutaire d'unanimité et volonté
du seul majoritaire
Note sous Com. 20 févr. 2019
note Dominique Schmidt 455Pouvoir des associés de convoquer une assem-
blée et révocation du gérant : le juge lié
Note sous Com. 6 févr. 2019
note Arnaud Lecourt 457**Sociétés par actions**Loyauté dans la révocation, mais indemnisation
partielle pour non-concurrence !
Note sous Com. 20 févr. 2019
note Jean-François Barbiéri 460**Sociétés par actions simplifiées**SAS et convention de *management* : l'exigence
de conditions strictes
Note sous Com. 12 déc. 2018
note Laurent Godon 465**Sociétés civiles**Expertise *in futurum* : motif légitime et droit de
communication des associés
Note sous Paris, 9 oct. 2018
note Julien Delvallée 472**Droit pénal des sociétés**Obligations du dirigeant légal d'une société
dont le véhicule a été contrôlé par radar
Note sous Crim. 15 janv. 2019
note Bernard Boulloc 476**Droit fiscal des sociétés**Partage de sociétés : définition de l'assiette
du droit de partage
Note sous Com. 26 sept. 2018
note Sébastien Jambort 478**Droit social et sociétés**Le règlement intérieur de la société scindée
n'est pas transmis à la société bénéficiaire de la
scission
Note sous Soc. 17 oct. 2018
note Jean-Marc Moulin 482**Chronique de droit des marchés financiers** 487

par Pierre-Henri Conac, Bénédicte François et Anne-Catherine Muller

Juillet-Août 2019 / REVUE DES SOCIÉTÉS / 429

Imprimé par (delphine.chaput@uclouvain.be) Tous droits réservés

/ ÉTUDE

La réforme du droit belge des sociétés

Yves De Cordt et Henri Culot

Professeurs à l'université catholique de Louvain, avocats au barreau de Bruxelles

La Belgique vient de se doter d'un nouveau code des sociétés et des associations. D'inspiration libérale, la réforme vise à rendre le droit des sociétés plus moderne, plus flexible, plus attractif et mieux adapté à un espace européen, voire mondial, empreint de mobilité des sociétés et de concurrence réglementaire entre États. Sans entrer dans tous les détails, cet article se propose de présenter les principales modifications qu'apporte cette réforme, en focalisant l'examen sur les titres, la gouvernance et le capital dans la société anonyme et dans la société à responsabilité limitée.

Introduction

1. Dans le cadre du présent article, nous proposons à nos confrères et collègues français une première analyse de la loi du 23 mars 2019 introduisant, en droit belge, le nouveau code des sociétés et des associations (ci-après « CSA »), qui a été publiée au *Moniteur belge* du 4 avril 2019¹.

Dans le cadre limité de cette étude, qui relève exclusivement du droit belge sans ambition de droit comparé, nous exposerons les lignes directrices de la réforme et focaliserons notre attention sur les dispositions relatives aux sociétés, singulièrement les sociétés anonymes (SA) et les sociétés à responsabilité limitée (SRL), en matière de titres, de gouvernance et de capital.

2. Pour moderniser le droit belge des sociétés et le rendre plus compétitif, attractif et fonctionnel, notre législateur a suivi trois lignes directrices : la simplification et la cohérence dans la nomenclature des formes sociétaires, la liberté et la flexibilité, basées sur un droit davantage supplétif, et le choix de règles censées rencontrer l'évolution européenne favorable à la mobilité des sociétés.

À cet égard, il s'agissait notamment de revenir sur des « excès de zèle » du passé (*gold-plating*), qui

consistaient à procéder à des transpositions extensives de directives d'harmonisation : ainsi, les dispositions européennes relatives au capital, qui ne concernaient *a priori* que les SA, ont été étendues aux SPRL. Il est piquant de constater qu'au même moment, dans un mouvement inverse, les Pays-Bas ont créé les BV (*besloten vennootschap*) pour échapper à l'emprise européenne et offrir un véhicule juridique léger à leurs entrepreneurs.

La simplification et la flexibilisation de notre droit des sociétés, qui pourraient inciter des sociétés étrangères à s'y soumettre sans devoir s'exiler, impliquent que les praticiens y trouvent des règles de « prêt à porter » tout en ayant la possibilité de confectionner du « sur-mesure » pour répondre à leurs besoins spécifiques.

Le droit belge des sociétés n'avait plus connu une réforme d'envergure depuis le code des sociétés, adopté par une loi du 7 mai 1999 et en vigueur depuis février 2001, qui constituait en réalité une coordination et un réagencement de textes à droit constant plutôt qu'une réelle œuvre de codification et d'innovation. Notre collègue Koen Geens, professeur à la KU Leuven et actuel ministre de la Justice, fut l'un des premiers à proposer, dans ses écrits académiques, une nouvelle codification du droit des sociétés². Plusieurs professeurs ont alors constitué le Centre belge du droit des sociétés, dont nous faisons partie, afin de réfléchir aux grandes lignes d'une réforme. À la suite des travaux du centre³, le gouvernement a adopté, le 20 juillet

(1) À propos du code des sociétés 1999, nous renvoyons aux ouvrages de référence suivants : M. Colpel, *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, Larcier, 2008 ; Y. De Cordt et all., *Société anonyme*, RPD, Bruylant, 2014 ; J.-A. Delcorde (dir.), *La société coopérative : nouvelles évolutions*, Larcier, 2018 ; J. Malherbe, Y. De Cordt et all., *Précis de droit des sociétés*, 4^e éd., Bruylant, 2011. Sur le projet de code des sociétés et des associations 2018, v. *Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen – Le projet de code des sociétés et associations*, Larcier, 2018 ; R. Aydogdu et O. Caprasse (dir.), *Le code des sociétés et des associations*, collection CUP, Anthemis, 2018. Sur le code des sociétés et des associations 2019, v. O. Caprasse, H. Culot et X. Dieux, *Le code des sociétés et des associations sous la loupe*, Anthemis, 2019 (à paraître) ; J. Malherbe, H. Culot, Y. De Cordt et all., *Précis de droit des sociétés*, 5^e éd., Larcier, 2019 (à paraître) ; A.-P. André-Dumont et Th. Tilquin (dir.), *La société à responsabilité limitée*, Larcier, 2019.

(2) K. Geens, Tien voorstellen voor hervorming van het vennootschapsrecht, in *Liber amicorum Guy Horsmans*, Bruylant, 2004, p. 471 ; Een nieuw boek van vennootschap en verenigingen : *lean and mean, fit and proper*, in *Quid leges sine cogitatione ? Enkele reflexies over vennootschapsrecht aangeboden aan Jean-Marie Nelissen*, Grade, Biblio, 2011, p. 75.

(3) *La modernisation du droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2014.

Juillet-Août 2019 / REVUE DES SOCIÉTÉS / 435

Imprimé par (delphine.chaput@uclouvain.be) Tous droits réservés

ÉTUDE / La réforme du droit belge des sociétés

2017, un avant-projet de loi introduisant un « code des sociétés et des associations », à propos duquel la section de législation du Conseil d'État a donné un premier avis substantiel le 9 octobre 2017 conduisant à d'importantes adaptations pour aboutir au « projet de loi introduisant le code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses », déposé à la Chambre le 4 juin 2018. Après plusieurs péripéties, dont deux autres avis du Conseil d'État et une chute du gouvernement, le projet a été adopté en séance plénière le 28 février 2019⁴.

L'élaboration du code des sociétés et des associations est au cœur d'une réforme plus générale du droit économique, dont les autres volets sont de nouvelles règles en matière d'insolvabilité (livre XX du code de droit économique⁵) et une réforme du droit de l'entreprise⁶, qui abroge l'essentiel de ce qui restait du code de commerce de 1807. Par ailleurs, la transposition de la directive modifiée sur les droits des actionnaires ne faisant pas partie du processus législatif de codification, le CSA est appelé à être modifié prochainement, même si les changements devraient être limités.

3. En ce qui concerne sa structure, le CSA comporte 5 parties et 18 livres⁷.

La première partie, qui contient des dispositions générales (sociétés, associations et fondations), comporte trois livres, consacrés respectivement aux dispositions introductives (essentiellement des définitions), aux dispositions communes aux personnes morales et aux comptes et au contrôle des comptes.

Trois parties reprennent des dispositions spécifiques aux différents groupements : la deuxième compte un livre par forme de société – société simple (avec ses 2 variantes), SRL, SC et SA – et un livre sur les agréments ; la troisième concerne les associations (internationales) sans but lucratif (ASBL et AISBL) et les fondations ; la cinquième est consacrée aux formes juridiques européennes (SE, SCE, PPEU, FPEU et GEIE).

La quatrième partie règle, en trois livres, les restructurations et les transformations de personnes morales : restructurations de sociétés (fusions, scissions, etc.) ; restructurations d'associations et de fondations ; transformations nationales et transfrontalières de personnes morales.

4. Quant à la mise en œuvre du CSA, on distingue son entrée en vigueur pour les nouvelles sociétés et son application aux sociétés existantes.

Le CSA s'est imposé le 1^{er} mai 2019 aux sociétés constituées à partir de cette date.

Il s'appliquera progressivement aux sociétés ayant acquis la personnalité juridique avant le 1^{er} mai 2019, qui – sauf si elles choisissent de s'y conformer anticipativement et intégralement – y seront soumises à compter du 1^{er} janvier 2020. Dès cette date, les dispositions impératives du CSA seront respectées tandis que ses règles supplétives s'appliqueront sauf dispositions contraires des statuts.

Les sociétés concernées adapteront leurs statuts à l'occasion de leur première modification statutaire – sauf si celle-ci intervient suite à l'utilisation du capital autorisé, à l'exercice de droits de souscription ou à la conversion d'obligations convertibles – et au plus tard le 1^{er} janvier 2024.

Le changement le plus important, à savoir la transformation des SPRL et des SCRL en SRL et SC sans capital, se produira de plein droit le 1^{er} janvier 2020 : le capital libéré et la réserve légale des SPRL et SCRL existantes seront transformés en un compte de capitaux propres statutairement indisponible. Pour débloquer ces fonds propres, elles devront simplement modifier leurs statuts.

Les sociétés ayant une forme juridique « en voie de disparition » devront se transformer en une forme préservée avant le 1^{er} janvier 2024 ; à défaut, elles seront converties de plein droit en la forme juridique la plus proche (exemple : les SCA seront transformées en SA).

I. Les lignes directrices

A. Un droit des groupements cohérent et simplifié

1. La cohérence : le concept d'« entreprise » comme centre de gravité

5. La loi 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises a abrogé les dispositions du code de commerce définissant le « commerçant » et l'« acte de commerce »

et a défini très largement la notion d'« entreprise », qui devient le concept central du droit économique belge.

Aux termes de l'article I.1. du code de droit économique, on entend par « entreprise » : toutes les personnes morales, quelle qu'en soit la forme, les personnes physiques qui exercent une activité professionnelle à titre indépendant ainsi que les « autres organisations sans personnalité juridique » qui poursuivent un but de distribution et procèdent effectivement à une distribution à leurs membres ou à des personnes exerçant une influence sur

(4) Doc. parl., Ch. repr., n° 54-3119/001 à 022, www.lachambre.be.

(5) Loi du 11 août 2017 portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du code de droit économique, M.B., 11 sept. 2017.

(6) Loi du 15 avr. 2018 portant réforme du droit des entreprises, M.B., 27 avr. 2018.

(7) La numérotation des articles recommence à 1 pour chaque livre. Sauf précision contraire, les articles cités sont ceux du CSA.

La réforme du droit belge des sociétés / ÉTUDE

ÉTUDE

leur politique. Depuis le 1^{er} mai 2018, la notion de « commerçant » doit être comprise, dans toutes les lois belges, comme « entreprise » au sens de l'article 1.1 précité et les « tribunaux de commerce » sont devenus des « tribunaux de l'entreprise ».

Dans cette nouvelle configuration, le CSA abandonne la distinction entre sociétés à objet civil et sociétés à objet commercial, qui cède devant la réalité économique et l'unité conceptuelle de l'entreprise, et il revisite la distinction entre les sociétés et les associations. Le critère de séparation ne réside plus, désormais, dans l'objet : les ASBL et les fondations peuvent exercer au-delà de l'accessoire, sans restriction quantitative ou fonctionnelle, des activités économiques. Ces entités se distinguent donc uniquement par leur finalité : l'enrichissement des associés pour les sociétés et la réalisation d'un but désintéressé pour les associations.

Nous reviendrons ci-dessous sur la nouvelle définition de la société contenue à l'article 1:1 du CSA, qui n'exclut pas qu'elle poursuive également un but altruiste. S'agissant de l'association, l'article 1:2 confirme qu'elle ne peut distribuer ni procurer directement ou indirectement un quelconque avantage patrimonial à ses fondateurs, ses membres, ses administrateurs ni à toute autre personne sauf dans le but désintéressé déterminé par les statuts. Selon l'article 1:4, est considérée comme distribution indirecte d'un avantage patrimonial toute opération par laquelle les actifs de l'association diminuent ou les passifs augmentent et pour laquelle celle-ci ne reçoit aucune contrepartie ou une contrepartie manifestement trop faible par rapport à sa prestation⁸, ce qui n'empêche pas l'association de rendre gratuitement à ses membres des services qui relèvent de son objet et qui s'inscrivent dans le cadre de son but⁹.

La possibilité de transformer les associations en sociétés et inversement est prévue mais la possibilité de transformation d'une association en société est limitée à la transformation en une société coopérative (SC) « agréée comme entreprise sociale » pour éviter que le patrimoine de l'association ne soit indirectement distribué à la suite de sa transformation en société¹⁰.

2. La simplification par l'épure et la flexibilité

6. Sensible au vœu exprimé de longue date par certains auteurs d'épurer l'édifice baroque des structures sociétaires belges en en réduisant le nombre, le législateur a supprimé plusieurs formes de société, dont certaines

étaient peu usitées : la société coopérative à responsabilité illimitée, la société en commandite par actions, la société agricole, le groupement d'intérêt économique ainsi que la SPRLU (unipersonnelle) et la SPRLS (capital minimum d'un euro), variantes désormais superflues des SPRL puisque toutes les sociétés à responsabilité limitée, à l'exception des sociétés coopératives, pourront être unipersonnelles et que le capital est purement et simplement supprimé dans les SRL.

Pour compenser certaines suppressions et atténuer la nostalgie des utilisateurs, le CSA leur permet de configurer l'une ou l'autre forme préservée pour leur donner les caractéristiques des formes évincées, moyennant les clauses statutaires appropriées. Ainsi, les dispositions relatives aux SA sont modifiées afin de permettre une organisation proche de la commandite par actions (administrateur unique désigné statutairement et doté d'un droit de veto pour certaines décisions telles que sa révocation). La société agricole ne survit pas à l'introduction du CSA mais les sociétés en nom collectif ou en commandite, les sociétés coopératives et les SRL pourront être agréées comme « entreprises agricoles » si elles remplissent des conditions légales.

Outre les trois formes européennes de sociétés (SE, SCE et GEIE), le CSA compte six formes de société : trois sociétés à responsabilité illimitée et trois sociétés à responsabilité limitée.

7. Les trois sociétés contractuelles sans personnalité juridique (société de droit commun, société momentanée et société interne/occulte/silencieuse) sont fusionnées en une forme générique : la *société simple*. Si les fondateurs souhaitent la doter de la personnalité juridique, ils auront le choix entre la *société en nom collectif*, dont tous les associés assument une responsabilité illimitée, et la *société en commandite*, dont certains associés bénéficient d'une limitation de responsabilité et n'interagissent pas avec les tiers.

8. La *société à responsabilité limitée (SRL)* – dont le régime est repensé en s'inspirant du droit hollandais – est appelée à devenir la personne morale de référence pour les entrepreneurs belges, voire européens, et être adaptée à de nombreux usages (PME, professions libérales, entreprises familiales, *private equity*...). Il s'agit d'une société hybride – en ce qu'elle possède des traits de la SA et de la SC – et résolument flexible.

En effet, la SRL n'a plus de capital¹¹. Dans un contexte de concurrence réglementaire et un éclair de lucidité, le législateur belge a estimé que le capital – suscitant davantage d'illusion que de protection – avait démontré son inefficacité pour préserver les tiers et éviter les constitutions fantaisistes. Cependant, les fondateurs devront prévoir des fonds propres de départ suffisants au regard des activités envisagées et des règles de protection des fonds propres, telles que l'exigence d'une souscription intégrale et inconditionnelle, l'évaluation des apports en nature et

(8) Comme exemples de distributions indirectes, on peut évoquer des loyers excessifs (locations d'immeubles) et des rémunérations largement supérieures aux standards (prestations de services) payés par l'association à ses membres.

(9) Ex. : une association sportive autorisée ses membres à utiliser gratuitement les installations dont elle est propriétaire ; un théâtre amateur accorde à ses membres un accès gratuit à des représentations ; une association dispense des soins médicaux gratuitement à ses membres ou leur fait bénéficier d'une réduction ; une association de consommateurs donne gratuitement à ses membres des avis juridiques en droit de la consommation.

(10) V. *infra*, n° 13.

(11) La notion de capital est également utilisée dans des dispositions fiscales, qui ont été adaptées pour garantir la neutralité fiscale de la suppression de la notion juridique de capital.

ÉTUDE / La réforme du droit belge des sociétés

l'interdiction de souscrire ses propres actions, sont maintenues et adaptées¹². Dans le cadre des distributions (octroi de dividendes, acquisition d'actions propres, remboursement...), la protection des créanciers est assurée par la réussite de tests de solvabilité et de liquidité¹³.

Par ailleurs, afin de laisser une marge de manœuvre propice à la création de SRL personnalisées, des possibilités et mécanismes antérieurement réservés aux SA, tels que l'émission de tout type de titres, une cessibilité des actions à géométrie variable, la création d'un organe d'administration collégial et la délégation à la gestion journalière, leur sont désormais accessibles. À l'instar de la société coopérative, la SRL peut modaliser les droits politiques et financiers attachés aux actions (e. a. droit de vote multiple) et organiser des procédures de démission et d'exclusion d'actionnaires. La suppression du capital – critère mécanique de répartition proportionnelle des droits entre actionnaires – renforce le caractère contractuel ou statutaire de ces droits, qui peuvent être négociés par les parties et dont la valeur se reflète dans le prix d'émission.

9. La *société anonyme (SA)* – à propos de laquelle la créativité du législateur était bridée par les règles européennes en matière de capital – restera probablement la forme de société de référence pour les grandes sociétés et les sociétés cotées¹⁴, même si le montant minimum légal de son capital reste fixé à 61 500 euros. Elle bénéficie également, dans une certaine mesure, d'une œuvre de simplification et d'assouplissement des acquisitions d'actions propres et de la gouvernance (monisme versus dualisme, révocabilité des administrateurs, dérogations au principe « une action égale une voix », ...).

10. La *société coopérative (SC)*, qui doit compter au moins trois actionnaires et est soumise à des règles calquées sur celles de la SRL – est désormais réservée aux sociétés qui, conformément à l'« esprit coopératif », ont une activité principalement sinon exclusivement dirigée vers la satisfaction des besoins de leurs actionnaires et le développement de leurs activités économiques et sociales. Son utilisation pour tout type d'entreprise, notamment les professions libérales, ne sera plus autorisée. L'attrait de la flexibilité, qui expliquait son choix, se retrouvera dans la SRL. Si elles remplissent certaines conditions, les SC seront agréées, en tant que coopérative (« SC agréée ») et/ou qu'« entreprise sociale »¹⁵.

B. La mobilité et l'ubiquité des sociétés

11. Rejoignant le camp de ses partenaires commerciaux, parmi lesquels l'Allemagne, les États-Unis, les Pays-Bas et

le Royaume-Uni, la Belgique délaisse le critère du « siège réel » (« principal établissement ») au profit de celui du « siège statutaire » pour déterminer si une société est soumise au CSA (art. 2:146)¹⁶. La consécration du siège statutaire entre aussi dans le code belge de droit international privé. Selon son nouvel article 110, alinéa 1^{er}, « la personne morale est régie par le droit de l'État où se situe son siège statutaire » ; mais l'alinéa 2 dispose que, « si le droit étranger désigne le droit de l'État en vertu duquel la personne morale a été constituée, le droit de cet État est applicable ». Cette évolution est censée faciliter la mobilité des sociétés et accroître l'attractivité de la Belgique en tant que lieu d'implantation.

Le siège statutaire d'une société est l'adresse officielle mentionnée dans ses statuts ou, à défaut, dans le registre des personnes morales. À l'origine, il se situe dans l'État où elle a été constituée. Au regard du droit belge, une société dont le siège statutaire est en Belgique continue à relever du droit belge même si elle transfère son siège réel à l'étranger et – inversement – une société ayant son siège statutaire à l'étranger reste soumise au droit étranger même si elle transfère son siège réel en Belgique.

Le législateur belge tient compte de l'évolution de la jurisprudence de la CJUE, qui a remis en cause la portée du critère du siège réel et favorisé la liberté d'établissement et la libre circulation des sociétés au sein de l'Union, en consacrant le principe selon lequel les sociétés valablement constituées dans un État membre ne peuvent être empêchées de développer des activités économiques dans d'autres États membres, d'y ouvrir une succursale, d'y transférer leur siège ou de se transformer en sociétés relevant de ces États¹⁷. La réforme remédie à une asymétrie désavantageuse pour les États – tels que la Belgique jusqu'au 30 avril 2019 – qui adhèrent à la doctrine du siège réel : des sociétés ayant leur siège réel en Belgique ne peuvent pas émigrer à l'étranger sans changer de droit applicable alors qu'une *Flex BV* hollandaise peut immigrer en Belgique en le conservant.

Bien que la jurisprudence de la Cour de justice ne concerne que les sociétés établies dans l'UE, le législateur belge applique la doctrine du siège statutaire au niveau mondial : les sociétés exclusivement actives en-dehors de l'UE peuvent se soumettre au droit belge des sociétés ; la Belgique autorise l'établissement en Belgique d'entreprises dont le siège statutaire est situé dans un pays qui n'a jamais été membre de l'UE ou qui vient de la quitter.

(16) La théorie dite « du siège statutaire » ressemble à la théorie de l'incorporation (la société est régie par le droit du lieu de sa constitution) ; mais, si le lieu de constitution est par définition immuable, le siège statutaire peut être déplacé au cours de l'existence de la société, moyennant une modification statutaire.

(17) Arrêts *Centros* (9 mars 1999, n° C-212/97, Rec. 1999. I. 1459 ; Rev. sociétés 1999. 386, note G. Parleani ; RTD com. 2000. 224, obs. G. Jazottes), *Überseering* (5 nov. 2002, n° C-208/00, Rec. 2002. I. 9919 ; Rev. sociétés 2003. 315, note J.-P. Dom), *Inspire Art* (30 sept. 2003, n° C-167/01, Rec. 2003. I. 10155 ; Rev. sociétés 2004. 135, note J.-P. Dom), *Cartesio* (16 déc. 2008, n° C-210/06, Rec. 2008. I. 09641 ; Rev. sociétés 2009. 147, note G. Parleani ; RTD com. 2009. 227, obs. G. Jazottes), *Vale* (12 juill. 2012, n° C-378/10, Rev. sociétés 2012. 645, note G. Parleani ; D. 2012. 3009, note R.-H. Conac ; RPS 2013. 225, note E.-J. Navez) et *Poibud* (25 oct. 2017, n° C-106/16, Rec. 2017. 804 ; Rev. sociétés 2018. 47, note G. Parleani), V. M. Fallon et E.-J. Navez, La transformation transfrontalière d'une société par transfert du siège statutaire après l'arrêt *Poibud*, RPS-TRV 2018. 349.

(12) En revanche, le contrôle des quasi-apports – jugé trop lourd eu égard à sa plus-value par rapport aux procédures de conflits d'intérêts – est supprimé.

(13) V. *infra*, n° 43.

(14) Le code contient une nouvelle définition de la « société cotée » : il s'agit de celle dont les actions, les parts bénéficiaires et les certificats sont admis sur un marché réglementé. Mais la notion d'« entité d'intérêt public », qui subsiste, e. a. pour la création d'un comité d'audit, inclut, notamment, outre les sociétés cotées, les sociétés dont les autres titres (obligations, warrants...) sont cotés.

(15) V. *infra*, n° 13.

La réforme du droit belge des sociétés / ÉTUDE

Alors que la notion d'« établissement principal » est toujours sujette à interprétation, en sorte qu'il est complexe de déterminer le moment exact de déplacement du siège réel quand une société transfère progressivement ses activités à l'étranger, le choix d'un critère formel – le siège statutaire – pour déterminer le droit applicable assure une plus grande sécurité juridique : le juge belge ne remettra plus en cause la nationalité d'une société en se fondant sur des éléments diffus car il doit uniquement se baser sur un critère formel et précis, et il n'est compétent pour connaître des actions en responsabilité contre les membres de l'organe d'administration d'une société que si son siège statutaire se trouve en Belgique, peu importe qu'ils y aient ou non leur résidence ¹⁸.

Le choix du critère du siège statutaire ne concerne que l'application du droit des sociétés ¹⁹. Les autres branches du droit conservent leurs critères de rattachement : le droit fiscal (siège réel), le droit de l'environnement (situation), le droit social (lieu de la relation de travail) et le droit de l'insolvabilité (centre des intérêts principaux). Les règles générales du droit international privé, dont l'application territoriale des lois de police ²⁰, sont aussi susceptibles de réduire l'application de la *lex societatis*.

12. Le CSA contient aussi des procédures de *transformations transfrontalières*, avec continuité de la personnalité juridique, qui permettent, d'une part, aux sociétés étrangères d'établir leur siège statutaire en Belgique (« immigration ») et, d'autre part, aux sociétés belges de situer leur siège statutaire à l'étranger (« émigration »). Ainsi, en fixant son siège statutaire à Bruxelles par une modification de ses statuts, une SA de droit français deviendra une

SA de droit belge, ce qui implique – au sens strict – une transformation.

La procédure d'*émigration* comporte trois phases (art. 14:18 s.) :

- un projet et un rapport préparés par l'organe d'administration informent les créanciers, dont certains pourront – comme en matière de fusions-scissions – réclamer des sûretés, et les actionnaires, qui voteront en pleine connaissance des motifs et des conséquences ;
- la décision est prise par une assemblée générale extraordinaire à la majorité de 80 %, la transformation transfrontalière est constatée par acte authentique et le notaire délivre un certificat, attestant de la régularité de la procédure, qui permet à la société d'être radiée du registre belge et peut être requis pour l'immatriculation dans l'État d'accueil ;
- la transformation prend effet à dater de la radiation de l'immatriculation dans le registre belge, consécutive à son immatriculation dans le registre étranger.

La procédure d'*immigration* peut être résumée comme suit (art. 14:28 s.) :

- le notaire belge constate que le prescrit légal étranger a été respecté, avant de mettre les statuts en conformité avec le droit belge ;
- l'acte notarié et les statuts sont publiés ;
- la transformation prend effet à compter de l'immatriculation de la société en Belgique ;
- la société transformée dépose à la Banque nationale de Belgique, dans les trente jours de la réception de l'acte authentique, un état résumant sa situation active et passive.

II. La définition de la société

13. Aux termes de l'article 1:1, « une société est constituée par un acte juridique par lequel une ou plusieurs personnes, dénommées associés, font un *apport*. Elle a un *patrimoine* et a pour objet l'exercice d'une ou plusieurs *activités déterminées*. Un de ses buts est de distribuer ou procurer à ses associés un *avantage patrimonial direct ou indirect* ».

Le législateur confirme ainsi que le but de lucre vise soit un accroissement de patrimoine (sous la forme de distributions de bénéfices), soit une réduction des charges (réalisation d'économies et partage des dépenses) des associés. Cette définition permet d'intégrer dans le champ des sociétés les coopératives, qui – comme indiqué – doivent

désormais principalement contribuer aux besoins et aux activités de leurs actionnaires, notamment par la fourniture de biens ou de services ou l'exécution de travaux (art. 6:1). En vertu de l'article 8:5, une société coopérative peut en outre être agréée en tant qu'entreprise sociale si (i) elle a pour but principal de générer, dans l'intérêt général, un impact sociétal positif pour l'homme, l'environnement ou la société, (ii) les avantages patrimoniaux distribués à ses actionnaires n'excèdent pas un taux d'intérêt fixé par le Roi et (iii) son boni de liquidation reçoit une affectation correspondant à son objet.

Le législateur confirme que le but d'enrichissement des associés n'exclut pas nécessairement d'autres finalités. Au regard de son intérêt autonome, il peut être bénéfique que la société poursuive des finalités sociales, caritatives, culturelles ou autres, qui pourraient avoir, au demeurant, un « effet-levier » sur sa finalité lucrative, et qu'elle prenne en considération l'ensemble des détenteurs d'enjeux, en assurant un équilibre entre leurs intérêts.

14. De manière beaucoup plus modeste que la loi française relative au « Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises (Pacte) », adoptée le 11 avril 2019, le législateur belge prend également en

(18) En vue de prévenir les abus, les tiers peuvent également agir en responsabilité devant les tribunaux belges contre des administrateurs de sociétés dont le siège statutaire se situe hors de l'UE, à condition que le principal établissement se trouve en Belgique et que la personne morale n'ait qu'un lien formel avec le pays étranger.

(19) Selon l'art. 1:11 du code de droit international privé (Codip), le droit applicable à une société dotée de la personnalité détermine, notamment, son existence et sa capacité ; sa constitution et sa liquidation ; les pouvoirs et le fonctionnement de ses organes ; la mesure dans laquelle elle est tenue des dettes contractées par ses organes ; l'acquisition et la perte de la qualité d'associé ; les droits et obligations liés aux actions ; la responsabilité pour violation du code ou des statuts.

(20) Codip, art. 20.

ÉTUDE / La réforme du droit belge des sociétés

considération des *stakeholders* en leur reconnaissant – dans une certaine mesure – le droit de remettre en cause la légitimité des décisions des organes.

Alors que le code des sociétés ne réglementait que la nullité des décisions des assemblées générales, le CSA instaure un régime complet de nullité pour toute décision prise par un organe. Les causes de nullité sont reprises à l'article 2:42, moyennant quelques adaptations : pour l'essentiel, il s'agit des irrégularités de forme ayant eu une influence sur les décisions ou les votes ou commises dans une intention frauduleuse, l'absence de rapports légalement requis de l'organe d'administration ainsi que les excès et les détournements de pouvoir. Or, le juge constate un détournement de pouvoir lorsque l'organe prend une décision dans un intérêt autre que celui de la société.

Alors qu'en vertu de l'article 178 du code des sociétés, la nullité pouvait être prononcée « à la requête de tout intéressé », c'est-à-dire toute personne justifiant d'un intérêt personnel, légitime, né et actuel, l'avant-projet de CSA ne reconnaissait le droit d'agir qu'à la société ou à une personne associée légalement ou statutairement à son fonctionnement et ayant intérêt au respect de la règle de droit non observée. Suite aux observations critiques du Conseil d'État, l'article 2:44 du CSA ne reprend plus, à juste titre, l'exigence d'association au fonctionnement de la société. L'action en nullité d'une décision irrégulière n'est donc pas réservée aux actionnaires ; à titre d'exemples puisés dans la jurisprudence antérieure²¹, une décision de dissolution irrégulière peut être attaquée par un créancier ; l'administrateur dispose d'un intérêt pour s'opposer à une décision de révocation ; le créancier gagiste a un intérêt à contester une décision de la société qui a un effet direct sur la valeur des actions qu'il détient en gage ; les travailleurs peuvent remettre en cause la décision de saisir une commission paritaire de la reconnaissance de raisons d'ordre économique ou technique²².

Le législateur belge préserve également l'intérêt de la société contre les caprices des actionnaires minoritaires. S'ils refusent de voter en faveur d'une décision indispensable et urgente nécessitant une majorité qualifiée, le juge peut, à la requête d'un membre de l'assemblée concernée ou de la personne morale elle-même, donner à sa décision la valeur d'un vote émis par la minorité (art. 2:43, al. 2).

15. Les succès de la société engendrent des bénéfices à partager tandis que ses déboires provoquent des pertes à répartir. Le code des sociétés prohibait, en son article 32, les clauses dites léonines, par lesquelles un associé s'attribuerait la totalité des bénéfices (al. 1^{er}) ou s'exonérerait de toute participation aux pertes (al. 2). Pouvait être visée

par l'alinéa 2 une convention de portage, en vertu de laquelle le porteur s'engage à l'égard du donneur d'ordre, à acquérir des actions, à les détenir temporairement et à les lui transférer à l'échéance pour un prix prédéterminé, indépendamment des résultats de la société.

Notre Cour de cassation avait limité la portée de cette interdiction²³, mais ces conventions restaient soumises à l'appréciation souveraine et parfois versatile des juges du fond. Le CSA consolide les conventions de portage : si une convention octroyant la totalité des bénéfices à un associé ou le privant de toute participation aux bénéfices demeure frappée de nullité, une clause peut en revanche affranchir un actionnaire de toute contribution aux pertes (art. 4:2, al. 2, 5:14, 6:15 et 7:16).

16. L'apport est l'acte par lequel une personne met à la disposition d'une société des éléments patrimoniaux en vue de devenir associé (ou d'augmenter sa part dans la société) et de participer ainsi aux bénéfices. L'article 1:8, § 1^{er}, confirme que la qualité d'associé et la réalisation d'un apport sont consubstantiels : celui qui participe à une société sans réaliser un apport ne peut être considéré comme associé alors que celui qui effectue un apport est *ipso jure* associé.

À côté des apports en numéraire, les apports en nature, portant sur des biens susceptibles d'évaluation économique, sont soumis, dans les sociétés à responsabilité limitée, à des procédures de contrôle de réalité et de valeur. L'apport en industrie, qui constitue une forme d'apport en nature et consiste en l'engagement d'effectuer des travaux ou des prestations de services, peut désormais être rémunéré en actions dans les sociétés dépourvues de capital, même s'il sera ardu d'en fixer la valeur et de forcer sa libération successive²⁴. Cette évolution a amené le législateur à faire preuve de créativité pour encadrer ce type d'apports et en appréhender les effets :

- en vertu du principe de bonne foi, le débiteur d'un apport en industrie doit rendre compte à la société de tous les profits liés directement ou indirectement à l'activité apportée et il ne peut ni la concurrencer pendant la durée de son apport, ni développer des activités susceptibles de lui nuire ou de réduire la valeur de son apport (art. 1:9, § 2, 3^o) ;
- si une cause étrangère rend définitivement impossible l'exécution des obligations de l'apporteur, ses actions sont frappées de caducité et donnent droit *prorata temporis* à un dividende afférent à l'exercice en cours ; lorsque l'impossibilité est temporaire et dure plus de trois mois, ses droits sociaux sont provisoirement suspendus (art. 5:10).

L'application pratique de ces règles et le traitement fiscal

(21) Comm. Termonde, 27 sept. 2012, TRV 2015. 472, note S. De Dier ; Comm. Mons (réf.), 14 juill. 2000, JDSC 2002. 319, note M.-A. Delvaux ; Comm. Gand (div. Termonde), 22 mai 2014, DAOR 2014. 145 ; JDSC 2015. 87, note W. El Kamel ; Comm. Anvers, 16 sept. 2011, TRV 2013. 175, note J. Marien ; C. trav. Liège, 25 juil. 2007, JTT 2007. 365.

(22) Par ailleurs, le code étend ou maintient spécifiquement la possibilité pour des tiers de remettre en cause des décisions en cas de violation des procédures de conflits d'intérêts et d'irrégularités affectant des procédures de fusion/scission.

(23) Cass., 5 nov. 1998, RPS 1999. 79, note M. Duplat ; Cass., 29 mai 2008, RPS 2009. 101, note M. Colpel ; TRV 2008. 655, note T. Vlietinck ; Liège, 14 févr. 2013, DAOR 2013/107, p. 266 ; RDC 2013, p. 681.

(24) Si un actionnaire défaillant peut certes être assigné par la société, les autres associés ou les créanciers sociaux (art. 2:144), ces procédures posent des difficultés en cas d'apport en industrie puisque les obligations de faire ne sont pas susceptibles d'exécution forcée. L'associé défaillant pourrait néanmoins être condamné à verser des dommages et intérêts à la société ou à ses associés (C. civ., art. 1142), qui pourront aussi invoquer l'exception d'inexécution pour suspendre toute distribution de bénéfice en sa faveur.

La réforme du droit belge des sociétés / ÉTUDE

de ces apports s'avéreront probablement moins évidents qu'il n'y paraît.

Suivant l'article 1:1, toute société, dotée ou non de la personnalité juridique, dispose d'un *patrimoine*, ce que confirme l'article 4:13 à propos de la société simple²⁵. Il y a d'une exception à la conception suivant laquelle les notions de patrimoine et de personnalité juridique sont étroitement liées²⁶. Le Conseil d'État a critiqué cette entorse aux principes de notre système juridique²⁷. Il eût

été plus judicieux de s'en tenir à ce que prévoient les articles 4:14 et 4:15 : les créanciers « sociaux » des sociétés simples ont un recours à la fois sur les biens mis en commun et sur les biens propres des associés personnellement et solidairement tenus à leur égard ; les créanciers « personnels » des associés ne peuvent saisir les biens affectés à la réalisation de l'objet social que dans le respect des contrats conclus sans fraude par leur débiteur, dont le contrat de société (théorie des effets externes du contrat).

III. La variété et la cessibilité des titres

17. À l'une ou l'autre exception près, le CSA n'introduit pas de changements majeurs en matière des titres. Il confirme certaines règles acceptées en doctrine et en jurisprudence, il clarifie certains points et il adapte et assouplit des règles perçues comme difficilement applicables dans la pratique.

Désormais, à l'instar des SA, les SRL peuvent émettre tous les titres qui ne sont pas interdits par la loi ou en vertu de celle-ci (art. 5:18) ; c'est la fin d'une forme archaïque de *numerus clausus* en la matière. En revanche, elles ne peuvent émettre des actions qu'en échange d'un apport et ne peuvent accorder de droit de vote qu'aux actions.

18. L'article 507 du code des sociétés prévoyait que la *cession d'actions non libérées* d'une SA ne dispensait pas le souscripteur de contribuer, à concurrence du montant non libéré, aux dettes du passé. Mais aucune disposition similaire ne réglait la question pour les SPRL, ce qui suscitait une controverse²⁸ à laquelle le CSA met fin en alignant les règles applicables aux SA et aux SRL. En cas de cession d'actions non libérées, qui, en vertu du CSA sont nécessairement nominatives, cédants et cessionnaires sont tenus solidairement de la libération envers la société et les tiers (art. 5:66 et 7:77). Sur le plan de la contribution à la dette, chaque cédant peut obtenir de son cessionnaire et des cessionnaires ultérieurs le remboursement des montants payés. Le mécanisme – flexible entre cédants et cessionnaires – n'est pas supplétif à l'égard de la société puisqu'il y a d'une mesure de protection de ses créanciers²⁹.

19. Dans le cadre du CSA, la liberté dans la définition des *modalités de transfert d'actions* – pour s'en tenir à cette variété de titres – peut aboutir à ce qu'une SA soit fermée et une SRL ouverte. Le régime limitatif de cessibilité des actions de SRL devient supplétif et les conditions relatives

à la limitation de la négociabilité des actions de SA³⁰ sont adaptées.

20. Au sujet des SA, l'article 7:78, § 1^{er}, distingue, d'une part, les clauses d'inaliénabilité et, d'autre part, les clauses d'agrément et de préemption. La réglementation des secondes est identique au droit antérieur³¹ tandis que la sécurité juridique des premières est renforcée. En effet, les clauses d'inaliénabilité ne doivent plus être « limitées dans le temps et [...] justifiées par l'intérêt social à tout moment » (C. sociétés, art. 510, al. 2) mais simplement « être justifiées par un intérêt légitime, notamment en ce qui concerne leur durée ».

L'intérêt légitime auquel il est fait référence peut évidemment être, comme dans le passé, celui de la société – auquel renvoyait en tout état de cause le concept d'intérêt social – mais aussi celui des parties prenantes, au premier rang desquelles figurent en l'occurrence les actionnaires. L'examen de la légitimité implique de s'assurer que la poursuite de leur intérêt n'affecte pas de manière disproportionnée la société ou d'autres *stakeholders*.

La validité de la clause ne s'apprécie plus « à tout moment » mais à l'instant décisif de la rédaction des statuts ou de leur modification, de l'émission d'actions ou de la signature de la convention. L'ancien dispositif suscitait l'insécurité juridique car, en fonction des circonstances, un actionnaire pouvait tenter d'invoquer la caducité d'une clause pour céder ses actions sans entraves³². Le juge doit se demander si l'intérêt légitime existait au moment de la naissance de l'interdiction de céder et on peut espérer qu'il déploiera ses meilleurs efforts d'abstraction à cette fin. Pour le surplus, le CSA confirme le principe selon lequel les clauses à durée indéterminée peuvent être dénoncées à tout moment, moyennant un préavis raisonnable. Pour les clauses limitées dans le temps, la durée constituera sans doute un critère de légitimité.

La sanction du non-respect des clauses limitant l'incessibilité dépend de sa source (art. 7:78, § 2). D'une part, une

(25) « Les biens apportés à la société [...] forment un patrimoine indivis entre les associés. Les biens composant le patrimoine social sont affectés à l'activité de la société. »

(26) Dans le même sens, le livre XX du code de droit économique prévoit que les organisations sans personnalité juridique peuvent faire l'objet de procédures d'insolvabilité.

(27) Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/002, p. 7-10.

(28) Pour une synthèse et une discussion des différentes positions, D. Lambrecht, « La cession de parts non entièrement libérées d'une SPRL libère totalement le cédant : la Cour de cassation se prononce enfin », note sous Cass., 9 mars 2017, RPS-TRV 2017. 933-939.

(29) Projet de loi introduisant le code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, Doc. parl., Ch. repr., 2017-2018, DOC 54 3119/001, p. 220.

(30) La cessibilité peut être limitée dans les statuts, les conditions d'émission ou les conventions entre actionnaires ; si ces procédés ne sont pas équivalents *ratione personae*, leurs conditions de licéité sont identiques.

(31) Leur application ne peut aboutir à une incessibilité de plus de six mois. Si leur libellé ou leur mise en œuvre entraîne une incessibilité plus longue, le délai est, de plein droit, réduit à six mois.

(32) Y. De Cordt (coord.), *Société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 160.

ÉTUDE / La réforme du droit belge des sociétés

clause statutaire régulièrement publiée est opposable aux tiers, qu'ils soient de bonne ou de mauvaise foi³³, ce qui offre la possibilité de faire annuler toute cession contraire. D'autre part, conformément à l'article 7:29, 5°, à la demande d'une partie, les restrictions conventionnelles sont mentionnées dans le registre des actions nominatives ; il convient alors d'appliquer les règles de la tierce complicité, selon lesquelles le cessionnaire ayant contribué, en connaissance de cause, à la violation de son engagement par le cédant engage sa responsabilité vis-à-vis de la société, bénéficiaire de la clause, et une réparation en nature – à savoir l'annulation de la cession – est possible.

21. Le code des sociétés énonçait des restrictions impératives au transfert des parts d'une SPRL. Ces restrictions pouvaient être renforcées statutairement, mais pas assouplies. Le CSA maintient ces restrictions à titre supplétif. Ainsi, selon ses statuts, la SRL peut être conçue comme une société fermée ou ouverte (art. 5:63 s.).

Sauf disposition statutaire ou (dans le respect des statuts) conventionnelle qui supprimerait l'agrément ou le soumettrait à des majorités plus faibles ou plus strictes,

tout transfert d'actions entre vifs ou à cause de mort est soumis à l'agrément écrit d'au moins la moitié des actionnaires possédant les trois quarts au moins des actions, déduction faite des actions dont la cession est proposée. Cet agrément n'est toutefois pas requis en cas de transfert à un actionnaire ainsi qu'au conjoint et aux ascendants ou descendants en ligne directe du cédant. Les cessions réalisées en violation des dispositions légales ou statutaires sont inopposables à la société et aux tiers de bonne ou de mauvaise foi.

Les parties à la cession proposée peuvent s'opposer au refus d'agrément d'une cession entre vifs devant le président du tribunal de l'entreprise. Si le refus est arbitraire, le jugement vaut agrément, à moins que l'acheteur ne retire son offre dans les deux mois de la signification.

À défaut d'agrément, les *héritiers et légataires* ont droit, nonobstant toute disposition contraire, à la valeur des actions transmises, à charge des actionnaires ou de la société. À défaut d'accord entre parties ou de dispositions statutaires, les prix et conditions seront déterminés par le président du tribunal de l'entreprise.

IV. La gouvernance

22. Le CSA contient des innovations dans le domaine de la gouvernance, dont les plus remarquables sont de nouveaux modèles d'administration de la SA, certains aspects du statut des administrateurs (indépendance, révocabilité et responsabilité³⁴) et le droit de vote double ou multiple. Nous évoquerons également des ajustements dans les procédures de conflits d'intérêts et dans l'organisation des assemblées générales.

A. Les structures de gestion et d'administration

23. Une SA peut désormais choisir entre trois modèles de gouvernance : l'administration moniste (conseil d'administration), qui est pratiquement reprise à l'identique sous réserve des modifications exposées ci-dessous, l'administrateur unique et l'administration duale (conseil de direction et conseil de surveillance) (art. 7:85, 7:101 et 7:104)³⁵.

24. La possibilité de désigner un *administrateur unique* – personne physique ou morale – répond à deux ordres de

considération. La société anonyme pouvant désormais être unipersonnelle (art. 1:1), il est cohérent d'admettre qu'elle soit administrée par un seul administrateur, quel que soit, au demeurant, le nombre d'actionnaires. Par ailleurs, la suppression de la société en commandite par actions a été compensée par la possibilité de configurer une SA avec les caractéristiques d'une SCA, qui pouvait être dirigée par un seul associé commandité³⁶.

Dans les sociétés cotées, pour lesquelles le législateur et les autorités de contrôle accordent beaucoup d'importance au principe de collégialité, l'administrateur unique doit être une société anonyme dotée d'une administration collégiale. Les règles relatives à la gouvernance (conflits d'intérêts, diversité des genres, indépendance des administrateurs...) s'appliquent, par transparence, au sein de la société anonyme administratrice (art. 7:101, § 1^{er}, al. 2 et 7:102, § 1^{er}, al. 2).

25. Le dispositif hybride du code des sociétés, qui permettait la création d'un comité de direction dont des administrateurs pouvaient faire partie, est remplacé, de manière optionnelle, par un *dualisme intégral, plus cohérent et authentique*, sans représentation des travailleurs. La société anonyme, même cotée, n'est pas tenue d'opter pour ce régime mais, si elle l'instaure, elle doit installer deux organes collégiaux composés en principe d'au moins trois membres, à savoir un conseil de surveillance et un conseil de direction, et aucun membre de l'un ne peut simultanément faire partie de l'autre (art. 7:105, § 1^{er} et 7:107,

(33) Les clauses statutaires doivent également être mentionnées dans le registre des actions nominatives (art. 7:29, 5°), ce qui permet à l'acquéreur d'en prendre connaissance à la signature du registre. Mais cette précaution n'influence pas l'opposabilité de la clause ; c'est son inscription dans des statuts qui est déterminante.

(34) Le système de représentation obligatoire d'une personne morale membre d'un organe d'administration est renforcé : son représentant permanent doit être une personne physique, qui ne peut pas siéger dans le même organe en une autre qualité. La personne morale déléguée à la gestion journalière doit également nommer un représentant permanent.

(35) Dans les SRL, la norme demeure la présence d'un administrateur ou de plusieurs administrateurs, chacun doté des pleins pouvoirs. On peut toujours prévoir un organe collégial et il devient possible de désigner un délégué à la gestion journalière.

(36) D'autres caractéristiques optionnelles de l'administrateur unique traduisent cette préoccupation de compensation : il peut être nommé dans les statuts, qui peuvent prévoir qu'il est solidairement responsable des obligations de la société et que son consentement est requis pour modifier les statuts, le révoquer ou décider d'une distribution.

La réforme du droit belge des sociétés / ÉTUDE

al. 1^{er})³⁷. L'assemblée générale nomme, pour une durée maximale de six ans, les membres du conseil de surveillance, qui désignent les membres du conseil de direction.

Les statuts ne peuvent déroger à la répartition légale des pouvoirs :

■ le conseil de surveillance définit la politique générale et la stratégie de la société, pose les actes spécifiquement attribués au conseil d'administration dans un régime moniste (adoption des rapports, convocation d'assemblée générale, arrêt des comptes, augmentation de capital, distribution d'acomptes sur dividende...), représente la société pour ce qui relève de sa compétence, surveille le conseil de direction et statue sur sa décharge (art. 7:109)³⁸ ;

■ le conseil de direction, qui bénéficie d'une compétence résiduaire, est chargé de la gestion des opérations (décisions concernant les activités économiques et les contrats avec les clients, les fournisseurs et les travailleurs ainsi que les investissements...), il exerce le pouvoir général de représentation de la société à l'égard des tiers et il fait en sorte que le conseil de surveillance puisse exercer sa mission à son égard (communications régulières de rapports et transmission spontanée ou à première demande d'informations) (art. 7:110 et 7:111).

B. Le statut des administrateurs

1. L'indépendance³⁹

26. Le code ne contient malheureusement pas un statut intégral des administrateurs indépendants, qui jouent pourtant un rôle essentiel dans le cadre de la gouvernance des sociétés et sont censés représenter l'intérêt de l'ensemble des *stakeholders*. En l'état, ils sont soumis au principe de la révocabilité *ad nutum*, dont la portée a certes évolué⁴⁰ : leur mandat est, en principe, révocable à tout moment, sans préavis, ni indemnité. Or, cette instabilité peut les inciter à s'abstenir de critiques envers les autres administrateurs et l'actionnaire de contrôle. Pour préserver leur sérénité et conforter indépendance, le législateur aurait pu prévoir que leur révocation requiert une décision de l'assemblée générale à la majorité qualifiée et l'existence de justes motifs, voire un avis conforme du conseil d'entreprise. À cet égard, on rapprocherait ainsi leur statut de celui des commissaires, ce qui serait cohérent puisqu'ils exercent tous, à des degrés divers, une forme de surveillance⁴¹.

(37) Un tel cumul est prévu par des législations particulières à des fins d'autonomie de la fonction bancaire et de contrôle prudentiel (art. 24 et 503 de la loi du 25 avr. 2014 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et des sociétés de bourse ; art. 45 de la loi du 13 mars 2016 relative au statut et au contrôle des entreprises d'assurance ou de réassurance). Il s'agit de dispositions spéciales, qui priment dans leur domaine d'application.

(38) C'est en son sein que le comité d'audit et le comité de rémunération sont créés (art. 7:118 et 7:120).

(39) Y. De Cortt et A. Hannouille, Les administrateurs indépendants – Analyse comparative en droit belge et droit français, in *Mélanges en l'honneur de Jean-Jacques Dalgre – Autour du droit bancaire et financier et au-delà*, Joly éditions, 2017, p. 303.

(40) V. *infra*, n° 27.

(41) Un tel parallèle se justifierait *a fortiori* au moment de la nomination. Le CSA confirme, à cet égard, que, dans les sociétés dotées d'un conseil

Le code des sociétés contenait les critères minimaux d'indépendance (fonctionnels, financiers, commerciaux et personnels) que doivent remplir les administrateurs de sociétés cotées pour mériter cette qualité. Ce dispositif, qui relevait exclusivement de la *hard law*, est remplacé par un système combinant une définition générale et tautologique de l'administrateur indépendant (« un administrateur d'une société cotée est considéré comme indépendant s'il n'entretient pas avec la société ou un actionnaire important de celle-ci de relation qui soit de nature à mettre son indépendance en péril ») et une présomption simple d'indépendance, liée au respect des critères pour lesquels il est désormais renvoyé au code belge de gouvernance d'entreprise 2020 (*soft law* et règle « *comply or explain* ») (art. 7:87)⁴². En fournissant les explications pertinentes, les sociétés pourront déroger aux critères, sous réserve du respect du principe.

La portée juridique de cet enchevêtrement de normes demeure incertaine : le respect des critères posés par le code belge de gouvernance 2020 (*comply*) constitue une présomption simple du respect de la règle légale – purement et simplement obligatoire – alors qu'une dérogation argumentée aux critères, autorisée par le code de gouvernance (*explain*), ne dispense pas de respecter la règle. Cette insécurité juridique n'est tolérable que si elle renforce l'indépendance des administrateurs, ce dont les investisseurs et les marchés, se fiant au régime actuel et se méfiant de sa remise en cause, ne seront sans doute pas convaincus.

2. La révocation

27. En vertu de l'article 7:85, § 3, la règle de révocabilité *ad nutum* des administrateurs, selon laquelle ils peuvent être révoqués, par l'assemblée générale, à tout moment, sans motif, préavis, ni indemnité, devient supplétive alors qu'elle était d'ordre public, selon notre Cour de cassation⁴³. Ce caractère d'ordre public avait suscité des constructions de protection telles que les contrats de travail ou de consultation conclus pour l'accomplissement d'autres tâches et des engagements au paiement d'indemnités par une société du même groupe. Pour éviter le recours à ces stratagèmes (qui restent admis), le CSA admet des dérogations statutaires ou contractuelles.

La marge de manœuvre de l'assemblée générale est plus ou moins large selon les circonstances :

d'entreprise, les noms des candidats aux mandats d'administrateurs indépendants lui sont communiqués avant leur nomination par l'assemblée générale. Or, les commissaires sont nommés sur présentation du conseil d'entreprise, qui – sur proposition de l'organe d'administration – décide à la majorité des voix émises par ses membres et à la majorité des voix émises par les membres nommés par les travailleurs (art. 3:88).

(42) Le code belge de gouvernance d'entreprise est rédigé par un groupe inspiré par les sociétés cotées et leurs représentants, qui se réfère à des pratiques internationales et aux recommandations européennes. Il est désigné comme le code de référence, qui s'applique obligatoirement (Arrêté royal du 12 mai 2019 portant désignation du code de gouvernement d'entreprise à respecter par les sociétés cotées, M.B., 17 mai 2019, p. 47344).

(43) Cass., 13 avr. 1989, Pas. 1989. I. 825 ; RCJB 1991. 205 ; Cass., 22 janv. 1981, Pas. 1981. I. 543 et RCJB 1981. 495 ; A. Benoit-Moury, Organisation des pouvoirs au sein des SA et des SPRL, Ann. dr. Liège 1982, p. 272 ; I. Corbisier, À propos de la révocabilité *ad nutum* des administrateurs prévue à l'art. 55, al. 3 des LCSC, RPS 1994. 187 ; Gand, 2 juin 2003, TRV 2003. 595, note J. Vananroye.

ÉTUDE / La réforme du droit belge des sociétés

- elle doit respecter les statuts, qui peuvent organiser *a priori* la rupture, en prévoyant ou en excluant expressément un préavis ou une indemnité de départ ⁴⁴ ;
- sous cette réserve, elle peut, lors de chaque révocation, accorder, si elle le juge opportun, un préavis ou une indemnité compensatoire ;
- en tout état de cause, elle peut révoquer un administrateur, sans préavis ni indemnité pour de justes motifs (ex. : infraction pénale dans l'exercice de ses fonctions ou fraude fiscale) ⁴⁵.

Les statuts peuvent prévoir que la révocation de l'administrateur unique requiert son consentement. Même dans ce cas, l'assemblée générale peut, en invoquant de justes motifs, passer outre son refus et mettre fin à son mandat, mais aux conditions de quorum et de majorité requises pour la modification des statuts. À défaut, les titulaires d'actions avec droit de vote représentant au moins 10 % du capital (3 % pour une société cotée) peuvent désigner à l'unanimité un mandataire spécial chargé d'introduire en justice une demande de révocation pour de justes motifs ⁴⁶.

3. La responsabilité

28. La responsabilité des administrateurs peut être engagée soit par la société pour faute de gestion, soit par la société et les tiers pour violation du code ou des statuts (art. 2:56) ⁴⁷. Les membres d'organes d'administration formant un collège sont solidairement responsables, quel que soit le type de faute.

Par ailleurs, des cas de responsabilité spécifiques sont prévus, tels que la responsabilité des administrateurs pour faute grave et caractérisée en cas de faillite (art. XX.225 du code de droit économique), la responsabilité en cas de dommage nonobstant le respect des procédures de conflit d'intérêts (art. 5:78 et 7:122), ou encore pour surévaluation d'apports en nature après la constitution (art. 5:139 et 7:206).

De manière générale, le code tend à limiter la responsabilité des administrateurs.

29. Il consacre, à juste titre, le principe de l'appréciation marginale, dans un contexte où il est malaisé de déterminer quelle décision une personne prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances aurait prise : les administrateurs sont responsables de ce qui « excède manifestement la marge dans laquelle des administra-

teurs normalement prudents et diligents placés dans les mêmes circonstances peuvent raisonnablement avoir une opinion divergente ». Il s'agit d'éviter que les juges se substituent à l'organe d'administration en émettant des jugements d'opportunité *a posteriori* sur la décision prise. Malheureusement, le législateur abuse ici des adverbes, ce qui nuit à la clarté et à la cohérence du texte et étend paradoxalement le pouvoir d'appréciation des juges.

30. Le CSA permet aux dirigeants d'être déchargés de leur responsabilité solidaire pour les fautes auxquelles ils n'ont pas pris part et qu'ils ont dénoncées à l'organe d'administration. Selon l'exposé des motifs, l'exonération requiert que le dirigeant se soit opposé à la décision litigieuse ou que son absence à la réunion soit justifiée. Par rapport au régime actuel, le CSA n'impose plus la dénonciation à la première assemblée générale suivant le moment où l'administrateur en a eu connaissance. L'exposé des motifs s'en explique : « On ne peut plus fonctionner convenablement comme membre d'un organe collégial après avoir accusé, devant les actionnaires, ses collègues ou un certain nombre d'entre eux d'avoir commis une faute ». Si la délicatesse du législateur peut être comprise pour les fautes de gestion ou dans le cadre de structures duales, où le conseil de surveillance recevra la dénonciation, il y va d'une forme de naïveté en cas de violation des dispositions légales ou statutaires dans les structures monistes ; en effet, ses collègues sont souvent déjà conscients du non-respect des règles et en sont même parfois les co-auteurs ou les complices. Par ailleurs, il est douteux que faire acter au procès-verbal les fautes des collègues maintienne une entente cordiale au sein de l'organe d'administration, même si l'assemblée générale n'est pas avertie.

31. Enfin, le CSA instaure un plafonnement de responsabilité à des montants progressifs (de 125 000 à 12 000 000 €) selon la taille de la société, déterminée selon des critères financiers (chiffre d'affaires et total du bilan) et non social (nombre de travailleurs). Chaque plafond s'applique (i) à l'égard de la société et des tiers, (ii) à l'ensemble des personnes responsables, (iii) par fait ou ensemble de faits et (iv) quel que soit le nombre de demandeurs. Les montants ne sont donc multipliés ni par le nombre de demandeurs, ni par le nombre de défendeurs.

Dans sa version initiale, le projet de CSA excluait, notamment, la limitation de responsabilité en cas d'intention frauduleuse ou à dessein de nuire. Un ultime amendement a élargi l'exception aux fautes graves et aux fautes légères présentant un caractère habituel plutôt qu'accidentel, ce qui réduit la portée du mécanisme et rend incertaine la pertinence pratique du plafond ⁴⁸.

Les arguments invoqués par le législateur ne convainquent pas : l'introduction de plafonds de responsabilité contribuerait à (i) accroître l'assurabilité par une meilleure connaissance des risques financiers, (ii) faciliter le recrutement d'administrateurs étrangers talentueux en atténuant la sévérité excessive de la Belgique et (iii) atténuer la différence

(44) Les statuts pourraient ainsi réserver un sort plus favorable aux administrateurs indépendants.

(45) Aucun délai ou formalité n'est imposé pour invoquer ce juste motif mais, en cas d'agissements ou négligences graves, il conviendra de soumettre rapidement la situation à l'assemblée générale en vue d'une révocation.

(46) Son décès, son interdiction, sa déconfiture, sa faillite et sa liquidation, ainsi que toute autre cause mentionnée dans les statuts, emportent de plein droit la cessation de ses fonctions (art. 7:101, § 4, al. 1^{er}).

(47) Quant aux conséquences de la faute extracontractuelle des administrateurs ayant causé un dommage à un tiers (C. civ., art. 1382), l'art. 2:56 consacre l'ultime jurisprudence de notre Cour de cassation, qui a considéré, après quelques tâtonnements, que la responsabilité de la société « n'exclut pas, en règle, la responsabilité personnelle de l'organe, mais coexiste avec celle-ci » (Cass., 20 juin 2005, RPS 2005. 183, note Y. De Cordt ; Rev. not. 2005. 665, note X. Dieux).

(48) Le plafonnement ne s'applique pas davantage aux obligations de « garantie » des administrateurs, c'est-à-dire quand ils doivent exécuter l'engagement de tiers (ex. : nullité d'une souscription) et pour des responsabilités particulières à l'égard d'autorités (para-)fiscales.

La réforme du droit belge des sociétés / ÉTUDE

de traitement prétendument injustifiée entre la responsabilité illimitée des membres de l'organe d'administration et celle – limitée – des autres dirigeants, qui bénéficient de la protection de la loi relative aux contrats de travail (responsabilité du travailleur uniquement pour faute lourde, dol ou fautes légères réitérées) ou exercent leur mandat dans le cadre d'une société à responsabilité limitée⁴⁹.

Le plafonnement nous semble critiquable, notamment au regard du principe d'égalité, en raison des différences de traitement et des déséquilibres qu'il engendre⁵⁰.

La limitation s'applique quel que soit le fondement de la responsabilité, y compris le droit commun des contrats et de la responsabilité aquilienne, qui ne prévoit pas de limitation de responsabilité pour les autres catégories de personnes. La différence de traitement entre simple mandataire et dirigeant agissant en vertu d'un mandat est donc flagrante et injustifiable.

Le plafonnement s'applique indépendamment du nombre de victimes, même s'il est prévisible que le dommage sera d'autant plus important que les victimes seront nombreuses. En outre, le texte est muet quant à la répartition des dommages et intérêts entre les victimes si, en raison du plafond, chacune ne peut obtenir une réparation intégrale. Il arrivera qu'une victime obtienne une réparation complète alors qu'une autre n'en recevra aucune, ce qui crée une discrimination en fonction de la rapidité de réaction (« prix de la course »).

Pour justifier la suppression de certaines sanctions pénales dans le CSA, le législateur invoque une préférence pour l'efficacité des sanctions civiles résultant de la responsabilité des administrateurs. Cette justification est un leurre si la responsabilité civile des dirigeants est limitée. Au-delà de sa fonction réparatrice, la responsabilité civile est censée avoir une fonction dissuasive, qui sera fortement amoindrie par la combinaison (i) de la limitation des sanctions pénales, (ii) du plafonnement de la responsabilité civile et (iii) de l'encouragement de faire couvrir cette responsabilité par une assurance, dont les primes sont payées par la société.

Enfin, l'équilibre des responsabilités des dirigeants et des sociétés repose sur un parallélisme cohérent : si les dirigeants ont poussé la société à la faute, les victimes obtiennent, en raison de la transparence de l'organe, une indemnisation à charge de celle-ci ; si la société peut reprocher une faute à ses dirigeants, elle se retournera contre eux. Le plafonnement rompt cet équilibre : la responsabilité de la société à l'égard des tiers demeure illimitée tandis que celle des dirigeants sera limitée à des montants réduits. La société, ses actionnaires et ses créanciers risquent d'être les dindons de la farce.

(49) Y. De Cordt, Le manque d'empathie à l'égard des stakeholders, in *Le projet de code des sociétés et associations – Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen*, Larcier, Bruxelles, 2018, p. 79 s.

(50) V. le substantiel avis n° 61.988/2 du Conseil d'État sur ce point (Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/002, p. 12-18).

C. Les procédures de conflits d'intérêts : adaptations et ajustements

1. L'opposition d'intérêts de nature patrimoniale entre société et administrateur

32. Dans un souci de protection de la société ainsi que de ses actionnaires et créanciers, deux stratégies coexistent dans le CSA :

- l'organe où surgit le conflit prend la décision en suivant une procédure particulière, basée sur l'abstention et la transparence, comme c'est le cas du conseil d'administration et du conseil de surveillance (art. 7:96 et 7:115) ;
- la décision est prise par un organe « supérieur », à savoir l'assemblée générale, en cas de conflit d'intérêts de l'administrateur unique (art. 7:102)⁵¹, ou le conseil de surveillance, en cas de conflit au sein du conseil de direction (art. 7:117).

Si un administrateur a, directement ou indirectement, un intérêt opposé de nature patrimoniale à une décision ou à une opération relevant du conseil d'administration, il doit en informer les autres administrateurs avant la délibération. Sa déclaration et les raisons justifiant l'opposition d'intérêts doivent figurer dans le procès-verbal du conseil d'administration, qui prendra la décision. En outre, l'administrateur doit informer les éventuels commissaires.

Les règles de conflit d'intérêts ont été renforcées. Désormais, l'administrateur concerné ne peut plus participer à la délibération ni au vote ; cette règle d'abstention, qui relève du bon sens, n'était antérieurement pas imposée, afin d'éviter un problème de quorum, dans les sociétés qui ne faisaient pas appel public à l'épargne. La décision est donc prise par les membres de l'organe qui ne sont pas en situation de conflit. S'ils le sont tous, l'assemblée générale peut autoriser l'opération, qui est mise en œuvre par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance.

L'action en nullité des décisions irrégulières est ouverte à la société mais aussi à toute personne ayant intérêt au respect de la règle méconnue (art. 2:44). Le demandeur doit démontrer que l'autre partie avait ou devait avoir connaissance de la violation invoquée.

2. Le conflit d'intérêts impliquant une filiale cotée et son actionnaire de contrôle (art. 7:97 et 7:116)

33. Pour toute décision (ou opération en exécution d'une décision) relevant du conseil d'administration ou du conseil de surveillance d'une société cotée et concernant une personne qui lui est liée, sans être une de ses filiales, l'organe d'administration applique, sauf exceptions légales, une procédure que l'on peut résumer comme suit :

- les décisions sont soumises à l'avis d'un comité de trois administrateurs indépendants, qui rend un avis circonstancié et motivé indiquant si la décision porte préjudice à

(51) Si l'administrateur unique est également actionnaire unique et n'est pas une personne morale dotée d'un organe d'administration collégial, il peut prendre la décision seul, en tant qu'administrateur (art. 7:102, § 1^{er}, al. 3).

ÉTUDE / La réforme du droit belge des sociétés

la société et, le cas échéant, si ce préjudice est compensé par d'autres éléments de stratégie ou s'il est manifestement abusif ;

- après avoir pris connaissance de l'avis du comité, et sans préjudice du respect de la procédure précitée de l'article 7:96, l'organe d'administration délibère sur la décision ;
- il confirme dans le procès-verbal que la procédure a été respectée et, le cas échéant, il indique la raison pour laquelle il déroge à l'avis du comité ;
- dans un document joint, le commissaire évalue si les données financières et comptables ne contiennent pas d'incohérences significatives ;
- l'avis du comité, la partie pertinente du procès-verbal et l'appréciation du commissaire sont intégralement mentionnés dans le rapport de gestion.

34. Ce régime, qui vise surtout à protéger les actionnaires minoritaires de la société cotée, est maintenu avec une clarification et deux extensions du champ d'application.

Les relations entre la société cotée et les sociétés qui – étant ses filiales – entrent dans son périmètre de consolidation ne sont pas soumises à la procédure. Toutefois, si la personne qui contrôle la société cotée détient, au travers d'autres personnes que la société cotée, une participation d'au moins 25 % du capital dans l'une de ses filiales (ou donnant droit à au moins 25 % des bénéfices distribués), la procédure s'applique, car il y a un risque notable que cette personne privilégie une filiale plutôt qu'une autre, sans que le résultat soit neutre pour la société cotée.

Le champ d'application *ratione materiae* est aussi étendu. Auparavant, la procédure ne s'appliquait qu'aux actes de l'organe d'administration créant des droits et obligations pour la société cotée, ce qui excluait des actes préparatoires aux décisions prises *in fine* par l'assemblée générale. Or, les actionnaires de ce type de société ne disposent pas d'informations objectives si les rapports et projets sont préparés sous la pression de l'actionnaire de contrôle. Ainsi, les articles 7:97, § 2, et 7:116, § 2, imposent désormais le respect de la procédure lorsque l'organe d'administration adopte une *proposition d'apport en nature* ou un *projet de fusion, scission ou opération assimilée*, et que ces opérations concernent une personne liée à la société cotée.

D. Les assemblées générales et l'exercice des droits de vote

35. Hormis la possibilité de déroger à la règle « *one share, one vote* », qui retiendra plus longuement notre attention, les règles relatives aux assemblées générales ne subissent pas d'importantes modifications. On peut en retenir deux.

Un ou plusieurs actionnaires peuvent exiger de l'organe d'administration et du commissaire qu'il convoque une réunion de l'assemblée générale dans un délai de trois semaines. Le seuil antérieur de 20 % du capital, qui était difficile à atteindre dans les grandes sociétés même par plusieurs actionnaires se regroupant, est réduit à 10 % (art. 7:126).

Le dispositif des assemblées générales dites « spéciales » – qui ont le monopole des décisions relatives aux engagements de la société dépendant d'un changement de contrôle ou d'une OPA (*poison pills*) – ne s'applique plus qu'aux sociétés cotées (art. 7:151). En outre, les droits, dettes et engagements concernés doivent désormais être *substantiels*. « En d'autres termes, il doit s'agir de droits, dettes ou engagements qui, individuellement ou collectivement (comme dans le cas de contrats standards largement utilisés), peuvent être raisonnablement considérés comme des mécanismes de protection contre des tentatives de reprise non souhaitées »⁵². Même si le texte légal ne l'indique pas, l'intention du législateur est de viser les mesures susceptibles de contrecarrer une OPA ou un changement de contrôle et non les dispositions destinées à préserver le caractère *intuitu personae* de certains contrats.

36. À propos du droit de vote, le code comporte, au niveau des principes, un dispositif similaire au droit antérieur : si toutes les actions représentent la même proportion du capital, elles donnent chacune droit à une voix ; sinon, le nombre de voix est fixé de manière proportionnelle à la part du capital que chaque action représente (art. 7:51 – principe « *one share, one vote* »)⁵³. Dans les SRL, des droits de vote ne peuvent être attachés qu'aux actions (art. 5:41, al. 2). Des actions sans droit de vote peuvent être émises sans limitation (art. 5:47 et 7:57)⁵⁴, mais toute société doit émettre une action au moins et il faut qu'une action au moins soit dotée d'au moins un droit de vote (art. 5:40 et 7:46).

L'une des nouveautés marquantes du CSA est la possibilité de déroger statutairement, avec une intensité variable selon qu'il s'agit ou non d'une société cotée, au principe de proportionnalité entre, d'une part, l'investissement et le risque qu'il comporte, et, d'autre part, le droit de vote et le pouvoir qu'il confère. Il est donc possible de favoriser certains actionnaires en leur conférant des droits de vote plus que proportionnels. La possibilité de créer des classes d'actions en fonction du nombre de voix qu'elles confèrent existait déjà pour les parts de sociétés coopératives, sans que des abus soient déplorés en pratique. En outre, dans les sociétés anonymes, la détention par certains actionnaires privilégiés de parts bénéficiaires avec droit de vote décuplait leur pouvoir votal.

37. Dans les sociétés non cotées, une clause statutaire peut accorder – sans autre restriction que la sanction d'éventuels abus – plus d'un droit de vote à certaines actions (art. 5:42 et 7:52)⁵⁵. Les praticiens et les fondateurs à l'imagination fertile pourront mettre en œuvre des mécanismes – moins sophistiqués que la certification ou la création de sociétés simples – pour conserver le pouvoir tout en cédant la valeur économique des actions, no-

(52) Projet de loi introduisant le code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, Doc. parl., Ch. repr., 2017-2018, DOC 54 3119/001, p. 247.

(53) Vu la suppression du capital dans les SRL, le principe est exprimé autrement à l'art. 5:42 : « sauf disposition statutaire contraire, chaque action donne droit à une voix. ».

(54) Les actions sans droit de vote donnent néanmoins droit à une voix par action en cas de modification des droits attachés à leur classe, transformation nationale ou transfrontalière, fusion transfrontalière et défaut de paiement de l'éventuel dividende privilégié durant deux exercices successifs.

(55) Les actions avec des droits de vote différents ou sans droit de vote constituent des classes distinctes (art. 7:60).

La réforme du droit belge des sociétés / ÉTUDE

tamment dans le cadre d'une planification patrimoniale ou successorale. À côté des actions à vote multiple, on peut aussi envisager des variantes de *golden share*, qui confèrent un droit de veto pour certaines décisions, ou des actions donnant droit à un nombre de votes différent selon le type de décision.

38. Quant aux sociétés cotées, les statuts peuvent conférer un droit de vote double aux actions entièrement libérées inscrites dans le registre des actions nominatives au nom du même actionnaire depuis au moins deux ans sans interruption (art. 7:53). La limitation du multiplicateur à deux réduit les problèmes d'« agency » suscités par un écart excessif entre l'investissement et le pouvoir.

Dans l'esprit du législateur belge, comme dans celui de nombreux législateurs étrangers, ce mécanisme permet d'avantager les actionnaires stables et fidèles ayant une vision à long terme et de favoriser des cotations en bourse en leur permettant de préserver leur contrôle.

Contrairement au régime des articles L. 225-123 et L. 225-24 du code de commerce français (*opt out*), dont s'est fortement inspiré notre législateur, l'introduction du droit de vote double nécessite une décision de l'assemblée générale (*opt in*). Cependant, soucieux de faciliter la prise de ces décisions dans les sociétés existantes, le législateur a estimé que serait suffisante une majorité des 2/3, et non la majorité des 3/4 requise en principe pour les modifications statutaires.

Conformément au principe d'égalité, tous les actionnaires fidèles et loyaux au regard des conditions requises bénéficieront du droit de vote double, qui n'est pas lié à l'action mais appartient à son titulaire. En conséquence, la décision ne crée pas une classe d'actions. Un même actionnaire peut posséder, au même moment, des actions avec et sans droit de vote double.

Si l'action nominative est convertie en action dématérialisée, son titulaire perd le droit de vote double. En cas de cession d'action, l'acquéreur doit attendre au moins deux ans avant de bénéficier lui-même du droit de vote double, qui n'est donc pas en soi valorisé. Afin que cette perte d'avantage ne soit pas esquivée par le recours à des structures pyramidales, le changement de contrôle d'une

société actionnaire équivaut au transfert des actions.

Le droit de vote double est maintenu lorsque la cession intervient au sein d'une même « famille » (succession, liquidation de communauté entre époux, cession en faveur d'un successible ou transfert entre sociétés d'un groupe) ou dans le cadre d'une opération de certification répondant à certaines conditions. Aucune exception n'existe lorsque l'acheteur et le vendeur des actions cédées sont déjà, tous deux, les détenteurs d'actions à droit de vote double.

En cas de fusion ou scission d'une société cotée, ses actionnaires continueront à exercer leur droit de vote double au sein de la société bénéficiaire si celle-ci est cotée et a adopté le mécanisme. Contrairement au droit français, le CSA ne prévoit pas qu'en cas de transfert d'actions par l'effet d'une fusion ou scission d'une société actionnaire, le droit de vote double soit en principe maintenu en faveur de la société bénéficiaire.

On peut se demander comment le système du droit de vote double s'articule avec le mécanisme de la *record date* (art. 7:134, § 2), selon lequel le droit de participer et de voter à une assemblée générale de société cotée est subordonné à l'enregistrement comptable des actions, au nom de l'actionnaire, le 14^e jour qui précède l'assemblée générale, sans tenir compte du nombre d'actions détenues au jour de la réunion (problématique de l'*empty voting*). On fait comme si la personne ayant cédé toutes ses actions entre la date d'enregistrement et la réunion était toujours actionnaire ; fera-t-on également abstraction du transfert de propriété dans le cadre du comptage des voix ?

Le système de vote double aura pour effet, non seulement de faire varier – à la hausse comme à la baisse – le nombre de droits de vote des actionnaires concernés, mais aussi le nombre total de droits de vote au sein d'une société. Afin de veiller au respect de leurs obligations légales, notamment en matière de transparence de l'actionariat⁵⁶ et d'OPA obligatoire⁵⁷, et à la bonne organisation de leurs assemblées générales, les sociétés ayant instauré ce système devront publier, à intervalles réguliers, l'évolution des droits de vote, au gré des transactions sur actions nominatives, ce qui nécessitera la mise en œuvre de mesures de *monitoring*. L'analyse de ces questions et enjeux dépasse cependant le cadre de cet article.

V. Le capital et sa suppression⁵⁸

A. Les augmentations de capital et les émissions d'actions

39. Alors que le législateur a le plus souvent veillé à promouvoir la liberté et la flexibilité dans le CSA, il a ajouté

(56) En vertu de la loi du 2 mai 2007 relative à la publicité des participations importantes dans des émetteurs dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé, les actionnaires des sociétés cotées doivent notifier à l'Autorité de contrôle des marchés (FSMA) et à la société, tout franchissement, à la hausse ou à la baisse, d'un des seuils correspondant aux multiples de 5 % du total des droits de vote.

(57) En l'état actuel du droit, le seuil de 30 % dont le franchissement déclenche l'obligation de lancer une OPA est défini en termes de « titres conférant le droit de vote », sans considération pour le nombre de votes dont bénéficie leur titulaire (art. 5, al. 3, de la loi du 1^{er} avr. 2007 relative aux offres publiques d'acquisition). Or, l'art. 5.1 de la directive n° 2004/25/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avr. 2004 concernant les offres publiques d'acquisition impose aux États membres de prévoir un seuil défini en termes de « droits de vote ». Il est vrai cependant que le franchissement n'impose le lancement de l'OPA que s'il est la conséquence d'une acquisition de titres (art. 5.4 de la directive). V., à ce sujet, l'avis (critique) du Conseil d'État n° 63.906/2/V du 13 sept. 2018 (Doc. parl., Ch. repr., 2017-2018, DOC 54 3119/007, p. 24-25).

(58) H. Culot, La suppression du capital dans la société à responsabilité limitée, RDC 2018. 964-981.

ÉTUDE / La réforme du droit belge des sociétés

des contraintes pour les *augmentations de capital* (SA – art. 7:179) et les *émissions de nouvelles actions* (SRL – art. 5:120). Pour les apports en espèces comme pour les apports en nature, l'organe d'administration doit établir un rapport, par lequel il justifie le prix d'émission et décrit les conséquences de l'opération sur les droits des actionnaires. Dans son rapport, le commissaire évalue si les données financières et comptables sont fidèles et suffisantes pour éclairer l'assemblée générale⁵⁹.

Dans le cadre du capital autorisé, l'organe d'administration des SA peut désormais émettre des actions sous le pair comptable (art. 7:178 et 7:198, al. 3) mais il ne peut pas décider, notamment, de l'émission d'actions à droit de vote multiple (art. 7:201, 2°).

Par analogie avec ce mécanisme, les statuts des SRL peuvent désormais conférer à l'organe d'administration le pouvoir d'émettre de nouvelles actions, obligations convertibles ou droits de souscription (art. 5:134).

Dans les SRL, des *apports supplémentaires peuvent être effectués sans émission de nouvelles actions* et sans application de la procédure de rapport susmentionnée. Le montant des fonds propres n'apparaissant pas dans les statuts et le nombre d'actions demeurant inchangé, la décision de l'assemblée générale peut être prise à la majorité simple (art. 5:120, § 2). L'acceptation de cet apport supplémentaire a cependant lieu devant notaire.

B. Les acomptes sur dividendes

40. Le régime de la distribution d'*acomptes sur dividendes* dans la SA est assoupli sur plusieurs points : aussi bien l'interdiction de procéder au versement d'un acompte sur dividendes pendant les six premiers mois de l'exercice social que le délai minimum de trois mois entre deux distributions sont supprimés. De plus, il devient aussi possible de distribuer un acompte sur les bénéfices de l'exercice précédent aussi longtemps que les comptes annuels y afférents n'ont pas été approuvés (art. 7:213).

C. Les acquisitions d'actions propres

41. Pour l'*acquisition d'actions propres et de certificats* (et de parts bénéficiaires dans la SA) (art. 5:145 et 7:215), le plafond dépend désormais seulement du montant des moyens disponibles pour la distribution⁶⁰.

Les conditions de quorum et de majorité d'une modification des statuts sont désormais applicables à la décision d'autorisation par l'assemblée générale (majorité de 75 % et plus de 80 %).

(59) Cette obligation de *reporting* est inapplicable aux augmentations de capital par incorporation de réserves. Sauf en cas d'apport en nature, l'assemblée générale, à laquelle l'ensemble des actionnaires sont présents ou représentés, peut y renoncer par décision unanime. Une obligation similaire est imposée lors de l'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription mais il ne peut y être dérogé.

(60) V. *infra*, n° 43.

L'obligation de disposer d'une habilitation pour aliéner les actions acquises est supprimée dans la SA tandis que celle de respecter l'égalité entre actionnaires en cas d'aliénation est consacrée (mais les sociétés cotées peuvent vendre en bourse ou hors bourse avec équivalence du prix).

Pendant la détention, le droit au dividende est frappé de caducité (art. 7:217, § 3).

D. La suppression du capital et ses conséquences

42. La réforme la plus spectaculaire, déjà évoquée, concerne la *suppression du capital dans les SRL* : les droits des actionnaires sont déterminés par les statuts, sans rapport de proportionnalité avec les apports, et les tiers sont protégés autrement que par un capital « intangible ». Il s'agissait de trouver un équilibre entre la flexibilité souhaitée par les entrepreneurs et une protection adéquate pour les créanciers et les actionnaires minoritaires.

La suppression du capital doit toutefois se comprendre en lien avec l'une des originalités du droit belge, qui est d'imposer aux fondateurs de sociétés à responsabilité limitée de rédiger, préalablement à la constitution de la société, un *plan financier* démontrant qu'elle disposera des ressources suffisantes pour exercer son activité pendant au moins deux ans (art. 5:4 et 7:3).

Le CSA renforce l'effectivité de ce plan en imposant des rubriques : description de l'activité projetée ; aperçu des sources de financement et des garanties fournies ; bilan d'ouverture ainsi que bilans et comptes de résultats projetés après un et deux ans ; budget des revenus et dépenses projetés pour une période d'au moins deux ans ; hypothèses retenues pour estimer le chiffre d'affaires et la rentabilité.

Le curateur consultera le plan si la société fait faillite dans les trois ans suivant l'acquisition de sa personnalité morale. Si le tribunal estime que les fondateurs n'ont réuni que des moyens manifestement insuffisants pour exercer normalement l'activité projetée pendant au moins deux ans, il pourra les tenir responsables de tout ou partie des engagements de la société.

Tous les comparants à l'acte constitutif ne doivent pas nécessairement assumer la qualité et la responsabilité de fondateur. À cet égard, le CSA étend aux SRL une possibilité qui était l'apanage des SA : si l'acte désigne comme fondateurs un ou plusieurs actionnaires détenant au moins un tiers du capital ou des actions, les autres comparants, s'ils souscrivent des actions contre des apports en numéraire sans bénéficier d'avantages particuliers, sont tenus pour simples souscripteurs (art. 5:11, al. 2 et 7:13, al. 2).

Trois autres points importants doivent encore être analysés : les distributions aux actionnaires et aux administrateurs (art. 5:141 à 5:144), la procédure dite de « sonnette d'alarme » (art. 5:153) ainsi que les démissions et les exclusions à charge du patrimoine social (art. 5:154 et 5:155).

La réforme du droit belge des sociétés / ÉTUDE

43. Toute *distribution* est soumise à un *test de solvabilité* (parfois appelé *test d'actif net*) et à un *test de liquidité*.

L'assemblée générale ne décide pas une distribution si l'actif net – établi sur la base des comptes annuels approuvés ou d'un état plus récent de la situation active et passive – est négatif ou le deviendra à la suite de la distribution ⁶¹.

Cette première décision ne produit ses effets que si l'organe d'administration constate que, malgré la distribution, la société pourra, en fonction des développements raisonnablement prévisibles, payer ses dettes échues pendant au moins douze mois ⁶².

Les membres de l'organe d'administration qui distribuent indûment un dividende sont solidairement responsables envers la société et les tiers des dommages qui en résultent. En outre, la société peut demander aux actionnaires le remboursement de distributions irrégulières.

44. La *procédure dite « de sonnette d'alarme »* a été adaptée pour tenir compte de la suppression du capital. Lorsque l'organe d'administration (i) constate que l'actif net est négatif ou risque de le devenir ou (ii) doute que la société disposera de liquidités suffisantes pour s'acquitter de ses dettes pendant les douze mois suivants, il doit convoquer l'assemblée générale en vue d'une réunion qui doit se tenir dans les deux mois. Il y propose la dissolution de la société ou des mesures susceptibles d'assurer sa continuité, qui sont exposées dans un rapport spécial. Après avoir rempli une première fois son obligation, l'organe d'administration n'est plus tenu de convoquer l'assemblée générale pour les mêmes motifs pendant douze mois. S'il est négligent, le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire, présumé résulter du défaut de convocation.

45. Les statuts de SRL peuvent reconnaître aux actionnaires le droit de démissionner à charge du patrimoine

social. Il s'agit à la fois d'une conséquence de la suppression du capital et d'une possibilité pour les actionnaires de doter leur SRL d'une caractéristique de société coopérative. Les modalités sont réglées par les statuts, étant entendu que :

- *nonobstant toute disposition statutaire contraire*, la démission des fondateurs n'est autorisée qu'à partir du troisième exercice suivant la constitution ;
- *sauf disposition statutaire contraire*, (i) un actionnaire ne peut démissionner que durant le premier semestre de l'exercice ; (ii) un actionnaire démissionne pour l'ensemble de ses actions ; (iii) la démission prend effet le dernier jour du sixième mois de l'exercice et la valeur des actions doit lui être payée au plus tard à la fin du mois qui suit ; (iv) la valeur des actions équivaut au montant libéré et non remboursé pour ces actions, sans être supérieure à leur valeur d'actif net telle qu'elle résulte des derniers comptes approuvés.

Le montant revenant à l'actionnaire constitue une « distribution ». Nonobstant toute disposition statutaire contraire, le droit au remboursement peut être suspendu jusqu'à ce que les tests de solvabilité et de liquidité soient réussis. Le montant restant dû sera payable avant toute autre distribution aux actionnaires.

L'organe d'administration fait rapport à l'assemblée générale des demandes de démission intervenues au cours de l'exercice et met à jour le registre des actions. Il fait acte authentiquement, avant la fin de chaque exercice, les démissions et les modifications statutaires qui en découlent.

En vertu d'une clause statutaire, l'assemblée générale peut aussi exclure un actionnaire pour de justes motifs ou tout autre motif statutaire : la proposition motivée lui est communiquée ; il est invité à formuler ses observations dans le mois et entendu à sa demande ; l'organe d'administration lui communique la décision motivée et inscrit l'exclusion dans le registre des actions (art. 5:155).

Conclusion

46. Il est certainement trop tôt pour tirer le bilan définitif de la réforme du droit belge des sociétés. Son importance est assurément majeure, même s'il ne faut pas non plus s'imaginer qu'elle bouleverse complètement le droit des

sociétés, dont les objectifs et les méthodes restent fondamentalement inchangés.

La liberté qu'elle élargit permettra aux praticiens d'exprimer leur créativité et aux entrepreneurs de disposer d'une structure adaptée à leurs besoins. On peut actuellement observer un grand enthousiasme dans le monde du droit des sociétés, voire au-delà, nourrissant l'espoir qu'elle sera utilisée à bon escient.

(61) Si la société dispose de capitaux propres légalement ou statutairement indisponibles, leur montant sert de référence.

(62) Cette décision est justifiée dans un rapport dont les données comptables et financières sont évaluées par le commissaire. Dans les premières années, la référence au plan financier permettra d'affiner le diagnostic.